



universität
wien

DIPLOMARBEIT

Titel der Diplomarbeit

„Europäische Kartellrechtsdurchsetzung:
Warum keine Klagen?“

Verfasser

Mag. Fridolin Krepp

angestrebter akademischer Grad

Magister der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften
(Mag.rer.soc.oec.)

Wien, im Juli 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:
Studienrichtung:
Betreuer:

A 140
Diplomstudium Volkswirtschaft
a.o. Univ.-Prof. Mag. Dr. Wolfgang Weigel

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	5
2	Das Weißbuch über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrecht	7
2.1	Gegenstand und Ziele des Weißbuchs	7
2.2	Die im Weißbuch vorgeschlagenen Maßnahmen	8
2.2.1	Klagebefugnis: indirekte Abnehmer und kollektiver Rechtsschutz	8
2.2.2	Zugang zu Beweismitteln: Offenlegung von Beweismitteln zwischen den Parteien	9
2.2.3	Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden	10
2.2.4	Verschuldenserfordernis	10
2.2.5	Höhe des zugesprochenen Schadenersatzes und Berechnung	10
2.2.6	Schadensabwälzung	11
2.2.7	Verhältnis zwischen Kronzeugenprogrammen und Schadenersatzklagen	12
2.2.8	Kosten einer Schadenersatzklage	14
3	Der Wohlfahrtsverlust von Kartellen	16
3.1	Allokative Ineffizienz	16
3.2	„Overcharge“, Mark-Up, Elastizität	19
4	Abschreckung	22
4.1	Die Theorie der optimalen Strafe	22
4.1.1	Annahmen	22
4.1.2	Der Abschreckungsansatz („deterrence approach“)	24
4.1.3	Der Internalisierungsansatz („internalization approach“)	25
4.1.4	Abschreckungsansatz versus Internalisierungsansatz	26
4.2	Wie hoch ist die optimale Strafe?	27
4.3	Vorbehalte	31
4.4	Strafen in der Praxis	31
4.4.1	Die Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen für Kartellrechtsverstöße in der Europäischen Gemeinschaft	32
4.4.2	Tatsächlich verhängte Strafen	34
4.5	Kluft zwischen Theorie und Praxis – ungenügende Abschreckungswirkung	35
4.5.1	„Verbrechen lohnt sich doch!“	35
4.5.2	Wie viel fehlt auf eine adäquate Abschreckung?	36
4.6	Stärkung von Schadenersatzklagen – ein prinzipiell möglicher Weg die Abschreckungswirkung zu erhöhen	37
4.6.1	Erhöhung der erwarteten Strafe bei gleichbleibender Bestrafungswahrscheinlichkeit	38
4.6.2	Einfluss auf die Bestrafungswahrscheinlichkeit	39
5	Kompensationswirkung	42
5.1	Geschädigte	42
5.2	Die Weitergabe des Preisaufschlags – „Passing-on“	45
5.2.1	Fixkosten, variable Kosten	45
5.2.2	Elastizitäten	47
5.2.3	Dauer des Kartells	50
5.2.4	Wettbewerbsbeschränkungen auf Ebene der Zwischenhändler	50
5.2.5	Klagelegitimation indirekter Käufer und Einwand der Schadensabwälzung („Passing-On-Defense“)	51

5.2.6	Klagelegitimation und Einwand der Schadensabwälzung: Abschreckung vs. Kompensation.....	52
5.3	Lokalisation des Kartellschadens	54
5.4	„Streuschäden“	56
6	„Klagen leicht gemacht“	58
6.1	Private Kartellrechtsverfolgung in den USA und in der EU : ein Vergleich	58
6.2	Modell über den Anreiz zu klagen	59
6.2.1	Die Höhe des Schadenersatzbetrags.....	59
6.2.2	Prozesskosten	61
6.2.3	Auswirkungen der verschiedenen Regelungen über die Kostentragung auf den Anreiz zu klagen.....	63
6.2.4	Prozesskostensysteme in den USA und in der EU	67
6.2.5	„Selektionseffekt“ des Britischen Systems	68
6.2.6	Positive externe Effekte von Klagen.....	68
6.3	Exkurs: Vergleiche	69
6.3.1	Sind Vergleiche besser?	71
6.3.2	Auswirkungen der verschiedenen Regelungen über die Kostentragung auf Vergleiche	72
7	Die Auswirkungen einzelner Maßnahmen des Weißbuchs.....	75
7.1	Anspruch auf ein Vielfaches des Schadens – „punitive damages“?.....	75
7.1.1	Auswirkungen von „punitive damages“ auf die Abschreckung.....	76
7.1.2	Sind „punitive damages“ zu hoch im Sinne der Abschreckungswirkung?	78
7.1.3	Auswirkungen von „punitive damages“ auf die Kompensation	78
7.1.4	Sind „punitive damages“ in der EU rechtlich überhaupt möglich?	80
7.2	Änderung des Prozesskostensystems in Kartellfällen	80
7.3	Kollektiver Rechtsschutz.....	81
7.3.1	Arten des kollektiven Rechtsschutzes	82
7.3.2	Auswirkungen auf die Abschreckung und die Kompensation	83
7.3.3	Kosten durch Mechanismen kollektiven Rechtsschutzes.....	83
7.4	Erleichterungen im Beweisverfahren	84
7.4.1	Bindungswirkung von Entscheidungen von Kartellbehörden.....	84
7.4.2	Schadensberechnung	85
7.4.3	Beweislastumkehr – widerlegbare Vermutungen zu Gunsten des Geschädigten	85
8	Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussbemerkungen	87
9	Literaturverzeichnis.....	90
10	Anhang	93
10.1	Zusammenfassung der Diplomarbeit	93
10.2	Abstract	94
10.3	Lebenslauf.....	95

1 Einleitung

Im Allgemeinen trägt ein funktionierender Wettbewerb zu mehr allokativer und produktiver Effizienz sowie zu einem höheren Ausmaß an Innovation bei. Durch Wettbewerbsvorschriften werden deshalb Beschränkungen des Wettbewerbs durch das Verhalten einzelner Unternehmen oder durch konzertierte Verhaltensweisen mehrerer Unternehmen grundsätzlich untersagt. In der Europäischen Gemeinschaft sind in diesem Zusammenhang Art 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (horizontale und vertikale Absprachen) und Art 102 (Missbrauch einer dominanten Marktposition) die einschlägigen Bestimmungen. Daneben bestehen die Regelungen der nationalen Wettbewerbsrechtsregime der einzelnen Mitgliedstaaten. In den USA wurden Wettbewerbsbeschränkungen („price-fixing“ und „monopolization“) erstmals mit dem Sherman Act 1890 verboten.

Die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts erfolgt im Allgemeinen mit Hilfe dreier verschiedener Methoden. Im Rahmen der öffentlichen Rechtsdurchsetzung werden erstens Unternehmen, die gegen Wettbewerbsrecht verstoßen haben, Geldstrafen auferlegt und zweitens Manager für ihr wettbewerbswidriges Verhalten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen, indem Geld- oder aber auch Freiheitsstrafen über sie verhängt werden. Drittens können im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung Unternehmen, die durch Wettbewerbsbrüche Schaden erlitten haben, Ersatz bei den Schädigern einklagen.

Während in den USA private Schadenersatzklagen sogar die tragende Rolle bei der Durchsetzung von Kartellrecht spielen, müssen Kartellrechtssünder in Europa solche nur wenig fürchten. Zwar können alle Bürger und Unternehmen, die durch Kartellrechtsbrüche nach EG-Wettbewerbsrecht Schaden erlitten haben, daraus Ansprüche gegenüber dem Schädiger ableiten, doch sind prozessuale Risiken meist ausschlaggebend dafür, dass sie von einer Klage absehen.

Im April 2008 veröffentlichte die Europäische Kommission ein Weißbuch, das konkrete Vorschläge zur Steigerung der Effektivität von Schadenersatzklagen enthält. Das vorrangige Ziel des Weißbuchs besteht darin, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Geschädigten zu verbessern, damit sie ihren Anspruch auf Ersatz von Schäden, die aus Verstößen gegen EG-Wettbewerbsvorschriften erwachsen, wirksamer geltend machen können. Damit soll zum einen erreicht werden, dass die Geschädigten voll entschädigt werden, zum anderen aber auch, dass eine stärkere Abschreckungswirkung eintritt, also die EG-Wettbewerbsvorschriften

dadurch von vorn herein eher befolgt werden. Unternehmen, die gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen, hätten nämlich höhere Kosten als bisher zu erwarten, hätten Schadenersatzklagen gegen sie größere Aussicht auf Erfolg als bisher.

Ziel dieser Arbeit ist es mit Hilfe der einschlägigen Wirtschaftsliteratur den ökonomischen Hintergrund dieses Weißbuchs zu erörtern. Dabei wird der Fokus auf horizontale Preisabsprachen (Preiskartelle) gerichtet. Gemäß der „Philosophie“ der Rechtsökonomie wird angenommen, dass sich Individuen rational verhalten und ihre Entscheidungen so treffen, dass sie ihren erwarteten Nutzen „ex-ante“ maximieren.

Im folgenden *Kapitel 2* werden der Gegenstand und die Ziele des Weißbuchs sowie die darin vorgeschlagenen Maßnahmen zusammengefasst dargestellt. Zum besseren Verständnis dafür, wieso Kartelle verfolgt werden, und zur Einführung der notwendigen Terminologie, wird in *Kapitel 3* an Hand eines Standardmodells der Wohlfahrtsverlust von Kartellen erläutert. *Kapitel 4* widmet sich den Fragen, wie hoch (aus einer Perspektive „ex-ante“) Strafen für Kartelle sein müssen, um optimal abschreckend zu wirken, in welcher Höhe sich im Gegensatz dazu die Strafen in der europäischen Praxis bewegen, und inwiefern ein effizientes System privater Rechtsdurchsetzung einen Beitrag zur Abschreckungswirkung leisten könnte. In *Kapitel 5* wird diskutiert, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit Schadenersatzklagen gegen an Kartellen teilnehmenden Unternehmen, eine Kompensationswirkung im Sinne ausgleichender Gerechtigkeit haben. *Kapitel 6* erläutert an Hand eines Modells aus der Rechtsökonomie die Prozessrisiken von Schadenersatzklagen gegen Kartelle. Dabei wird ein Vergleich des Status Quo der privaten Kartellrechtsdurchsetzung der EU und der USA angestellt. In *Kapitel 7* werden vor diesem Hintergrund verschiedene Maßnahmen des Weißbuchs auf ihre Zweckmäßigkeit untersucht. Schließlich werden in *Kapitel 8* zusammenfassend Schlüsse gezogen.

2 Das Weißbuch über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrecht

2.1 Gegenstand und Ziele des Weißbuchs

Vorrangiges Ziel des im April 2008 von der Europäischen Kommission veröffentlichten Weißbuchs ist es, die Rahmenbedingungen für Schadenersatzklagen wegen Verletzungen des EG-Wettbewerbsrechts zu verbessern. Der Anspruch von Geschädigten auf Schadenersatz ist, was Schäden betrifft, die durch Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht entstehen, grundsätzlich im Gemeinschaftsrecht verankert.¹ Geltend gemacht wird ein solcher Anspruch von den Betroffenen aber nur selten. In ihrem Folgenabschätzungsbericht, der gemeinsam mit dem Weißbuch veröffentlicht wurde, schätzte die Kommission den nicht geltend gemachten bzw. nicht zugesprochenen Schadenersatz auf einen Betrag der Größenordnung von mehreren Milliarden Euro.² Zurückzuführen sei dieser Missstand auf diverse Hindernisse in den materiellen und verfahrensrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten für wettbewerbsrechtliche Schadenersatzklagen vor den nationalen Gerichten.³ Den besonderen Umständen bei Schadenersatzklagen dieser Art würde, so die Kommission, nicht genügend Rechnung getragen. Die oftmals äußerst komplexe Feststellung und Analyse der zugrunde liegenden Tatsachen und ökonomischen Zusammenhänge, die Unzugänglichkeit von zentralen Beweismitteln und das häufige Missverhältnis zwischen dem Prozessrisiko des Klägers und der möglichen Entschädigung seien dabei typische Charakteristika, derentwegen Klagen oftmals unterlassen würden.

Mit der Umsetzung der im Weißbuch erarbeiteten Vorschläge erwartet die Kommission, die Stellung der Geschädigten erheblich zu verbessern. Schadenersatzklagen sollen nicht nur theoretisch möglich sein, sondern auch, so sie genügend begründet sind, in der Praxis realistische Chancen auf Erfolg haben. Zwei von der Kommission genannten Leitprinzipien würde damit Rechnung getragen: der vollen Entschädigung der durch Wettbewerbsrechtsverstöße Geschädigten durch die Schädiger und der Abschreckungswirkung eines effizienten Systems privater Rechtsdurchsetzung. Die Kommission betont allerdings, dass es kein Ziel sei, durch eine Verbesserung der privaten Rechtsdurchsetzung die öffentliche Rechtsdurchsetzung zu ersetzen. Nationale und gemeinschaftliche Wettbewerbsbehörden würden weiterhin die entscheidende Rolle in der

¹ Dies bekräftigte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in *Manfredi*, C-295-298/04, Slg. 2006, I-6619.

² Siehe Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008b), Abschnitt 2.2.

³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008a).

Aufdeckung und Verfolgung von Wettbewerbsverstößen spielen. Schadenersatzklagen sollen also ein Komplement zur öffentlichen Durchsetzung von Wettbewerbsrecht bilden. Gedacht wird dabei an zwei Kategorien von Klagen: erstens an Klagen, die gegen Unternehmen eingebracht werden, die von einer Wettbewerbsbehörde verurteilt wurden (Folgeklagen); zweitens an Klagen in Fällen, in denen keine Maßnahme einer öffentlichen Behörde erfolgt ist (eigenständige Klagen). Private und öffentliche Rechtsdurchsetzung müssen dabei jedenfalls sinnvoll aufeinander abgestimmt sein. Zum einen soll bei Folgeklagen eine Doppelgleisigkeit zwischen dem öffentlichen und dem privaten Verfahren in den zumeist sehr kostspieligen Beweisverfahren soweit wie möglich vermieden werden. Zum anderen sei bei allen vorgeschlagenen Maßnahmen aber auch darauf Bedacht zu nehmen, dass eine effizientere private Rechtsdurchsetzung die öffentliche nicht gefährde.⁴

2.2 Die im Weißbuch vorgeschlagenen Maßnahmen

2.2.1 Klagebefugnis: indirekte Abnehmer und kollektiver Rechtsschutz

In der Frage, ob lediglich direkte Abnehmer, also Unternehmer oder Konsumenten, die direkten Kontakt zu dem gegen das Wettbewerbsrecht verstoßenden Unternehmen hatten, vor den Gerichten Ersatz verlangen können sollen, oder auch indirekte Abnehmer, d.h. Abnehmer, die unter Umständen erheblichen Schaden erlitten haben, weil sie – ohne direkten Kontakt zum Rechtsverletzer zu haben – weiter unten in der Vertriebskette stehen, spricht sich die Kommission dezidiert für letzteres aus. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, der „jedermann“, dem durch einen Kartellrechtsverstoß nach Gemeinschaftsrecht ein Schaden erwachsen ist, einen Anspruch auf Entschädigung gegen den Schädiger zuspricht.⁵ Wie an anderer Stelle dieser Arbeit noch erläutert wird (*Kapitel 5.2*), ist es tatsächlich so, dass Unternehmen, die Produkte zu einem erhöhten (Kartell-)Preis gekauft haben, ihren Schaden meist dadurch begrenzen dass sie an ihre Abnehmer auch zu höheren Preisen verkaufen. Der Schaden wird diesfalls an die indirekten Abnehmer, nicht zuletzt an die Verbraucher, überwält.⁶

⁴ Zu berücksichtigen sei nämlich, dass für Unternehmen der Anreiz, an Kronzeugenprogrammen teilzunehmen („whistle blowing“), sinken könnte, müssten sie im Fall der Aufdeckung des Kartells auch mit hohen Schadenersatzforderungen rechnen (siehe Abschnitt 2.2.7).

⁵ EuGH, *Manfredi*, C-295-298/04, Slg. 2006, I-6619.

⁶ Ob die direkten Abnehmer (Zwischenhändler) oder die indirekten Abnehmer einen größeren Schaden erleiden, hängt vom Grad der Schadensabwälzung ab („Passing-on-Rate“). Theoretisch lässt sich die „Passing-on-Rate“ mittels der Angebots- und Nachfrageelastizität im Markt zwischen direkten und indirekten Abnehmern bestimmen; in der Praxis kann die Lokalisation des Kartellschadens aber ein erhebliches Problem darstellen (siehe *Kapitel 5*, insb. 5.3).

Beim einzelnen Verbraucher ist der Schaden aber meist nur gering, sodass sich eine Klage oft nicht lohnt; dies deshalb, weil die Kosten und Risiken einer Klage des einzelnen in einem denkbar ungünstigen Verhältnis zum möglichen Schadenersatz stehen. Die Folge ist, dass Kartelle für im Aggregat große Schäden keine Entschädigung leisten müssen. Die Kommission sieht im Zusammenhang mit solchen so genannten Streuschäden erheblichen Bedarf, Mechanismen zu entwickeln, die eine Bündelung der individuellen Schadenersatzforderungen ermöglichen. Diese seien auch im Lichte prozessökonomischer Ineffizienzen geboten, die im Fall zahlreicher Individualklagen im Zusammenhang mit ein und demselben Kartellrechtsverstoß aufträten. Zur Lösung schlägt sie zwei einander ergänzende Mechanismen für einen kollektiven Rechtsschutz vor: Verbandsklagen, die etwa durch Interessensvertretungen für eine Gruppe bezeichneter oder individualisierbarer Einzelpersonen erhoben werden; und „Opt-in“-Gruppenklagen, zu denen sich einzelne Geschädigte zusammenschließen, um ihre jeweiligen Schadenersatzansprüche in einer einzigen Klage zusammenzufassen.⁷

2.2.2 Zugang zu Beweismitteln: Offenlegung von Beweismitteln zwischen den Parteien

Kartellrechtsverstöße sind in der Regel nur sehr schwer zu beweisen. Dies liegt daran, dass sich viele zentrale Beweismittel, die für die Begründung eines wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzanspruches erforderlich sind, in der Sphäre des Beklagten befinden und geheim gehalten werden. Um dieser strukturellen Informationsasymmetrie entgegenzuwirken, schlägt die Kommission bestimmte Offenlegungspflichten für die beklagte Partei vor, die auf vom Gericht durchgesetzt werden können. Um Missbräuche einer solchen Regelung zu vermeiden, sollte ein Offenlegungsbeschluss voraussetzen, dass der Kläger „alle Tatsachen und Beweismittel, die ihm vernünftigerweise zugänglich sind, dargelegt hat, und diese plausible Gründe für die Annahme enthalten, dass er durch einen Wettbewerbsverstoß des Beklagten Schaden erlitten hat“.⁸ Weiters müsse die beantragte Offenlegung sowohl für die Klage erheblich als auch erforderlich und verhältnismäßig sein.

Besonderes müssten Erklärungen von Unternehmen („Corporate Statements“) behandelt werden, die im Rahmen eines Kronzeugenprogramms gemacht wurden. Bestünde kein Schutz für solche Aussagen, würde die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen möglicherweise entscheidend verringert, da die Anreize, an einem solchen teilzunehmen verringert, würden,

⁷ Siehe dazu weiters Punkt 7.3.

⁸ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008a) 6.

könnten die gemachten Erklärungen für Folgeklagen gegen das Unternehmen verwendet werden.

2.2.3 Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden

Die Kommission spricht sich klar dafür aus, dass bestandskräftige (das heißt nicht mehr bekämpfbare) Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden und rechtskräftige Urteile nationaler Kartellgerichte, mit denen Wettbewerbsrechtsverstöße nach EG-Recht festgestellt wurden, in Verfahren bei Folgeklagen auch vor Gerichten anderer Mitgliedstaaten bindende Wirkung haben sollen.⁹ Begründend führt sie zum einen Argumente der verfahrensrechtlichen Effizienz ins Treffen. Eine Duplikation der faktischen und rechtlichen Analyse des wettbewerbswidrigen Verhaltens würde durch die Bindungswirkung vermieden werden. Darüber hinaus würden Folgeklagen auf Schadenersatz erleichtert, da die Bindungswirkung eine Kosten- und Zeitersparnis für die Kläger bedeuten würde. Schließlich würde eine solche Vorschrift eine einheitliche Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts sicherstellen und ein höheres Maß an Rechtssicherheit schaffen. Im Ergebnis wäre das Prozessrisiko für durch EG-Wettbewerbsrechtsverstöße Geschädigte verringert.

2.2.4 Verschuldenserfordernis

In Bezug auf das Verschuldenserfordernis für die Haftung von Schäden aus Wettbewerbsrechtsverstößen bestehen in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Regelungen. Dort, wo die Haftung nicht an ein Verschulden geknüpft ist oder das Verschulden nach einem Verstoß unwiderleglich vermutet wird, sieht die Kommission keinen Handlungsbedarf. In den Ländern, in denen das Verschulden eine Haftungsvoraussetzung ist, sollte dieses Erfordernis zumindest begrenzt werden. Die Kommission schlägt dazu eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Geschädigten vor. Wenn dem Opfer der Nachweis eines Verstoßes gegen Artikel 81 oder 82 EG-Vertrag gelingt, sollte der Rechtsverletzer für den Schaden haften, es sei denn, er kann nachweisen, dass sein Verstoß auf einem entschuldbaren Irrtum beruht.

2.2.5 Höhe des zugesprochenen Schadenersatzes und Berechnung

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil *Manfredi* ausgesprochen, dass grundsätzlich jeder Mitgliedstaat selbst Regelungen über die Höhe des zugesprochenen Schadenersatzes bei Verstößen gegen EG-Wettbewerbsrecht festzulegen habe; und zwar so,

⁹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008a) 7.

dass den Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz¹⁰ Rechnung getragen würde.¹¹ Dem Gerichtshof nach verlange letzteres aber jedenfalls den Ersatz des realen Wertes des erlittenen Verlustes (*damnum emergens*) auf Grund wettbewerbswidriger Preisaufschläge plus entgangener Gewinne (*lucrum cessans*) auf Grund von Umsatzeinbußen zuzüglich Zinsen aus der Zeit zwischen Schadenseintritt und Schadenersatzzahlung. Die Kommission schließt sich im Weißbuch der Haltung des Gerichtshofes an. Die von ihm geforderte Definition der Schadenshöhe will sie als Mindeststandard verstanden wissen. Sie stellt nämlich weiters fest, dass darüberhinausgehende Schadenersatzzahlungen nach Vorbild der „punitive damages“ des amerikanischen Rechtssystems, die ein Vielfaches der tatsächlichen Schadenshöhe darstellen grundsätzlich nicht im Widerspruch zum EG-Recht stünden und somit auch von den Mitgliedstaaten – freilich nach den Möglichkeiten ihres eigenen Rechtssystems – (insbesondere bei horizontalen Kartellen) in Betracht gezogen werden könnten.¹²

Die Kommission räumt ein, dass die Berechnung der Schadenshöhe in der Praxis ein gravierendes Problem darstellt. Lösungen bietet das Weißbuch dazu nicht. Es fordert „die Ausarbeitung eines pragmatischen und unverbindlichen Orientierungsrahmens [...], der z.B. approximative Methoden zur Berechnung oder vereinfachte Regeln zur Schätzung von erlittenen Verlusten enthalten könnte“.¹³ Aufmerksam gemacht wird darauf, dass Methoden zur annähernd exakten Berechnung der Schadenshöhe unter Umständen zu zeit- und kostenintensiv und damit nicht im Interesse der Kläger sind. Eine Feststellung des Schadenersatzes nach Billigkeit wäre so möglicherweise eher im Sinne des „Effektivitätsprinzips“.¹⁴

2.2.6 Schadensabwälzung

An das Problem der Definition des Schadenersatzes knüpft eine weitere Frage: Soll ein beklagtes Unternehmen in einem Kartellrechtsfall gegenüber einem klagenden Zwischenhändler einwenden dürfen, dieser hätte den Preisaufschlag (zum Teil) an seine Kunden weitergegeben (Einwand der Schadensabwälzung bzw. „Passing-on-Defense“)? Die Kommission schlägt im Weißbuch vor, den Einwand der Schadensabwälzung zuzulassen. Sie

¹⁰ Unter *Äquivalenzprinzip* im EG-Recht wird verstanden, dass Regelungen zur Verfolgung eines Anspruchs nach EG-Recht nicht weniger günstig als solche zur Verfolgung von Ansprüchen nach nationalem Recht sein dürfen. Unter *Effektivitätsprinzip* wird verstanden, dass die Verfolgung von Ansprüchen nach EG-Recht, wenngleich auch rechtlich möglich, nicht praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig sein darf.

¹¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008c) 56, auf *Manfredi*, Absatz 98 verweisend.

¹² Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008c).

¹³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008a) 8. Im Dezember 2009 wurde zu diesem Thema eine von der Kommission in Auftrag gegebene Studie veröffentlicht: Oxera et al., Quantifying antitrust damages, Towards non-binding guidance for courts, Study prepared for the European Commission, 2009.

¹⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008a) 8.

stützt dies auf das Argument, dass es zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Abnehmer kommen würde, wenn der Einwand nicht zugelassen würde und der Preisaufschlag tatsächlich an ihre Kunden weitergegeben werden konnte.¹⁵ Außerdem käme es zu einer unbilligen Mehrfachentschädigung, wenn indirekte Abnehmer, bei denen der Schaden bzw ein Teil des Schadens durch „passing-on“ tatsächlich entstanden ist, ebenfalls mit Erfolg auf Schadenersatz klagen würden. Gleichzeitig macht die Kommission jedoch darauf aufmerksam, dass dem Umstand Rechnung getragen werden müsste, dass klagende indirekte Abnehmer in einer schlechteren Position als direkte Abnehmer stünden (erhöhte Beweisschwierigkeiten auf Grund des indirekten Verhältnisses zwischen Schädiger und Geschädigtem; geringerer Schaden auf Grund der Schadensabwälzung auf mehrere (End-)abnehmer; und damit ein schlechteres Verhältnis von möglichem Schadenersatz zu Prozessrisiko).¹⁶ Die Möglichkeit der Schadensabwälzung könnte so dazu führen, dass bei Ausbleiben von Klagen von indirekten Abnehmern das an einem Kartell teilnehmende Unternehmen bezüglich des von ihm durch „passing-on“ verteidigten Teils des Schadens keinen Ersatz leisten müsste. Aus diesem Grund schlägt die Kommission weiters vor, dass zum einen dem beklagten Unternehmen der Beweis der Schadensabwälzung obliegen soll, wobei die Beweisanforderungen für diesen Einwand nicht niedriger sein sollten als jene für den Kläger hinsichtlich des Schadens. Zum anderen würde die Kommission begrüßen, wenn die Situation indirekter Abnehmer insofern verbessert würde, als sie sich auf die widerlegliche Vermutung berufen könnten, dass der rechtswidrige Preisaufschlag in vollem Umfang auf sie abgewälzt wurde.¹⁷ Die Kommission hofft, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen in diesem Zusammenhang somit einerseits gewährleisten, dass Kartellteilnehmer nicht mehr Schadenersatz leisten müssen, als dem tatsächlich entstandenen Schaden entspricht, andererseits aber auch nicht weniger.

2.2.7 Verhältnis zwischen Kronzeugenprogrammen und Schadenersatzklagen

Unternehmen, die an einem Kartell teilgenommen haben, sich aber entschließen, mit den Kartellbehörden zu kooperieren, indem sie maßgebliche Informationen über das betreffende Kartell (teilnehmende Unternehmen, Dauer des Kartells) preisgeben, gelten im anschließenden Strafverfahren als „Kronzeugen“. Der Anreiz zur Kooperation besteht darin, dass dem Unternehmen die Strafe oder ein Teil davon nachgesehen wird. Zwar entgehen somit bestimmte Unternehmen einer Bestrafung, gesamt gesehen wird die

¹⁵ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008a) 9.

¹⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008c) 64.

¹⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008a) 9.

Kartellrechtsdurchsetzung jedoch gestärkt, da die Aufdeckungsrate für Kartelle erheblich gesteigert werden kann.

Auf die Notwendigkeit der Abstimmung zwischen Maßnahmen zur Stärkung privater Rechtsdurchsetzung durch Schadenersatzklagen und Kronzeugenprogrammen in Kartellrechtsfällen wurde bereits hingewiesen. Um die Attraktivität von Kronzeugenprogrammen zu bewahren, erachtet die Kommission den Schutz von Unternehmenserklärungen („Corporate Statements“) von allen Unternehmen, die eine Kronzeugenregelung für einen Verstoß gegen EG-Wettbewerbsrecht beantragt haben, als zentral.¹⁸ Der Schutz sollte unabhängig davon gelten, ob dem Antrag auf Kronzeugenbehandlung stattgegeben wird oder der Antrag abgewiesen wird. Die Lösung zielt darauf ab, das Risiko zu beseitigen, das durch die Ungewissheit darüber, ob ein Antrag auf Teilnahme an einem Kronzeugenprogramm Erfolg hat, für die Unternehmen entsteht. Dieses Risiko könnte sonst einen gewissen abschreckenden Effekt auf Kronzeugenanträge haben. Im Commission Staff Working Paper zum Weißbuch (2008) werden noch weitergehende Maßnahmen erörtert, durch die Kronzeugenprogramme ihre ganze Attraktivität erhalten könnten.¹⁹ In Betracht gezogen werden verschiedene Haftungserleichterungen für Kronzeugen-Unternehmen. Eine ist die Aufhebung der Gesamthaftung²⁰ für Kronzeugen, soweit nach den nationalen Rechtsordnungen eine solche bei Kartellrechtsfällen besteht. So könnte vorgesehen werden, dass ein Kronzeugen-Unternehmen ungeachtet der Gesamthaftungsregelung nur für seinen Schadensanteil haftet. Dies würde für Kronzeugen eine prozessuale Besserstellung gegenüber den anderen am Kartell teilnehmenden Unternehmen bedeuten, da Geschädigte einen verringerten Anreiz hätten, bei ihnen den Schadenersatz einzuklagen. Darüber hinaus wären sie im Insolvenzfall eines oder mehrerer Kartellteilnehmer bessergestellt, da die Haftung für den entsprechenden Leistungsausfall ja ausgeschlossen wäre. Zur Diskussion gestellt wird darüber hinaus eine weitere Beschränkung der Schadenersatzpflicht (über die bloß anteilige Haftung hinaus) von Unternehmen, die durch ein Kronzeugenprogramm Immunität erlangt haben.²¹ Eine solche Regelung könnte nach Vorstellung der Kommission vorsehen, dass den Geschädigten weniger ersetzt werden muss als dem tatsächlich entstandenen Schaden entspricht bzw, wenn eine Ersatzpflicht in mehrfacher Höhe des Schadens bestünde (zB doppelte Schadenshöhe bei horizontalen

¹⁸ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008a) 12.

¹⁹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008c) 81ff.

²⁰ Unter Gesamthaftung versteht man, dass ein Kartellteilnehmer nicht nur für den eigenen Anteil am Schaden, sondern auch für die Anteile der anderen Kartellteilnehmer haftet.

²¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008c) 88.

Kartellen), diese auf die einfache Schadenssumme reduziert werden könnte („de-doubling“).²² Eine Reduktion der Ersatzpflicht unter die tatsächliche Schadenssumme sollte aber erst in Betracht gezogen werden, wenn bewiesen würde, dass Kronzeugenprogramme von einer gesteigerten Anzahl an Schadenersatzklagen negativ beeinflusst würden.²³ Nach einem weiteren alternativen Vorschlag der Kommission könnte die Haftung von Unternehmen, die Immunität erlangt haben, auch auf ihre direkten und indirekten Vertragspartner beschränkt werden. Geschädigte, die direkt oder indirekt ausschließlich bei anderen Kartellteilnehmern gekauft haben, sollte danach ein Schadenersatzanspruch gegen das Kronzeugen-Unternehmen versagt bleiben.

2.2.8 Kosten einer Schadenersatzklage

Das Weißbuch weist schließlich daraufhin, dass Schadenersatzklagen wegen Wettbewerbsverstößen in der Regel komplexer und zeitaufwändiger als andere zivilrechtliche Klagen sind und mit außergewöhnlichen Kosten verbunden sein können. Vorschriften über die Kostentragung seien für die Entscheidung von geschädigten Unternehmen, ob sie klagen sollen, also besonders bedeutsam. Die Mitgliedstaaten werden deshalb dazu eingeladen, den vorherrschenden Grundsatz, dass die unterlegene Partei die Kosten zu tragen hat, in diesem Zusammenhang zu überdenken. Zwar komme ihm eine wichtige Filterfunktion zu, da unbegründete Schadenersatzklagen gebremst würden,²⁴ doch würde dieser Grundsatz – bei Schadenersatzklagen wegen Wettbewerbsrechtsverstößen im Besonderen – auch Kläger mit begründeten Schadenersatzansprüchen von der Geltendmachung unter Umständen abhalten.²⁵ Die Kommission schlägt deshalb vor, die Gerichte zu ermächtigen, „in bestimmten begründeten Fällen möglichst früh im Verfahren Kostenentscheidungen zu erlassen, die von den üblichen Vorschriften dahingehend abweichen, dass die beklagte Partei, selbst wenn sie im Prozess unterliegt, nicht sämtliche Kosten der Gegenpartei tragen muss“.²⁶ Auch fordert sie, dass die Höhe der Gerichtskosten auf einem nicht unverhältnismäßig hohen Niveau festgesetzt wird. Schließlich sollen Mechanismen in Betracht gezogen werden, „die einer möglichst raschen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten (z.B. durch einen Vergleich) dienen, da

²² Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008c) 82.

²³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008c) 88.

²⁴ Vgl insbesondere Abschnitt 6.2.5.

²⁵ Vgl *Kapitel 6.2*, in dem gezeigt wird, dass der Kläger im Fall einer geringeren Erwartung, den Prozess zu gewinnen, bei anderen Prozesskostenregelungen möglicherweise noch nicht von einer Klage absieht, während er dies nach der geltenden Regelung schon tut.

²⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008a) 11.

so Prozesskosten der Parteien sowie Kosten der Justiz begrenzt bzw. ganz vermieden werden können“.²⁷

²⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008a) 11.

3 Der Wohlfahrtsverlust von Kartellen

Bevor darauf eingegangen wird, ob die Stärkung von Schadenersatzklagen gegen Wettbewerbsrechtsverstöße tatsächlich die in diesem Weißbuch verfolgten Ziele (Abschreckung und Kompensation) im Hinblick auf Kartelle erreichen kann, und die verschiedenen dazu vorgeschlagenen Maßnahmen auf ihrer Zweckmäßigkeit untersucht werden, soll zum besseren Verständnis in diesem Kapitel erläutert werden, wie Kartelle zu Wohlfahrtsverlusten führen. Diese Wohlfahrtseinbußen sind die Grundlage für Wettbewerbsrecht (Verbote wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen) im Allgemeinen und für die Ausgestaltung der genannten Maßnahmen im Besonderen.

3.1 Allokative Ineffizienz

Der Wohlfahrtsverlust eines Kartells soll an dem folgenden Standardmodell veranschaulicht werden. Sei die (inverse) Nachfrage für ein homogenes Gut

$$p(q) = a - bq,$$

wobei p der Preis des Gutes und q die Gesamtnachfrage in einer bestimmten Zeitspanne ist. Die Zeitspanne sei hier die Dauer des Kartells. Die Parameter a und b sind beide positiv.

Die Kosten der Produktion für das Gut sind gegeben:²⁸

$$c(q) = cq; \quad \text{somit sind die Grenzkosten} \quad c'(q) = c.$$

Es sei angenommen, dass die effizienteste Technologie bereits zur Verfügung stünde. Die Auswirkungen der Einschränkung des Wettbewerbs auf die Produktionskosten und Innovationsbestrebungen eines Unternehmens (produktive und dynamische Ineffizienzen) bleiben somit unberücksichtigt; es handelt sich hier um eine rein statische Analyse.²⁹

Unter einer sehr großen Anzahl gleicher Anbieter wäre der Preis annähernd gleich den Grenzkosten $p_0 = c$ und die Anbieter machten keinen Profit.³⁰ Der Markt wäre geräumt bei:

²⁸ Fixkosten werden vernachlässigt. Motta (2003) *Kapitel 2* zeigt, dass in einem Modell mit Fixkosten zu viele Unternehmen einen negativen Effekt auf die Gesamtwohlfahrt haben.

²⁹ Nach Motta (2003) führt dies zu einer Unterschätzung des Wohlfahrtsverlustes. Theoretische Modelle und empirische Studien zeigten, dass weniger Wettbewerb eher dazu führte, dass die Produktionskosten stiegen (produktive Ineffizienz). Die produktive Ineffizienz könne mitunter auch höher sein als die allokative Ineffizienz. Mehr Wettbewerb führe auch zu einem höheren Innovationsdruck; Unternehmen hätten andererseits aber auch nur dann einen Anreiz, in Innovationen zu investieren, wenn diese ihnen auch Erträge brächten. Mehr Wettbewerb wirkt sich deshalb zum einen (bis zu einem bestimmten Niveau) positiv auf das Innovationsverhalten der Produzenten, zum anderen aber (ab einem bestimmten Niveau) in negativer Weise aus. Vgl. Motta (2003) *Kapitel 2*.

³⁰ Zu diesem Ergebnis kommt es nicht nur unter perfektem Wettbewerb, sondern auch in einem Bertrand-Oligopol (Preiswettbewerb).

$$p_0 = c \quad \text{und} \quad q_0 = (a - c)/b$$

Angenommen, es formiert sich in diesem Markt ein Kartell, das gleich einem Monopolisten durch Reduktion der angebotenen Menge seinen Profit maximiert. Die Menge und der entsprechende Preis wären folglich³¹

$$q_1 = (a - c)/2b \quad \text{und} \quad p_1 = \frac{1}{2} (a + c).$$

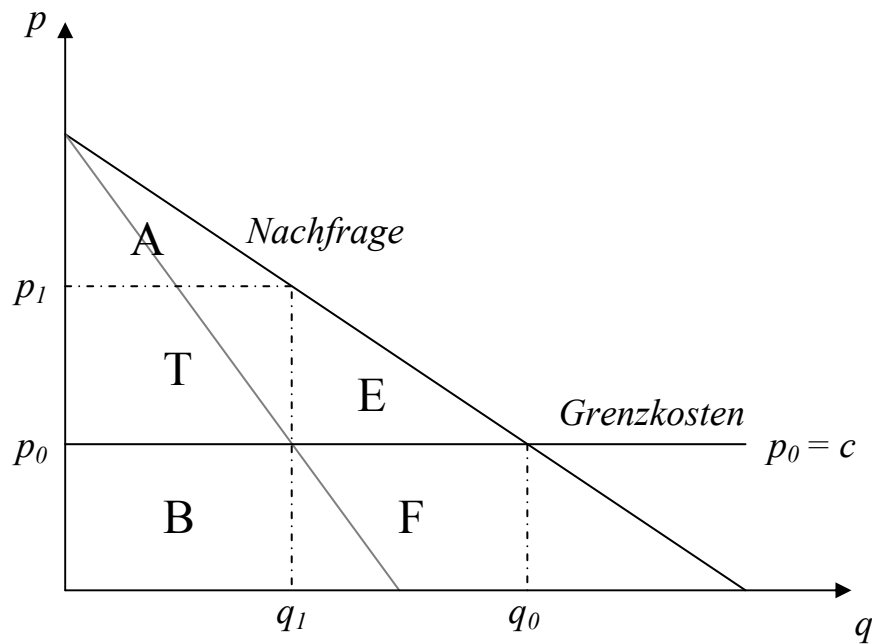


Abbildung 1

Abbildung 1 zeigt in einem Preis-Mengen-Diagramm die unterschiedlichen Mengen und Preise in der Kartellsituation einerseits (indiziert mit 1) und in der Wettbewerbssituation andererseits (indiziert mit 0). Die fallenden Geraden repräsentieren die Nachfrage (äußere Gerade) respektive den Grenzerlös des Kartells (innere Gerade); die Großbuchstaben stehen für die entsprechenden Flächen im Diagramm. Unter perfektem Wettbewerb ist die Konsumentenrente CS_0 gleich $A+T+E$. Der Gesamtumsatz der Firmen p_0q_0 wird repräsentiert durch $B+F$. Da dies den Gesamterlös cq_0 entspricht, ist die Produzentenrente PS_0 gleich Null. Die Gesamtwohlfahrt (Summe aus Konsumentenrente und Produzentenrente)³² ist also gleich der Konsumentenrente, $W_0 = CS_0 = A+T+E$. Maximiert das Kartell seinen Profit gleich

³¹ Der Profit ist gegeben durch $\pi = p(q) \cdot q - c(q)$. Die Menge, die den Profit maximiert, wird gefunden, indem der Grenzprofit gleich null gesetzt wird:

$$d\pi/dq = p'(q) \cdot q + p(q) - c'(q) = 0 \quad \text{oder}$$

$$-bq + a - bq - c = 0 \quad \text{oder}$$

$$a - 2bq = c \quad \text{oder}$$

$$q = (a - c) / 2b$$

³² Zur Frage, ob für Entscheidungen in der Wettbewerbspolitik die Gesamtwohlfahrt oder nur die Konsumentenwohlfahrt herangezogen werden soll, siehe Motta (2003) Kapitel 1.

einem Monopolisten, so schrumpft die Konsumentenrente auf CS_I ; das ist in *Abbildung 1* die Fläche A. Sie vermindert sich zum einen um jenen Betrag, den das Kartell aufgrund der Erhöhung der Preise lukriert; das ist $(p_I - p_0)q_I$, repräsentiert durch die Fläche T (wie Transfer). Diese Größe soll – wie im Großteil der Literatur – im Folgenden als „overcharge“ bezeichnet werden.³³ Da in unserem Modell $p_0 = c$ gilt, und wir mögliche sonstige Kosten des Kartells wie Initiierungs- oder Aufrechterhaltungskosten vernachlässigt haben, ist der „overcharge“ gleichzeitig der Gewinn des Kartells und die neue Produzentenrente, $PS_I = (p_I - c)q_I = (p_I - p_0)q_I$. Neben diesem Transfer von Konsumenten zu Produzenten verringert sich die Konsumentenrente noch um einen weiteren Betrag, in *Abbildung 1* gekennzeichnet durch E. Da die Produzenten durch das Kartell weniger lukrieren als die Konsumenten verlieren, verringert sich die Gesamtwohlfahrt; $W_I = A + T$.³⁴ Der Wohlfahrtsverlust (in *Abbildung 1*, die Fläche E) wird als „deadweight loss“ (DWL) bezeichnet. Er kommt zu Stande, weil es Konsumenten gibt, die (mit positivem Nutzen) das Gut zum Wettbewerbspreis p_0 gekauft hätten, aber nicht dazu bereit sind, das Gut zum höheren Kartellpreis p_I zu kaufen.³⁵

Das Modell stellt eine grobe Vereinfachung der Wirklichkeit dar. Weder ist in realen Märkten von linearen Nachfragefunktion auszugehen, noch ist der Wettbewerbs-, d.h. Referenzpreis, gleich den Grenzkosten anzusetzen, da es einen perfekten Wettbewerb in der Realität nicht gibt. Auch die Annahme, ein Kartell könne seinen Profit gleich einem Monopolisten maximieren, ist eine gewagte Annahme, die relativeiert werden müsste, würde auch die interne Struktur eines Kartells oder das Bestrafungsrisiko, dem sich ein Kartell ausgesetzt sieht, berücksichtigt.³⁶ Das Ergebnis, dass die Gesamtwohlfahrt durch Erhöhungen des Preises (durch Beschränkungen des Angebots) sinkt, gilt aber auch für Fälle, in denen diese Erhöhungen geringer sein mögen bzw auch in Märkten mit nicht-linearer Nachfrage.

³³ Vgl etwa Landes (1983). Teilweise wird in der Literatur aber auch der Mark-Up (siehe unten) bzw die Preisdifferenz $(p_I - p_0)$ als „overcharge“ bezeichnet.

³⁴ Zum Teil wird in der Literatur vertreten, die Gesamtwohlfahrt dürfe in der Situation mit dem Kartell nur noch gleich der Konsumentenrente CS_I (= A) ausgewiesen werden. Argumentiert wird dabei, dass die Produzentenrente PS_I (= T) von den Produzenten zur Gänze für die Aufrechterhaltung des Kartells wieder ausgegeben wird, etwa für Lobbying: die Ausgaben dieser „Rent-seeking-activities“ sind bloß ein Transfer, der selbst keinerlei Produktivitätseffekt hat. Kritisch dazu Motta (2003) *Kapitel 2*.

³⁵ Es kann leicht hergeleitet werden, dass, wenn die Nachfrage durch $p(q) = a - bq$ dargestellt wird und die Grenzkosten c sind, gilt: $W_0 = CS_0 = (a - c)^2/2b$, CS_I (= A) = DWL (= E) = $\frac{1}{4} CS_0$, PS_I (= T) = $\frac{1}{2} CS_0$ und W_I (= A+T) = $\frac{3}{4} CS_0$. Dass $CS_I = DWL = \frac{1}{2} PS_I$ ist darauf zurückzuführen, dass hier eine lineare Nachfragefunktion gewählt wurde.

³⁶ Dazu Schinkel (2006) FN 21.

3.2 „Overcharge“, Mark-Up, Elastizität

Der Wohlfahrtsverlust (DWL) und der „overcharge“ (T) lassen sich in Relation zum Umsatz des Kartells („affected sales“), $AS = p_1 q_1 (T+B)$, setzen. Da sich in der Praxis sowohl der Schaden als auch der tatsächliche Gewinn nur schwer direkt berechnen lassen, wird zumeist³⁷ der Kartellumsatz als Schätzgrundlage herangezogen.

Das Verhältnis von „overcharge“ (T) zum Kartellumsatz (T+B) ist

$$T/T+B = CS_1/AS = (p_1 - p_0)q_1/p_1 q_1 = (p_1 - p_0)/p_1$$

und wird als Mark-Up, M , bezeichnet.³⁸ $M = \Delta p/p_1 = (p_1 - p_0)/p_1$ ist die relative Preisänderung durch das Kartell.³⁹

In dem Modell mit der linearen Nachfrage $p(q) = a - bq$ erhält man durch Einsetzen⁴⁰

$$M = (a - c)/(a + c).$$

Der Parameter a kann als Reservationspreis bezeichnet werden; zu diesem Preis wird das Gut gerade noch nachgefragt, zu einem höheren Preis nicht mehr. Je größer a , desto größer ist der Markt (absolut gesehen); in *Abbildung 1* entspricht eine Vergrößerung von a einer Rechtsverschiebung der Nachfragekurve. Es gilt $a > c$, da sonst kein Markt zu Stande kommen würde: Wären die Grenzkosten größer als der Reservationspreis, gäbe es keinen Preis, zu dem die Konsumenten das Gut noch nachfragen würden, und die Produzenten, ohne Verlust zu machen, es auch anbieten könnten. Da $0 < c < a$, gilt $0 < M < 1$. Sind die Grenzkosten relativ zum Reservationspreis (zur absoluten Größe des Marktes) klein, so ist M groß. M ist klein, wenn die Grenzkosten nahe dem Reservationspreis liegen. Für gegebene Grenzkosten heißt dies, dass M umso größer ist, je höher der Reservationspreis (bzw je größer der Markt) ist.

Der „overcharge“ lässt sich mit Hilfe des Mark-Ups nun auch so ausdrücken:

$$T = PS_1 = (p_1 - p_0) q_1 = (p_1 - p_0)/p_1 * p_1 q_1 = M AS$$

Der „overcharge“ $M AS$ kann in der Praxis nur geschätzt werden. Dies kann eine schwierige Aufgabe sein, da Information über den Preis, der in der hypothetischen

³⁷ Vgl etwa die „Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen für Kartellrechtsverstöße in der Europäischen Gemeinschaft gemäß Art 23 Abs 2 lit a der Verordnung 1/2003“; siehe unten Punkt 4.4.1.

³⁸ In der Literatur wird als „Mark-Up“ teilweise die relative Preisänderung $(p_1 - p_0)/p_1$ und teilweise die absolute Preisänderung $(p_1 - p_0)$ bezeichnet. In dieser Arbeit ist mit dem Begriff immer erstere gemeint.

³⁹ $(p_1 - p_0)/p_1$ wird auch als Lerner-Index bezeichnet und ist ein Maß für Marktmacht.

⁴⁰ Aus Punkt 3.1 wissen wir, dass $p_0 = c$ und $p_1 = \frac{1}{2}(a + c)$; somit gilt:

$$M = (p_1 - p_0)/p_1 = (\frac{1}{2}(a+c) - c) / \frac{1}{2}(a+c) = (\frac{1}{2}(a+c) - c) / (\frac{1}{2}(a+c)) = \\ = (\frac{1}{2}(a+c-2c) / (\frac{1}{2}(a+c)) = (a-c) / (a+c)$$

Wettbewerbssituation zustande gekommen wäre, p_0 , benötigt wird. Dieser ist in der Realität freilich nicht unmittelbar feststellbar. Eine Möglichkeit ihn zu schätzen ist „benchmarking“, wobei Preise vergleichbarer kompetitiver Märkte zur Ermittlung eines Referenzpreises herangezogen werden. Der so berechnete „overcharge“ MAS kann als Schätzung für den Gewinn, respektive den Schaden des Kartells herangezogen und als Grundlage für die Bemessung der Strafe verwendet werden (dazu unten mehr).

Mit Hilfe der Nachfrageelastizität lassen sich weitere Zusammenhänge darstellen. Die Nachfrageelastizität ε stellt das Verhältnis der relativen Mengenänderung (gegenüber der Wettbewerbssituation) zur relativen Preisänderung dar und ist

$$\varepsilon = \Delta q / \Delta p * p_1 / q_1 = (q_0 - q_1) / q_1 / (p_0 - p_1) / p_1.$$

ε drückt aus, um wie viel Prozent (von q_1) die Nachfrage zunehmen würde, wenn der Kartellpreis p_1 um ein Prozent herabgesetzt würde. Bei hoher Elastizität würde eine Preisreduktion in Richtung Wettbewerbspreis bewirken, dass die Nachfrage deutlich erhöht würde; bei sehr niedriger Elastizität wird das Nachfrageverhalten der Konsumenten durch Preisänderungen wenig beeinflusst.

In dem Modell mit der linearen Nachfrage $p(q) = a - bq$ erhält man durch Einsetzen

$$\varepsilon = (a + c) / (a - c) = 1/M.$$

Der Mark-up, M , verhält sich also indirekt proportional zur Nachfrageelastizität ε . Anders ausgedrückt: je höher ε , desto niedriger M und je niedriger ε , desto höher M . In Märkten, in denen sich Preisveränderungen stark auf die Nachfrage auswirken, wird demnach der relative Preisaufschlag durch das Kartell geringer ausfallen, als in Märkten, in denen die Konsumenten Preisveränderungen – salopp ausgedrückt – eher schlucken. Nachdem $0 < c < a$, gilt $1 < \varepsilon < \infty$. Wenn die Grenzkosten c im Verhältnis zum Reservationspreis a gering sind, wird die relative Mengenänderung zur relativen Preisänderung nahe dem Verhältnis 1:1 sein; M (die Inverse dieser Größe) entsprechend nahe 1 sein. Reichen die Grenzkosten allerdings an den Reservationspreis nahe heran, ist die Nachfrageelastizität hoch und der Mark-Up entsprechend gering.

Der „deadweight loss“, DWL, kann in dem Modell mit linearer Nachfrage so dargestellt werden:

$$DWL = \frac{1}{2} \Delta p \Delta q = \frac{1}{2} (M p_1) (\varepsilon M q_1) = \frac{1}{2} \varepsilon M^2 AS = \frac{1}{2} MAS = \frac{1}{2} 1/\varepsilon AS$$

Der „deadweight loss“ ist also umso größer, je höher der Mark-Up, dh je geringer die Nachfrageelastizität ist und je höher der Umsatz des Kartells ist.

Es sei wiederholt, dass dieses Modell eine drastische Vereinfachung der Wirklichkeit darstellt. Das Ergebnis der Analyse, dass eine Einschränkung des Wettbewerbs durch Kartelle zu Wohlfahrtsverlusten führt, die um so höher sind je niedriger die Nachfrageelastizität ist und je höher der Kartellumsatz ist, scheint jedoch Regelungen, die Unternehmen vor Kartellbildungen abschrecken sollen, durchaus zu rechtfertigen.

4 Abschreckung

Eines der Ziele der Europäischen Kommission ist es, durch die Begünstigung von Schadenersatzklagen aufgrund von Wettbewerbsverstößen eine höhere Abschreckungswirkung zu erreichen. Unternehmen – so die Überlegung – würden eher von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht absehen, wären Schadenersatzklagen von Geschädigten eine glaubwürdige Drohung. Dies entspricht der „Philosophie“ der Rechtsökonomie, die davon ausgeht, dass die Entscheidungsträger rational handeln und ihre Entscheidungen nach Kosten-Nutzen-Abwägungen (ex-ante) treffen: das heißt, es wird angenommen, eine Handlung (zB Kartellbildung) wird dann und nur dann vorgenommen, wenn der erwartete Nutzen daraus die erwarteten Kosten übertrifft.

Im vorangegangenen Kapitel wurde erörtert, dass Kartelle zu Wohlfahrtsverlusten führen, die abschreckende Maßnahmen gegen Kartelle rechtfertigen. In diesem Kapitel wird untersucht, wie hoch der Grad der Abschreckung sein muss. Dazu wird die „Theorie der optimalen Strafe“ herangezogen. Sodann wird erläutert, ob eine höhere Abschreckung im Hinblick auf Kartellrechtsverstöße in der Praxis aus ökonomischer Sicht wünschenswert ist und ob Schadenersatzklagen diesem Ziel dienen können.

4.1 Die Theorie der optimalen Strafe

Die von Rechtsökonomien entwickelte Theorie der optimalen Strafe geht dem Problem nach, wie hoch die Strafe für ein verbotenes Verhalten sein soll, um die Gesamtwohlfahrt zu maximieren.⁴¹ Sie geht davon aus, dass Strafen den Zweck haben, vor dem verbotenen Verhalten zurückzuschrecken.⁴² Die grundlegende Logik der Abschreckungswirkung von Strafen besteht dabei darin, dass die zu erwartende Strafe den Nutzen aus einem bestimmten Verhalten dann überwiegt, wenn die Strafe ausreichend hoch ist. In Bezug auf Kartellrechtsverstöße wird Abschreckung demnach dann und nur dann, funktionieren, wenn die erwarteten Kosten eines Verstoßes gegen das Kartellrecht aus der Sicht eines Unternehmens, das sich entscheidet, an einem Kartell teilzunehmen oder nicht, höher sind, als der Nutzen, den das Unternehmen aus dem entsprechenden Verstoß erwartet.

4.1.1 Annahmen

Für diese Überlegungen sei angenommen, dass allein der Nutzen und die Kosten eines Unternehmens ausschlaggebend für diese Entscheidungen sind. Persönliche Kosten-Nutzen-

⁴¹ Grundlegend *Becker* (1968).

⁴² Andere mögliche Strafzwecke wie beispielsweise Vergeltung bleiben außer Betracht.

Abwägungen der die Entscheidungen treffenden Manager bleiben außer Betracht. Die abschreckende Wirkung von persönlichen Geldbußen und Gefängnisstrafen bleibt deshalb ebenso unberücksichtigt wie die Tatsache, dass Entscheidungsträger auch moralische Gründe haben können, sich an Rechtsnormen zu halten. Auch die interne Struktur von Unternehmen spielt für diese Analyse keine Rolle. Als Kosten für eine Kartellteilnahme zählt hier allein die zu erwartende Strafe. Die Kosten der Initiierung und Aufrechterhaltung eines Kartells sollen hier vernachlässigt werden. Außer Betracht bleiben auch sonstige Kosten, die mit Strafen verbunden sein könnten, wie der Verlust an Reputation oder Auswirkungen am Aktienmarkt.

Die zu erwartende Strafe kann sich aus international und national verhängten Strafen und Schadenersatzleistungen gegenüber Geschädigten zusammensetzen. Schadenersatzleistungen sind in einer juristischen Betrachtungsweise freilich keine Strafen. Aus der Sicht des schädigenden Unternehmens macht es jedoch – dies wird hier angenommen – keinen Unterschied, ob es Geldbußen an den Staat als Strafen oder an Geschädigte als Schadenersatzleistungen zahlen muss. In Bezug auf Kartellrechtsverstöße wird es als abschreckend die Summe der zu erwartenden Geldbußen (Strafen und / oder Schadenersatzleistungen) erachten.

Weiters wird im Folgenden angenommen, dass der Gewinn aus einem Kartell unter den Kartellteilnehmern zu gleichen Teilen verteilt wird. Entsprechend werden über die Teilnehmer eines Kartells gleich hohe Strafen verhängt. Dies erlaubt es, bei Kosten-Nutzen-Analysen die jeweiligen Anteile außer Betracht zu lassen, und es reicht, den erwarteten Gesamtgewinn eines Kartells der erwarteten Gesamtstrafe gegenüberzustellen. Es wird davon ausgegangen, dass die Entscheidungsträger risikoneutral sind.⁴³ Die Kosten der Rechtsdurchsetzung – diese umfassen den Ressourcenaufwand der Kartellbehörden sowie die Kosten möglicher Irrtümer – werden an dieser Stelle nicht berücksichtigt. Sie stellen in den Ausführungen hier keine relevante Größe auf der Suche nach der optimalen Strafe dar.⁴⁴

Eine weitere wichtige Annahme ist, dass Kartelle mögliche Strafen und Schadenersatzleistungen nicht antizipierend bei der Mengen- und Preisgestaltung berücksichtigen. Ebenso sei angenommen, dass Konsumenten die Möglichkeit, später für den überhöhten Preis entschädigt zu werden, bei der Kaufentscheidung nicht in Betracht ziehen. Zumindest letzteres erscheint auch nicht sehr wahrscheinlich, da Käufer ja gerade nicht über

⁴³ In der Literatur finden sich Hinweise, dass Kartellteilnehmer eher risikoliebend sind. Vgl Wils (2005a). Die Annahme führt demnach zu einer Unterschätzung der optimalen Strafe.

⁴⁴ In einer umfassenden Analyse der optimalen Rechtsdurchsetzung sollten die Rechtsdurchsetzungskosten freilich nicht vernachlässigt werden. Da die Ressourcen der Kartellrechtsbehörden beschränkt sind, ist es nicht optimal, jeden Verstoß zu sanktionieren. Dies zeigt beispielsweise Souam (2001).

die nötigen Informationen darüber verfügen, ob ein hoher Preis auf eine Kartellbildung zurückzuführen ist oder nicht.⁴⁵

Wie hoch soll nun – unter den getroffenen Annahmen – die Strafe sein, damit eine optimale Abschreckung erreicht wird? Diesbezüglich können in der Literatur zwei unterschiedliche Ansätze ausgemacht werden, die hier als „Abschreckungsansatz“ und „Internalisierungsansatz“ bezeichnet werden sollen.⁴⁶

4.1.2 Der Abschreckungsansatz („deterrence approach“)

Nach dem Abschreckungsansatz wird das verbotene Verhalten – das ist in dieser Analyse die Teilnahme an einem Kartell – per se missbilligt. Ziel der Strafe (Strafdrohung) sei es deshalb, das Verhalten auf jeden Fall durch ihre abschreckende Wirkung zu verhindern. Die erwartete Strafe, $E[F]$, ist gleich dem Nominal der Strafe, F , gewichtet mit der Wahrscheinlichkeit, p , dass der Verstoß aufgedeckt und das Unternehmen dann auch verurteilt wird.⁴⁷ Sie muss nach dem Abschreckungsansatz zumindest so hoch sein, wie der Nutzen, G , aus dem Verstoß:

$$E[F] = p F > G$$

Da in der Praxis die Wahrscheinlichkeit einer Bestrafung kleiner als 100% ist ($p < 1$), muss die tatsächlich verhängte Strafe den Nutzen aus dem Verstoß überschreiten. Die optimale Strafe, F^* , nach dem Abschreckungsansatz ist

$$F^* = 1/p G.$$

Die optimale Strafe für ein Kartell wäre demnach der tatsächliche Kartellgewinn multipliziert mit der Inversen der Wahrscheinlichkeit bestraft zu werden. Für unser Kartell aus dem Modell in *Kapitel 3* wäre das

$$F^* = 1/p M AS.$$

Wenn zB nur eines von drei Kartellen aufgedeckt und bestraft würde ($p=1/3$), wäre $F^* = 3 M AS$. Würde das Kartell einen Gewinn machen, der über $M AS$ hinausginge

⁴⁵ Vgl dazu Harris und Sullivan (1980). Auch Schinkel (2006) trifft in seiner Analyse diese Annahmen.

⁴⁶ Die Terminologie ist Wils (2005b) entnommen. Der Autor bezeichnet die verschiedenen Ansätze als „deterrence approach“ und „internalization approach“.

⁴⁷ Aus Sicht des Unternehmens ist die erwartete Strafe freilich F multipliziert mit der *subjektiven* Erwartung der Bestrafung. In der Folge sei – vereinfachend – angenommen, dass die subjektive Erwartung gleich der objektiven Bestrafungswahrscheinlichkeit p sei.

Die Bestrafungswahrscheinlichkeit enthält zwei Aspekte: die Wahrscheinlichkeit, dass ein Kartell entdeckt wird (p_{det}); und die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung nach einer Entdeckung (c); sie könnte also auch als Produkt dieser beiden Wahrscheinlichkeiten dargestellt werden: $p = p_{det} * c$; dieser Ansatz wird in Punkt 4.6.2 aufgegriffen.

(vergleiche dazu gleich das Beispiel von Landes [1983], in dem ein Kartell Kosteneinsparungen, C , erzielt) müsste dieser zu MAS hinzugezählt werden; Verluste müssten entsprechend abgezogen werden:

$$F^* = 1/p (MAS + C)$$

4.1.3 Der Internalisierungsansatz („internalization approach“)

In der Literatur wird überwiegend allerdings ein anderer Ansatz vertreten.⁴⁸ Maßgeblich für die optimale Strafe ist dabei nicht der Nutzen, den ein Unternehmen aus dem Kartell hat, sondern vielmehr der verursachte Schaden. Dieser Ansatz geht auf Becker (1968) und Landes (1983) zurück, denen zu Folge die optimale Strafe für ein Kartell gleich hoch dem durch das Kartell verursachten Netto-Schaden für alle anderen anzusetzen sei („cartel's net harm to others“).⁴⁹ Die Strafe ist auch hier, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Bestrafung, p , kleiner als eins ist, entsprechend zu erhöhen, dh mit der Inversen dieser Wahrscheinlichkeit zu multiplizieren.

Landes (1983) verwendet für seine Argumentation dasselbe Modell, wie jenes, das in *Kapitel 3* vorgestellt wurde. Der Schaden, den das Kartell bei anderen (als den Kartellteilnehmern) verursacht, ist MAS (Transfer von Konsumenten zu Produzenten) zuzüglich des DWL. Die optimale Strafe F^* ist demnach⁵⁰

$$F^* = 1/p (MAS + DWL).$$

Durch die Berechnung der Strafe nach diesem Ansatz soll gewährleistet sein, dass nicht alle Kartellbildungen verhindert werden, sondern lediglich jene, die ineffizient sind. Unternehmen wären danach nicht abgeschreckt, effiziente Kartelle zu bilden. Landes (1983) veranschaulicht dies an folgendem Beispiel.⁵¹

Angenommen, ein Kartell erreicht durch Herabsetzung der verkauften Menge und entsprechender Erhöhung des Preises einen „overcharge“, MAS , von 100 \$ und verursacht einen „deadweight loss“ (DWL) von 50 \$. Die optimale Strafe, F^* , beträgt in diesem Fall, unter der vereinfachenden Annahme, dass $p = 1$, 150 \$. Effizient ist ein Kartell dann, wenn es

⁴⁸ Siehe die bei Centre for European Policy Studies (CEPS) et al (2008) 59 FN 88 angeführte Literatur.

⁴⁹ Der „Netto-Schaden für andere“ ist der Schaden für andere als die Kartellteilnehmer. In Fällen, in denen in einem Markt neben dem Kartell noch andere Produzenten das Gut anbieten, profitieren diese wie die Kartellteilnehmer von der Preiserhöhung („umbrella effect“). Der „Gesamtschaden“ wäre die Summe aus „overcharge“ des Kartells und DWL zuzüglich dem „overcharge“ dieser anderen Anbieter. Der „Netto-Schaden für andere“ ist lediglich die Summe aus „overcharge“ des Kartells und DWL .

⁵⁰ Landes nimmt der Einfachheit wegen an, dass die Wahrscheinlichkeit einer Bestrafung eines Kartells gleich eins ist und folglich $F^* = MAS + DWL$.

⁵¹ Siehe Landes (1983) 653 ff.

eine Kostenersparnis, C , in der Produktion mit sich bringt,⁵² die den „deadweight loss“, überwiegt, da es den Wohlfahrtsverlust durch das Kartell (DWL) mehr als aufwiegt. Ineffiziente Kartelle, das sind jene, die eine Kostenreduktion unter 50 \$ aufweisen, also beispielsweise auch noch 49 \$, werden verhindert, da die Strafe höher ist als „overcharge“ zuzüglich der Kosteneinsparung:

$$F^* = MAS + DWL > MAS + C, 150 > 149$$

Effiziente Kartelle, zB $C = 51$, würden nicht verhindert:⁵³

$$F^* = MAS + DWL < MAS + C, 150 < 151$$

4.1.4 Abschreckungsansatz versus Internalisierungsansatz

Während durch den Abschreckungsansatz die Strafe so gewählt werden soll, dass der Nutzen aus einem Kartell egalisiert wird, und so alle Kartelle verhindert werden sollen, verfolgt der Internalisierungsansatz das Ziel, lediglich ineffiziente Kartelle zu verhindern. Die optimale Strafe soll in letzterem Fall zu einer Internalisierung der Kosten des Kartells (für andere als die Kartellteilnehmer) führen und damit effiziente Kartelle nicht abschrecken.

Die verschiedenen Ansätze reflektieren wohl, wie auch Wils (2005b) herausstreicht, unterschiedliche Ansichten darüber, was Kartellrechtsvorschriften überhaupt in erster Linie bezwecken.

Dem Internalisierungsansatz liegt die Sicht der Chicago Schule zu Grunde, dass Kartellrechtsvorschriften die Gesamtwohlfahrt, das ist nach ihr die – ungewichtete – Summe von Konsumenten- und Produzentenrente, maximieren sollen. Jene, die dem Nutzen von Kartellen und dem der Kartellopfer bei Berechnung der Gesamtwohlfahrt dasselbe Gewicht beimessen, werden eher diesen Ansatz vertreten.

Wer das Kartellrecht vorrangig als Schutz vor Wohlfahrtstransfers von Konsumenten zu Produzenten durch Unternehmen mit Marktmacht bzw zum Schutz der Konsumentensouveränität sowie offener Märkte begreift, wird eher dem Abschreckungsansatz folgen, da dessen Ziel die Verhinderung aller Kartellrechtsverstöße ist, unabhängig davon, ob der Nutzen der Kartellteilnehmer den Schaden der Opfer überwiegt.

⁵² Entgegen Landes' Annahme, dass Kartelle zu einer Reduktion der Kosten in der Produktion führen können, sprechen die besseren Gründe sowie auch empirische Studien eher dafür, dass weniger Wettbewerb Ineffizienzen in der Produktion, also eine Erhöhung der Kosten, mit sich bringt. Vgl dazu Motta (2003) Kapitel 2.

⁵³ Beachte, dass effiziente Kartelle ($C > DWL$) nach dem Abschreckungsansatz abgeschreckt würden: $F^* = MAS + C$.

Die beiden Ansätze drücken auch einen unterschiedlichen Grad der Pönalisierung von Wettbewerbsverstößen aus. Während die Strafe für Verstöße nach dem Abschreckungsansatz als Sanktion für eine verbotene Handlung gesehen werden kann, erscheint sie nach dem Internalisierungsansatz als ein zu bezahlender Preis für eine erlaubte Handlung.⁵⁴

Die Diskussion um die verschiedenen Ansätze darf jedoch nicht überspannt werden. In der Praxis wird bei Kartellen die Strafe grundsätzlich nach dem jährlichen Umsatz des Kartells (dies ist in unserem Modell AS/n mit n als Dauer des Kartells in Jahren) bemessen.⁵⁵ Damit wird aber weder der gesamte Schaden berücksichtigt (Vernachlässigung des DWL), noch der tatsächliche Nutzen (Vernachlässigung etwaiger Kostenreduktion in der Produktion). Dies liegt daran, dass sowohl der Schaden aus einem Kartell, als auch der Nutzen für die Kartellteilnehmer von Behörden auf Grund mangelnder Information schwer berechnet werden können, der jährliche Umsatz meist aber gut feststellbar ist. Die konsequente Umsetzung welchen Ansatzes auch immer ist in der Praxis nur begrenzt möglich.

4.2 Wie hoch ist die optimale Strafe?

Im Folgenden soll an Hand verschiedener Studien⁵⁶ erörtert werden, wie hoch die Strafe für Kartelle sein sollte, damit eine optimale Abschreckungswirkung erzielt wird. Die optimale Strafe, F^* , soll im Sinne des Internalisierungsansatzes auf Grundlage des verursachten Schadens bemessen werden. Der Ansatz wird weniger deshalb gewählt, weil er dem Abschreckungsansatz vorgezogen würde, sondern weil er sich als praktikabler erweist, da weniger Information über die Produktionskosten des Kartells benötigt wird. Als optimale Strafe für ein Kartell wird demnach hier die Summe aus „overcharge“ (dargestellt als Produkt von Mark-Up und Kartellumsatz, $M AS$) und „deadweight loss“ (DWL), multipliziert mit der Inversen der Bestrafungswahrscheinlichkeit, p , erachtet.⁵⁷

$$F^* = 1/p (M AS + DWL)$$

⁵⁴ Vgl Wils (2005b).

⁵⁵ Vgl etwa die „Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen für Kartellrechtsverstöße in der Europäischen Gemeinschaft gemäß Art 23 Abs 2 lit a der Verordnung 1/2003“; siehe unten Punkt 4.4.1.

⁵⁶ Bryant und Eckhard (1991), Gallo et al. (1994), OECD (2002), Wils (2005a), Connor und Bolotova (2006), Schinkel (2006), Connor (2007b).

⁵⁷ Berücksichtigte man, dass nicht jeder aufgedeckte Fall zu einer Verurteilung führt, sondern nur mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit (c [„conviction“]), führte dies zu einer entsprechend erweiterten Gleichung:

$F^* = 1/p_{det} 1/c (M AS + DWL)$. Diese Differenzierung soll zunächst aber vernachlässigt und erst später (im Punkt 4.6.2) aufgegriffen werden.

Gallo et al. (1994) arbeiten auf der Suche nach der optimalen Strafe für Kartelle mit folgendem Modell; es entspricht jenem aus *Kapitel 3*:⁵⁸

$$F^* = 1/p \, M \, AS \, (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M)$$

Die Autoren nehmen an, dass $M = 10 \%$, $\varepsilon = 1$ und $p = 15 \%$. Diese Annahmen implizieren, dass der „deadweight loss“ 5 % des „overcharge“ und der Netto-Schaden für alle anderen außer den Kartellteilnehmern 0,105 von AS beträgt. Die optimale Strafe ist demnach $F^* = 0,7 \, AS$.

Wils (2005a) gelangt zu einer durchschnittlichen optimalen Strafe von 150 Prozent des jährlichen Kartellumsatzes, $F^* = 1,5 \, AS/n = 1,5 \, as$. Seiner Überlegung liegen die Annahmen zugrunde, dass $M = 10 \%$, $p = 33 \%$ und dass die durchschnittliche Dauer, n , eines Kartells fünf Jahre beträgt. Er vernachlässigt den „deadweight loss“ und berechnet $F^* = 1/p \, 5 \, M \, AS/n = 1,5 \, AS/n = 1,5 \, as$.

Verschiedene andere Studien stellen diese Annahmen in Frage. Insbesondere, die Annahme, dass der durchschnittliche Mark-Up, M , eines Kartells zehn Prozent betrage, scheint überholt zu sein. Die OECD schätzt in ihrem Bericht über Kartelle (2002) den mittleren Mark-Up beispielsweise auf 15-20 Prozent, wobei sie eine hohe Variation über die verschiedenen Fälle feststellt.⁵⁹ Connor und Bolotova (2006) ermitteln in einer umfassenden Analyse einen mittleren Mark-Up von 19 Prozent.⁶⁰ Ihrer Analyse zu Folge sind internationale Kartelle effizienter (höherer Mark-Up) als nationale und solche, die in Nord-Amerika agieren, effizienter als jene im Europäischen Markt. Connor (2007b) erläutert schließlich, dass die in der Literatur zum Teil vertretene Annahme, dass der durchschnittliche Mark-Up 10 Prozent betrage, auf eine Schätzung der USSC (US Sentencing Commission) zurückgehe, die den US Sentencing Guidelines bei ihrer Erstellung im Jahr 1987 zu Grunde gelegt wurde. Die Schätzung sei wenig glaubwürdig. Der Autor erhält in seiner Untersuchung, die nahezu 700 Beobachtungen berücksichtigt, einen Median-Mark-Up von 25 Prozent. Das arithmetische Mittel liegt laut Connor (2007b) bei 42 Prozent. Schinkel (2006) geht in seiner Analyse über Kartellrechtsdurchsetzung in Europa ebenfalls von einem mittleren Mark-Up von $M = 25 \%$ aus.

⁵⁸ Dort erhielten wir für den „deadweight loss“ $DWL = \frac{1}{2} \varepsilon M^2 \, AS$. Demnach gilt: $M \, AS + DWL = M \, AS + \frac{1}{2} \varepsilon M^2 \, AS = M \, AS \, (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M)$. Der theoretische Zusammenhang $M = 1/\varepsilon$ wird von Gallo et al. (1994) für die Realität offensichtlich nicht angenommen.

⁵⁹ OECD (2002): Der Median von lediglich 14 Fällen, in denen M ermittelt werden konnte, lag dabei zwischen 15 und 20 Prozent.

⁶⁰ Ihrer umfassenden Analyse liegen mehr als 800 Beobachtungen aus den letzten 250 Jahren zu Grunde. $M = 19$ Prozent ist der Median. Das arithmetische Mittel beträgt 29 Prozent.

Zur Wahrscheinlichkeit, dass Kartelle aufgedeckt und bestraft werden, gibt es kaum Studien. Die in der Literatur⁶¹ oft zitierte Studie Bryant und Eckhard (1991) schätzt diese Wahrscheinlichkeit auf eine Größe zwischen 13 und 17 Prozent pro Jahr. Die Studie basiert auf Fällen aus den USA im Zeitraum von 1961 bis 1988. Zwar haben die US-Behörden seither bessere Methoden zur Verfolgung von Kartellen entwickelt, die die Bestrafungswahrscheinlichkeit in den USA vermutlich erhöht haben, doch wird angenommen, dass sie in anderen Ländern – so auch in Europa – niedriger als in den USA ist.⁶² Unter der Annahme, dass die jährliche Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung und Bestrafung für die Dauer des Bestehens eines Kartells 0,15 beträgt, dh die jährlichen Wahrscheinlichkeiten voneinander unabhängig sind, beträgt die Wahrscheinlichkeit für ein n Jahre andauerndes Kartell, zumindest einmal in dieser Zeit aufgedeckt zu werden, $p = 1 - 0,85^n$. Gallo et al. (1994) vernachlässigen dies und übernehmen die jährliche Wahrscheinlichkeit von Bryant und Eckhard (1991) als Wahrscheinlichkeit, dass Kartelle bestraft werden, unabhängig von ihrer Dauer. Damit unterschätzen sie aber die Bestrafungswahrscheinlichkeit zweifellos. Schinkel (2006) hingegen nimmt auf diesen Umstand Bedacht. Nachdem er annimmt, dass ein Kartell im Durchschnitt fünf Jahre lang andauert ($n = 5$) – über diese Größe herrscht in der Literatur überwiegend Einigkeit⁶³ –, errechnet er eine durchschnittliche Bestrafungswahrscheinlichkeit von rund 56 Prozent: $p = 1 - 0,85^5 \approx 0,56$. Der Autor räumt jedoch zugleich ein, dass die Bestrafungswahrscheinlichkeit nur äußerst schwer zu schätzen sei, nachdem Informationen nur von Kartellen gewonnen werden könnten, die entdeckt wurden, nicht aber von den unentdeckten. Damit bliebe aber gerade die Information über die Erfolgreichsten unter den Kartellen verborgen.

Auch wenn die Vergleichbarkeit der in der Literatur verschieden angenommen Werte nicht sichergestellt ist, soll folgendes Zahlenexperiment angestellt werden: Setzt man die Werte unterschiedlich kombiniert in die auch von Gallo et al. (1994) angewandte Formel $F^* = 1/p \cdot M \cdot AS \cdot (1 + \frac{1}{2} \cdot \varepsilon \cdot M)$ ein,⁶⁴ erhält man verschiedene Ergebnisse für die Höhe der optimalen Strafe in Abhängigkeit von M und p . Sie sind in *Tabelle 1* dargestellt, wobei die optimale Strafe sowohl als Anteil am Kartellumsatz dargestellt ist als auch als Anteil am

⁶¹ Vgl etwa Schinkel (2006), OECD (2002), Connor (2006b), Gallo et al. (1994). Nach Angabe von Bryant und Eckhard (1991) ist ihre Studie die erste mit diesem Untersuchungsgegenstand. Obwohl beinahe 20 Jahre vergangen sind, scheint seither keine andere namhafte Studie zu diesem Thema veröffentlicht worden zu sein.

⁶² Vgl OECD (2002) und Schinkel (2006).

⁶³ Vgl etwa auch Connor (2007b), OECD (2002).

⁶⁴ Es sei wie von Gallo et al. (1994) angenommen, dass $\varepsilon = 1$.

durchschnittlichen jährlichen Kartellumsatz für ein Kartell, das fünf Jahre lang besteht (Werte im Klammerausdruck).⁶⁵

	$p = 0,15$ Gallo et al. (1994)	$p = 1/3$ Wils (2005a)	$p = 0,56$ Schinkel (2006)
$M = 0,10$ Gallo et al. (1994) US Sentencing Guidelines	0,7 AS (3,5 as)	0,32 AS (1,58 as)	0,19 AS (0,94 as)
$M = 0,25$ Connor (2007b) - Median Schinkel (2006)	1,88 AS (9,38 as)	0,84 AS (4,22 as)	0,51 AS (2,53 as)
$M = 0,42$ Connor (2007b) – arithmetisches Mittel	3,39 AS (16,94 as)	1,52 AS (7,62 as)	0,91 AS (4,57 as)

Tabelle 1: Höhe der optimalen Strafe, F^ , ausgedrückt als Anteil am Kartellumsatz, AS, bzw als Anteil am durchschnittlichen jährlichen Kartellumsatz, as, für ein fünf Jahre andauerndes Kartell: $F^* = 1/p M AS (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M) = 1/p M 5 as (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M)$ mit $\varepsilon = 1$.*

Die Schwankungsbreite der möglichen Ergebnisse für die optimale Strafe in Abhängigkeit von M und p ist, wie *Tabelle 1* zeigt, sehr groß ($0,19 AS < F^* < 3,39 AS$). Sie kann allerdings durch folgende Einschränkungen relativiert werden. Die Annahme, dass der durchschnittliche Mark-Up eines Kartells bloß zehn Prozent beträgt, $M = 0,1$, erscheint angesichts der jüngeren Studien, wie bereits erwähnt, überholt. Weiters sollte für die Analyse der optimalen Strafe für ein durchschnittliches Kartell wohl eher der Median-Wert als das arithmetische Mittel der Studie Connor (2007b) herangezogen werden, da Ausreißer dann nicht ins Gewicht fallen. Für $M = 0,25$ liegt die optimale Strafe für unterschiedliche Werte der Bestrafungswahrscheinlichkeit zwischen 51 und 188 Prozent des Kartellumsatzes ($0,51 < F^* < 1,88$). Über die durchschnittliche Bestrafungswahrscheinlichkeit, p , herrscht noch mehr Ungewissheit als über den durchschnittlichen Mark-Up. 15 Prozent erscheinen allerdings zu niedrig, da Bryant und Eckhard (1991) die *jährliche* Wahrscheinlichkeit auf einen Wert zwischen 13 und 17 Prozent schätzten, ein Kartell im Durchschnitt aber fünf Jahre andauert. Eine Bestrafungswahrscheinlichkeit von über 50 Prozent ist andererseits

⁶⁵ $F^* = 1/p M (1 + \frac{1}{2} M) AS = 5 * 1/p M (1 + \frac{1}{2} M) as.$

möglicherweise zu hoch geschätzt; in der Literatur findet sich neben Schinkel (2006) keine andere Studie, die von einem ähnlich hohen Wert ausgeht. Geht man demnach von einer „mittleren“ durchschnittlichen Bestrafungswahrscheinlichkeit von einem Drittel aus, $p = 1/3$, erhält man eine optimale Strafe von 84 Prozent des Kartellumsatzes; dies entspricht 422 Prozent des durchschnittlichen jährlichen Kartellumsatzes eines fünf Jahre andauernden Kartells,

$$F^* = 0,84 AS = 4,22 as.$$

4.3 Vorbehalte

Das soeben erhaltene Ergebnis ist nur als grobe Richtgröße zu betrachten. Insbesondere soll auf folgende mögliche Verzerrungen hingewiesen werden: Erstens besteht über die Werte von M , n und p alles andere als Gewissheit; dies zeigt schon *Tabelle 1*. Außerdem beruht die Schadensberechnung, an die die Berechnung der optimalen Strafe nach dem Internalisierungsansatz anknüpft, auf einem die Realität sehr vereinfachenden Modell. Zweitens wurde vernachlässigt, dass eine Strafe üblicherweise erst nach einem längeren Verfahren, dh eine gewisse Zeit nach dem Verstoß, verhängt wird, und eine Verzinsung deshalb angemessen wäre (Verzerrung von F^* nach unten). Drittens wurde nicht berücksichtigt, dass für Kartellrechtsverstöße neben Geldstrafen (und Schadenersatzzahlungen) in der Praxis auch Gefängnisstrafen verhängt werden (Verzerrung nach oben). Es wurde, viertens, angenommen, dass die Entscheidungsträger risikoneutral sind, wobei Studien⁶⁶ eher darauf hindeuten, dass sie risikoliebend sind (Verzerrung nach unten). Fünftens wurde nicht berücksichtigt, dass neben dem Betrag der Strafe einem Unternehmer weitere Kosten aus einer Kartellteilnahme erwachsen können (Verzerrung nach oben). Sechstens wurde bisher ganz vernachlässigt, dass die Höhe der Strafe nach oben hin begrenzt ist, da Unternehmen nicht fähig sind, jede beliebige Strafe zu zahlen oder durch ihren Liquidationswert abzudecken, bzw die Verhängung sehr hoher Strafen gesellschaftliche Kosten mit sich bringen kann (Verzerrung nach oben).

4.4 Strafen in der Praxis

Die im letzten Abschnitt vorgenommene Untersuchung hat (bei allen Vorbehalten) ergeben, dass die optimale Strafe etwa 84 Prozent des Kartellumsatzes beträgt. In diesem Abschnitt soll analysiert werden, wie hoch die Strafen in der Realität sind. Kartelle, die innerhalb des Europäischen Marktes agieren, müssen dabei sowohl mit Strafen der

⁶⁶ Wils (2005a).

Europäischen Kommission als auch mit solchen von nationalen Kartellbehörden rechnen. Schadenersatzleistungen, D , sind zwar rechtlich theoretisch möglich, de facto aber (noch) vernachlässigbar:

$$F = F_{EC} + F_N + D.$$

Im Zentrum des Interesses stehen zunächst die Strafen, die die Europäische Kommission verhängt.

4.4.1 Die Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen für Kartellrechtsverstöße in der Europäischen Gemeinschaft

Bei der Verhängung von Strafen für Unternehmen die gegen das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft verstoßen, richtet sich die Europäische Kommission nach den zuletzt im Jahr 2006 adaptierten „Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen für Kartellrechtsverstöße in der Europäischen Gemeinschaft gemäß Art 23 Abs 2 lit a der Verordnung 1/2003“. Die Leitlinien bestimmen selbst, dass sie nicht als Grundlage für eine automatische arithmetische Berechnungsgrundlage verstanden werden sollten;⁶⁷ sie bilden also nur eine Richtschnur für eine angemessene Bestrafung. Für den Zweck einer ungefähren Bestimmung der Höhe der Strafen für Kartelle in der Praxis soll die Berechnungsweise jedoch dennoch genauer betrachtet werden.

Für die Berechnung der Strafe wird zunächst ein Grundbetrag (GB) ermittelt, der sodann unter Berücksichtigung erschwerender oder mildernder Umstände angepasst wird. Der Grundbetrag basiert auf dem Wert der innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) verkauften Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen. Agierte das zu bestrafende Kartell lediglich im EWR – dies sei im Folgenden angenommen – so handelt es sich dabei um den Kartellumsatz AS .⁶⁸ Der Grundbetrag setzt sich aus zwei Komponenten zusammen. Erstens wird für jedes Jahr ein bestimmter Anteil (maximal 30 Prozent) des Kartellumsatzes des letzten vollständigen Geschäftsjahres veranschlagt. Zweitens wird zusätzlich und unabhängig von der Dauer ein Betrag von 15 bis 20 Prozent von diesem Umsatz hinzugerechnet. Je schwerer der Verstoß ist, desto höher sind diese Anteile. Der Einfachheit wegen sei angenommen, das Kartell mache

⁶⁷ Vgl Ziffer 6 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung gemäß Art 23 Abs 2 lit a der Verordnung 1/2003.

⁶⁸ Die Leitlinien geben die Berechnungsweise für die Strafe eines einzelnen Unternehmens vor. Entsprechend basiert der Grundbetrag nur auf dem Unternehmensanteil von AS . Wie in den vorherigen Abschnitten soll aber untersucht werden, wie hoch die Strafe für das Kartell als Ganzes ist.

über die Dauer seines Bestehens jährlich gleich hohe Umsätze in der Höhe von $AS/n = as$. Zusammengefasst lässt sich der Grundbetrag dann wie folgt darstellen:⁶⁹

$$GB = (0,3 \sigma n + 0,25 \tau) as = 0,3 \sigma AS + 0,25 \tau AS/n$$

wobei $0 < \sigma < 1$ sowie $3/5 < t < 1$ und n die Dauer des Verstoßes in Jahren darstellt.

Der Grundbetrag wird sodann, die erschwerenden bzw mildernden Umstände berücksichtigend, angepasst. Die Anpassung nach oben kann eine Erhöhung bis zu 100 % bedeuten, für eine Anpassung nach unten besteht keine Grenze. Die Strafe kann sohin wie folgt beschrieben werden:

$$F_{EC\text{-}Richtlinien} = GB e m \text{ oder } F = (0,3 \sigma n + 0,25 \tau) as e m$$

wobei $1 < e < 2$ und $0 < m < 1$.

Die höchstmögliche Strafe erhält man im Fall $\sigma = 1$, $\tau = 1$, $e = 2$, $m = 1$ (schweres Vergehen, Maximum erschwerender Umstände, keine mildernden Umstände). Für $n = 5$ ergeben die Leitlinien demnach eine mögliche Strafe bis zu 350 Prozent des jährlichen Kartellumsatzes, $0 < F_{EC\text{-}Richtlinien} < 3,5 as$. Dies entspricht einer möglichen Strafe für ein Kartell, das fünf Jahre andauerte, von 70 Prozent des Kartellumsatzes, $0 < F_{EC\text{-}Richtlinien} < 0,7 AS$.

Die Richtlinien enthalten aber eine wesentliche Einschränkung: Die Strafe darf zehn Prozent des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen.⁷⁰ Diese Grenze wird in vielen Kartellrechtsfällen schlagend, sodass die Berechnungsregeln der Leitlinien schlussendlich nicht ausschlaggebend sind. Die Einschränkung sei an folgendem Beispiel veranschaulicht: Angenommen die an einem Kartell teilnehmenden Unternehmen erwirtschafteten den x -ten Anteil ihrer Gesamtumsätze (TS wie „total sales“) mit dem Kartell,

$$x = AS / TS = AS/n / TS/n = as / ts.$$

Der Anteil x , ab dem die 10 % - Grenze schlagend wird, ist für den Fall $\sigma = 1$, $t = 1$, $e = 2$, $m = 1$:

$$0,1 ts = 0,1 as / x = 3,5 as, \text{ oder } x = 0,1 / 3,5 \approx 0,03.$$

Mit anderen Worten: Wenn der jährliche Kartellumsatz am jährlichen Gesamtumsatz mehr als drei Prozent beträgt, ist die Kommission gehindert, die Strafe den grundsätzlichen

⁶⁹ Die Analyse entspricht im Allgemeinen jener von Schinkel (2006).

⁷⁰ Vgl Ziffer 32 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen für Kartellrechtsverstöße in der Europäischen Gemeinschaft gemäß Art 23 Abs 2 lit a der Verordnung 1/2003 bzw Art 23 Abs 2 der zitierten Verordnung.

Berechnungsrichtlinien folgend als Anteil (bzw. Vielfaches) des jährlichen Kartellumsatzes festzulegen, sondern hat die Strafe mit zehn Prozent des Gesamtumsatzes des vergangenen Geschäftsjahres zu bemessen. Für einen weniger drastischen Fall, etwa $\sigma = \frac{1}{2}$, $\tau = \frac{1}{2}$, $e = 1$, $m = 1$ (weniger schweres Vergehen, keine erschwerenden Umstände), läge der Wert niedriger, aber immer noch bei nur rund elf Prozent.

4.4.2 Tatsächlich verhängte Strafen

Die Strafen, die von der Europäischen Kommission für Kartelle verhängt wurden, sind im Verlauf der letzten Jahrzehnte erheblich gestiegen. *Abbildung 2* zeigt die durchschnittliche Strafe, die von der Europäischen Kommission für einen festgestellten Kartellrechtsverstoß verhängt wurde, im Verlauf der Jahre.⁷¹ Die höchste Strafe, die bisher für ein Kartell verhängt wurde, erging mit 1,383 Mrd Euro in der Sache *Flachglas*, die höchste je ausgesprochene Strafe für ein einzelnes Unternehmen wegen eines Kartellverstoßes erhielt die Thyssen-Krupp-Gruppe in der Sache *Aufzüge und Fahrtreppen* (447 Mio Euro).⁷²

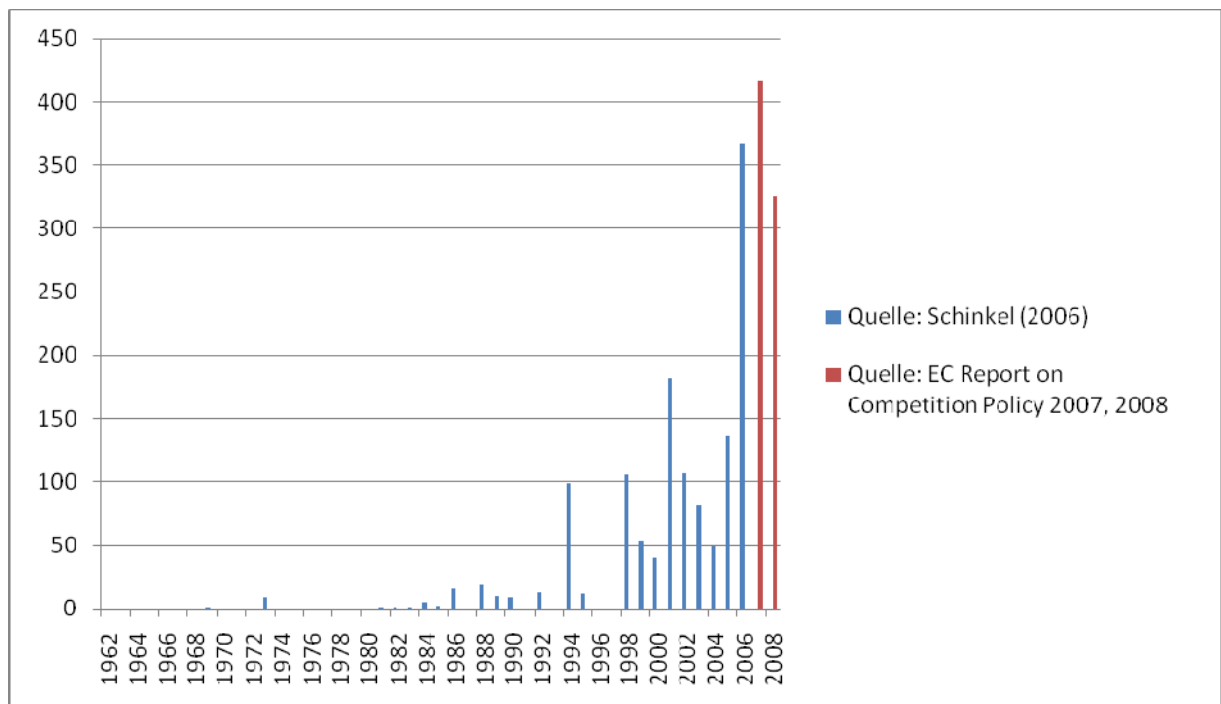


Abbildung 2: Durchschnittliche Strafe für Kartelle, verhängt durch die Europäische Kommission (in Mio €).

⁷¹ Die Grafik basiert auf Schinkel (2006) und den Berichten über die Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission der Jahre 2007 und 2008.

⁷² Vgl die Berichte über die Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission der Jahre 2007 und 2008.

So beeindruckend diese Zahlen auch sein mögen, so wenig aussagekräftig sind sie im Hinblick auf ihre abschreckende Wirkung. Connor (2006b) zu Folge stellen die von der Europäischen Kommission verhängten Strafen im Mittel lediglich 12,8 Prozent des jeweiligen Kartellumsatzes dar.⁷³ Als Beispiele können zwei konkrete Fälle genannt werden, in denen der Kartellumsatz jeweils über zwei Mrd Euro ausmachte. Im Fall „Graphite electrodes“ verhängte die Europäische Kommission eine Strafe von 218,8 Mio Euro, das sind elf Prozent des Kartellumsatzes. Im Fall „Pre-insulated pipe“ erhielt das Kartell eine Strafe von 92,21 Mio Euro, fünf Prozent des Kartellumsatzes. Dies zeigt, dass die tatsächlich verhängten Strafen, in Relation zum Kartellumsatz gesetzt, verhältnismäßig niedrig sind, Connor (2006b) folgend: $F_{EC} = 0,128 AS$.

Neben den Strafen, die die Europäische Kommission verhängt, erhalten Kartelle, die im Europäischen Raum agieren, auch Strafen nationaler Kartellbehörden. Nach Connor (2006a) liegt die mittlere verhängte Strafe dabei bei 3,1 Prozent des Kartellumsatzes ($F_N = 0,031 AS$). Demnach können Kartelle aber damit rechnen, dass sie im Mittel insgesamt keine höhere Strafe als neun Prozent des Kartellumsatzes ($F_{EC} + F_N = 0,159 AS$), erwartet.⁷⁴

4.5 Kluft zwischen Theorie und Praxis – ungenügende Abschreckungswirkung

Zwischen der optimalen Strafe in der Theorie und den tatsächlich verhängten Strafen in der Praxis klafft also eine große Lücke. Während die durchschnittliche Strafe für eine optimale Abschreckung 84 Prozent des Kartellumsatzes ($F^* = 0,84 AS$) bzw 422 Prozent des durchschnittlichen jährlichen Kartellumsatzes ($F^* = 4,22 as$) betragen sollte, liegt sie in der europäischen Praxis viel niedriger, an Connor (2006b) anknüpfend gar nur bei etwa 16 Prozent des Kartellumsatzes ($F_{EC} + F_N = 0,159 AS$), ds rund 19 Prozent der optimalen Strafe ($[F_{EC} + F_N] / F^* = 0,159 AS / 0,84 AS = 0,1892$).

4.5.1 „Verbrechen lohnt sich doch!“

Auch wenn das Ergebnis für die optimale Strafe auf Grund der getroffenen Annahmen und Vereinfachungen des Modells nur mit gewisser Vorsicht betrachtet werden darf (siehe Punkt 4.2), so kann doch der Schluss gezogen werden, dass die Abschreckungswirkung der in

⁷³ Nach seiner Schätzung (Connor (2006b) 29) liegt die durchschnittliche Strafe zwischen 22,9 und 79,4 Prozent des „overcharge“, das sind im Mittel 51,15 Prozent ($F_{EC} = 0,51 M AS$). Unter der Annahme, dass der mittlere Mark-Up 25 Prozent beträgt sind das 12,79 Prozent des Kartellumsatzes ($F_{EC} = 0,128 AS$).

⁷⁴ Hier wird davon ausgegangen, dass ein Kartell neben der Strafe der europäischen Kommission eine weitere Strafe nur in einem Mitgliedstaat und nicht in mehreren zu erwarten hat.

der Praxis verhängten Strafen ungenügend ist. Geht man davon aus, dass der durchschnittliche Mark-Up 25 Prozent beträgt, $M = 25 \%$, ist der erwartete Gewinn des durchschnittlichen Kartells, G ,

$$G = M AS = 0,25 AS;$$

dem steht gegenüber, bei den Annahmen, dass die durchschnittliche Bestrafungswahrscheinlichkeit (sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene) ein Drittel ist, $p = p_{EC} = p_N = 1/3$,⁷⁵ und die Wahrscheinlichkeit, dass ein Kartell zu Schadenersatz verurteilt wird, derzeit Null ist, $p_D = 0$, eine durchschnittliche erwartete Strafe, $E[F]$, von

$$E[F] = E[F_{EC}] + E[F_N] + E[D] = p_{EC} * F_{EC} + p_N * F_N + p_D * D = 1/3 * 0,159 AS \approx 0,053 AS.$$

Der erwartete durchschnittliche Gewinn überschreitet die erwartete durchschnittliche Strafe demnach bei weitem (um annähernd das Fünffache). Aus der Sicht von Kartellen kann demnach zweifellos gesagt werden: „Verbrechen lohnt sich doch!“

Aus Sicht der Gesellschaft gilt dies freilich nicht: Wie in *Kapitel 3* ausgeführt, führen Kartelle zu Wohlfahrtsverlusten durch allokativen und produktiven Ineffizienz sowie mögliche negative Effekte auf das Innovationsverhalten der betreffenden Unternehmen.⁷⁶ Nachdem die Unternehmen bei der Entscheidung, ein Kartell zu bilden, diese Wohlfahrtsverluste unberücksichtigt lassen, können sie als negative (pekuniäre) Effekte bezeichnet werden.

4.5.2 Wie viel fehlt auf eine adäquate Abschreckung?

Um eine adäquate Abschreckungswirkung zu erreichen, müssten – bei gleicher Bestrafungswahrscheinlichkeit – die tatsächlich verhängten Strafen mehr als fünf Mal so hoch sein ($F^*/[F_{EC} + F_N] = 0,84 AS / 0,159 AS \approx 5,28$). Vor diesem Hintergrund erscheint die rechtliche Obergrenze für Strafen nach EG-Wettbewerbsrecht von zehn Prozent des Gesamtumsatzes des vergangenen Geschäftsjahres als ein großes Hindernis für angemessene Strafen. Sie wird von zahlreichen Autoren zu Recht als fragwürdig kritisiert.⁷⁷ Ohne diese Obergrenze könnte gemäß den Richtlinien für ein durchschnittliches Kartell – es sei angenommen, dass es fünf Jahre lang andauert – nämlich immerhin eine Strafe in einer Höhe bis zu 350 Prozent des jährlichen Kartellumsatzes verhängt werden (siehe oben); das rund 83 Prozent der optimalen Strafe ($F_{EC-Richtlinien} / F^* = 3,5 as / 4,22 as \approx 0,83$).

⁷⁵ Es sei ebenso angenommen, dass die Wahrscheinlichkeiten p_{EC} , p_N und p_D voneinander unabhängig sind.

⁷⁶ Vgl. Punkt 3.1, insb. FN 29.

⁷⁷ Vgl. zB Schinkel (2006), Connor (2006b).

Freilich könnte die Abschreckungswirkung auch dadurch erhöht werden, dass die Wahrscheinlichkeit, Kartelle aufzudecken und zu bestrafen, p , gesteigert wird. Dies würde man durch eine Stärkung der Ressourcen der Kartellrechtsbehörden erreichen. In Anbetracht der Tatsache, dass die Höhe der Strafen in der Realität nicht beliebig hoch sein kann, ist die Erhöhung von p sogar essentiell. Da sie aber mit Kosten verbunden ist, ist es nicht wohlfahrtsoptimierend eine so möglichst hohe Bestrafungswahrscheinlichkeit, p , zu erreichen. Vielmehr stellt sich die Suche nach dem optimalen Verfolgungsniveau als Optimierungsproblem, in dem der zusätzliche Nutzen aus einer Steigerung von p gegen die zusätzlichen Kosten abgewogen werden muss.⁷⁸

Manche Autoren argumentieren auch, durch Strafen gegen Unternehmen könnte man auf keinen Fall eine adäquate Abschreckungswirkung gegen Kartelle erreichen, weshalb zur Durchsetzung von Kartellrecht das Hauptaugenmerk auf Gefängnisstrafen für Manager gesetzt werden sollte. Wils (2003a) begründet dies etwa so, dass Strafen, die die Zahlungsfähigkeit von Unternehmen übersteigen, zu Insolvenzfällen führen, die eine Reihe von unerwünschten Nebeneffekten (zB für die Aktieninhaber und Angestellten) mit sich brächten. Nicht zu Letzt könnten auch die Konsumenten im entsprechenden Markt unter der Insolvenz eines Unternehmens leiden, nämlich dann, wenn der Markt von vornherein eine geringe Zahl an Anbietern aufwies, die dann noch reduziert würde.

Der Studie von Craycraft, Craycraft und Gallo (1997) zu Folge beeinflusst die Zahlungsfähigkeit von Unternehmen nicht die Höhe der Strafen bei Kartellrechtsbrüchen; in vielen Fällen wären die Unternehmen auch fähig, die optimale Strafe zu zahlen. Dem Einfluss der Zahlungsfähigkeit von zu bestrafenden Unternehmen soll deshalb hier keine weitere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

4.6 Stärkung von Schadenersatzklagen – ein prinzipiell möglicher Weg die Abschreckungswirkung zu erhöhen

Eine Annäherung an die optimale Abschreckungswirkung von Kartellstrafen kann im Bereich der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung, wie gerade erläutert wurde, durch eine Erhöhung der tatsächlich verhängten Strafen (F) oder durch Maßnahmen erreicht werden, die

⁷⁸ Dieses Optimierungsproblem könnte etwa folgende Form haben: Sei der Nutzen der Bestrafungswahrscheinlichkeit (höhere Abschreckung; geringerer Wohlfahrtsverlust aus Kartellen) $r(p)$ und seien die Kosten (Investitionen in die Ressourcen der Kartellrechtsbehörden) $c(p)$. Unter der Annahme eines fallenden Grenznutzens ($\delta r(p)/\delta p^2 < 0$) und steigender Grenzkosten ($\delta c(p)/\delta p^2 > 0$) ergibt sich das die Zielfunktion $\pi(p) = r(p) - c(p)$ maximierende p^* dann durch Gleichsetzung von Grenznutzen und Grenzkosten (FOC): $d\pi(p)/dp = \delta r(p)/\delta p - \delta c(p)/\delta p = 0$, oder $\delta r(p)/\delta p = \delta c(p)/\delta p$.

die Wahrscheinlichkeit (p) erhöhen, dass Kartelle entdeckt und bestraft werden. Ersteres könnte geschehen, indem die Europäischen Kommission bzw die nationalen Wettbewerbsbehörden höhere Strafen aussprechen, letzteres durch eine Verstärkung der Ressourcen der Wettbewerbsbehörden.

Die Stärkung von Schadenersatzklagen kann – dies soll in diesem Abschnitt gezeigt werden, in dem nun der Fokus auf die private Kartellrechtsdurchsetzung gerichtet wird – ebenso über beide Wege (Erhöhung von F und Erhöhung von p) zu einer höheren Abschreckungswirkung beitragen.

4.6.1 Erhöhung der erwarteten Strafe bei gleichbleibender Bestrafungswahrscheinlichkeit

Durch Schadenersatzklagen mit Erfolgsaussicht ($p_D > 0$) erweitert sich die erwartete Strafe für Kartelle um die zu erwartenden Verurteilungen zur Zahlung von Schadenersatz; das ist der Betrag, den Geschädigte in Summe tatsächlich einklagen können, D , multipliziert mit der Verurteilungswahrscheinlichkeit $p_D > 0$:

$$E[F] = E[F_{EC}] + E[F_N] + E[D] = p_{EC} * F_{EC} + p_N * F_N + p_D * D$$

Wird allen Kartellgeschädigten einfacher Schadenersatz zugesprochen (das heißt, jedem Geschädigten wird genau die Höhe seines Schadens ersetzt), so ist die Höhe des Schadenersatzes nach unserem Modell

$$D = MAS (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M).^{79}$$

Zunächst sei angenommen, dass die Verurteilungswahrscheinlichkeit gleich hoch der Wahrscheinlichkeit sei, dass das Kartell entdeckt und von der Kommission oder einer nationalen Behörde bestraft wird ($p_D = p_{EC} = p_N = p$) und diese Wahrscheinlichkeiten voneinander unabhängig seien.⁸⁰ Die erwartete Strafe ist somit

$$E[F] = p (F_{EC} + F_N + D)$$

⁷⁹ Beachte dass D davon abhängt, welche Kategorien an Geschädigten (vgl dazu 5.1) ihren Schaden geltend machen können. Wäre etwa jenen, die einen Schaden aus dem Kartell haben, weil sie auf Grund des Preises das Kartellgut nicht gekauft haben, die Geltendmachung des Schadens versagt, wäre $D = MAS$, da der DWL dann von niemandem eingeklagt würde.

⁸⁰ Wir erhalten dasselbe Ergebnis, wenn wir annehmen, dass Strafen nationaler Behörden nur verhängt werden und Schadenersatzklagen nur eingebracht werden, wenn eine Verurteilung durch die Europäische Kommission erfolgt ist, die Bestrafungswahrscheinlichkeit auf europäischer Ebene gleich p sei, $p_{EC} = p$, und die Bestrafungswahrscheinlichkeit nationaler Folgeverfahren bzw die Verurteilungswahrscheinlichkeit der Folgeklagen jeweils aber gleich eins ist, $p_N = p_D = 1$:

$$E[F] = p_{EC} * F_{EC} + p_{EC} * p_N * F_N + p_{EC} * p_D * D = p (F_{EC} + F_N + D).$$

und um $p \cdot D$ höher als zuvor. Unter den schon oben vorgenommen Annahmen ($\varepsilon = 1$; $M = 0,25$; $p = 1/3$) ist die erwartete Strafe damit um $E[D] = 1/3 D = 1/3 M AS (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M) \approx 0,09 AS$, das sind neun Prozent des Kartellumsatzes, höher. Bei unveränderter Bestrafungspraxis der Europäischen Kommission bzw der nationalen Behörden ($E[F_{EC}] + E[F_N] \approx 0,053 AS$) wäre dies eine Erhöhung von rund 170 Prozent.⁸¹

Eine Steigerung der Höhe der zu erwartenden Strafe wäre freilich auch im Wege der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung möglich, wenn etwa die Europäische Kommission die Strafen für Kartelle entsprechend anheben würde. Insofern besteht bezüglich der Abschreckungswirkung kein Unterschied zwischen der Stärkung von Schadenersatzklagen und der Erhöhung von Strafen. Die faktische Durchsetzbarkeit von Schadenersatzklagen könnte sich, wie im Folgenden gezeigt wird, jedoch auch zusätzlich positiv auf die Bestrafungswahrscheinlichkeit auswirken.

4.6.2 Einfluss auf die Bestrafungswahrscheinlichkeit

Um zu zeigen, dass die Stärkung von Schadenersatzklagen einen Einfluss auf die Bestrafungswahrscheinlichkeit hat, sei das Modell der erwarteten Strafe in einer etwas differenzierten Form betrachtet. Ob ein Kartell bestraft wird, hängt nämlich einerseits von der Wahrscheinlichkeit ab, dass es aufgedeckt wird, und – für den Fall seiner Aufdeckung – von der Wahrscheinlichkeit verurteilt zu werden.⁸² Erstere sei p_{det} [„detection“], letztere im Hinblick auf Strafen der Europäischen Kommission, solcher nationaler Behörden und schließlich Schadenersatzklagen c_{EC} , c_N bzw c_D [„conviction“]. Die erwartete Strafe ist demnach

$$E[F] = E[F_{EC}] + E[F_N] + E[D] = p_{det} c_{EC} \cdot F_{EC} + p_{det} c_N \cdot F_N + p_{det} c_D \cdot D =$$

⁸¹ Aus mehreren Gründen kann aber angenommen werden, dass die erwartete Strafe tatsächlich um weniger als $1/3 M AS (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M) \approx 0,09 AS$ steigen würde:

Erstens ist es selbst unter günstigeren Voraussetzungen für die Geschädigten unwahrscheinlich, dass der gesamte Schaden eingeklagt wird. Teilweise wird wegen eines zu hohen Prozessrisikos bzw auf Grund von Beweisschwierigkeiten noch immer kein Anreiz zu klagen bestehen; insb ist es zweifelhaft, ob der „deadweight loss“ ($DWL = \frac{1}{2} \varepsilon M^2 AS$) eingeklagt werden kann: Jene Personen, die dadurch einen Schaden erlitten, weil sie wegen eines zu hohen Preises von einem Kauf abgesehen haben, hätten zu beweisen, dass sie das Kartellgut zum Wettbewerbspreis gekauft hätten. Ein solcher Beweis dürfte wohl äußerst schwierig, wenn nicht sogar unmöglich sein.

Zweitens dürfte die Verurteilungswahrscheinlichkeit auch bei Folgeklagen kleiner sein, womit aber auch $E[D]$ kleiner wäre.

Drittens sinkt durch die Möglichkeit, einen Rechtsstreit zu vergleichen, überdies die vom Beklagten zu erwartende Schadenersatzleistung (siehe Abschnitt 6.3).

Schließlich ist es, je mehr Zeit zwischen Schadensereignis und Prozessbeginn vergeht, für den Kläger umso schwieriger seinen Anspruch zu beweisen, weshalb die Anspruchshöhe über die Zeit mit einer bestimmten Rate abgeschrieben werden müsste; vgl dazu etwa Schinkel (2006).

⁸² Vgl oben FN 47 und 57.

$$= p_{det} (c_{EC} * F_{EC} + c_N * F_N + c_D * D)$$

Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit, p_{det} , kann zweifellos durch eine Erhöhung der Ressourcen der Kartellbehörden gesteigert werden. Doch auch die Stärkung von Schadenersatzklagen hat einen positiven Einfluss auf p_{det} . Es sind nämlich nicht nur Schadenersatzklagen in der Folge von Verurteilungen im Rahmen der öffentlichen Kartellrechtsverfolgung zu erwarten (Folgeklagen), sondern auch in Fällen, in denen bisher keine Behörde eingeschritten ist (eigenständige Klagen). In letzteren würden die Geschädigten Informationen an die Behörden herantragen, über die diese möglicherweise noch nicht verfügt haben. Manche Autoren gehen sogar davon aus, dass private Parteien im Allgemeinen einen Informationsvorsprung gegenüber den Behörden hätten;⁸³ selbst wenn dem aber nicht so wäre, hätte die effektive Möglichkeit von Schadenersatzklagen einen positiven Effekt auf die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung von Kartellen.

Hinzuweisen ist freilich darauf, dass sich daraus noch nicht ergibt, dass eine höchstmögliche Zahl an Schadenersatzprozessen zur Steigerung von p_{det} wünschenswert ist. Auch hier stellt sich die Frage nach dem wohlfahrtsoptimierenden Niveau als Optimierungsproblem zwischen zusätzlichem gesellschaftlichen Nutzen und zusätzlichen Kosten⁸⁴ aus einer gesteigerten Zahl von Schadenersatzprozessen.

Außerdem darf keinesfalls außer Acht gelassen werden, dass die Stärkung von Schadenersatzklagen auch einen negativen Einfluss auf p_{det} haben könnte. Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit wurde innerhalb der Europäischen Union in den letzten Jahren vor allem dank dem Ausbau von Kronzeugenprogrammen gesteigert. In einem Umfeld, in dem Kartellteilnehmer aber auch Schadenersatzklagen fürchten müssten, würden die Kronzeugenprogramme aber unter Umständen weniger erfolgreich sein – nämlich dann umso eher, wenn die Kronzeugenregelung (Reduktion der Strafe auf Grund der Preisgabe von Information gegenüber der Behörde) nicht auch auf zu leistende Schadenersatzsummen ausgedehnt würde. Ob die Stärkung von Schadenersatzklagen im Gesamten einen positiven Einfluss auf die Aufdeckungswahrscheinlichkeit, p_{det} , hat, oder nicht, wird demnach insbesondere von einer ausgereiften Abstimmung von privater und öffentlicher Kartellrechtsdurchsetzung, insbesondere im Hinblick auf die Kronzeugenregelung, abhängen.

⁸³ Vgl die bei CEPS (2008) FN 116 angeführte Literatur.

⁸⁴ Die Kosten der Rechtsdurchsetzung werden in der Rechtsökonomie zu den "tertiären Kosten" gezählt, die neben den primären Kosten (unmittelbarer Schaden) und den sekundären Kosten (Folgeschäden, zB für Versicherungen) durch einen Schädiger verursacht werden.

In der Literatur wird „*uni sono*“ angenommen, dass die Aufdeckungswahrscheinlichkeit in den USA, in denen die private Rechtsdurchsetzung eine wesentlich größere Rolle spielt, höher als in Europa ist.⁸⁵ Dies lässt hoffen, dass eine Stärkung von Schadenersatzklagen, gesamt gesehen, einen positiven Effekt auf die Aufdeckungswahrscheinlichkeit hat. Das Beispiel der US-amerikanischen Kartellrechtsverfolgung zeigt gerade, dass Kronzeugenprogramme in Gegenwart effizienter privater Kartellrechtsdurchsetzung nicht ihre Wirkung verlieren.

Zusammenfassend lässt sich demnach sagen, dass die effektive Möglichkeit, Schadenersatzansprüche gegen Kartelle durchzusetzen, die erwarteten Kosten für Kartelle erhöhen und zweifellos zu einer höheren Abschreckungswirkung beitragen würde. Eine Steigerung der erwarteten Kosten um 300 Prozent durch die Pflicht, den Geschädigten den Schaden einfach zu ersetzen, scheint möglich zu sein – zieht man in Betracht, dass unter Umständen auch die Wahrscheinlichkeit, dass Kartelle aufgedeckt werden, durch die Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung steigen könnte – sogar noch mehr. Im Hinblick darauf, dass die tatsächlich verhängten Strafen in Europa ein im Vergleich zur optimalen Strafe viel zu geringes Abschreckungsniveau haben, ist dies auch wünschenswert.

⁸⁵ Vgl etwa Centre for European Policy Studies (CEPS) et al (2008), OECD (2002), Wils (2005a), Wils (2005b).

5 Kompensationswirkung

Neben einer Erhöhung der Abschreckung sollen die Maßnahmen des von der Europäischen Kommission veröffentlichten Weißbuchs dazu führen, dass jene, die durch Kartelle einen Schaden erlitten haben, diesen auch ersetzt bekommen. Die Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung soll also insbesondere dazu beitragen, dass Geschädigte von den Schädigern im Sinne ausgleichender Gerechtigkeit Kompensation erhalten.

Durch die Verhängung von Geldbußen (durch die Europäische Kommission oder die einzelnen Mitgliedstaaten) kann Kompensation nur auf einer abstrakten Ebene geschehen. Fließen die Strafzahlungen in die allgemeine Staatskasse, dienen sie der Gesellschaft nicht anders als Steuereinnahmen; werden sie in die Kartellrechtsverfolgung reinvestiert, so findet eine Art der abstrakten Kompensation statt, indem künftige Kartellrechtsverletzungen zum Wohl der Konsumenten möglicherweise unterbunden werden. Die durch ein bestimmtes Kartell geschädigten individuellen Personen (Konsumenten, Zwischenhändler, ...) werden freilich dadurch nicht konkret entschädigt. Diese direkte Entschädigung soll durch die effektive Möglichkeit, Schäden bei Kartellunternehmen einzuklagen, erreicht werden.

Während eine höhere Abschreckung (*Kapitel 4*) grundsätzlich sowohl durch höhere Geldbußen als auch durch eine Erhöhung der Effektivität der Pflicht zu Schadenersatzleistungen erreicht werden kann, ist das Ziel der Kompensation nur durch letzteres möglich.

5.1 Geschädigte

Folgende Gruppen können durch Kartelle, die ein Gut zu einem überhöhten Preis verkaufen, einen wirtschaftlichen Verlust erleiden:⁸⁶

- a) direkte Käufer, das sind Unternehmen oder Konsumenten, die direkt bei einem Kartellunternehmen gekauft haben und einen überhöhten Preis für ihr Input-Gut oder das endgültige Produkt bezahlt haben,
- b) Käufer, die nicht bei einem am Kartell teilnehmenden Unternehmen das Gut gekauft haben, sondern von einem Unternehmen außerhalb des Kartells aber innerhalb desselben Marktes, das gleich dem Kartell einen höheren Preis als den Wettbewerbspreis verlangt hat,⁸⁷

⁸⁶ Vgl. Centre for European Policy Studies (CEPS) et al. (2008).

⁸⁷ Es handelt sich dabei um den sogenannten „umbrella effect“.

- c) indirekte Käufer, das sind Unternehmen oder Konsumenten, die das Kartellgut nicht direkt bei einem Kartellunternehmen (oder ebenso zum Kartellpreis verkaufenden Nicht-Kartellunternehmen) gekauft haben, sondern weiter unten in der Vertriebskette stehen; indirekte Käufer erleiden dann einen Schaden, wenn die direkten Käufer des Gutes den Preisaufschlag zur Gänze oder teilweise weitergeben konnten („passing-on“)
- d) Individuen, die das Gut zum Wettbewerbspreis gekauft hätten, aber angesichts des überhöhten Preises davon abgesehen haben.

Die Schadenssummen der verschiedenen Kategorien lassen sich in unserem Modell aus Kapitel 3 darstellen. *Abbildung 3* zeigt das schon bekannte Preis-Mengendiagramm. Die vom Kartell verkaufte Menge ist hier mit q_2 , die gesamte in der Kartellsituation verkaufte Menge mit q_1 bezeichnet; das heißt, dass noch andere Anbieter in diesem Markt vorhanden sind, die aber nicht an dem Kartell teilnehmen und die Menge $q_1 - q_2$ verkaufen. Da auch sie in Reaktion auf die Preiserhöhung des Kartells das Gut zum Preis p_1 verkaufen (dies wird als der sogenannte „Umbrella-Effect“ bezeichnet), wird nicht der gesamte „Overcharge“ ($T_K + T_U$) an das Kartell transferiert, sondern nur ein Teil davon (T_K); der andere Teil (T_U) wird an die nicht am Kartell teilnehmenden aber doch zum Kartellpreis verkaufenden Unternehmen transferiert. Die Fläche E stellt nach wie vor den „deadweight-loss“ (DWL) dar.

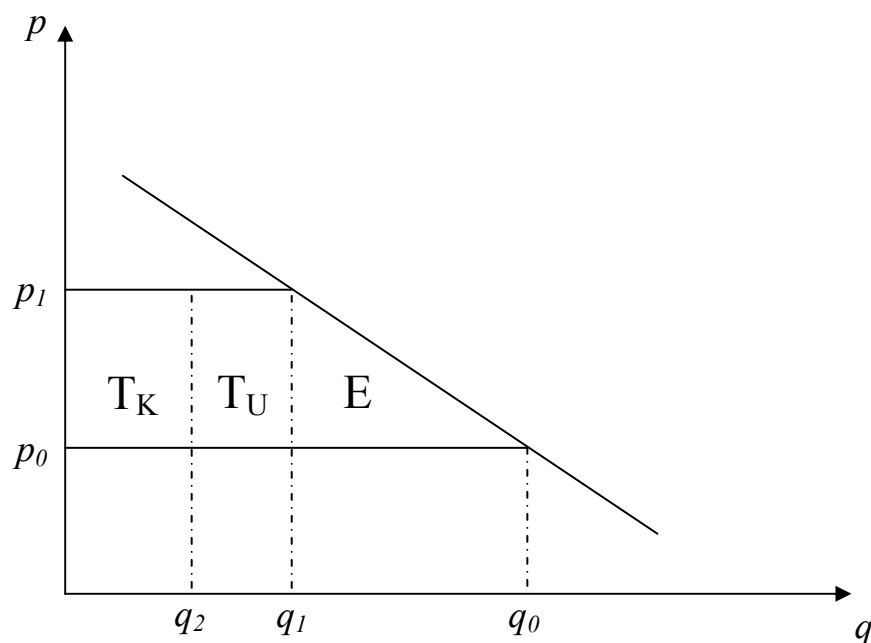


Abbildung 3

Die Schäden der Kategorie d) bilden im Aggregat den DWL. In Fällen, in denen direkte Käufer den Preisaufschlag nicht weitergeben (0% „passing-on“), wird die Summe der Schäden der Kategorie a) durch TK dargestellt und jene der Kategorie b) entsprechend durch TU. Geben die direkten Käufer den Preisaufschlag an ihre Käufer zu einem bestimmten Anteil weiter, so enthalten TK respektive TU die Schäden der Kategorie c) im entsprechenden Anteil. Können direkte Käufer beispielsweise den Preisaufschlag zu zwei Dritteln an ihre Kunden weitergeben (66,6% „passing-on“), so ist ihr Schaden (im Aggregat) $\frac{1}{3}$ (TK+TU) und der ihrer Kunden $\frac{2}{3}$ (TK+TU).

Um eine möglichst hohe Kompensationswirkung zu erzielen, müsste allen Gruppen von Geschädigten die Möglichkeit eingeräumt sein, Schadenersatz einzuklagen. Nach dem EuGH ist dies aus rechtlicher Sicht auch der Fall, da „jedermann“ der einen Schaden durch Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts erlitten hat, auch klagelegitimiert ist.⁸⁸ Im US-amerikanischen Rechtssystem ist es den letzten zwei Gruppen hingegen schon aus rechtlicher Sicht verwehrt, den Schaden einzuklagen. Dass indirekte Käufer nach US-Bundesrecht nicht klagelegitimiert sind, geht auf eine Entscheidung des U.S. Supreme Court aus dem Jahr 1977 zurück (*Illinois Brick*).⁸⁹ Sie können einen Kartellschaden weder gegenüber an einem Kartell teilnehmenden Unternehmen noch gegenüber direkten Käufern, die den Schaden auf sie überwältzt haben, geltend machen.

Für eine tatsächliche Kompensation reicht die bloße rechtliche Möglichkeit freilich noch nicht aus. Dies zeigt ja gerade die europäische Realität, in der auf Grund des Missverhältnisses zwischen Prozessrisiken und erwartetem zugesprochenen Schadenersatz für Kartellopfer praktisch keine direkte Kompensation stattfindet. Auf die Fragen, wie die faktische Möglichkeit, Schadenersatz zu erlangen, nach Vorstellung der Kommission gesteigert werden soll, und, ob die dazu geplanten Maßnahmen auch zielführend sind, soll jedoch erst später eingegangen werden (siehe insb. *Kapitel 7*). Zuvor soll gezeigt werden, dass im Sinne einer gerechten Kompensation triftige Gründe dafür sprechen, nicht nur den direkten Käufern das Recht einzuräumen, durch Kartelle verursachte Schäden einzuklagen, sondern auch – entgegen der US-amerikanischen Rechtspraxis – den indirekten Käufern. Dabei sollen die Probleme der exakten Lokalisation eines Kartellschadens in der Praxis nicht außer Acht gelassen werden, derentwegen manche Autoren eine Klagelegitimation der indirekten Käufer, andere gleich die Kartellrechtsverfolgung durch Schadenersatzklagen überhaupt ablehnen.

⁸⁸ Vgl. EuGH, *Manfredi*, C-295-298/04, Slg. 2006, I-6619.

⁸⁹ Vgl. etwa Centre for European Policy Studies (CEPS) et al. (2008) 79. Nach dem Wettbewerbsrecht der verschiedenen Bundesstaaten kann dies hingegen schon vorgesehen werden. Nach Connor (2007a) 409 hat etwa die Hälfte der Bundesstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

5.2 Die Weitergabe des Preisaufschlags – „*Passing-on*“

In Fällen, in denen jene, die direkt bei einem Kartell (oder bei Unternehmen außerhalb des Kartells, die aber ebenso den Kartellpreis verlangen) gekauft haben, schon die endgültigen Käufer des Gutes sind, also keine Vertriebs- oder Fertigungskette dazwischen besteht, stellt die Lokalisation des Schadens kein weiteres Problem dar. In diesen Fällen tragen die direkten Käufer den Schaden zur Gänze; eine Weitergabe des Preisaufschlags ist schlicht unmöglich.

Oftmals bestehen Kartelle aber am oberen Ende eines vertikalen Produktions- bzw. Verkaufsprozesses. Ein von einem Kartell produziertes Gut wird beispielsweise zunächst an Zwischenhändler verkauft, die es an die endgültigen Käufer unverändert weiterverkaufen; auch ist möglich, dass das vom Kartell produzierte Gut selbst noch nicht zum Konsum bestimmt ist, sondern bloß als Input für die Produktion eines oder mehrerer weiterer Güter durch Verarbeiter dient, die dann erst (direkt oder über Zwischenhändler) an die endgültigen Käufer verkauft werden. In solchen Fällen ist es freilich möglich, dass die direkten Käufer (Verarbeiter bzw. Zwischenhändler) den Preisaufschlag an ihre Kunden weitergeben, indem sie ihrerseits die Preise erhöhen.

Wie wahrscheinlich dabei eine Überwälzung des „overcharge“ ist, hängt insbesondere von Nachfrage- und Angebotsfaktoren (Elastizitäten) und von der Wettbewerbsstruktur in den Märkten unterhalb des „Kartellmarktes“ ab, dann – falls das Kartellgut einen Input in der Produktion von Verarbeitern darstellt – davon, ob das Input-Gut Bestandteil der fixen oder der variablen Kosten ist, und schließlich auch von der Dauer des Kartells. Wie die folgende Analyse zeigt,⁹⁰ ist die Weitergabe des Preisaufschlags eher die Regel als die Ausnahme. Dies gilt vor allem mit zunehmender Dauer eines Kartells. Somit sind zumeist die eigentlich Geschädigten weniger die direkten, sondern vielmehr die indirekten Käufer.

5.2.1 Fixkosten, variable Kosten

Für den Zweck der Analyse sei ein dreistufiger Produktions- und Verteilungsprozess angenommen: eine Produktionsebene (P), eine Zwischenhändlerebene (Z) und eine Konsumentenebene (K). Zunächst sei weiters angenommen, dass unter den Zwischenhändlern perfekter Wettbewerb herrscht, diese demnach ihr Produkt zu Grenzkostenpreisen verkaufen. Ihre Angebotskurve gegenüber den Konsumenten entspricht somit der Grenzkostenkurve.

⁹⁰ Im Wesentlichen orientiert sie sich an Harris und Sullivan (1979).

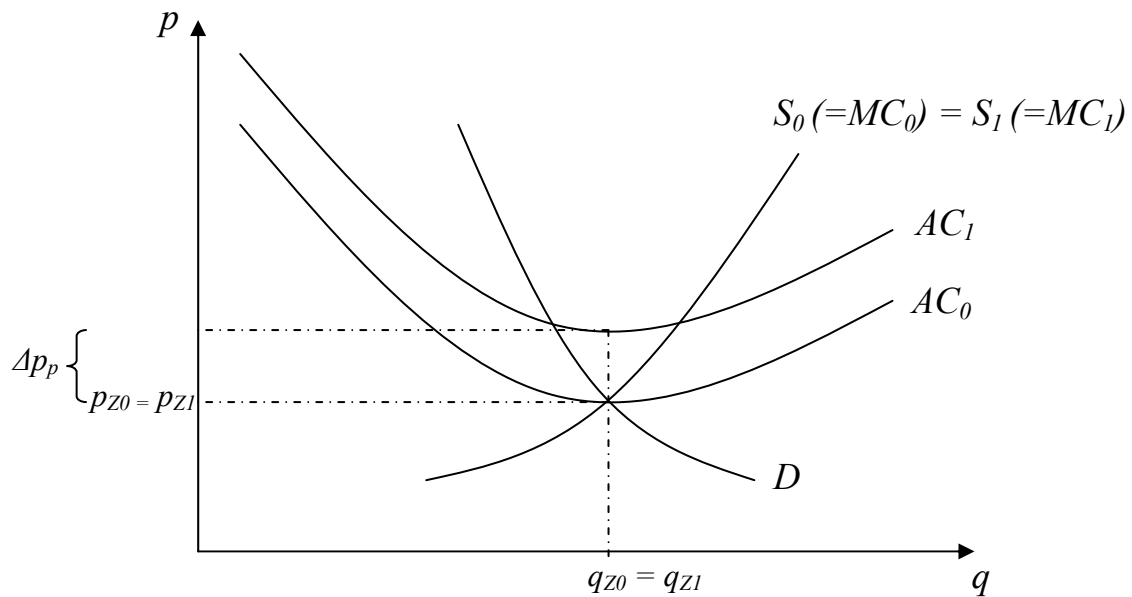


Abbildung 4a

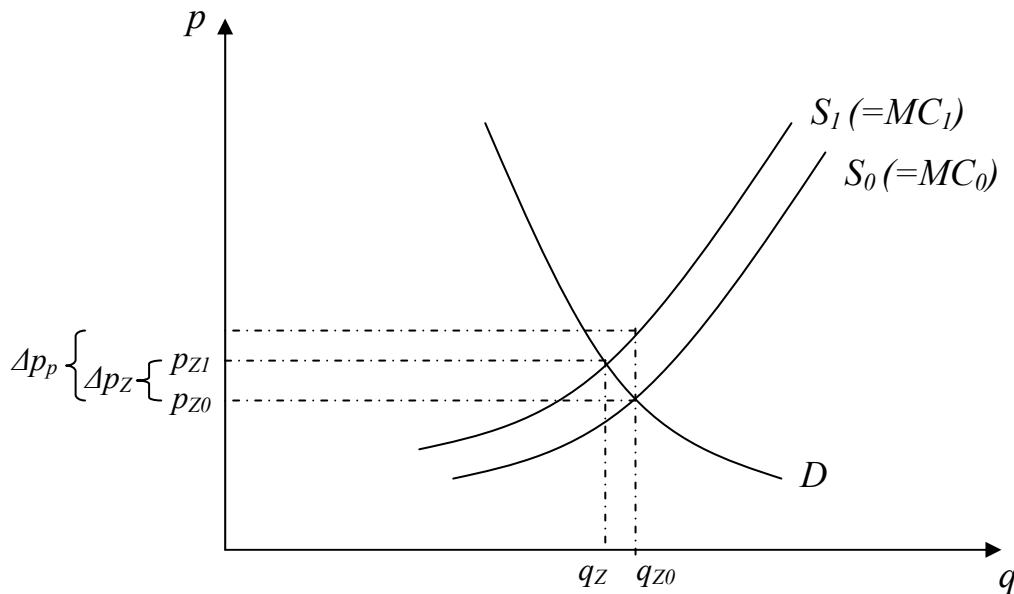


Abbildung 4b

Auf Ebene der Produzenten bestehe nun ein Kartell, das gegenüber den direkten Käufern, das sind die Zwischenhändler, Preise über dem kompetitiven Preis verlangt. Wir nehmen an, der Preisaufschlag der Produzenten, Δp_p , spiegelt sich in derselben Höhe in den Kosten der Zwischenhändler bei ihrem Verkauf wieder. In Fällen, in denen andererseits das eingekaufte Kartellgut Teil der Fixkosten ist, steigen freilich (nur) die Durchschnittskosten der Zwischenhändler, AC , während die Grenzkosten, MC , gleich bleiben. Als Beispiel stelle man sich vor, die Z-Unternehmen verkaufen Tennisschläger, wozu sie ein Bspannungsgerät (unabhängig von der Menge der verkauften Tennisschläger) benötigen, das von den P-Unternehmen erzeugt wird. Ein erhöhter Preis der Bspannungsgeräte bewirkt, dass die

Kosten für den Verkauf der Tennisschläger im Schnitt steigen, nicht jedoch die Kosten für den Verkauf jeweils eines zusätzlichen Tennisschlägers. In Fällen, in denen das eingekaufte Kartellgut Teil der variablen Kosten für die Z-Unternehmen ist (in unserem Beispiel etwa die Rahmen der Tennisschläger) erhöhen sich aber die Grenzkosten um den Preisaufschlag.

Die *Abbildungen 4a* (Erhöhung der Fixkosten) und *4b* (Erhöhung der variablen Kosten) zeigen die unterschiedlichen Auswirkungen des Preisaufschlags der Produzenten auf den Preis der Zwischenhändler.

Die Kurve D stellt die Nachfrage der Konsumenten dar, $S_0 (= MC_0)$ ist die Angebotskurve der Zwischenhändler, wenn es keinen Preisaufschlag durch die Konsumenten gibt, $S_1 (= MC_1)$ die Angebotskurve, nachdem die Produzenten die Preise um Δp_p erhöht haben. q_{z0} und q_{z1} sowie p_{z0} und p_{z1} repräsentieren die entsprechenden verkauften Mengen und Preise der Zwischenhändler in der kompetitiven Situation einerseits (indiziert mit 0) bzw in der Kartellsituation andererseits (indiziert mit 1). Die Graphik 4a zeigt, dass das Marktgleichgewicht im Fall der Erhöhung der Fixkosten unverändert bleibt; der Preisaufschlag der Produzenten wird demnach zur Gänze von den Zwischenhändlern getragen. *Abbildung 4b* zeigt, dass eine Erhöhung der variablen Kosten bewirkt, dass die Zwischenhändler eine geringere Menge zu einem höheren Preis verkaufen. Der Preisaufschlag wird demnach zum Teil an die Konsumenten (die indirekten Käufer) weitergegeben.

5.2.2 Elastizitäten

In welchem Ausmaß – im Fall der Erhöhung der variablen Kosten – der Preisaufschlag weitergegeben wird, hängt insbesondere von der Nachfrageelastizität, ε_D , bzw der Angebotselastizität, ε_S , auf Zwischenhändlerebene ab.⁹¹ ε_D gibt an, um wie viel Prozent sich die von den Konsumenten nachgefragte Menge vermindert, wenn der Preis um ein Prozent steigt, ε_S , um wie viel Prozent sich die angebotene Menge der Zwischenhändler erhöht, wenn der Preis um ein Prozent steigt. Die Steigungen der Kurven indizieren jeweils die Elastizitäten, wobei eine flache Kurve eine hohe Elastizität (das heißt große Reaktionen in der angebotenen bzw nachgefragten Menge auf Preisänderungen) und eine steile Kurve eine niedrige Elastizität bedeutet (das heißt geringe Reaktionen auf Preisänderungen). Die *Abbildungen 5a* bis *5d* zeigen die verschiedenen Extremfälle, die die Elastizitäten haben

⁹¹ Die Angebotselastizität bezieht sich auf die gesamte Z-Industrie. Das Angebot eines einzelnen Z-Unternehmens ist perfekt unelastisch: Nachdem wir angenommen haben, dass perfekter Wettbewerb unter den Zwischenhändlern herrscht, würde eine Preissteigerung eines einzelnen Unternehmens bewirken, dass es gar nichts mehr verkauft.

können, und jeweils die unterschiedlichen Auswirkungen auf die Weitergabe des Preisaufschlages.

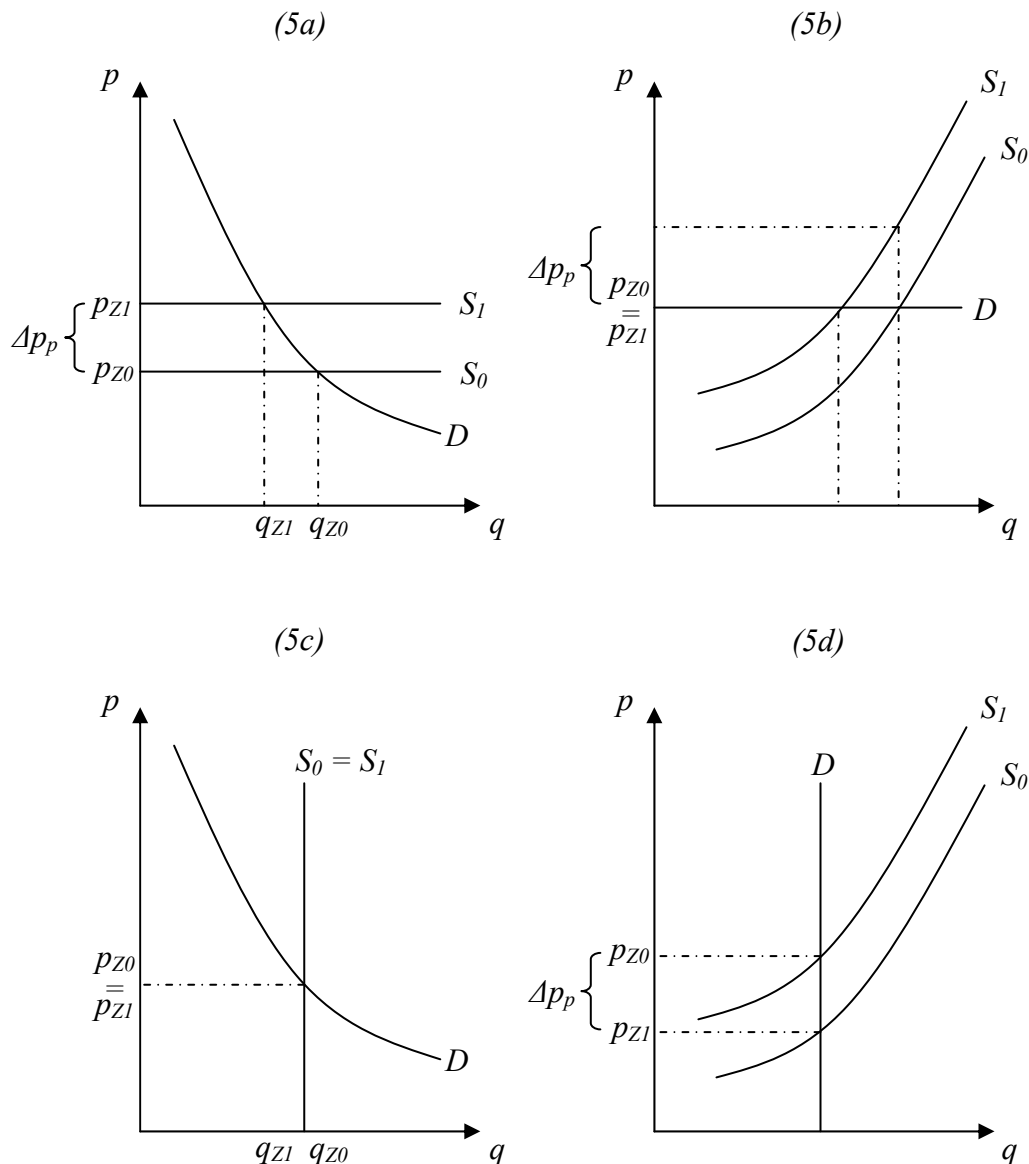


Abbildung 5

In Situationen mit perfekt elastischem Angebot (5a) wird der gesamte Preisaufschlag weitergegeben (100 % „passing-on“). Die Nachfrageelastizität beeinflusst lediglich das Ausmaß der Mengenreduktion, nicht aber die Preissteigerung, Δp_z . Fälle von perfekt elastischem Angebot mögen in der Realität kaum vorliegen, doch kommt es dieser Situation nahe, wenn etwa Zwischenhändler von Produzenten eine beliebige Menge des (Input-)Gutes (zB Tennisschlägerrahmen) – innerhalb einer vertraglich festgelegten Schwankungsbreite – zum selben Stückpreis kaufen können. Die Zwischenhändler können dann beinahe unabhängig vom Preis die Angebotsmenge wählen; das heißt auch, dass das Angebot im

Marktgleichgewicht in der Weise von den Zwischenhändlern beschränkt wird, dass die Preissteigerung, Δp_z , die Höhe des Preisaufschlags der Produzenten, Δp_p , erreicht, womit die Passing-on-Rate⁹² ($POR = \Delta p_z / \Delta p_p$) gleich eins ist: $POR (\varepsilon_S = \infty) = 100 \%$.

In Situationen mit perfekt elastischer Nachfrage (5b) können die Z-Unternehmen die Preise nicht erhöhen, da sonst die Konsumenten nichts mehr nachfragen würden. Entsprechend können die Zwischenhändler den Preisaufschlag nicht einmal teilweise an die indirekten Käufer weitergeben: $POR (\varepsilon_D = \infty) = 0 \%$.

Auch in Fällen mit perfekt inelastischem Angebot (5c) werden die Zwischenhändler den gesamten Schaden selbst tragen. Nachdem sie, wie hoch der Preis für ihr Gut auch sein sollte, immer nur die gleiche Menge verkaufen können (man denke beispielsweise an Werke eines verstorbenen Künstlers), werden sich Gleichgewichtsmenge und -preis nicht ändern. Nachdem $\Delta p_z = 0$, ist $POR (\varepsilon_S = 0) = 0 \%$.

In Situationen, in denen die Nachfrage perfekt inelastisch ist (5d; man denke beispielsweise an Medikamente, die nicht durch andere substituierbar sind) können die Zwischenhändler den Preisaufschlag wiederum zur Gänze weitergeben; dies deshalb, weil die Konsumenten unabhängig vom Preis dieselbe Menge kaufen werden: $POR (\varepsilon_D = 0) = 100 \%$.

Zu beachten ist, dass Kartelle besonders in Situationen erfolgreich sind, in denen die Käufer ihres Gutes (hier: die Zwischenhändler) eine eher inelastische Nachfrage aufweisen (vgl. oben Kapitel 3.2, in dem gezeigt wurde, dass der relative Preisaufschlag, der Mark-Up, M , die inverse der Nachfrageelastizität, ε , ist: $M = 1/\varepsilon$). Die Nachfrage der Zwischenhändler leitet sich aus der Nachfrage der Konsumenten ab. Wenn die Konsumenten viel nachfragen, fragen auch die Zwischenhändler viel von den Produzenten nach; wenn die Nachfrage der Konsumenten gering ist, wird es auch jene der Zwischenhändler sein. Demnach entspricht die Nachfrageelastizität der Zwischenhändler jener der Nachfrageelastizität der Konsumenten, ε_D . Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich Kartelle am oberen Ende einer Produktions- und Vertriebskette insbesondere dann bilden, wenn ε_D eher niedrig ist, umgekehrt aber eher weniger, wenn ε_D hoch ist. Gerade im ersten Fall, in dem Kartelle wahrscheinlicher sind, ist, wie gerade gezeigt wurde (5d), von einer Weitergabe des Preisaufschlags in hohem Ausmaß auszugehen. Der Fall einer hohen Nachfrageelastizität (5b) kann entsprechend vernachlässigt werden. Dies spricht dafür, dass „passing-on“ eher die Regel denn die Ausnahme ist und der Kartellschaden zu einem hohen Ausmaß von den indirekten Käufern getragen wird.

⁹² Analytisch gesehen ist $POR = \Delta p_z / \Delta p_p = \varepsilon_S / (\varepsilon_S + \varepsilon_D)$. Vgl. Harris und Sullivan (1979) 287.

5.2.3 Dauer des Kartells

Es finden sich zwei Argumente, warum die Weitergabe des Preisaufschlags durch die Zwischenhändler mit dem Andauern eines Kartells auf Produzentenebene noch wahrscheinlicher wird. Erstens sind langfristig gesehen alle Kosten variable Kosten, nachdem Produzenten eher ihr Produktionsverfahren und ihre Kapazität an Marktänderungen anpassen können.⁹³ Zweitens sind Elastizitäten zeitabhängig: Je mehr Zeit vergeht, desto mehr haben sowohl Anbieter als auch Konsumenten die Möglichkeit, auf Preisänderungen zu reagieren. Das heißt die Nachfrage- und die Angebotskurve werden über die Zeit flacher. Bei (annähernd) perfekt elastischem Angebot spielen Nachfragefaktoren aber keine Rolle mehr, sodass langfristig gesehen, die Zwischenhändler den gesamten Preisaufschlag weitergeben können.

5.2.4 Wettbewerbsbeschränkungen auf Ebene der Zwischenhändler

Bisher wurde angenommen, dass in unserem dreistufigen Modell unter den Zwischenhändlern perfekter Wettbewerb herrscht. Wie aber wirkt sich eine Einschränkung des Wettbewerbs auch auf dieser Ebene auf die Passing-on-Rate aus? Existiert beispielsweise nur ein Zwischenhändler (Monopolsituation auf Ebene Z), so wird er, um seinen Profit zu maximieren, die verkaufte Menge so setzen, dass die Grenzkosten gleich dem Grenzerlös sind. *Abbildung 6* zeigt, dass dann – selbst wenn die Angebotskurve flach ist (perfekt elastisches Angebot, etwa bei langem Andauern der Kartellsituation bei den Produzenten) – der Zwischenhändler den Preisaufschlag der Produzenten nicht zur Gänze weitergeben kann:

$$\Delta p_z < \Delta p_p; \text{POR} = \Delta p_z / \Delta p_p < 1.$$

Dies bedeutet, dass, während Zwischenhändler bei perfektem Wettbewerb durch Marktkräfte langfristig dazu gezwungen sind, den gesamten Preisaufschlag an die indirekten Käufer weiterzugeben, ein Zwischenhändler, der eine Monopolstellung hat, aus Gründen der Profitmaximierung dazu bereit sein wird, einen Teil des „overcharge“ zu absorbieren.⁹⁴ Zu beachten ist jedoch, dass erfolgreiche Kartelle unter Produzenten eher am oberen Ende von Produktions- und Vertriebsketten zu vermuten sind, bei denen die Zwischenhändler wenig Marktmacht haben; dies deshalb, weil eine hohe Marktmacht der Zwischenhändler auch ein Gegengewicht gegenüber einer hohen Marktmacht der Produzenten bildet und hohe

⁹³ Vgl Harris und Sullivan (1979) 291.

⁹⁴ Vgl Harris und Sullivan (1979) 297.

Preisaufschläge durch die Produzenten dann weniger wahrscheinlich sind.⁹⁵ Auch dieser Umstand spricht dafür, im Allgemeinen von einer hohen Passing-on-Rate auszugehen.

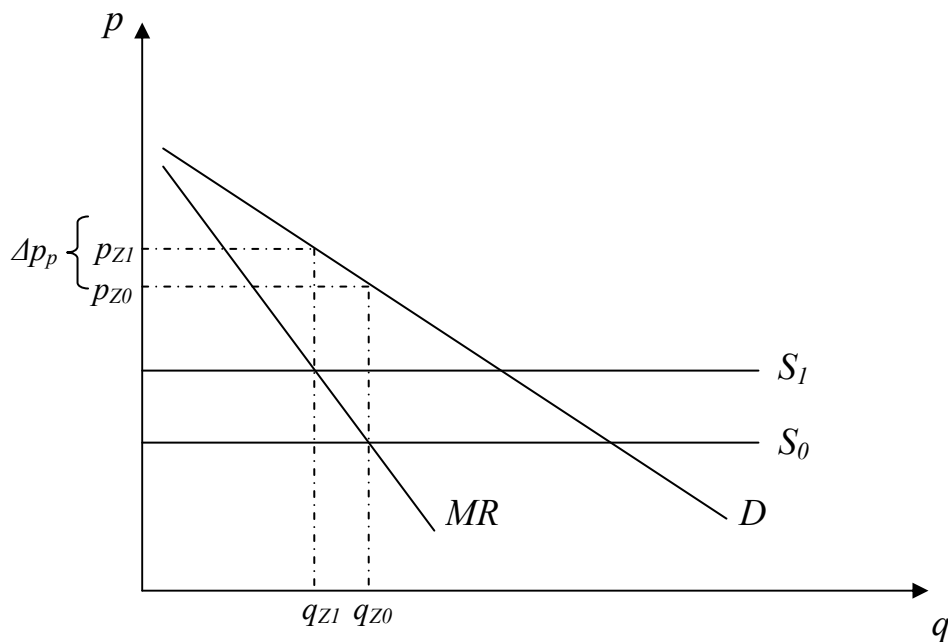


Abbildung 6

5.2.5 Klageliegitation indirekter Käufer und Einwand der Schadensabwälzung („Passing-On-Defense“)

Die vorhergehende Analyse hat gezeigt, dass die Weitergabe des Preisaufschlags durch direkte Käufer an indirekte Käufer eines Kartellguts eher der Regelfall denn die Ausnahme ist. Indirekten Käufern keine Klageliegitation einzuräumen, widerspräche damit dem Ziel einer gerechten Kompensation. Landes und Posner (1979), die die gegensätzliche Position vertreten und damit die Rechtsprechung des US Supreme Court (*Illinois Brick* - Entscheidung) verteidigen, argumentieren, dass indirekte Käufer auch für ihren Schaden kompensiert würden, wenn sie keine Klageliegitation in Kartellfällen hätten. Ihrer Ansicht nach würden direkte Käufer einen möglichen Schadenersatz antizipieren und dies würde dazu führen, dass sie die Preise gegenüber indirekten Käufern nicht anheben würden.⁹⁶ Dieser Argumentation kann jedoch, wie dies etwa Harris und Sullivan (1980) überzeugend tun, entgegengesetzt werden, dass in der Realität direkte Käufer wohl kaum so agieren würden, weil dies ja voraussetzte, dass sie über das Kartell und die illegalen Preissteigerungen

⁹⁵ Vgl. Harris und Sullivan (1979) 297.

⁹⁶ Vgl. Landes und Posner (1979). Dies hieße, in den Worten von Harris und Sullivan (1980), dass die direkten Käufer, mit der einen Hand den Preisaufschlag weitergeben würden („pass-on“), mit der anderen aber auch die Schadenersatzleistung („pass-back“).

informiert wären.⁹⁷ Ein Schadenersatz würde deshalb nicht antizipiert und nachträglich an die indirekten Käufer auch nicht weitergegeben. In Fällen, in denen letztere auf Grund einer hohen Passing-on-Rate den eigentlichen Schaden getragen hätten, käme es zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der direkten Käufer zu Lasten der indirekten Käufer.

Im Sinne einer ausgleichenden Kompensation muss konsequenter Weise, wenn es einerseits indirekten Käufern erlaubt wird, von am Kartell teilnehmenden Unternehmen Schadenersatz zu begehren, Kartellunternehmen andererseits der Einwand der Schadensabwälzung⁹⁸ gegen mögliche Klagen von direkten Käufern gestattet werden. Nur so wäre zum einen gewährleistet, dass Kartellunternehmer den verursachten Schaden nicht doppelt wieder gut zu machen hätten (einerseits gegenüber direkten, andererseits gegenüber indirekten Käufern).

Zum anderen würde nur so verhindert, dass direkte Käufer ungerechtfertigt bereichert würden, indem sie eine Ersatzleistung für einen Schaden erhielten, den sie (teilweise) auf die indirekten Käufer überwält haben. Nach der US-amerikanischen Rechtslage ist eine solche sogenannte „Passing-on-Defense“ beklagten Kartellunternehmen nicht gestattet (*Hanover Shoe* – Entscheidung des US Supreme Court, 1968). Dies ist im Hinblick darauf, dass indirekte Käufer gegenüber Kartellunternehmen nicht den erlittenen Schaden einklagen können, ebenso konsequent. Hätten diese Unternehmen die Möglichkeit, die Schadensüberwälzung gegenüber direkten Käufern einzuwenden, würden sie in Passing-on-Fällen gar nicht für den Schaden aufkommen müssen. Eine gerechte Kompensation schafft die US-amerikanische Rechtslage aber damit nicht:⁹⁹ Gelingt es direkten Käufern, sich durch (teilweise) Weitergabe des Kartellpreises (zum Teil) schadlos zu halten bzw den Schaden an indirekte Käufer zu überwälzen – und dies ist, wie gezeigt, in den meisten Fällen so –, werden erstere überkompensiert, während letztere ihren Schaden nicht ersetzt bekommen.

5.2.6 Klagelegitimation und Einwand der Schadensabwälzung: Abschreckung vs. Kompensation

Als Hauptargument für die die US-amerikanischen Regelung wird vorgebracht, dass sie eine größere Abschreckungswirkung erfüllt als ein System, in dem es den indirekten Käufern überlassen ist, den Kartellschaden geltend zu machen: Landes und Posner (1979) betonen,

⁹⁷ Die Argumentation von Harris und Sullivan (1979) entspricht der in Punkt 4.1.1. getroffenen Annahme, dass weder Kartelle noch Konsumenten mögliche Schadenersatzleistungen antizipieren.

⁹⁸ Im Englischen wird diese als „Passing-on-Defense“ bezeichnet.

⁹⁹ Zu beachten ist, dass nach nationalem Recht der verschiedenen Bundesstaaten indirekte Käufer teilweise auch klagelegitimiert sind; siehe FN 89.

dass direkte Käufer einen höheren Anreiz zu klagen hätten als indirekte Käufer, da ihnen weniger Kosten dabei entstehen würden; also würde man die Wahrscheinlichkeit, Kartelle erfolgreich aufzudecken und zu verfolgen, maximieren, indem man allein den direkten Käufern das Recht einräumte, den Kartellschaden einzuklagen (vgl. *Illinois Brick* – Doktrin). Um zu gewährleisten, dass die Kartellunternehmen auch für den gesamten Schaden einzustehen hätten, dürfte man folgerichtig diesen den Einwand der Schadensabwälzung nicht gewähren (vgl. *Hanover Shoe* – Doktrin). Eine solche „Passing-on-Defense“ würde auch den Anreiz der direkten Käufer zu klagen reduzieren und in Konsequenz auch die abschreckende Wirkung von Schadenersatzklagen. Die Kosten von Schadenersatzklagen – so die weitere Argumentation der Autoren – seien deshalb bei den direkten Käufern geringer, weil bei ihnen die Nachverfolgung des Schadens verhältnismäßig einfach sei; indirekte Käufer hätten hingegen angesichts komplexer Vertriebsketten und ungewisser Passing-on-Raten höhere Kosten dafür aufzuwenden. Schließlich hätten direkte Käufer deshalb einen höheren Anreiz zu klagen, weil es bei ihnen um höhere Schadenssummen ginge, als bei indirekten Käufern. Letztere hätten möglicherweise jeweils nur geringe Schäden (es handelte sich um sogenannte „Streuschäden“; siehe unten Punkt 5.4) und würden deshalb von Schadenersatzklagen absehen. Der in Summe unter Umständen große Schaden müsste dann von den Kartellunternehmen gegenüber niemandem gut gemacht werden. Auch deshalb sei ein System, in dem nur direkte Käufer klagelegitimiert seien, im Hinblick auf seine abschreckende Wirkung zielführender.

Die Argumente von Landes und Posner (1979), dass die US-amerikanische Regelung für die Abschreckungswirkung vorteilhafter ist, überzeugen; nicht aber tut dies ihre Erläuterung, dass sie letztlich auch für die indirekten Käufer kompensierend wirkt (vgl. oben 5.2.5). Vielmehr ist es wohl so, dass eine Regelung darüber, wer zur Geltendmachung von Kartellschäden klagelegitimiert sein soll und ob der Einwand der Schadensabwälzung zulässig sein soll oder nicht, nicht gleichzeitig der Abschreckungswirkung und der Kompensationswirkung gänzlich Genüge tun kann. Die amerikanische Regelung trägt zweifellos der Abschreckungswirkung eher Rechnung. Im Hinblick darauf, dass die Europäische Kommission die Effizienz von Schadenersatzklagen gerade auch zum Zweck von mehr Kompensation steigern möchte, ist jedoch eher die konträre Regelung anzustreben: sowohl die Zulassung von Klagen indirekter Käufer als auch die des Einwandes der Schadensabwälzung gegenüber direkten Käufern. Beides ist durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vorgezeichnet. Eine Änderung durch eine gesetzliche (Neu-)Regelung wäre deshalb nicht wünschenswert. Bei dieser „europäischen Regelung“

steht im Gegensatz zur amerikanischen die Kompensationswirkung im Vordergrund. Freilich ist bei ihr das Problem gegeben, dass eine möglichst exakte Lokalisation von Kartellschäden notwendig ist; auch fordert sie eine Auseinandersetzung mit dem Umstand, dass indirekte Käufer oft eher jeweils nur geringe Schäden haben und dies den Anreiz, die Kartellunternehmen zu klagen, herabsetzt (Problematik der Streuschäden).¹⁰⁰

5.3 Lokalisation des Kartellschadens

Das Ergebnis der theoretischen Analyse, dass ein von einem Kartell überhöhter Preis im Allgemeinen von den direkten Käufern an die indirekten Käufer weitergegeben wird, ersetzt die Notwendigkeit in konkreten Fällen zu eruieren, wer tatsächlich durch das Kartell geschädigt wurde, naturgemäß nicht. Die Lokalisation des Kartellschadens kann dabei sowohl für Parteien, die diese beweisen müssen, als auch für Gerichte, die über die Schadenersatzforderungen entscheiden, ein schwieriges Unterfangen darstellen. In unserem sehr einfachen Modell in Punkt 5.2 sind wir von einem dreistufigen Produktions- und Vertriebsprozess ausgegangen. In der Realität können solche Produktions- und Verkaufketten jedoch viel länger und unklarer sein.

Landes und Posner (1979) argumentieren, wie soeben dargestellt, die exakte Lokalisation (und Bestimmung der Höhe des Schadens) sei deshalb zu teuer; indirekte Käufer sollten keine Klagelegitimation haben, und Kartellunternehmen sollte die „Passing-on-Defense“ nicht gestattet sein. Auch Wils (2003b) vertritt die Meinung, dass es zu schwierig bzw zu teuer sei, die Geschädigten und jeweils die Höhe des Schadens zu bestimmen.¹⁰¹ Da er aber die US-amerikanische Rechtslage als ungerecht ablehnt, kommt er zu dem Schluss, Schadenersatzklagen gegen Kartellunternehmen sollten überhaupt nicht zugelassen werden. Dem Autor zu Folge sollten Kartellrechtsbrüche nur öffentlich-rechtlich verfolgt werden.

Harris und Sullivan (1979) hingegen behaupten, dass die Weitergabe eines Preisaufschlags, wenn die Produktions-Vertriebs-Kette nicht „hoffnungslos obskur“ sei, grundsätzlich schon zu bestimmen sei.¹⁰² Ihre Analyse erörtert die Faktoren, die die Passing-on-Rate bestimmen (siehe oben Punkt 5.2). In der Praxis würde sich oft schnell und leicht herausstellen, dass der gesamte Schaden auf die indirekten Käufer überwälzt wurde. Dies wäre insbesondere dann so, wenn Zwischenhändler ihre Preise (entgegen der theoretischen „Preis-gleich-Grenzkosten“-Annahme) mittels Mark-Ups festsetzten. Diese Methode, nach

¹⁰⁰ Zu den Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes, die diesem Problem begegnen könnten, siehe unten Punkt 7.3.

¹⁰¹ Wils (2003b) 486 ff.

¹⁰² Harris und Sullivan (1979) 315.

der der Verkaufspreis eines Gutes mit dem Einkaufspreis zuzüglich eines bestimmten Prozentsatzes bestimmt wird, sei eine auch von empirischen Studien bestätigte gängige Praxis. Die Passing-on-Rate betrage bei der Preisfestsetzung mittels Mark-ups definitionsgemäß sogar mehr als 100 Prozent, nämlich 100 Prozent plus den Mark-Up des Zwischenhändlers.¹⁰³ Eine Anpassung der Zwischenhändlerpreise an die Kartellpreise wäre dann mit Dokumenten auch relativ leicht zu belegen. Auch in Fällen, in denen das Kartellgut ein Input-Gut für eine weitere Verarbeitung darstellte, würde die Weitergabe des Kartellpreises gut bestimmbar sein, wenn der Verarbeiter auf einen Preisanstieg für das Input-Gut reflexartig mit einer Preiserhöhung seinerseits reagieren würde.

Es steht außer Zweifel, dass es Fälle geben mag, bei denen es schwierig ist, den durch ein Kartell verursachten Schaden zu lokalisieren, das heißt die konkret Geschädigten (und die jeweilige Schadenssumme) zu bestimmen. Dennoch kann davon ausgegangen werden, dass in einem nicht unbeträchtlichen Anteil der Kartellfälle die Passing-on-Rate sehr wohl ermittelt werden kann und dann nicht selten 100 Prozent betragen wird.¹⁰⁴ Dies stützt zum einen das Bestreben, im Sinne einer gerechten Kompensation indirekten Käufern Klagelegitimation einzuräumen und entsprechend Kartellunternehmen den Einwand der Schadensabwälzung gegenüber Klagen von direkten Käufern zu gestatten. Zum anderen relativiert es die Bedenken von Landes und Posner (1979) sowie von Wils (2003b), die Lokalisation eines Kartellschadens sei zu aufwändig.

Der im Weißbuch (2008) gemachte Vorschlag der Kommission, eine (widerlegliche) gesetzliche Vermutung zu normieren, dass der Schaden auf den indirekten Abnehmer überwältzt wurde (siehe oben Punkt 2.2.6), verschiebt die Problematik der Lokalisation des Kartellschadens von der Sphäre der klagenden indirekten Käufern zu den beklagten Kartellunternehmen. Der Vorschlag ist ein viel versprechender Weg, eine gerechte Kompensation zu gewähren, ohne die abschreckende Wirkung von Schadenersatzklagen aus den Augen zu lassen.¹⁰⁵

¹⁰³ Ein Beispiel: Die Produzenten verkaufen ein Gut in der Wettbewerbssituation um zehn Euro pro Stück, $p_{p0} = 10$, und in der Kartellsituation um 25 Prozent teurer ($M_p = 0,25$), das heißt um 12,5 Euro, $p_{p1} = 12,5$. Der Mark-Up der Zwischenhändler beträgt 20 Prozent, $M_z = 0,2$. Damit verkaufen sie das Gut in der Wettbewerbssituation um zwölf Euro, $p_{z0} = 12$, und in der Kartellsituation um 15 Euro, $p_{z1} = 15$. Die Zwischenhändler überwälzen ihren Schaden (= 2,5-fache der Menge [= $\Delta p_p \cdot AS$]) zu 120 Prozent an die indirekten Käufer. Der Schaden der indirekten Käufer beträgt nämlich das Dreifache der Menge (= $\Delta p_z \cdot AS$).

¹⁰⁴ Vgl neben Harris und Sullivan (1979) etwa auch CEPS (2008).

¹⁰⁵ Vgl auch Punkt 7.4.3: Eine solche gesetzliche Vermutung brächte eine den Kläger begünstigende Beweislastumkehr.

5.4 „Streuschäden“

Wie bereits dargestellt, kann die Weitergabe des Preisaufschlags durch die Zwischenhändler dazu führen, dass am Ende eine große Anzahl indirekter Käufer (Konsumenten) durch ein Kartell geschädigt wird, jeder der Geschädigten für sich gesehen – trotz eines möglicherweise großen Gesamtschadens – aber nur einen geringen Verlust erleidet. In solchen Fällen können die von Kartellen verursachten Schäden als „Streuschäden“ bezeichnet werden. Die Streuung ist dabei umso größer, je mehr Endabnehmer es in dem betreffenden Markt gibt, und je höher die Passing-on-Rate der Zwischenhändler ist.

Eine Folge einer weiten Streuung ist, dass die einzelnen nur geringfügig geschädigten Endabnehmer angesichts niedriger Schadenersatzansprüche wenig (oder keinen) Anreiz haben werden, die Kartellunternehmen zu klagen. Ein Anreiz besteht nämlich nur, wenn der erwartete Nutzen einer Klage die erwarteten Kosten übersteigt. Freilich ist dabei der erwartete Nutzen (Streitsumme multipliziert mit der Erwartung, den Prozess zu gewinnen), umso geringer, je geringer die Streitsumme (der Schadenersatzanspruch) ist.¹⁰⁶

Besteht für die geschädigten Endabnehmer tatsächlich kein Anreiz zu klagen, werden sie aus Kosten-Nutzen-Überlegungen auf eine Klage und dadurch auf eine Entschädigung verzichten. Neben einer ausbleibenden Kompensation hat dies aber noch eine weitere Auswirkung: nämlich eine negative Auswirkung auf die Abschreckungswirkung hinsichtlich der Bildung von Kartellen.¹⁰⁷ Würden Kartelle mit der Durchsetzung dieser – einzeln zwar niedrigen, in Summe aber hohen Ansprüche – rechnen müssen, würde sich eine Kartellbildung freilich weniger lohnen. Weil aber umgekehrt die Geltendmachung der Ansprüche unwahrscheinlich ist, hat private Kartellrechtsverfolgung bei weit gestreuten Schäden kaum oder gar keine abschreckende Wirkung.

Eine mögliche Lösung dieser Problematik besteht in der Bündelung der vielen kleinen Forderungen der Endabnehmer durch Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes:¹⁰⁸ Mehrere Anspruchsberechtigte, die sich zusammenschließen, um gemeinsam Klage einzubringen („Sammelklage“) oder Verbände, die an Stelle der vielen bloß gering Geschädigten („Verbandsklage“) auftraten, hätten nämlich wesentlich günstigere

¹⁰⁶ Für eine formale Analyse des Anreizes, eine Klage einzubringen, siehe *Kapitel 6*.

¹⁰⁷ Da die Anspruchsberechtigten, die Kartelle abschreckende Wirkung einer Klage, in ihrer persönlichen Kosten-Nutzen-Überlegung nicht berücksichtigen, ist es möglich, dass weniger Klagen eingebracht werden, als es für eine Optimierung der Gesamtwohlfahrt dienlich wäre. Die Abschreckungswirkung von Klagen kann deshalb als positiver externer Effekt gesehen werden (siehe Abschnitt 6.2.6).

¹⁰⁸ Eine andere Möglichkeit wäre es, wie nach US-Bundesrecht indirekten Käufern keine Klagelegitimation zuzusprechen und es den direkten Käufern es zu überlassen, Schadenersatz einzuklagen und entsprechend Kartellunternehmen die Einwendung der Schadensabwälzung gegenüber direkten Käufern zu verbieten.

Prozessvoraussetzungen als ein einzelner Geschädigte: für sie würde sich eine Klage angesichts einer vielfach höheren Streitsumme viel eher lohnen.

Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes scheinen somit in einem System, in dem indirekte Käufer klagelegitimiert sind, eine essentielle Rolle zu spielen, um sowohl die Abschreckungswirkung als auch die Kompensationswirkung durch private Kartellrechtsverfolgung zu erreichen. Sie werden in *Kapitel 7* noch weiter erläutert.

Im folgenden Kapitel werden zuvor an Hand eines Modells aus der Rechtsökonomie über den Anreiz zu klagen die Prozessrisiken von Schadenersatzklagen gegen Kartelle besprochen. Dabei wird ein Vergleich des Status Quo der privaten Kartellrechtsdurchsetzung der EU und der USA angestellt. Das Kapitel soll zeigen, welche Faktoren im Allgemeinen bestimmen, ob ein Anspruchsberechtigter eine Klage einbringt. Schließlich soll es aufzeigen, auf welche Art und Weise der Anreiz zu klagen vergrößert werden kann.

6 „Klagen leicht gemacht“

6.1 Private Kartellrechtsverfolgung in den USA und in der EU : ein Vergleich

Während in der EU Unternehmen, die an einem Kartell teilgenommen haben, praktisch nicht mit einer Verurteilung zu Schadenersatzleistungen rechnen müssen, zeigt sich in den USA ein ganz anderes Bild. Jenseits des Atlantiks spielt die private Kartellrechtsverfolgung eine ungleich größere Rolle. Strafen, die gegenüber Kartellunternehmen verhängt werden, machen in den USA durchschnittlich rund 47 Prozent des „overcharge“ ($F_{US} = 0,47 \text{ M AS}$) bzw 11,8 Prozent des Kartellumsatzes ($F_{US} = 0,118 \text{ AS}$) aus,¹⁰⁹ die in einem Kartellfall durch Gerichtsurteil festgestellte (bzw in Vergleichsverhandlungen erzielte) Schadenersatzsumme beträgt hingegen durchschnittlich das Doppelte des „overcharge“ ($D = 2 \text{ M AS}$) bzw 50 Prozent des Kartellumsatzes ($D_{US} = 0,5 \text{ AS}$). Damit ist die zu erwartende „Gesamtstrafe“ (erwartete Strafen zuzüglich erwarteter Schadenersatz) für Kartelle – und somit die abschreckende Wirkung – in den USA freilich viel höher als in der EU, wo die durchschnittliche öffentliche Strafe rund 15,9 Prozent des Kartellumsatzes beträgt ($F_{EC+N} = 0,128 \text{ AS}$) und die Pflicht zur Leistung von Schadenersatz mangels eines effektiven Systems privater Kartellrechtsverfolgung vernachlässigt werden kann ($D_{EU} \approx 0$):¹¹⁰

$$F_{US} + D_{US} = 0,618 \text{ AS} > F_{EC+N} + D_{EU} = 0,159 \text{ AS}$$

Verurteilungen durch Zivilgerichte bzw Vergleiche sind in den USA demnach durchschnittlich rund 4,26-mal ($= D_{US} / F_{US}$) höher als Strafen durch die amerikanischen öffentlichen Kartellbehörden. Auch das Volumen der privaten Kartellrechtsverfolgung ist signifikant höher als das der öffentlichen Kartellrechtsverfolgung: Gemessen am Kartellumsatz werden 93 Prozent der aufgedeckten Kartelle nur privat verfolgt, 6 Prozent sowohl privat als auch öffentlich und nur 1 Prozent allein öffentlich.¹¹¹ Die private Kartellrechtsverfolgung in den USA ist somit nicht bloß effizienter als in der EU, zivilgerichtliche Verfahren¹¹² über Schadenersatzklagen von Kartellrechtsoffern tragen in Amerika zweifellos sogar das Hauptgewicht in der Verfolgung von Kartellen.

¹⁰⁹ Vgl Connor 2006b sowie CEPS (2008) 101; es sei nach wie vor angenommen, dass der Mark-Up, M , eines Kartells durchschnittlich 25 Prozent beträgt.

¹¹⁰ Vgl oben Punkt 4.4.

¹¹¹ Vgl die Berechnungen von Connor (2006b) 24, denen allerdings nur 17 Fälle zu Grunde liegen.

¹¹² Freilich wird nicht jeder Rechtsstreit über Schadenersatzansprüche auf Grund von Kartellrechtsverletzungen in einem formellen Gerichtsverfahren ausgetragen, das mit einem Urteil endet; viele Verfahren werden von Kläger und Beklagtem verglichen (vgl unten 6.3).

Ein einfaches rechtsökonomisches Modell soll in den folgenden Abschnitten dieses Kapitels den eklatanten Unterschied in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung erklären, der zwischen den USA und der EU besteht.

6.2 Modell über den Anreiz zu klagen

Wie bereits erwähnt wurde, liegt der Grund für die geringe Bedeutung von Schadenersatzklagen gegen Kartellunternehmen in der EU nicht darin, dass ihre Durchsetzung rechtlich nicht möglich wäre, sondern vielmehr in dem Missverhältnis zwischen dem Prozessrisiko und dem zu erwartenden Gewinn aus einem Gerichtsverfahren über einen entsprechenden Anspruch. In den USA ist dieses Verhältnis für die Kartellrechtsoffer anscheinend günstiger. Woran aber liegt das?

Nach einem einfachen rechtsökonomischen Modell klagt ein Anspruchsberechtigter, also etwa ein durch ein Kartell geschädigtes Unternehmen oder Konsument, dann, wenn¹¹³

$$w_P * D_P - LC_P > 0$$

wobei w_P die vom Kläger („plaintiff“) subjektiv wahrgenommene Wahrscheinlichkeit ist, den Prozess zu gewinnen, D_P der Schadenersatzbetrag¹¹⁴ und LC_P die erwarteten Kosten des Klägers sind (LC_P wie „legal costs of the plaintiff“).

Folgendes wird aus dieser Ungleichung sofort ersichtlich: Der Anreiz zu klagen wird umso höher sein, je höher der Schadenersatzbetrag, D_P , je niedriger die zu erwartenden Prozesskosten, LC_P , und je höher die Erwartung des Klägers, den Prozess zu gewinnen, w_P , sind.

6.2.1 Die Höhe des Schadenersatzbetrags

In beinahe allen Mitgliedstaaten¹¹⁵ der EU hat der durch einen Kartellverstoß Geschädigte einen Schadenersatzanspruch in der Höhe des Schadens zuzüglich einer Verzinsung, die dafür entschädigen soll, dass der Geschädigte die Wiedergutmachung oft erst lange nach dem Zeitpunkt des Schadensereignisses erhält.¹¹⁶ Sinn und Zweck des Schadenersatzrechts in Europa ist in erster Linie, dass der Geschädigte für den Schaden Kompensation erhält, also vom Geschädigten so gestellt werden soll, als hätte er keinen Schaden erlitten. In Kartellfällen

¹¹³ Vgl. das Modell von Shavell (1982) auf dem die gegenständliche Analyse basiert.

¹¹⁴ Beachte, dass D_P ein bestimmter Anteil am Gesamtschaden, den ein Kartell verursacht, ist.

¹¹⁵ Nur die Rechtssysteme Großbritanniens, Irlands und Zyperns weisen zum amerikanischen System vergleichbare „punitive damages“ auf (dazu siehe sogleich).

¹¹⁶ Vgl. Ashurst (2004); die Höhe des Zinssatzes und der Zeitpunkt, ab dem der Anspruch auf Zinsen besteht, variiert allerdings über die verschiedenen Mitgliedstaaten.

ist die Schadenersatzsumme für den einzelnen Käufer somit gleich dem erlittenen Schaden, das ist der Preisaufschlag des Kartells multipliziert mit der erworbenen Menge (zuzüglich einer Verzinsung).¹¹⁷

In den USA gebührt dem Geschädigten in sogenannten „Hardcore-Kartellfällen“ – darunter fallen insbesondere Kartelle, die durch eine Vereinbarung den Preis künstlich hoch halten – das Dreifache des erlittenen Schadens („punitive (treble) damages“). Ziel der Schadenersatzpflicht ist neben der Kompensation auch eine verstärkte Abschreckungswirkung. Das Schadenersatzrecht der Vereinigten Staaten weist somit eine Funktion auf, die im kontinentaleuropäischen Rechtsraum grundsätzlich durch das Strafrecht erfüllt wird; nämlich eine generalpräventive Wirkung: die von einem verurteilten Kartell zu leistenden überverhältnismäßig hohen Schadenersatzsummen haben vor allem den Zweck, dass künftige Kartellbildungen unterbunden bzw weniger attraktiv gemacht werden. Die Streitsumme in einem amerikanischen Kartellfall ist in den USA bei gleicher Schadenshöhe somit bis zu dreimal höher als in Europa ($D_{P-USA} > D_{P-EU}$).¹¹⁸

Noch ein weiterer Unterschied in den verschiedenen Rechtssystemen sorgt dafür, dass in den Vereinigten Staaten Kläger in Kartellfällen um höhere Schadenersatzsummen streiten als in Europa. Wie in *Kapitel 5* ausgeführt, sind indirekte Käufer nicht klagelegitimiert und können Kartellunternehmen gegenüber klagenden direkten Käufern nicht einwenden, diese hätten den Preisaufschlag an ihre Konsumenten weitergegeben (Verbot der Passing-on-Defense). Damit können weniger Kläger jeweils höhere Schadenersatzsummen einklagen als dies der Fall wäre, wenn die indirekten Käufer ihre Schäden (einzeln¹¹⁹) einklagen würden. Mit letzterem Problem muss sich aber gerade Europa auseinandersetzen, wo indirekte Käufer zwar rechtlich gesehen Anspruch auf Schadenersatz gegenüber den schädigenden Kartellunternehmen haben, wegen einer zu großen Streuung des Kartellschadens der einzelne Geschädigte aber (zu) wenig Anreiz hat, tatsächlich eine Klage einzubringen.

Wegen höherer Schadenersatzbeträge (Streitsummen) ist also in den USA der Anreiz in Kartellfällen zu klagen höher als in den Mitgliedstaaten der EU. Dies ist aber nicht der einzige

¹¹⁷ Der Schaden für einen Konsumenten ist $D_C = \Delta p_P * q_C$, wenn er ein direkter Käufer ist, bzw $D_C = \Delta p_P * POR * q_C$, wenn er ein indirekter Käufer ist. Der Schaden eines Zwischenhändlers beträgt $D_R = \Delta p_P * (q_R - POR * q_C)$. Wenn $POR = 1$ und $q_R = q_C$ erleiden die Zwischenhändler keinen Schaden; die Konsumenten, die indirekte Käufer sind, werden aber geschädigt, als wären sie direkte Käufer gewesen. Der Schadenersatzanspruch besteht in der Höhe von D_C respektive D_R .

¹¹⁸ In den USA besteht kein Anspruch auf Verzinsung der Schadenersatzsumme; deshalb ist die Streitsumme in vergleichbaren Fällen weniger als genau dreimal so hoch.

¹¹⁹ Wie in Punkt 7.3 noch gezeigt wird, kann diesem Problem mit Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes („Sammelklagen“) begegnet werden.

Grund, wie die Analyse über die Unterschiede in der Prozesskostenallokation sogleich zeigen wird.

6.2.2 Prozesskosten

Ein Zivilprozess ist sowohl für den Kläger als auch für den Beklagten mit Kosten verbunden. Um eine Klage einzureichen, sind vom Kläger Gerichtsgebühren zu bezahlen. Den Hauptanteil der Kosten werden jedoch die Anwaltskosten ausmachen, die beide Parteien (zunächst) selbst zu tragen haben.

Wie hoch die Prozesskosten der jeweiligen Partei dann schließlich wirklich sind (ex post) bzw wie hoch die erwarteten Prozesskosten, LC , im Vorhinein (ex ante) einzuschätzen sind, richtet sich nach den rechtlichen Regelungen über die Prozesskostentragung; hier gibt es grundsätzlich vier verschiedene Systeme:¹²⁰ die „Amerikanische Regel“, nach der jede Partei unabhängig vom Ausgang des Prozesses ihre Kosten selbst zu tragen hat; die „Britische Regel“, nach der der Verlierer eines Prozesses sowohl für die eigenen Ausgaben als auch für jene des Gegners aufzukommen hat (dh der Verlierer hat der obsiegenden Partei die Prozessausgaben zu ersetzen); das „den Kläger begünstigende System“ und schließlich das „den Beklagten begünstigende System“.

In allen EU-Mitgliedstaaten kommt in Zivilprozessen grundsätzlich die „Britische Regel“ zur Anwendung, so auch in Zivilprozessen über Schadenersatzansprüche gegen Kartelle.¹²¹ In den USA gilt grundsätzlich die „Amerikanische Regel“. In Kartellfällen besteht aber eine Ausnahme zugunsten des Klägers: gemäß dem „den Kläger begünstigenden System“ bekommt der Kläger (wie nach der „Britischen Regel“), wenn er gewinnt, seine Kosten vom Beklagten ersetzt; wenn er verliert muss er jedoch (wie nach der „Amerikanischen Regel“) nur seine eigenen Kosten tragen.¹²²

Wie hoch die erwarteten Prozesskosten¹²³ unter den verschiedenen Kostenallokationssystemen demnach für die Parteien sind, ist in *Tabelle 2* zusammengefasst. Die Kosten (vor einer allfälligen Verschiebung durch spezielle Kostenregelungen: Anwaltskosten, Gerichtsgebühren) werden mit C_P bzw C_D für den Kläger (P) respektive den Beklagten (D) angegeben. w_P ist, wie gehabt, die Erwartung (subjektive Wahrscheinlichkeit)

¹²⁰ Vgl Shavell (1982).

¹²¹ Vgl Ashurst (2004) 92.

¹²² Siehe Section 4 of the Clayton Act; siehe auch CEPS (2008) 181.

¹²³ Wie in der Rechtsökonomie üblich, kommt es in der Analyse vorrangig wieder auf eine Beurteilung ex-ante an.

des Klägers darüber, den Prozess zu gewinnen; w_D ist die Erwartung des Beklagten darüber, dass der Kläger obsiegen wird.

	Kläger (P)	Beklagter (D)
„Amerikanisches System“ (AS): jeder zahlt seine eigenen Kosten	$LC_{P-AS} = C_P$	$LC_{D-AS} = C_D$
„Britisches System“ (BS): der Verlierer zahlt die gesamten Kosten	$LC_{P-BS} = (1-w_P) (C_P+C_D)$	$LC_{D-BS} = w_D (C_P+C_D)$
„den Kläger begünstigendes System“ (favP): Kläger zahlt seine Kosten nur, wenn er verliert	$LC_{P-favP} = (1-w_P) (C_P)$	$LC_{D-favP} = w_D (C_P+C_D) + (1-w_D) C_D$
„den Beklagten begünstigendes System“ (favD): Beklagter zahlt seine Kosten nur, wenn er verliert	$LC_{P-favD} = w_P C_P + (1-w_P) (C_P+C_D)$	$LC_{D-favD} = w_D C_D$

Tabelle 2: Erwartete Prozesskosten, LC, für Kläger und Beklagten unter den verschiedenen Regelungen über die Kostentragung.

Für den Zweck der weiteren Analyse sei nun weiters $\gamma = C_D / C_P$ das Verhältnis der Prozessausgaben des Beklagten zu jenen des Klägers (jeweils vor einer allfälligen Verschiebung) und $\lambda = C_P / D_P$ die Prozessausgaben des Klägers im Verhältnis zur Streitsumme. C_P und C_D lassen sich dann so darstellen:

$$C_P = 1/(1+\gamma) * \lambda * D_P \quad \text{und} \quad C_D = \gamma/(1+\gamma) * \lambda * D_P$$

Durch Einsetzen dieser Formeln in *Tabelle 2* ergibt sich *Tabelle 3*, die für den folgenden Vergleich der verschiedenen Systeme mit ihren unterschiedlichen Auswirkungen auf den Anreiz zu klagen herangezogen wird.

	Kläger (P)	Beklagter (D)
„Amerikanisches System“ (AS): jeder zahlt seine eigenen Kosten	$LC_{P-AS} = \lambda * D_P$	$LC_{D-AS} = \gamma \lambda * D_P$
„Britisches System“ (BS): der Verlierer zahlt die gesamten Kosten	$LC_{P-BS} = (1-w_P) (1+\gamma) \lambda * D_P$	$LC_{D-BS} = w_D (1+\gamma) \lambda * D_P$
„den Kläger begünstigendes System“ (favP): Kläger zahlt seine Kosten nur, wenn er verliert	$LC_{P-favP} = (1-w_P) \lambda * D_P$	$LC_{D-favP} = w_D (1+\gamma) \lambda * D_P + (1-w_D) \gamma \lambda * D_P$
„den Beklagten begünstigendes System“ (favD): Beklagter zahlt seine Kosten nur, wenn er verliert	$LC_{P-favD} = w_P \lambda * D_P + (1-w_P) (1+\gamma) \lambda * D_P$	$LC_{D-favD} = w_D \gamma \lambda * D_P$

Tabelle 3: Erwartete Prozesskosten, LC, für Kläger und Beklagten unter den verschiedenen Regelungen über die Kostentragung: $\gamma = C_D / C_P$ und $\lambda = C_P / D_P$

6.2.3 Auswirkungen der verschiedenen Regelungen über die Kostentragung auf den Anreiz zu klagen

Welches System bietet nun den größten Anreiz zu klagen? Freilich jenes, bei dem die erwarteten Kosten für den Kläger, LC_P , am geringsten sind.¹²⁴

Es lässt sich leicht zeigen, dass in dem „den Kläger begünstigendes System“ (favP) LC_P am niedrigsten und in dem „den Beklagten begünstigendes System“ (favD) LC_P am höchsten ist.¹²⁵ Weiters kann man herleiten, dass das „Britische System“ geringere erwartete

¹²⁴ Wie zu Beginn des Kapitels erläutert, besteht dann ein Anreiz zu klagen, wenn $w_P * D_P > LC_P$. Dies wird umso eher dann der Fall sein, je niedriger LC_P .

¹²⁵ Beachte, dass gilt: $0 < w_P < 1$ und $0 < w_D < 1$ sowie $\lambda > 0$ und $\gamma > 0$.

$LC_{P-favP} < LC_{P-BS} < LC_{P-favD}$, da $(1-w_P) \lambda * D_P < (1-w_P) (1+\gamma) \lambda * D_P < w_P \lambda * D_P + (1-w_P) (1+\gamma) \lambda * D_P$ und $LC_{P-favP} < LC_{P-AS} < LC_{P-favD}$, da $(1-w_P) \lambda * D_P < \lambda * D_P < w_P \lambda * D_P + (1-w_P) (1+\gamma) \lambda * D_P$.

Prozesskosten, LC_P , als das „Amerikanische System“ aufweist, wenn die Erwartung des Klägers, den Prozess zu gewinnen, hinreichend groß ist. Der kritische Wert ist dabei:¹²⁶

$$w_P = \gamma / (1 + \gamma)$$

Das heißt, das BS ist für den Kläger günstiger, wenn er meint, die Wahrscheinlichkeit zu gewinnen, läge über diesem kritischen Level. Ein optimistischer Kläger (hohe Gewinnerwartung, w_P) bevorzugt also das BS; dies ist deshalb so, weil er davon ausgeht, der Beklagte werde wahrscheinlich die Prozesskosten bezahlen. Ein pessimistischer Kläger (niedrige Gewinnerwartung, w_P) hingegen bevorzugt das AS, da er damit rechnet, den Prozess eher zu verlieren, und er in dem Fall nur seine eigenen Kosten zu zahlen hat, nicht hingegen auch jene des Gegners. Entsprechend ist das AS günstiger für Kläger in Fällen, in denen die Wahrscheinlichkeit zu gewinnen tatsächlich eher gering ist.

Wie man sieht, hängt das kritische Level $\gamma / (\gamma + 1)$ vom Verhältnis der Prozesskosten des Beklagten zu jenen des Klägers ab, $\gamma = C_D / C_P$, und ist umso höher, je größer die Kosten des Beklagten bzw niedriger die des Klägers sind (das heißt, je höher γ). Für $\gamma = 1$ ($C_D = C_P$) liegt die kritische Wahrscheinlichkeit bei 0,5, für $\gamma < 1$ (dh. $C_D < C_P$) darunter, für $\gamma > 1$ (dh. $C_D > C_P$) entsprechend darüber. Das heißt: Sind die Kosten des Beklagten hoch im Verhältnis zu den eigenen Kosten des Klägers, muss der Kläger schon von einer hohen Gewinn-Wahrscheinlichkeit ausgehen, damit das Britische System günstiger für ihn ist.

Zusammengefasst erhalten wir folgende Reihung, vom System, das Klagen am meisten begünstigt (LC_P am niedrigsten), zu jenem, das Klagen am wenigsten begünstigt (LC_P am höchsten):

- a) bei aussichtsreichen Klagen ($w_P > \gamma / (\gamma + 1)$): favP – BS – AS – favD
- b) bei weniger aussichtsreichen Klagen ($w_P < \gamma / (\gamma + 1)$): favP – AS – BS – favD

Graphisch lässt sich dies auch wie folgt zeigen:

Sei $C_P = C_D = \lambda D$; das heißt: $\gamma = 1$ und λ variabel

Nach den verschiedenen Systemen wird der Kläger nur klagen, wenn jeweils die folgende Ungleichung erfüllt ist (Tabelle 4):¹²⁷

¹²⁶ $LC_{P-BS} < LC_{P-AS}$, wenn $(1 - w_P) (1 + \gamma) \lambda^* D_P < \lambda^* D_P$ oder
 $(1 - w_P) (1 + \gamma) < 1$
 $1 - w_P < 1 / (1 + \gamma)$
 $1 - 1 / (1 + \gamma) < w_P$ oder
 $w_P > \gamma / (1 + \gamma)$.

	Der Kläger klagt, wenn die untenstehende Bedingung erfüllt ist: („Klagebedingung“)
allgemein	$w_P * D_P - LC_P > 0$
„Amerikanisches System“ (AS)	$w_P > \lambda$
„Britisches System“ (BS)	$w_P / (2 - 2 w_P) > \lambda$
„den Kläger begünstigendes System“ (favP)	$w_P / (1 - w_P) > \lambda$
„den Beklagten begünstigendes System“ (favD)	$w_P / (2 - w_P) > \lambda$

Tabelle 4: Klagebedingungen unter den verschiedenen Kostenallokationssystemen

Die folgende *Abbildung 7* zeigt, wie hoch für verschiedene Werte von $\lambda = C_P / D_P$ ($= C_D / D_P$) die Erwartung des Klägers unter den verschiedenen Regelungen der Kostentragung jeweils mindestens sein muss, damit sich eine Klage lohnt. Noch einmal sei darauf hingewiesen, dass angenommen wurde, dass die Prozesskosten beider Parteien (eine allfällige Kostenverschiebung noch nicht berücksichtigt) gleich hoch seien ($C_P = C_D$) und die *Abbildung* auch nur diesen Fall darstellt.

In Punkten (w_P, λ) rechts der jeweiligen Kurven gibt es einen Anreiz für eine Klage. Der Anreiz ist freilich umso höher, je niedriger λ , das heißt je geringer die Prozesskosten gemessen an der Schadenersatzsumme sind. Im Extremfall $\lambda = 0$ (die gesamten Prozesskosten sind Null) lohnt sich eine Klage selbst dann, wenn auch die Gewinnerwartung annähernd Null ist. Für höhere Prozesskosten muss die Gewinnerwartung einen bestimmten Wert überschreiten, sodass ein Anreiz zu klagen besteht. Der Grenzwert ist für gleiche Werte von λ unter den unterschiedlichen Kostentragungsregelungen verschieden.

¹²⁷ Man erhält die jeweilige Ungleichung durch Einsetzen der erwarteten Prozesskosten des Klägers, LC_P , aus Tabelle drei in die eingangs des Kapitels formulierte allgemeine Klagebedingung $w_P * D_P - LC_P > 0$ nach wenigen Äquivalenzumformungen.

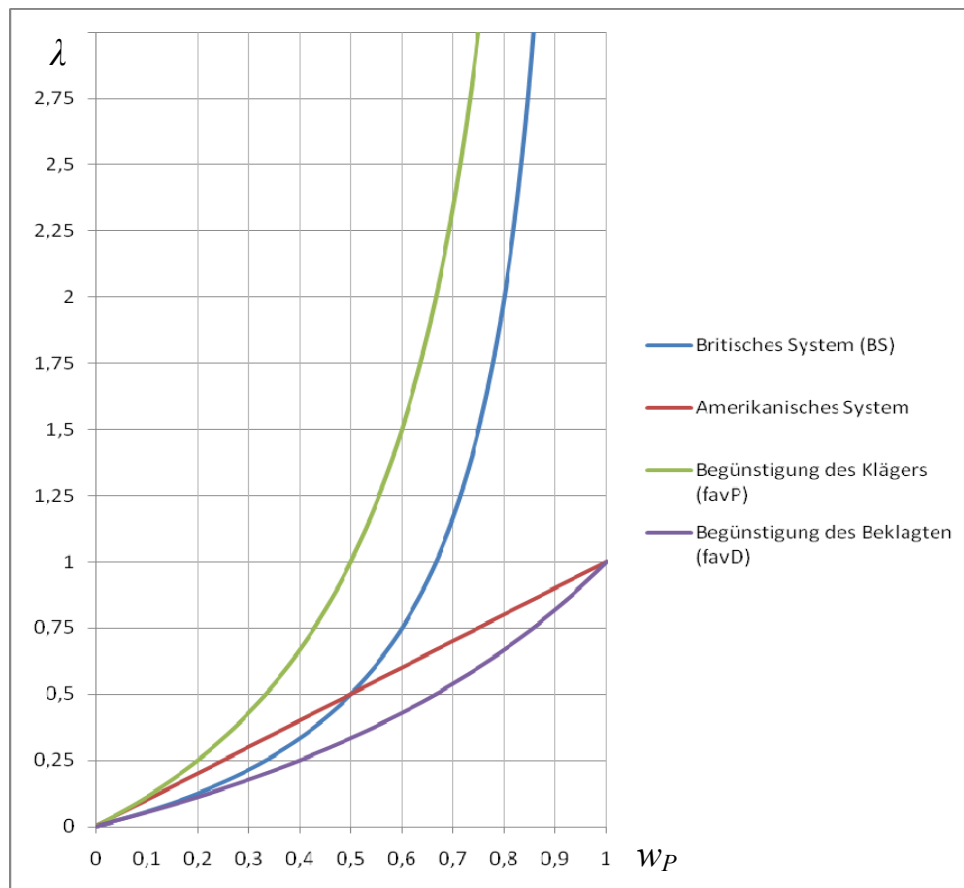


Abbildung 7: Die horizontale Achse repräsentiert die Erwartung des Klägers, den Prozess zu gewinnen: w_P ; die vertikale Achse das Verhältnis der Prozessausgaben des Klägers bzw. des Beklagten zur Schadenssumme (eine allfällige Verschiebung der Kosten noch nicht berücksichtigt): $\lambda = C_P / D_P = C_D / D_P$. Für Punkte (w_P / λ) rechts der jeweiligen Kurve besteht für den Kläger ein Anreiz zu klagen.

Betrachten wir den Fall $\lambda = 1/4$ (also zB: $D = 1 \text{ Mio €}$, $C_P = C_D = \lambda D_P = 250\,000 \text{ €}$): In diesem Fall lohnt sich eine Klage unter dem „den Kläger begünstigenden System“ (favP) schon ab einer Prozessgewinn-Erwartung von $w_P = 0,2$, unter dem „Amerikanischen System“ (AS) ab $w_P = 0,25$, unter dem „Britischen System“ (BS) ab $w_P = 0,33$ und dem „den Beklagten begünstigenden System“ (favD) erst ab $w_P = 0,4$. Zu beachten ist, dass es nach dem Amerikanischen System mehr Klagen als nach dem Britischen geben wird; dies ist deshalb so, weil sich Klagen auch für Erwartungen unter dem kritischen Level von $\gamma / (\gamma + 1) = 0,5$ lohnen.¹²⁸

¹²⁸ Die Kurven „AS“ und „BS“ schneiden sich genau bei $w_P = \gamma / (\gamma + 1) = 0,5$. Bis zu diesem Wert ist das „Amerikanische System“ für den Kläger günstiger; ab diesem Wert das „Britische System“ (siehe oben).

Für den Fall $\lambda = 0,75$ ist für favP $w_P = 0,43$, für BS $w_P = 0,6$, für AS $w_P = 0,75$ und für favD $w_P = 0,86$. Hier ist das BS günstiger als das AS, da sich Klagen nur bei hohen Gewinnerwartungen (höher als 0,5) lohnen.

6.2.4 Prozesskostensysteme in den USA und in der EU

Wie bereits erwähnt, gilt in den USA zwar grundsätzlich das „Amerikanische System“, in Kartellfällen jedoch das „den Kläger begünstigende System“. So besteht in den USA für Kartellopfer also nicht nur deshalb ein höherer Anreiz zu klagen, weil ihnen für den Fall, dass die Klage Erfolg hat, ein Mehrfaches der Schadenssumme zuerkannt wird („treble damages“) und nicht die indirekten, sondern die direkten Käufer es sind, die die Klagen (mit höheren Streitsummen) einbringen, sondern auch auf Grund eines für die Kläger günstigeren Prozesskostensystems.

In den Mitgliedstaaten der EU kommt hingegen das „Britische System“ zur Anwendung. Gerade in Fällen in denen die Gewinnerwartung, w_P , gering ist, schreckt die „Britische Regel“ potentielle Kläger davor ab, Klagen einzubringen. In Kartellrechtsfällen dürfte die Gewinn-Erwartung im Allgemeinen nicht sehr hoch sein; für indirekte Käufer (und diese sollten in den Mitgliedstaaten der EU den Schaden einklagen) ist sie auf Grund eines erschwerten Beweises des Kausalitätszusammenhang zwischen Kartellrechtsbruch und erlittenem Schaden (siehe auch *Kapitel 5.2.6*) noch geringer einzuschätzen als für direkte Käufer.

Betrachten wir noch einmal *Abbildung 7*: Das Prozesskostensystem der USA schafft einen höheren Anreiz zu klagen, weil – im Sinne der graphischen Darstellung – die Fläche rechts der entsprechenden Kurve (favP) größer ist als, jene, die das Prozesskostensystems der europäischen Länder beschreibt (BS); dh es liegen mehr Punkte (w_P/λ) rechts der Kurve „favP“ als rechts der Kurve „BS“. Zudem sind Kartellrechtsfälle in der EU im Vergleich zu solchen in den USA in der Graphik tendenziell eher links oben anzusiedeln: niedriges w_P auf Grund schwieriger Beweise und hohes λ (hohe Prozessausgaben im Vergleich zu niedrigen Streitsummen auf Grund der Streuung der Schäden und der Zuerkennung „nur“ des einfachen Schadenersatzes); Kartellrechtsfällen in den USA sind hingegen Punkte zuzuordnen, die tendenziell eher rechts unten liegen: höhere Gewinn-Erwartung, w_P , der direkten Käufer und niedrigeres Verhältnis der Prozessausgaben zur Streitsumme, λ , wegen der Zuerkennung von „punitive (treble) damages“ und weniger gestreuten Schäden. Somit ist die „Klagebedingung“, dass der erwartete Gewinn aus einer Klage höher sein muss als die erwarteten Kosten ($w_P * D_P - LC_P > 0$), in amerikanischen Kartellfällen viel eher erfüllt, als in europäischen.

6.2.5 „Selektionseffekt“ des Britischen Systems

Für eine stärkere private Kartellrechtsdurchsetzung ist das Prozesskostensystem der USA zweifellos vorteilhafter als die in Europa geltende „Britische Regel“. Jedoch soll auch auf die Vorteile des Systems hierzulande eingegangen werden. Wie *Abbildung 7* gut zeigt, ist der Anreiz zu klagen bis zu einer bestimmten Gewinn-Erwartung, w_P , unterproportional niedrig, während er ab diesem Wert, überproportional hoch ist.¹²⁹ Von einer niedrigen Gewinn-Erwartung kann auch bei unbegründeten Klagen ausgegangen werden, also bei solchen, in denen gar kein tatsächlicher Anspruch besteht, der Kläger aber dennoch eine Klage riskiert. Für unbegründete Klagen besteht nach dem „Britischen System“ weniger Anreiz zu klagen, als nach dem „Amerikanischen System“ und dem „den Kläger begünstigenden System“. Umgekehrt ist, wenn begründete Klagen, eher auch mit einer höheren Gewinn-Erwartung verbunden sind, der Anreiz nach dem „Britischen System“ vergleichsweise höher. Somit kann gesagt werden, dass die „Britische Regel“ einen Selektionseffekt hat: unbegründete Klagen werden tendenziell weniger eingebracht als begründete Klagen. Bei ersteren schreckt der Kläger vor einer Klage zurück, da er fürchten muss, für die gesamten Prozessausgaben (auch für jene des Beklagten) aufkommen zu müssen, während bei letzteren der Anreiz zu klagen eher höher ist, selbst wenn die Streitsumme im Verhältnis zu den Prozesskosten gering sein mag, da es wahrscheinlich ist, dass der Beklagte seine (des Klägers) Ausgaben ersetzen muss.

Insbesondere im Vergleich zur „Amerikanischen Regel“ (jeder muss für seine Ausgaben unabhängig vom Prozessausgang aufkommen) erscheint das „Britische System“ gerechter: Nach der „Amerikanischen Regel“ sind nämlich Fälle nicht ausgeschlossen, in denen der Kläger einen gerechtfertigten Anspruch hat, den er mit Sicherheit auch durchzusetzen glaubt ($w_P = 1$), er aber auf Grund des Missverhältnisses zwischen Prozesskosten und Streitsumme ($\lambda > 1$) in einer Kosten-Nutzen-Abwägung von einer Klage absehen wird.

6.2.6 Positive externe Effekte von Klagen

Ob ein durch ein Kartell Geschädigter eine Schadenersatzklage einbringt, hängt – wie in diesem Kapitel ausgeführt wurde – von einer persönlichen Kosten-Nutzen-Analyse (ex ante) ab: der erwartete persönliche Nutzen aus der Klage ($w_P \cdot D_P$) wird den erwarteten persönlichen Kosten (LC_P) gegenübergestellt. Der Nutzen, den die Gesellschaft darüber hinaus aus dem Schadenersatzprozess hat, hat keinen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des

¹²⁹ Der Grenzwert ist, wie erläutert (siehe 6.2.3), $w_P = \gamma / (1 + \gamma)$.

Anspruchsberechtigten. Gibt es einen solchen Nutzen, kann deshalb von positiven externen Effekten eines Prozesses gesprochen werden.¹³⁰

Der Nutzen, den die Gesellschaft aus Schadenersatzprozessen hat, ist insbesondere deren abschreckende Wirkung hinsichtlich der möglichen künftigen Verursachung von Schäden: Unternehmen, die auch mit hohen Schadenersatzleistungen auf Grund von Wettbewerbsrechtsbrüchen zu rechnen haben, werden eher von Kartellbildungen absehen, da die daraus zu erwartenden Kosten steigen (siehe insbesondere *Kapitel 4*). Dadurch, dass nun die einzelnen Geschädigten diesen positiven externen Effekt nicht in ihre Kosten-Nutzen-Abwägung einbeziehen, werden weniger Schadenersatzprozesse geführt, als es für die Gesellschaft wohlfahrtsoptimierend wäre.

Dies ist auch das schlagende Argument für eine Stärkung der Effektivität von Schadenersatzklagen gegen Kartellrechtsbrecher in der EU, etwa durch Änderungen im Prozesskostensystem (Abschaffung der „Britischen Regel“ für Kartellrechtsfälle) oder einer Erhöhung der Streitsumme in den einzelnen Fällen (Einführung von „punitive damages“; Bündelung der Ansprüche durch Verbands- oder Sammelklagen) etc. Die vermutlichen Auswirkungen (hinsichtlich Abschreckung und Kompensation) solcher Maßnahmen, wie sie auch im Weißbuch (2008) der Europäischen Kommission vorgeschlagen sind, werden in *Kapitel 7* analysiert.

6.3 Exkurs: Vergleiche

Rechtsstreitigkeiten werden zu einem großen Anteil nicht oder nicht bis zum Ende vor Gericht ausgetragen und damit nicht durch ein Urteil des Gerichts beendet. In vielen Fällen schließen die Streitparteien einen Vergleich. Das heißt bei Schadenersatzfällen, dass sich Geschädigter und Schädiger auf eine vom Schädiger zu leistende Zahlung vertraglich einigen; in bereits vor Gericht anhängigen Fällen beendet ein Vergleich gleichzeitig den Prozess. Nach Connor und Helmers (2007) führten in den USA im Zeitraum von 1990 bis 2003 nur etwa 14 Prozent der Schadenersatzklagen in Kartellrechtsfällen zu Gerichtsurteilen, während der Rest durch Vergleiche beendet wurde.

Dazu, wie Vergleiche zu Stande kommen, gibt es eine Reihe rechtsökonomischer Theorien.¹³¹ Nach der simpelsten stellt sich die Frage nach einem Vergleich nur in Fällen, in

¹³⁰ Freilich sind auch negative externe Effekte denkbar: So sind die Gerichtskosten, die nicht die Parteien tragen, sowie allfällige Rechtsirrtümer in Prozessen (insbesondere falsche Verurteilungen) Kosten für die Gesellschaft, die der Einzelne nicht in seine Entscheidung mit einbezieht, ob er klagen soll oder nicht.

¹³¹ Vgl die bei CEPS (2008) 138 FN 243 angeführte Literatur.

denen ein Kläger auch einen Anreiz zu klagen hat ($w_P * D_P - LC_P > 0$, das heißt, der Kläger erwartet einen positiven Gewinn aus einem Prozess).¹³² Ein Vergleich kommt diesfalls dann zu Stande, wenn der erwartete Gewinn aus dem Gerichtsprozess für den Kläger niedriger als der erwartete Verlust für den Beklagten ist. Der Kläger wird in Vergleichsverhandlungen nämlich einen Betrag fordern, der mindestens so hoch ist, wie sein erwarteter Gewinn aus dem Prozess; der Beklagte wird bereit sein, eine Vergleichszahlung zu leisten, die niedriger ist als sein erwarteter Verlust, nicht aber eine höhere. Der erwartete Gewinn des Klägers vor Gericht ist, wie gehabt, die vom Kläger erwartete Schadenersatzleistung abzüglich seiner erwarteten Rechtskosten ($w_P * D_P - LC_P$); der erwartete Verlust des Beklagten ist entsprechend die von ihm erwartete Schadenersatzleistung zuzüglich seiner erwarteten Rechtskosten ($w_D * D_P + LC_D$), wobei w_D die von der beklagten Partei subjektiv wahrgenommene Wahrscheinlichkeit ist, dass der Kläger den Prozess gewinnt. Kläger und Beklagter werden den Rechtsstreit demnach vergleichen, wenn¹³³

$$w_P * D_P - LC_P < w_D * D_P + LC_D, \text{ oder}$$

$$w_P - w_D < (LC_P + LC_D) / D_P.$$

Diese Ungleichung zeigt, dass ein Vergleich zum einen umso wahrscheinlicher ist, umso geringer die Erwartung des Klägers ist, den Prozess zu gewinnen, bzw umso höher die Erwartung des Beklagten ist, den Prozess zu verlieren. Zum anderen zeigt sie, dass ein Vergleich umso wahrscheinlicher ist, je höher der Anteil der gesamten erwarteten Prozesskosten an der Schadenersatzsumme ist.

Ein Beispiel: Glaubt der Kläger den Prozess über eine Schadenersatzsumme von $D_P = 1 \text{ Mio } €$ mit einer Wahrscheinlichkeit von $w_P = 0,6$ zu gewinnen, wobei sich seine erwarteten Kosten auf 200 000 € belaufen, und schätzt der Beklagte die Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger gewinnen würde, auf $w_D = 0,4$, wobei seine erwarteten Kosten ebenfalls 100 000 € sind, so besteht ein Spielraum von 400 000 € ($= w_P * D_P - LC_P$) bis 500 000 € ($= w_D * D + LC_D$) für Vergleichsverhandlungen. Ist der Kläger hingegen optimistischer (etwa $w_P = 0,8$) und sind die erwarteten Prozesskosten unverändert, so werden die Streitparteien keinen Vergleich schließen: $600 000 € (= w_P * D_P - LC_P) > 500 000 € (= w_D * D + LC_D)$. Auch werden sie keinen Vergleich schließen, wenn die erwarteten Prozesskosten (bei gleicher

¹³² Weitergehende Modelle beschäftigen sich auch damit, dass unter bestimmten Umständen Kläger, auch wenn sie einen negativen erwarteten Prozessgewinn haben ($w_P * D_P - LC_P < 0$), Klage einbringen, dann nämlich, wenn sie mit einem Vergleich (und positivem Gewinn aus Vergleichsverhandlungen) rechnen können.

¹³³ Vgl etwa das Modell bei Shavell (1982), das allerdings insofern weitergehender ist, als es auch unterschiedliche Erwartungen über die Höhe des durch das Urteil bestimmten Schadenersatzes zulässt, und somit diese Form hat: $w_P * D_P - LC_P < w_D * D_D + LC_D$.

Schadenersatzsumme) wesentlich geringer sind (zB $LC_P = LC_D = 50\,000\text{ €}$): $550\,000\text{ €}$ ($= w_P * D_P - LC_P$) $> 450\,000\text{ €}$ ($= w_D * D_P + LC_D$).

Sind die Erwartungen des Klägers und des Beklagten über die Wahrscheinlichkeit des Prozessausgangs gleich ($w_P = w_D = w$), so werden sie den Streit jedenfalls vergleichen. Es ist für beide jedenfalls günstiger, dass der Beklagte die (für beide gleichermaßen) erwartete Schadenersatzleistung ($w * D_P$) an den Kläger leistet; so ersparen beide sich die Prozesskosten. Zwar wird auch ein Vergleich beide Parteien etwas kosten, doch wird hier angenommen, dass die Vergleichskosten für beide Parteien geringer sind als die Prozesskosten. Schließlich werden die Parteien auch immer dann einen Vergleich schließen, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger den Prozess gewinnt, vom Kläger selbst geringer als vom Beklagten eingeschätzt wird ($w_P < w_D$). Zu beachten ist dabei freilich, dass, wenn w_P gering ist, der potentielle Kläger von vornherein sich nicht auf einen Rechtsstreit einlässt, dann nämlich, wenn $w_P * D_P - LC_P > 0$. Dann stellt sich die Frage, ob er eine Klage oder einen Vergleich bevorzugt, freilich nicht.¹³⁴

6.3.1 Sind Vergleiche besser?

Ob Vergleiche für die Gesellschaft günstiger sind als Zivilprozesse, die mit einem richterlichen Urteil enden, lässt sich nicht eindeutig beantworten. Vergleiche haben nämlich sowohl positive (externe) Effekte als auch negative (externe) Effekte für die Gesellschaft.¹³⁵

Auf der einen Seite sind Vergleiche im Allgemeinen günstiger als Gerichtsverfahren. Der Vorteil für die Gesellschaft liegt darin, dass es weniger (teure) Verfahren gibt: Zum einen sparen die Beteiligten selbst Ausgaben (Anwaltskosten, investierte Zeit) ein, zum anderen sinken die öffentlichen Ausgaben durch Einsparungen an Gerichtsressourcen.

Jedoch haben Vergleiche eine negative Auswirkung auf die Abschreckungswirkung:¹³⁶ Der beklagte Schädiger zahlt bei einem Vergleich weniger als die von ihm erwartete Schadenersatzleistung (zuzüglich seiner erwarteten Rechtskosten). Das heißt, dass – auch wenn Kartellunternehmen nur mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit kleiner eins Vergleiche erwarten dürfen – dies die durch private Kartellrechtsverfolgung zu erwartenden Kosten vermindert. Darüber hinaus können Urteile den Weg für Folgeklagen eher ebnen als

¹³⁴ Beachte aber FN 132.

¹³⁵ Vgl CEPS (2008) 146 ff.

¹³⁶ Negative Auswirkungen auf die Kompensationswirkung sind nach den einfachsten Modellen, wie dem hier vorgestellten, nicht zu erwarten, da der Kläger kein niedrigeres Vergleichsangebot akzeptieren wird als den zu erwartenden Gewinn aus einer Klage; in erweiterten Modellen, deren Analyse sich etwa auch Szenarien mit unvollständiger Information, Risikoaversität und Ineffizienzen in Vergleichsverhandlungen auseinandersetzt, können Vergleiche jedoch auch die Kompensationswirkung beeinträchtigen.

Vergleiche, da bei letzteren Informationen des Geschädigten über den Schädiger verdeckt bleiben, während sie in einem Urteil publik werden.

Da Vergleiche also sowohl positive als auch negative Effekte auf die Gesamtwohlfahrt haben, kann nicht gesagt werden, dass Vergleiche per se besser oder schlechter sind als Entscheidungen nach Gerichtsprozessen; die Suche nach dem optimalen Niveau der Vergleichsrate stellt sich demnach als Optimierungsproblem zwischen zwei imperfekten Systemen dar.¹³⁷

Vergleiche sind also nur in dem Ausmaß wünschenswert, zu dem sie dazu beitragen, dass der soziale Nutzen durch Einsparungen an privaten und öffentlichen Rechtskosten, den sozialen Verlust durch Reduktion der Abschreckungswirkung von Schadenersatzklagen überwiegt.

6.3.2 Auswirkungen der verschiedenen Regelungen über die Kostentragung auf Vergleiche

Die unterschiedlichen Regelungen über die Kostentragung haben verschiedene Auswirkungen auf die Wahrscheinlichkeit, mit der die Streitparteien einen Vergleich schließen werden. Wie gezeigt werden kann, ist sie (für den Fall $w_P > w_D$ und $C_P = C_D$) unter dem Amerikanischen System am höchsten und unter dem Britischen am niedrigsten;¹³⁸ unter den beiden anderen Systemen liegt sie dazwischen.

Wie bereits dargestellt wurde, ist die allgemeine Bedingung für einen Vergleich:

$$w_P * D_P - LC_P < w_D * D_P + LC_D$$

Es sei erneut $\gamma = C_D / C_P = 1$ (das heißt: $C_P = C_D$) und $\lambda = C_P / D_P$;

es sei $\Delta w = w_P - w_D$. Nachdem die Parteien im Fall $w_P < w_D$, auf jeden Fall einen Vergleich schließen (siehe oben), interessiert uns hier der Fall $w_P > w_D$ (d.h. $\Delta w > 0$).

Die Vergleichsbedingungen unter den verschiedenen Systemen lauten dann:¹³⁹

$$\text{BS: } \Delta w / (2 - 2\Delta w) < \lambda$$

$$\text{AS: } \Delta w / 2 < \lambda$$

¹³⁷ Vgl. CEPS (2008) 150.

¹³⁸ Dieser Punkt ist nicht unumstritten. Andere Studien kommen zu dem Schluss, dass Vergleiche im Britischen System wahrscheinlicher sind, weil die Parteien in diesem System mehr in die Klage bzw. in die Verteidigung investieren und gesteigerte Prozesskosten (im Verhältnis zur Streitsumme) zu einer Erhöhung der Vergleichsrate beitragen; vgl. die bei CEPS (2008) 179 angeführte Literatur.

¹³⁹ Dies folgt durch Einsetzen der verschiedenen Prozesskostengrößen LC_{P-BS} , LC_{P-AS} , ... bzw. LC_{D-BS} , LC_{D-AS} , ... in die allgemeine Vergleichsbedingung nach wenigen einfachen Äquivalenzumformungen der Ungleichung.

$$\text{favP, favD:}^{140} \Delta w / (2 - \Delta w) < \lambda$$

Für alle Fälle gilt: Je größer der Unterschied der Prozess-Gewinnerwartungen ist (je mehr der Kläger im Gegensatz zum Beklagten glaubt, den Prozess zu gewinnen, d.h. je höher Δw), desto unwahrscheinlicher ist ein Vergleich; je höher die Prozessausgaben des Klägers im Verhältnis zur Streitsumme ist (je höher λ), desto wahrscheinlicher ist ein Vergleich.

Abbildung 8 zeigt nun, wie groß der Unterschied der Prozess-Gewinnerwartungen Δw unter den verschiedenen Prozesskostenregelungen für verschiedene Werte von λ sein darf, damit gerade noch (bzw. gerade nicht mehr) ein Vergleich geschlossen wird. Das heißt, dass in Punkten $(\Delta w, \lambda)$ links der jeweiligen Kurven Kläger und Beklagter den Streit vergleichen, in Punkten rechts davon, kein Spielraum für einen Vergleich besteht. Die flachste Kurve (AS: $\Delta w / 2 = \lambda$) lässt am ehesten Vergleiche zu, die steilste (BS: $\Delta w / (2 - 2\Delta w) = \lambda$) am wenigsten.

Für $\lambda = 1/4$ (also zB: $D_P = 1 \text{ Mio €}$, $C_P = C_D = 250\,000 \text{ €}$) werden die Parteien unter dem BS einen Vergleich nur schließen, wenn die Erwartung des Klägers, dass er den Prozess gewinnt, die Erwartung des Beklagten darüber nicht um $\Delta w = 0,33$ oder mehr übersteigt. Unter dem AS hingegen darf der Unterschied in den Erwartungen im selben Fall ($\lambda = 1/4$) nicht mehr als $\Delta w = 0,5$ sein. Erwartet zB der Kläger, dass er mit 80 Prozent Wahrscheinlichkeit gewinnt, und der Beklagte schätzt die Chancen des Klägers auf 40 Prozent ($\Delta w = 0,4$), bleibt im AS ein Spielraum für Vergleichsverhandlungen (550 000 € bis 650 000 € im gewählten Beispiel), während im BS mangels eines solchen kein Vergleich zu Stande kommen kann (Δw ist zu hoch). Im favP bzw im favD gilt für $\lambda = 1/4$ die Vergleichsbedingung $\Delta w < 0,4$. In unserem Beispiel handelt es sich also gerade um einen Grenzfall.

Die Analyse kann zur Erklärung der hohen Vergleichsraten in amerikanischen Kartellfällen beitragen. Es wurde gezeigt, dass in Relation zum in Europa gebräuchlichen Britischen System in allen anderen Systemen Vergleiche wahrscheinlicher sind, so auch in dem in Amerika in Kartellfällen zur Geltung kommenden den Kläger begünstigenden System.

¹⁴⁰ Dass die beiden Systeme hier dieselbe Vergleichsbedingung aufweisen, ist auf unsere Annahme $C_P = C_D$ zurückzuführen. Grundsätzlich sind im Fall $w_P > w_D$ in dem den Beklagten begünstigenden System Vergleiche wahrscheinlicher als in dem den Kläger begünstigenden System; vgl Shavell (1982).

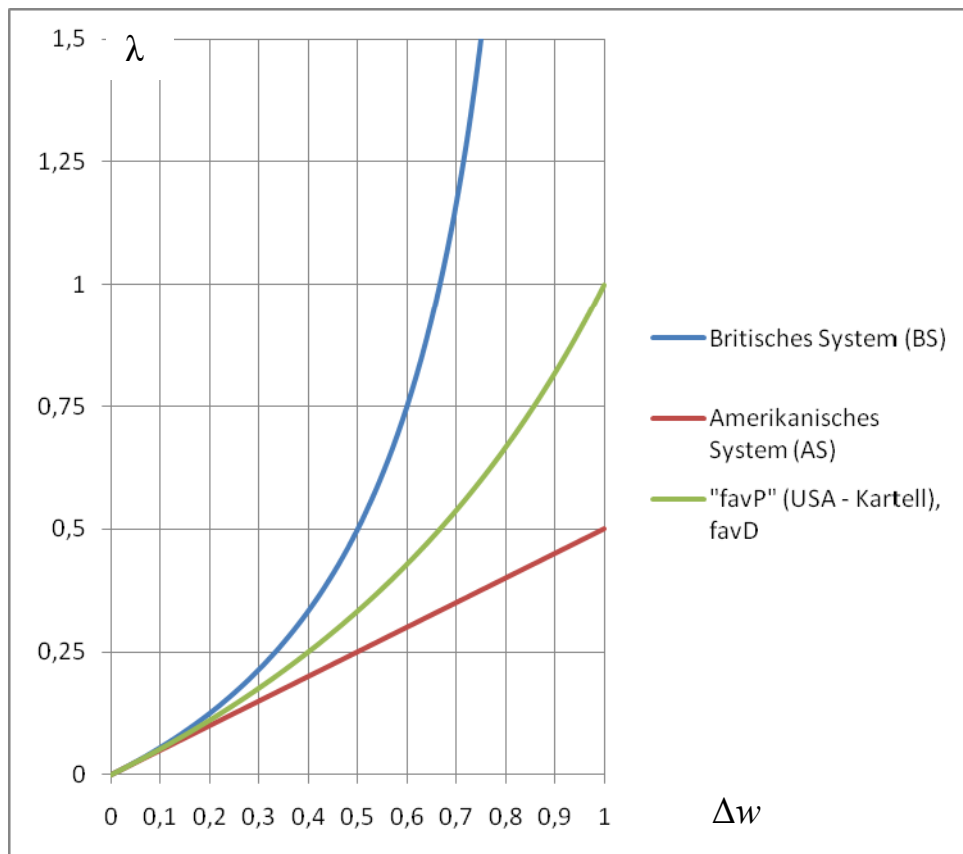


Abbildung 8: Die horizontale Achse repräsentiert den Unterschied in den Erwartungen des Klägers und des Beklagten über einen Gewinn des Klägers, $\Delta w = w_P - w_D > 0$; die vertikale Achse das Verhältnis der Prozessausgaben des Klägers zur Schadenssumme, $\lambda = C_P / D_P$, wobei $C_P = C_D (= \lambda * D_P)$. In Punkten $(\Delta w / \lambda)$ links der jeweiligen Kurven werden die Parteien einen Vergleich schließen; in Punkten rechts davon wird es eine Klage geben.

7 Die Auswirkungen einzelner Maßnahmen des Weißbuchs

Ausgangspunkt dieser Arbeit war das im Jahr 2008 von der Europäischen Kommission veröffentlichte Weißbuch über „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“. In diesem Kapitel werden nun vor dem Hintergrund der Analyse der vorangegangenen Abschnitte einzelne Maßnahmen des Weißbuchs im Hinblick auf ihre Wirkungen – Abschreckungswirkung und Kompensationswirkung – untersucht. Zunächst wird erörtert, welche Auswirkungen die Einführung von „punitive damages“ nach dem Vorbild des amerikanischen Rechtssystems hätte. Dann wird der Fokus auf etwaige Änderungen der Kostentragung in Prozessen über Schadenersatzklagen gerichtet. Schließlich werden die Vorteile von Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes und die Auswirkungen von bestimmten Beweiserleichterungen für klagende Kartellopfer besprochen.

7.1 Anspruch auf ein Vielfaches des Schadens – „punitive damages“?

Aus *Kapitel 6* ist bereits bekannt, dass nach dem amerikanischen Rechtssystem der durch ein Kartell Geschädigte das Dreifache der Schadenssumme als Schadenersatz einklagen kann („treble damages“). Die Pflicht zu dieser „überkompensierenden Leistung“ wird mit der damit verbundenen Abschreckungswirkung begründet (siehe insbesondere Abschnitt 6.2.1). In allen Mitgliedstaaten der EU (mit Ausnahme Großbritanniens, Irlands und Zyperns, die zum Teil ebenso „punitive damages“ gewähren) wird in Schadenersatzprozessen dem Geschädigten bei Vorliegen aller Voraussetzungen grundsätzlich nur die einfache Schadenssumme gewährt („single damages“). Die Europäische Kommission schlägt die Implementierung von „punitive damages“ auch in Europa zwar nicht explizit vor, stellt aber fest, dass ein solches System grundsätzlich nicht im Widerspruch zum EG-Recht stünde und somit auch von den Mitgliedstaaten in Betracht gezogen werden könnte (vgl. Punkt 2.2.5). Welche Auswirkungen hätte nun eine Vervielfachung der Schadenersatzansprüche von Kartellopfen („double damages“ oder „treble damages“¹⁴¹) für die Kartellrechtsdurchsetzung in Europa, würde sie auch in den Mitgliedstaaten der EU eingeführt?

¹⁴¹ Bei „double damages“ besteht der Anspruch in doppelter Höhe der Schadenssumme, bei „treble damages“ in dreifacher Höhe.

7.1.1 Auswirkungen von „punitive damages“ auf die Abschreckung

Die Abschreckungswirkung wird durch ein „punitive damages“-System freilich erhöht; dies hat zwei Gründe:

Erstens wird – wie die Analyse in *Kapitel 6* gezeigt hat – durch eine Erhöhung der Streitsumme, D_P , der Anreiz zu klagen erhöht. Nach dem „Britischen System“ (bei „single damages“) ist die Klagebedingung für den Anspruchsberechtigten (vgl oben 6.2.3):¹⁴²

$$w_P / (2 - 2 w_P) > \lambda$$

Bei „punitive damages“ wäre die Streitsumme D_P doppelt („double damages“) bzw dreimal („treble damages“) so hoch und damit das Verhältnis der Prozessausgaben des Klägers zur Streitsumme, $C_P / D_P = \lambda$, die Hälfte ($\lambda/2$) bzw ein Drittel ($\lambda/3$). Die entsprechenden Klagebedingungen lauteten dann:

$$w_P / (1 - w_P) > \lambda \text{ (für „double damages“) und}$$

$$3 * w_P / (2 - 2 w_P) > \lambda \text{ (für „treble damages“).}$$

Abbildung 9 zeigt die verschiedenen Bedingungen zusammengefasst in einer Graphik. Den Ungleichungen entsprechend ist in Punkten rechts der jeweiligen Indifferenzkurven die Klagebedingung erfüllt (während sie links davon nicht erfüllt ist). Aus der Graphik ist leicht abzulesen, dass das System mit „treble damages“ insgesamt am meisten Punkte (w_P / λ) aufweist, in denen ein Anreiz zu klagen besteht, jenes mit „single damages“ am wenigsten und jenes mit „double damages“ dazwischen liegt.

Ein höherer Anreiz für die Kartellopfer zu klagen hätte nun deshalb positive Auswirkungen auf die Abschreckungswirkung, da damit zu rechnen wäre, dass mehr Geschädigte eine Klage gegen die Kartellunternehmen einreichen würden. Damit würde nämlich auch die von Kartellen zu erwartende Schadenersatzpflicht $E[D] = p_D * D = p_{det} c_D * D$ steigen.¹⁴³ In einem System, in dem mehr Klagen von Anspruchsberechtigten zu erwarten wären, würde letztlich auch ein größerer Anteil des Gesamtschadens erfolgreich eingeklagt werden (dh c_D , die „Verurteilungswahrscheinlichkeit“ hinsichtlich der gesamten Schadenersatzpflicht würde steigen).¹⁴⁴

¹⁴² Das heißt, der Anspruchsberechtigte (Geschädigte) klagt nur, wenn diese Ungleichung erfüllt ist, wobei w_P die Erwartung des Anspruchsberechtigten, den Rechtsstreit zu gewinnen ist und λ das Verhältnis der Ausgaben des Klägers zur Streitsumme ist.

¹⁴³ Vgl dazu Punkt 4.6.

¹⁴⁴ Auch die Entdeckungswahrscheinlichkeit, p_{det} , könnte steigen: Wenn Geschädigte, die Informationen über bestimmte Kartelle haben, die den zuständigen Kartellbehörden nicht bekannt sind, einen höheren Anreiz

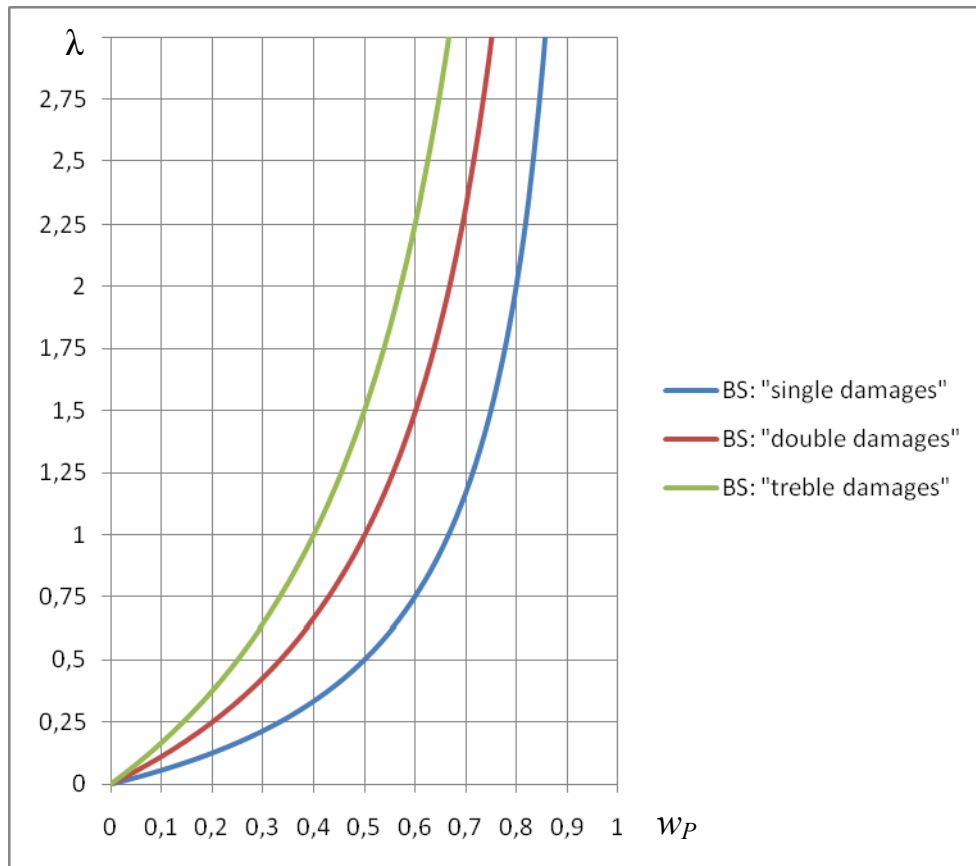


Abbildung 9: Die horizontale Achse repräsentiert die Erwartung des Klägers, den Prozess zu gewinnen: w_P ; die vertikale Achse das Verhältnis der Prozessausgaben des Klägers bzw des Beklagten zur Schadenssumme (eine allfällige Verdopplung bzw Verdreifachung noch nicht berücksichtigt): $\lambda = C_P / D_P (= C_D / D_P)$, oder $C_P = C_D = \lambda * D_P$. Für Punkte (w_P / λ) rechts der jeweiligen Kurve besteht für den Kläger ein Anreiz zu klagen.

Die erwartete Schadenersatzpflicht für Kartelle, und damit die Abschreckungswirkung gegen Kartellbildungen, wird neben einer Erhöhung des Anreizes zu klagen, zweitens, schlicht durch die Erhöhung der nominellen Schadenersatzpflicht D gesteigert. Ist die nominelle Schadenersatzpflicht (in Summe) bei „single damages“ der einfache Kartellschaden, $D_{single} = MAS (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M)$, ist sie bei „double damages“ das Doppelte des Schadens, $D_{double} = 2 * MAS (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M)$ und bei „treble damages“ das Dreifache, $D_{treble} = 3 * MAS (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M)$.

zu klagen haben, ist es auch wahrscheinlicher, dass diese Informationen publik werden (vgl dazu insb. Punkt 4.6.2).

Es sei erneut angenommen, dass damit auch die subjektive Erwartung der Entscheidungsträger der Kartellunternehmen hinsichtlich einer Erhöhung der Schadenersatzpflicht steigt. Schließlich wird auch nur dann die Erhöhung der Abschreckungswirkung eintreten, da Entscheidungen (zB an einem Kartell teilzunehmen oder nicht) auf subjektiven Einschätzungen beruhen, und nicht auf „bloß“ objektiven Wahrscheinlichkeiten (siehe FN 47).

7.1.2 Sind „punitive damages“ zu hoch im Sinne der Abschreckungswirkung?

Kartellopfen wie nach US-amerikanischen Recht „punitive damages“ zuzusprechen, erhöhte also zweifellos die Abschreckungswirkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Wären „double“ oder „treble“ damages aber nicht möglicherweise zu hoch; das heißt: hätten sie nicht zur Folge, dass die Summe aus öffentlichen Strafen und Schadenersatz die optimale Strafe, F^* (vgl. *Kapitel 4*), überstiege?

Die Ergebnisse aus *Kapitel 4* zeigten, dass in einem System mit „single damages“, selbst wenn alle Geschädigten ihre Ansprüche erfolgreich durchsetzen,¹⁴⁵ bei unveränderter Strafpraxis der Europäischen Kommission und der nationalen Kartellbehörden ($F_{EC} + F_N = 0,159 \text{ AS}$) nur etwa die Hälfte der optimalen Strafe ($F^* = 0,84 \text{ AS}$) erreicht würde:

$$(F_{EC} + F_N + D_{single}) / F^* = 0,52.$$

Es kann nun ergänzt werden, dass ein System mit „double damages“¹⁴⁶ die Abschreckungswirkung zwar erhöhen würde, voraussichtlich die optimale Strafe unter den der Analyse zu Grunde gelegten Schätzungen¹⁴⁷ aber noch immer nicht erreicht würde, sondern etwa nur 86 Prozent davon:

$$(F_{EC} + F_N + D_{double}) / F^* = 0,86.$$

Ein System mit „treble damages“¹⁴⁸ wäre hingegen möglicherweise überzogen, da es dazu führen könnte, dass in Summe mehr als die optimale Strafe erreicht würde.¹⁴⁹

$$(F_{EC} + F_N + D_{treble}) / F^* = 1,19.$$

7.1.3 Auswirkungen von „punitive damages“ auf die Kompensation

In der Theorie ist das System der Mitgliedstaaten der EU, nach dem Geschädigten in Schadenersatzprozessen, die einfache Schadenssumme¹⁵⁰ zuerkannt wird, optimal im Hinblick auf das Ziel, dass der Geschädigte durch den Schädiger möglichst so gestellt werden

¹⁴⁵ Der aggregierte Schadenersatz, D , entspricht dabei dem Kartellschaden: $D_{single} = M \text{ AS } (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M)$. Unter den Annahmen, dass $\varepsilon = 1$ und $M = 0,25$ ist $D_{single} = 0,439$.

¹⁴⁶ D.h. $D_{double} = 2 * M \text{ AS } (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M) = 0,719 \text{ AS}$.

¹⁴⁷ Diese sind: $M = 0,25$ und $p_D = 1/3$ (vgl. oben insb. Punkt 4.2).

¹⁴⁸ D.h. $D_{treble} = 3 * M \text{ AS } (1 + \frac{1}{2} \varepsilon M) = 0,999 \text{ AS}$.

¹⁴⁹ Berücksichtigt man, dass in der Realität nicht alle Anspruchsberechtigten auch klagen würden (vgl. dazu die Argumente in FN 81, wären aber selbst „treble damages“ unter Umständen im Hinblick auf die Abschreckung nicht überzogen).

¹⁵⁰ Zuzüglich Zinsen nach Maßgabe der Rechtssysteme der verschiedenen EU-Staaten, die den Geschädigten dafür entschädigen soll, dass er den Schadenersatz auf Grund der Dauer des Prozesses etc. erst mit einer gewissen Zeitverzögerung erhält.

soll, als hätte er ihm den Schaden nicht zugefügt (Prinzip der Kompensation). In der Praxis der privaten Kartellrechtsdurchsetzung wird dieses Ziel aber weit verfehlt: Die Anspruchsberechtigten sehen wegen eines zu hohen Prozessrisikos (zu hohe erwartete Kosten gegenüber zu niedrigem erwarteten Gewinn) meist von Klagen ab. Welche Auswirkungen hätte nun ein System mit „punitive damages“ auf die Kompensationswirkung privater Kartellrechtsdurchsetzung?

Da es wahrscheinlich ist, dass mehr Geschädigte einen Anreiz zu klagen hätten, würden – gesamt gesehen – Kartelle (durch mehr Verurteilungen) einen höheren Anteil der Schadenssumme, D , den Geschädigten erstatten. Insofern hätten „punitive damages“ einen positiven Effekt auf die Kompensationswirkung.

In einzelnen Fällen wäre es jedoch so, dass ein Kartell dem klagenden Geschädigten mehr zu erstatten hätte, als der Schaden ausgemacht hat; nämlich das Doppelte bzw. das Dreifache der Schadenssumme. Ein Kartellopfer, das erfolgreich geklagt hat, würde also überkompensiert werden. Lande (1993) kommt zu dem Schluss, dass der Kläger bei „treble damages“ tatsächlich nicht das Dreifache, sondern lediglich das 1,25- bis 1,66-fache erhalte, doch stützt sich seine Argumentation im Wesentlichen darauf, dass nach US-Recht die Schadenersatzsumme unverzinst bleibt, obwohl zwischen dem Schadensereignis und dem Erhalt des Geldersatzes in der Regel viel Zeit vergeht. In den Mitgliedstaaten wird erfolgreichen Klägern der Schadenersatz aber grundsätzlich zuzüglich einer Verzinsung zuerkannt, weshalb das Argument von Lande (1993) hier nicht herangezogen werden kann. Schinkel (2006) argumentiert weiters, dass Schadenersatzforderungen über die Zeit mit einer bestimmten Rate abzuschreiben seien, da ein Schaden umso schwerer zu beweisen sei, je weiter er in der Vergangenheit zurückliege. Tatsächlich könnten Geschädigte von Kartellen, die über mehrere Jahre gedauert haben,¹⁵¹ deshalb nie den gesamten Schaden einfordern. Folgte man dieser Argumentation, würden die Bedenken, „punitive damages“ würden zu einer Überkompensation der Geschädigten im Einzelfall führen, etwas relativiert werden.

Eine abschließende Analyse, inwiefern „punitive damages“ überkompensierend wirken, soll hier nicht erfolgen. Es kann aber festgehalten werden, dass es eine optimale Lösung hinsichtlich einer genauen Kompensation durch private Kartellrechtsdurchsetzung wohl nicht gibt: Während „single damages“ möglicherweise zu wenig Anreiz für Kartellopfer, ihre Ansprüche auch durchzusetzen, bieten, tun dies zwar „punitive damages“ eher, doch führen letztere in einzelnen Fällen zu einer Überkompensation der Geschädigten.

¹⁵¹ Die durchschnittliche Dauer eines Kartells liegt bei fünf Jahren; vgl. oben *Kapitel 4*.

7.1.4 Sind „punitive damages“ in der EU rechtlich überhaupt möglich?

Bezüglich des Vorschlages der Europäischen Kommission, „punitive damages“ bei Schadenersatzklagen in Kartellfällen zu erwägen, sei abschließend nur darauf hingewiesen, dass ihrer Implementierung in den meisten Mitgliedstaaten wohl größere Hindernisse rechtlicher Natur im Wege stehen. Zwar hat der EuGH festgestellt, dass „punitive damages“ grundsätzlich mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar seien, doch stehen sie eindeutig im Gegensatz zur kontinentaleuropäischen Rechtstradition, in der das zivile Schadenersatzrecht in erster Linie der Kompensation der Geschädigten dient, und die Abschreckung gegen (vorsätzlich und fahrlässig) schädigendes Verhalten vorrangig durch das öffentliche Strafrecht erfüllt wird. Ein Wechsel von „single damages“ zu „punitive damages“ wäre aus diesem Grund, wenn überhaupt, nicht ohne tiefgreifende rechtliche Änderungen möglich.

7.2 *Änderung des Prozesskostensystems in Kartellfällen*

In *Kapitel 6* wurde erläutert, dass nach dem in Kartellfällen geltenden Prozesskostensystem der USA der Beklagte sowohl für seine Prozesskosten als auch für die des Klägers aufkommen muss, wenn er den Prozess verliert, während, wenn der Kläger verliert, jeder seine Prozesskosten selbst zu tragen hat. In den Mitgliedstaaten der EU gilt hingegen die „Britische Regel“, nach der der Verlierer eines Prozesses (ob nun Kläger oder Beklagter) für die gesamten Prozesskosten aufkommt. Es konnte formal (und graphisch) gezeigt werden, dass dies den Anreiz für Geschädigte, die Kartellunternehmen auf Schadenersatz zu klagen, erheblich hebt.

Nachdem die Europäische Kommission vorschlägt, die Prozesskostensysteme für Kartellfälle zu überdenken, liegt die Frage nahe, wie sich eine Änderung des geltenden Systems zu einem nach Vorbild der USA auswirken würde.

Durch den höheren Anreiz für Geschädigte, ihren Schaden auch geltend zu machen, würde zum einen zweifellos die Abschreckungswirkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung steigen, da die von Kartellen zu erwartende Schadenersatzpflicht $E[D] = p_D * D = p_{det} c_D * D$ erhöht würde (vgl dazu die Argumentation bei Punkt 7.1.1). Zum anderen kann davon ausgegangen werden, dass mehr Geschädigte für ihren Schaden entschädigt würden, und dem Prinzip der Kompensation dadurch Rechnung getragen würde.

Allerdings birgt das in Kartellfällen geltende Prozesskostensystem der USA im Vergleich zum aktuell in Europa geltenden System die Gefahr, dass es auch ungerechtfertigte Klagen begünstigt (vgl Abschnitt 6.2.5). Während nach dem europäischen System der Kläger vor

einer unbegründeten Klage eher zurückschreckt, da er fürchten muss, für die gesamten Prozessausgaben (auch für jene des Beklagten) aufkommen zu müssen, ist nach dem amerikanischen System auch bei solchen Klagen der Anreiz zu klagen erhöht, da der Kläger im ungünstigsten Fall nur seine eigenen Prozessausgaben trägt und darüber hinaus damit spekulieren kann, nicht einmal dafür aufkommen zu müssen. Ungerechtfertigte Klagen bedeuten aber nicht nur für den Beklagten Kosten, sondern auch für die Gesellschaft:¹⁵² diese sind neben der Beanspruchung der personellen und sachlichen Ressourcen des Gerichtswesens (die ja auch bei begründeten Klagen bestehen) insbesondere die Erhöhung der Wahrscheinlichkeit ungerechtfertigter Verurteilungen bzw. ungewünschter Vergleiche.¹⁵³

Auch hier ist deshalb festzuhalten, dass keines der beiden Systeme dem anderen jedenfalls vorzuziehen ist. Eine Änderung des europäischen Prozesskostensystems nach dem Vorbild der amerikanischen Rechtslage würde einerseits zwar die Abschreckungswirkung gegen Kartelle erhöhen und zu mehr Kompensation von Geschädigten beitragen, andererseits aber wäre mit mehr unbegründeten Klagen zu rechnen.

7.3 Kollektiver Rechtsschutz

Auf die Problematik von so genannten Streuschäden in Kartellfällen wurde bereits mehrfach hingewiesen:¹⁵⁴ Insbesondere dann, wenn der Preisaufschlag eines Kartells durch Zwischenhändler an die Konsumenten weitergegeben wird („passing-on“), kann es sehr viele Geschädigte geben, deren Schaden jeweils so gering ist, dass sich eine Klage nicht lohnt, da die erwarteten Kosten den erwarteten Gewinn übersteigen. Ziehen wir das Modell aus *Kapitel 6* heran, bedeutet das, dass die Schadenssumme der einzelnen bzw. einzelner Anspruchsberechtigter, D_P , so niedrig ist, dass die Bedingung für eine Klage $w_P \cdot D_P - LC_P > 0$ nicht erfüllt ist. In der Folge bleiben zum einen die einzelnen Geschädigten unentschädigt und hat zum anderen die private Rechtsdurchsetzung auch keine (oder bloß geringe) Abschreckungswirkung, da Kartelle damit rechnen können, den in Summe möglicherweise hohen Kartellschaden nicht ersetzen zu müssen. Die Kommission schlägt deshalb vor, Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes zu verstärken, die durch eine Bündelung der Klagen bzw. Ansprüche dieser Problematik begegnen.

¹⁵² Es sind dies negative externe Effekte, die der Kläger bei seiner Entscheidung, zu klagen oder von einer Klage abzusehen, nicht einbezieht.

¹⁵³ Ungewünschte Vergleiche sind etwa solche, bei denen der Beklagte trotz der Unbegründetheit des geltend gemachten Anspruchs zu einem Vergleich nur dazu bereit ist, weil seine erwarteten Prozesskosten im Falle eines Rechtsstreits vor Gericht so hoch sind.

¹⁵⁴ Siehe oben insbesondere 2.2.1 und 5.4.

7.3.1 Arten des kollektiven Rechtsschutzes

Alle Mitgliedstaaten der EU haben in irgendeiner Form bereits Elemente des kollektiven Rechtsschutzes. Die verschiedenen Mechanismen sind verschieden in ihrer Ausgestaltung, wobei teilweise die Grenzen verschwimmen. Unterschieden werden können grundsätzlich Streitgenossenschaften, Musterklageverfahren (Mustersammelklagen), „Klagenhäufung“, „Opt-in“- und „Opt-out“-Sammelklagen sowie Verbandsklagen.

Bei Streitgenossenschaften werden mehrere individuelle Ansprüche in einem Verfahren abgehandelt, wobei die Kläger häufig durch einen einzigen Anwalt vertreten werden.¹⁵⁵ Bei Musterklageverfahren wird über eine Streitfrage, die in mehreren individuellen Klagen dieselbe ist (zB: Lag ein Kartell vor?) in einem Verfahren – bindend – für alle teilnehmenden Kläger abgesprochen; die übrigen Angelegenheiten, die verschieden sind (zB die Höhe des Schadens), werden dann in individuellen Verfahren behandelt.

Bei einer „Klagenhäufung“ handelt es sich nicht um eine Prozessregelung im eigentlichen Sinn; sie liegt dann vor, wenn mehrere Anspruchsberechtigte einem anderen ihre (Schadenersatz-)Ansprüche abtreten. Der Berechtigte kann dann in seinem eigenen Namen diese Ansprüche (gemeinsam) geltend machen.¹⁵⁶

Eine Sammelklage wird von einem Anspruchsberechtigten im eigenen Namen und im Namen der restlichen Gruppe der Anspruchsberechtigten (Geschädigten) eingebracht. Eine Entscheidung darüber ist bindend: in einem „Opt-in-System“ für alle, die explizit der Klage beigetreten sind;¹⁵⁷ in einem „Opt-out-System“ grundsätzlich für alle Geschädigten, es sei denn, sie haben mitgeteilt, an der Sammelklage nicht teilnehmen zu wollen.¹⁵⁸ Der Unterschied zu Streitgenossenschaften ist, dass die einzelnen teilnehmenden Geschädigten keinen direkten Einfluss auf das Verfahren haben.

Bei Verbandsklagen klagt ein Verband (zB Konsumentenschutzverein) im Namen der Gruppe der geschädigten Unternehmen. Auch hier ist sowohl ein „Opt-in“ als auch ein „Opt-out“ möglich. Verbindliche Verbandsklagen sind solche, bei denen ein „Opt-out“ nicht möglich ist.¹⁵⁹ Schließlich ist auch ein System mit Verbandsklagen denkbar, in denen der Verband nicht im Namen individualisierbarer Personen, sondern im Namen der Öffentlichkeit

¹⁵⁵ Streitgenossenschaften sind in unterschiedlicher Form in allen Mitgliedstaaten möglich; vgl Ashurst (2004).

¹⁵⁶ In Österreich machte bspw so der Verband für Konsumenteninformation, VKI, schon Ansprüche von Konsumenten geltend; ein belgisches Unternehmen (Belgian Cartel Damage Claim S.A.) brachte so etwa 28 Klagen im eigenen Namen gegen das „Zementkartell“ vor einem deutschen Gericht ein.

¹⁵⁷ Ein solches gibt es bspw nach Schwedischem Recht; vgl CEPS (2008).

¹⁵⁸ Die „actio popularis“ in Portugal entspricht etwa dieser Form; vgl CEPS (2008).

¹⁵⁹ Vgl etwa die „Abschöpfungsklage“ des deutschen Systems; CEPS (2008).

klagt, wobei in diesem Fall der erstrittene Betrag nicht unter den Geschädigten aufgeteilt wird, sondern öffentlichen Zwecken gewidmet wird.

7.3.2 Auswirkungen auf die Abschreckung und die Kompensation

Alle verschiedenen Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes sollten dazu führen, dass der Anreiz in Kartellfällen zu klagen steigt.

Zum einen steigt nämlich die Streitsumme, um die es in ein- und demselben Prozess geht. Besonders bei Sammel- und Verbandsklagen ist zu erwarten, dass eine in Summe hohe Schadenssumme eingeklagt wird. Diejenigen, die die Klage einbringen, haben nämlich ein großes Interesse daran, dass möglichst viele an der Klage teilnehmen, um eine gestärkte Position im Prozess zu erlangen. Insofern werden sie dazu beitragen, dass Geschädigte, die über ihren Schaden oder die Möglichkeit diesen geltend zu machen, informiert werden. Eine größere Streitsumme der Sammel- oder Verbandsklage ist dabei freilich in „Opt-out-Systemen“ zu erwarten als in „Opt-in-Systemen“, da in ersteren die betroffenen Personen von den Initiatoren bloß abgehalten werden müssen, von der Teilnahme abzusehen, während in letzteren die Personen zur Teilnahme erst motiviert werden müssen.

Zum anderen sind Kosteneinsparungen für die teilnehmenden Geschädigten zu erwarten, da bspw die Kosten für Beweise, die bezüglich aller Ansprüche gleichermaßen erbracht werden müssen, geteilt werden.

Der höhere Anreiz zu klagen und die höheren Schadenssummen tragen zu einer höheren Abschreckungswirkung bei, da sie die von den Kartellen zu erwartende Schadenersatzpflicht steigern. Von Sammel- und Verbandsklagen mit einem „Opt-out-System“ ist dabei die größte Abschreckungswirkung zu erwarten.

Auch für die Kompensation sollten die verschiedenen Systeme eine positive Wirkung haben, da insgesamt mehr Geschädigte entschädigt werden. Bei Verbandsklagen, die im Namen der Öffentlichkeit eingebracht werden, findet eine konkrete Kompensation aber nicht statt. Sie haben deshalb im Grunde dieselbe Funktion wie öffentliche Strafen.

7.3.3 Kosten durch Mechanismen kollektiven Rechtsschutzes

Ob sich eine (weitere) Implementierung solcher Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes auf Grund der Erhöhung der Abschreckungswirkung und der Kompensationswirkung lohnt, hängt freilich auch von den Kosten ab, die mit diesen

Mechanismen verbunden sind. Es soll hier zwar keine Kosten-Nutzen-Rechnung angestellt werden, aber auch auf die Kosten zumindest verwiesen werden.

Zum einen bringt schon die Einführung Kosten für die Gesellschaft mit sich, dies insbesondere in Ländern,¹⁶⁰ deren Zivilprozesssysteme kaum Elemente des kollektiven Rechtsschutzes aufweisen. Zum anderen sind die Kosten von Sammelklagen etc. in mitunter komplizierten Gerichtsverfahren hoch (mit mehr Kosten für die öffentliche Hand). Schließlich ist auch die Verteilung der erstrittenen Schadenssumme an die verschiedenen Geschädigten mit Kosten verbunden.

7.4 Erleichterungen im Beweisverfahren

Einige weitere Vorschläge der Kommission laufen im Wesentlichen darauf hinaus, Erleichterungen im Beweisverfahren für Klagen gegen Kartelle einzuführen. Im Allgemeinen hat ein Geschädigter das Vorliegen eines rechtswidrigen Kartells, den Zusammenhang zwischen diesem und dem konkreten Schaden, die konkrete Schadenshöhe, sowie das Verschulden des Schädigers an der rechtswidrigen Schadensverursachung zu beweisen. Zu hohe Beweisanforderungen diesbezüglich schrecken Anspruchsberechtigte aber davor ab, ihren Schaden auch geltend zu machen. Unter Heranziehung des Modells aus *Kapitel 6* kann festgestellt werden, dass w_P , die Erwartung des Klägers, den Prozess zu gewinnen, angesichts zu hoher Beweiserfordernisse so niedrig ist, sodass die Klagebedingung $w_P * D_P - LC_P > 0$ nicht erfüllt ist, das heißt die erwarteten Kosten aus der Klage den erwarteten Gewinn übersteigt.¹⁶¹ Die vorgeschlagenen Maßnahmen (siehe sogleich) brächten alle eine Steigerung von w_P mit sich, sodass mit mehr Klagen zu rechnen wäre. Dies hätte sowohl eine Erhöhung der Abschreckungswirkung gegen Kartelle als auch eine Stärkung der Kompensation zur Folge.

7.4.1 Bindungswirkung von Entscheidungen von Kartellbehörden

Eine dieser Maßnahmen ist der Vorschlag der Kommission, dass bestandskräftige (das heißt nicht mehr bekämpfbare) Entscheidungen nationaler Kartellbehörden, mit denen Wettbewerbsrechtsverstöße nach EG-Recht festgestellt wurden, in Verfahren bei Folgeklagen auch vor Gerichten anderer Mitgliedstaaten bindende Wirkung haben sollen. Damit entfielen

¹⁶⁰ Bspw. Österreich.

¹⁶¹ Erweiterte man das Modell dahingehend, dass die Erwartung, den Prozess zu gewinnen von den Prozessausgaben des Klägers abhinge, würden zu hohe Beweiserfordernisse analog in zu hohe Prozessausgaben münden, mit derselben Konsequenz, dass die erwarteten Kosten der Klage den erwarteten Nutzen überstiegen.

für den Kläger in Folgeverfahren der Beweis des Vorliegens eines rechtswidrigen Kartells; die Erwartung eine Folgeklage zu gewinnen würde entsprechend steigen.

7.4.2 Schadensberechnung

Die Schadensberechnung in Kartellfällen kann komplex sein. In diesem Zusammenhang ist es essentiell, dass an den Kläger nicht zu hohe Beweisanforderungen gestellt werden. Ökonometrische Schätzungen der Preissteigerung können etwa nie exakte bzw perfekte Ergebnisse liefern, da sie sowohl von den zu Verfügung stehenden Daten als auch von angestellten Annahmen abhängen. Auch können sie nicht direkt den Kausalzusammenhang zwischen Kartellbildung und Preissteigerung beweisen. Doch können sie statistisch signifikante Zusammenhänge zeigen, auf deren Grundlage der Schaden approximativ berechnet werden kann. Ihre Zulässigkeit als Beweis setzt aber voraus, dass die konkrete Schadenshöhe nicht mit Sicherheit bewiesen werden muss, sondern (bloß) mit hoher Wahrscheinlichkeit.¹⁶²

7.4.3 Beweislastumkehr – widerlegbare Vermutungen zu Gunsten des Geschädigten

Beweislastregeln legen, wie der Name sagt, fest, welche der Parteien – Kläger oder Beklagter – gewisse Umstände im Verfahren beweisen muss. Im Allgemeinen muss der Kläger die Voraussetzungen für seinen Anspruch beweisen. Die Kommission schlägt nun etwa vor, dass, wenn vom Kläger der Beweis der Wettbewerbsrechtsverletzung erbracht werden kann,¹⁶³ er nicht auch das Verschulden des Beklagten beweisen muss. Dieses sollte dann vermutet werden, wobei es dem Beklagten obläge zu beweisen, dass ihn kein Verschulden getroffen hat.¹⁶⁴

Nach einem anderen Vorschlag sollten indirekte Käufer nicht beweisen müssen, dass der Preisaufschlag auf sie überwältzt wurde, sondern es sollte eine entsprechende gesetzliche (widerlegliche) Vermutung bestehen.¹⁶⁵ Das heißt, dass der Beklagte das Gegenteil (keine Überwälzung oder bloß in geringerem Ausmaß) nicht bloß behaupten, sondern auch beweisen

¹⁶² Beachte, dass alle Mitgliedstaaten den Grundsatz der freien Beweiswürdigung haben, nach dem der Richter entscheidet, welchem Wert er jedem einzelnen Beweis zubilligt. Darüber hinaus müssen Beweise in keinem Mitgliedstaat absolute Sicherheit schaffen; im Allgemeinen muss der Richter von ihrer Richtigkeit überzeugt werden; vgl Ashurst (2004).

¹⁶³ So eine solche überhaupt notwendig ist; nach Vorstellung der Kommission wäre dies bei Folgeklagen – wie soeben erläutert – nicht der Fall.

¹⁶⁴ Beachte, dass diese Regelung in einigen Mitgliedstaaten bereits besteht (so auch in Österreich).

¹⁶⁵ Wie in *Kapitel 5* gezeigt wurde, könnte sich eine solche Regelung auch auf Befunde ökonomischer Theorie stützen: Eine Überwälzung des „overcharge“ von den Zwischenhändlern an die indirekten Käufer ist eher die Regel, denn die Ausnahme.

müsste. Durch die gesetzliche Vermutung würde sich der Kläger einen mitunter komplizierten bzw nur schwer zu erbringenden Beweis ersparen – die Erwartung, den Prozess zu gewinnen, wäre deshalb bestimmt höher.

8 Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussbemerkungen

Kartelle verursachen durch Preissteigerungen diverse Wohlfahrtsverluste (*Kapitel 3*): Neben produktiver Ineffizienz und möglichen negativen Auswirkungen auf das Innovationsverhalten der betreffenden Unternehmen ziehen sie eine allokativen Ineffizienz nach sich: Abnehmer, die das Kartellgut zum Wettbewerbspreis gekauft hätten, sehen von dem Kauf angesichts des erhöhten Kartellpreises ab. Dies verursacht einen Schaden für die Gesellschaft (sogenannter „deadweight loss“). Darüber hinaus wird die Konsumentenrente durch Zahlung der überhöhten Preise um den Betrag geschmälert, den die Kartelle als „Kartellgewinn“ lukrieren („overcharge“).

Die Wohlfahrtsverluste rechtfertigen öffentliche Strafen (öffentliche Kartellrechtsverfolgung) und Schadenersatzforderungen (private Kartellrechtsverfolgung) gegen Kartelle. In Europa können sowohl die Europäische Kommission als auch die Kartellbehörden der einzelnen Mitgliedstaaten Strafen verhängen. In dieser Arbeit (*Kapitel 4*) konnte gezeigt werden, dass die gegen Kartellunternehmen verhängten Strafen – obwohl sie in den letzten zwei Jahrzehnten stark angestiegen sind – in Summe (noch immer) viel zu niedrig sind, um eine abschreckende Wirkung gegen künftige Kartellbildungen zu erzeugen. Um die erwartete Strafe auf ein im Sinne der Abschreckungswirkung angemessenes Niveau anzuheben, müsste die durchschnittliche nominelle Strafe – bei gleicher Bestrafungswahrscheinlichkeit – mehr als fünf Mal so hoch sein.¹⁶⁶

Die Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, etwa durch die Umsetzung der von der Kommission in ihrem Weißbuch erarbeiteten Vorschläge, könnte die Abschreckungswirkung gegen Kartelle erhöhen. Würden alle Geschädigten ihre Ansprüche auch tatsächlich durchsetzen, könnten – bei unveränderter Strafpraxis der europäischen Kartellbehörden – die erwarteten Kosten für die Kartellunternehmen (erwartete Strafen zuzüglich erwarteter Schadenersatzpflicht) um etwa 300 Prozent gesteigert werden. Freilich ist Voraussetzung dafür, dass der Anreiz der Geschädigten zu klagen erheblich gesteigert wird.

¹⁶⁶ Eine Erhöhung der erwarteten Strafe, und damit eine Erhöhung der Abschreckungswirkung, könnte freilich durch eine Steigerung der Bestrafungswahrscheinlichkeit von Kartellen erzielt werden. Dazu müsste in die Ressourcen der Kartellbehörden investiert werden. Die Suche nach dem optimalen Investitionsniveau ist natürlich auch eine Frage der Kosten. Dieser Punkt wurde in dieser Arbeit nicht weiter verfolgt; er wäre ein interessantes Thema für weitere Forschung.

Die Umsetzung der Vorschläge des Weißbuchs (2008) könnte dazu einen wesentlichen Beitrag leisten (*Kapitel 6* und *Kapitel 7*). Insbesondere wurde gezeigt, dass die Einführung von „punitive damages“ den Anreiz der Geschädigten zu klagen stark heben kann, und in Konsequenz eine höhere Abschreckungswirkung der privaten Kartellrechtsverfolgung zu erwarten ist. Dasselbe Ergebnis wurde bezüglich einer Änderung des Prozesskostensystems von dem derzeit geltenden zu einem nach Vorbild der US-amerikanischen Rechtslage erzielt, das den Kläger begünstigt. Ebenso wurden aber die Nachteile dieser Vorschläge aufgezeigt: „Punitive damages“ könnten zu unangemessenen Überkompensationen führen; eine Änderung des Prozesskostensystems könnte ungerechtfertigte Klagen begünstigen.

Es wurde weiters gezeigt (*Kapitel 5*), dass, um dem Prinzip der Kompensation Genüge zu tun, nicht nur direkte Käufer, sondern auch indirekte Käufer (das sind insbesondere Konsumenten, die das Kartellgut von Zwischenhändlern gekauft haben) in Kartellfällen klagelegitimiert sein sollten. Wie die Analyse ergab, sind nämlich sie es, die auf Grund einer Weitergabe des Preisaufschlages durch die Zwischenhändler („passing-on“), in aller Regel den Hauptanteil des Kartellschadens erleiden. Ein Problem, das sich in diesem Zusammenhang stellt, ist, dass es sehr viele indirekte Käufer geben kann, über die der Schaden dann weit gestreut ist. Ihr Anreiz zu klagen ist angesichts geringerer Schäden und komplexerer Beweisanforderungen geringer als auf Zwischenhändlerebene. Deshalb ist das Argument, die Abschreckungswirkung von Schadenersatzklagen wäre höher, würde man nur den Zwischenhändlern die Klagelegitimation zugestehen, nicht unberechtigt. Die Lösung des Problems könnte auch in effizienten Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes liegen, die eine Bündelung von Schadenersatzansprüchen ermöglichen (*Kapitel 7*). Die Analyse ergab aber auch, dass es ein System, das sowohl dem Prinzip der Abschreckung als auch dem Prinzip der Kompensation voll Genüge leistet, nicht gibt.

Ob der Schwerpunkt der Kartellrechtsverfolgung nun eher durch Strafen der Kartellbehörden oder durch Schadenersatzklagen gesetzt werden sollte, das heißt die Frage, welche Form für die Gesellschaft günstiger ist, wurde durch diese Arbeit nicht beantwortet. Ihre Beantwortung hängt nicht nur vom Nutzen der jeweiligen Systeme (Abschreckungswirkung und Kompensationswirkung), sondern auch von ihren Kosten ab. Eine Gegenüberstellung müsste freilich auch diese berücksichtigen. Da aber auf der einen Seite die öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung eine größere Bandbreite an Instrumenten aufweist (Strafen gegen Unternehmen, persönliche Geld- sowie Freiheitsstrafen gegen Manager, Kronzeugenprogramme) und auf der anderen Seite eine konkrete Kompensation der

Geschädigten nur durch private Kartellrechtsdurchsetzung erfolgen kann, erscheint eine Kombination der beiden Systeme vorteilhaft.

9 Literaturverzeichnis

- Becker, „Crime and Punishment: An Economic Approach,” *The Journal of Political Economy*, 1968, 169 ff.
- Centre for European Policy Studies (CEPS) et al., „Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, Report for the European Commission,” 2008.
- Connor, „Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels,” *Journal of Industry, Competition and Trade*, 2006, 195 ff, 2006a.
- Connor, „Optimal Deterrence and Private International Cartels,” 2006, Working Paper, Department of Agricultural Economics, Purdue University, downloadbar unter http://www.agecon.purdue.edu/staff/connor/papers/Optimal_Deterrence.pdf, 2006b.
- Connor, „Global Price Fixing”, 2007, 2007a.
- Connor, „Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence,” in Kirkwood (Hrsg.), *Research in Law and Economics*, 2007, 59 ff, 2007b.
- Connor und Bolotova, „Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis,” *International Journal of Industrial Organization*, 2006, 1109 ff.
- Connor und Helmers, „Statistics on Modern Private International Cartels, 1990-2005,” 2007, Working Paper, The American Antitrust Institute, downloadbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=944039.
- Craycraft, Craycraft, Gallo, „Antitrust sanctions and a Firm’s Ability to Pay,” *Review of Industrial Organization*, 1997, 171 ff.
- Harris und Sullivan, „Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis,” *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, 269 ff.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008a), „Weißbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts,” Brüssel, 2.4.2008, KOM(2008) 165, downloadbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:DE:PDF>.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008b), „Commission Staff Working Document, Accompanying document to the White Paper on Damages actions for breach of

the EC antitrust rules, Impact Assessment,” Brüssel, 2.4.2008, SEC(2008) 405, downloadbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:405:FIN:EN:PDF>.

- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2008c), „Commission Staff Working Paper, accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules,” Brüssel, 2.4.2008, SEC(2008) 404, downloadbar unter

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF>.

- Gallo, Dau-Schmidt, Craycraft, Parker, „Criminal Penalties under the Sherman Act, A Study of Law and Economics,” *Research in Law and Economics*, 1994, 25 ff.

- Lande, “Are Antitrust ‘Treble’ Damages Really Single Damages,” *54 Ohio State L.J.*, 1993, 161 ff.

- Landes, „Sanctions for Antitrust Violations“, *The University of Chicago Law Review*, 1983, 652 ff.

- Landes und Posner, „Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of Illinois Brick,” *The University of Chicago Law Review*, 1979, 602 ff.

- Motta, „Competition Policy, Theory and Praxis,” 2003.

- OECD, „Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws,” 2002.

- Schinkel, „Effective Cartel Enforcement in Europe,” 2006, Working Paper, Amsterdam Center for Law & Economics.

- Shavell, „Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Costs”, *Journal of Legal Studies*, 1982, 55 ff.

- Souam, Optimal antitrust policy under different regimes of fines, *International Journal of Industrial Organization*, 2001, 1 ff.

- Wils, „Does the effective enforcement of Articles 81 and 82 EC require not only fines on the undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment?”, in Ehlermann und Atanasiu (Hrsg.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, 2003, 409 ff, 2003a.

- Wils, „Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?” *World Competition*, 2003, 473 ff, 2003b.

- Wils, „Is Criminalization of EU Competition Law the Answer ? *World Competition*, 2005, 117 ff, 2005a.

- Wils „Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice,” 2005, downloadbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102, 2005b.

10 Anhang

10.1 Zusammenfassung der Diplomarbeit

Schadenersatzklagen gegen Kartelle sind in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zwar rechtlich möglich, doch gibt es in der Praxis kaum entsprechende Verfahren. Personen oder Unternehmen, die durch ein Kartell geschädigt worden sind, sehen vor Klagen in aller Regel wegen zu hoher Prozessrisiken ab. Die Europäische Kommission veröffentlichte in diesem Zusammenhang im April 2008 ein Weißbuch über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, in dem sie konkrete Vorschläge zur Steigerung der Effektivität der privaten Kartellrechtsdurchsetzung vorbrachte. Ziel der Maßnahmen ist es, sowohl die Abschreckungswirkung gegen Kartellbildungen, als auch die Kompensationswirkung gegenüber geschädigten Personen durch günstigere Voraussetzungen für Schadenersatzklagen zu steigern.

Diese Arbeit setzt sich mit der entsprechenden einschlägigen Wirtschaftsliteratur auseinander. Verschiedene theoretische Modelle, vorwiegend solche aus der Rechtsökonomie, und empirische Studien werden herangezogen, um den Hintergrund des Weißbuchs zu beleuchten und bestimmte darin vorgeschlagene Maßnahmen auf ihre Zweckmäßigkeit zu prüfen.

Zunächst wird gezeigt, dass einerseits Kartelle zu Wohlfahrtsverlusten führen, die Maßnahmen der Kartellverfolgung rechtfertigen, andererseits die aktuell verhängten Strafen der Europäischen Kommission und der nationalen Kartellbehörden aber zu niedrig sind, um eine adäquate Abschreckungswirkung gegen Kartellbildungen zu gewährleisten. Dann wird dargestellt, dass eine Steigerung der Effektivität von Schadenersatzklagen prinzipiell dazu beitragen kann, sowohl die Abschreckungswirkung als auch die Kompensationswirkung der Kartellrechtsdurchsetzung zu stärken. Schließlich wird (auch formal) erläutert, wie die konkret vorgeschlagenen Maßnahmen ihren Zielen dienen; nämlich im Allgemeinen durch eine Erhöhung des Anreizes potentieller Kläger, ihre Schadenersatzansprüche durchzusetzen. Dabei werden Argumente dafür vorgebracht, dass manche Maßnahmen nicht gleichzeitig sowohl der Abschreckungswirkung als auch dem Prinzip der Kompensation voll Genüge tun können.

10.2 Abstract

Although the European Court of Justice acknowledged, and recently confirmed, that cartel victims have the right to damages, hardly any victims bring damages actions in such cases. In balancing the costs and the benefits of bringing a damage claim, they will often consider that the risks and costs associated with their action make it too hazardous, or not attractive enough, to enforce their rights in court. In April 2008 the European Commission published the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust laws, suggesting various measures with the objective to foster private antitrust enforcement in the EC member states. The aim of the White Paper is to increase deterrence for potential antitrust infringers on the one hand and to enhance corrective justice among cartel victims on the other hand.

This thesis applies theoretical models – in particular models of law and economics – as well as empirical studies on the specific issue of antitrust enforcement. It lights the economic background of the mentioned White Paper and discusses several suggested measures and their efficiency to the aims of deterrence and corrective justice.

At first the paper illustrates that cartels cause welfare losses justifying measures of antitrust enforcement in general. Then it gives an analysis of the hypothetical optimal antitrust sanction concluding that the actual fines imposed by the European Commission and the national antitrust authorities are too low to seek an adequate level of deterrence. In a next step the thesis illustrates that fostering antitrust enforcement is a feasible way to enhance deterrence and corrective justice. At last it shows (also formally) the potential effects of the suggested measures with respect to the outlined goals of the White Paper. In this regard it's argued that some measures can't achieve both, deterrence and corrective justice, at the same time.

10.3 Lebenslauf

Fridolin Krepp

geboren in Wien am 28. 1. 1983

1989 – 1995: Volksschule Brunn am Gebirge

1996 – 2001: Gymnasium Untere Bachgasse 8, Mödling

neusprachlicher Zweig, Matura mit Auszeichnung

2001 – 2002: Präsenzdienst (abgeschlossen)

2002 – 2008: Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
(abgeschlossen)

2005 – 2006: Auslandsstudium in Madrid, Universidad Carlos III

2003 – 2010: Diplomstudium der Volkswirtschaftslehre an der Universität Wien

seit 2008: Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

seit Sept. 2008: wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Recht,
Universität für Bodenkultur, Wien