

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Band 335

Private und öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung

Von

Ulrich Grau, Fritz Helmedag, Carsten Krüger,
Gero Meeßen, Andreas Mundt, Josef Lothar Schulte,
Stefan Thomas

Herausgegeben von
Peter Oberender



Duncker & Humblot · Berlin

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 335

SCHRIFTEN DES VEREINS FÜR SOCIALPOLITIK

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 335

Private und öffentliche
Kartellrechtsdurchsetzung



Duncker & Humblot · Berlin

Private und öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung

Von

Ulrich Grau, Fritz Helmedag, Carsten Krüger,
Gero Meeßen, Andreas Mundt, Josef Lothar Schulte,
Stefan Thomas

Herausgegeben von
Peter Oberender



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten
© 2012 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0505-2777
ISBN 978-3-428-13946-0 (Print)
ISBN 978-3-428-53946-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-83946-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist seit dem 01. Januar 1958 in Kraft und die Zentralnorm der deutschen Fusionskontrolle sowie des Kartell- und Wettbewerbsrechts. Nach einer grundlegenden Reform der deutschen Fusionskontrolle mit der 6. GWB-Novelle im Jahr 1998 steht nun eine weitere Anpassung mit der 8. GWB-Novellierung an. Bereits mit der 7. GWB-Novelle von 2005 wurde klargestellt, dass Betroffene, die einen Schaden durch ein kartellrechtswidriges Verhalten erlitten haben, diesen auch einklagen können. Das Nebeneinander und die Wechselwirkungen zwischen privater und öffentlicher Kartellrechtsdurchsetzung konnten sich in den letzten sieben Jahren entwickeln.

Die Jahrestagung der Arbeitsgruppe Wettbewerb des Wirtschaftspolitischen Ausschusses im Verein für Socialpolitik diskutierte vom 12.03.2012 bis 13.03.2012 in Münster die „Private und öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung“.

Die auf der Tagung gehaltenen Referate werden mit diesem Band einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht und sollen zu einer weiteren wissenschaftlichen, aber auch praxisorientierten Diskussion des Themas beitragen.

Nach der Begrüßung durch den Vorsitzenden, *Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Oberender* (Universität Bayreuth), und *Prof. Dr. Thomas Langer* (Prodekan der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster), referierte *Prof. Dr. Fritz Helmedag* (TU Chemnitz) zum Thema „Das Kartellproblem und die ökonomische Theorie“.

Andreas Mundt (Präsident des Bundeskartellamtes) stellte in seinem Vortrag die Möglichkeiten und Grenzen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung aus Sicht des Bundeskartellamtes dar. Er nahm dabei auch zur geplanten 8. Novellierung des GWB Stellung und erläuterte seine Sichtweise auf die Initiativen zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland und Europa.

Prof. Dr. Stefan Thomas (Universität Tübingen) analysierte die Wechselwirkungen sowie Zielkonflikte der privaten und der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung und zeigte die Probleme, die durch eine fehlende Abstimmung der beiden Sanktionszweige sowie durch die aktuelle Kronzeugenregelung entstehen können.

RA Dr. Ingo Brinker (Partner bei der Kanzlei Gleiss Lutz Rechtsanwälte) beschäftigte sich in seinem Vortrag mit dem Thema „Spannungsfelder von öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung – dargestellt am Beispiel von Akteneinsichtsanträgen in Kronzeugenaussagen und des Ablaufs von Settlement-Verfahren“.¹

RA Dr. Carsten Krüger (CDC Cartel Damage Claims) stellte seine Überlegungen zur gesamtschuldnerischen Haftung von Kartellmitgliedern bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung vor. Er zeigte, dass die Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder in der deutschen Rechtspraxis bisher noch nicht ausgeprägt sind.

RA Dr. Ulrich Grau (Dierks & Bohl Rechtsanwälte) erläuterte die Möglichkeiten der Kartellrechtsdurchsetzung im Gesundheitswesen nach Inkrafttreten des Arzneimittelmarktneuordnungsgesetzes (AMNOG). Er analysierte die Konfliktfelder, die sich aus den rechtlichen Rahmenbedingungen des Sozialgesetzbuches sowie des Wettbewerbsrechtes ergeben und zeigte anhand aktueller Fallbeispiele Tendenzen in der Rechtsprechung auf.

Einen Erfahrungsbericht zu den wettbewerbspolitischen Wirkungen des europäischen und deutschen Kartellrechtes gab *RA Dr. Josef Lothar Schulte* (Partner der Kanzlei SCHULTE RIESENKAMPF), der für eine nachträgliche Erfolgskontrolle plädierte und erste praktische Ansätze zur Erfolgskontrolle skizzierte.

Die Tagung schloss mit dem Beitrag von *Prof. Dr. Ulrich Schwalbe*, (Universität Hohenheim). Er erläuterte seine Ergebnisse der Analyse des Verhaltens sowie der Organisationsstruktur von Kartellen.²

Der Herausgeber dankt den Referenten und den Tagungsteilnehmern für ihre Beiträge und die engagierte Teilnahme an der Diskussion.

Die lokale Organisation lag in den Händen von *Prof. Dr. Theresia Theurl*. Ihr und ihren Mitarbeitern sei für die reibungslose Organisation und die angenehme Atmosphäre ebenfalls herzlich gedankt. Herrn Dipl.-Gesundheitsökonom Andreas Götz sowie Frau Linda Pütterich und Frau Gesundheitsökonomin Rebecca Sellmann (B.Sc.) gilt großer Dank für die Unterstützung bei der Vorbereitung und der Durchführung der Tagung sowie bei der Herausgabe des vorliegenden Bandes.

Bayreuth, im Mai 2012

Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Oberender

¹ Der Vortrag von Herrn Dr. Brinker kann auf Grund der zeitnahen Erstellung des Bandes nicht veröffentlicht werden.

² Ausführlich hierzu vgl.: *Ulrich Schwalbe/Jan Höft*, Ausgestaltung von Kronzeugenprogrammen & private Kartellrechtsprogramme = Kronzeugeprogramme & private Kartellrechtsdurchsetzung, in: Recht, Ordnung & Wettbewerb/Bechthold, Stefan. Baden-Baden, 2011. 1341 S.; S. 597–636.

Inhalt

Individuelle und kollektive Gewinnmaximierung auf homogenen Märkten Von <i>Fritz Helmedag</i> , Chemnitz	9
Private Kartellrechtsdurchsetzung – Deutsche und Europäische Initiativen aus Sicht des Bundeskartellamts Von <i>Andreas Mundt</i> und <i>Gero Meeßen</i> , Bonn	39
Aufdeckung – Abschreckung – Kompensation. Wechselwirkungen und Zielkonflikte der privaten und öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung Von <i>Stefan Thomas</i> , Tübingen	55
Überlegungen zur Gesamtschuld von Kartellmitgliedern im System der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Einer für alle, alle gegen einen? Von <i>Carsten Krüger</i> , Kaiserslautern.....	79
Kartellrechtsdurchsetzung im Gesundheitssektor nach Inkrafttreten des AMNOG Von <i>Ulrich Grau</i> , Berlin	99
Erfahrungsbericht zu den wettbewerbspolitischen Wirkungen des europäischen und deutschen Kartellrechts – am Beispiel der Fusionskontrolle Von <i>Josef Lothar Schulte</i> , Frankfurt a.M.	111
Autoren- und Referentenverzeichnis	131

Individuelle und kollektive Gewinnmaximierung auf homogenen Märkten

Von *Fritz Helmedag*, Chemnitz

I. Programm und Fundament

1. Eine Herausforderung für die Wettbewerbstheorie

Viele denken, die Konkurrenz sei am schärfsten, wenn es an sachlichen, räumlichen, zeitlichen sowie persönlichen Präferenzen fehlt und alle Beteiligten das auch wissen. Wenn diese Homogenitäts- und Transparenzbedingungen erfüllt sind, dann gilt das von W. St. Jevons formulierte „Law of indifference“, wonach es auf vollkommenen Märkten nur einen einzigen Preis für die dort gehandelten Güter geben kann.¹

Ziel der folgenden Ausführungen ist es, den Wettbewerbsprozess unter den genannten idealtypischen Prämissen zu durchleuchten und prognostizierte Resultate zu bewerten. Insbesondere interessiert hier, ob die Gewinne mit zunehmender Anbieterzahl abschmelzen, um schließlich völlig zu verschwinden. Es zeigt sich, dass diese weit verbreitete Auffassung einer eher naiven Vorstellung über die Verhaltensweisen der Akteure geschuldet ist: Die rationale Verkaufspolitik gestaltet sich selbst im klinisch reinen Modell eines perfekten Marktes keineswegs so, wie es die etablierte Volkswirtschaftslehre dem Publikum glauben machen möchte. Vielmehr ist die *dauerhafte* Existenz von Profiten trotz angeblich intensiver Konkurrenz durchaus zu begründen. In diesem Zusammenhang sind die Möglichkeiten und Grenzen der gemeinsamen Gewinnmaximierung auszuloten.

Zunächst werden die traditionellen Dyopollösungen von Cournot und Stackelberg diskutiert. Im Anschluss daran folgt eine Erörterung der Stabilität von Kartellen im Speziellen und der Wahl des geeigneten Aktionsparameters – Preis oder Menge – im Allgemeinen. Schließlich wenden wir uns „labilen“ Märkten zu, auf denen sich die Spannung zwischen individueller und kollektiver Rationalität entweder zulasten der Kunden („Ausbeutung“) oder

¹ Vgl. Jevons, W. St., The Theory of Political Economy [1871], 2. Aufl., London 1879, S. 99.

aber der Lieferanten („ruinöse Konkurrenz“) entlädt. Vor diesem Hintergrund erwachsen den Wettbewerbshütern bislang (zu) wenig beachtete Aufgabenfelder.

2. Das Monopol als Referenzmodell

Üblicherweise wird auf dem betrachteten Gesamtmarkt eine linear fallende Beziehung zwischen der in physischen Größen gemessenen absoluten Absatzmenge in einem bestimmten Zeitraum (Q^{abs}) und einem in Geld ausgedrückten Preis pro Gutseinheit (p^{abs}) angenommen. Ferner bezeichnen Q_S^{abs} die Sättigungsmenge und m die Steigung der Nachfragekurve:

$$(1) \quad Q^{abs} = Q_S^{abs} - mp^{abs}$$

Die Umstellung mündet in die sog. inverse Nachfragefunktion:

$$(2) \quad p^{abs} = \frac{1}{m}(Q_S^{abs} - Q^{abs})$$

Der Prohibitiv- oder Reservationspreis (p_R^{abs}) ist der Absatzmenge null zugeordnet:

$$(3) \quad p_R^{abs} = p^{abs}(0) = \frac{Q_S^{abs}}{m}$$

Die Division der Gleichung (2) durch den Ausdruck (3) liefert die „relative“ Preisfunktion:

$$(4) \quad p = \frac{p^{abs}}{p_R^{abs}} = 1 - \frac{Q^{abs}}{Q_S^{abs}} = 1 - Q$$

Sowohl Q als auch p sind dimensionslose Größen und repräsentieren den realisierten Absatz als Teil der Sättigungsmenge Q_S und den Preis als Prozentsatz des Maximalpreises p_R . Beide Messlatten entsprechen 100% bzw. eins. Ferner lässt sich die Nachfragefunktion als marginale Zahlungsbereitschaft deuten, die dem monetären Grenzvorteil der Käufer entspricht. Die sog. Konsumentenrente ergibt sich dann aus dem Integral unter der Nachfragekurve von null bis Q als potenzieller Ausgabe abzüglich der tatsächlichen Zahlung pQ .² Zur Vereinfachung abstrahieren wir in allen Mo-

² Im linearen Fall berechnet man diesen (relativen) Tauschvorteil der Verbraucher, die Konsumentenrente (KR), am einfachsten mit der Formel für den Flächeninhalt eines Dreiecks: $KR = \frac{1}{2}(1 - p)Q = \frac{1}{2}(1 - p)^2$.

dellvarianten von Produktionskosten, so dass Gewinn, Umsatz, Deckungsbeitrag und Produzentenrente stets übereinstimmen.

Den Bezugsrahmen der kommenden Darlegung bildet das Verhalten eines Monopolisten auf einem durch eine normierte Nachfragefunktion (4) beschriebenen Markt. Der Anbieter erzielt einen Überschuss π^M als Produkt des Preises p^M mit der Menge Q^M :

$$(5) \quad \pi^M = p^M Q^M = (1 - Q^M) Q^M$$

Die notwendige Bedingung für ein Gewinnmaximum lautet:

$$(6) \quad \frac{d\pi^M}{dQ^M} = 1 - 2Q^M \stackrel{!}{=} 0$$

Der Absatz des Alleinverkäufers beläuft sich auf die halbe Sättigungsmenge:

$$(7) \quad Q^M = \frac{1}{2}$$

Der relative Monopolpreis stellt sich in gleichem Verhältnis ein:

$$(8) \quad p^M = 1 - \frac{1}{2} = \frac{1}{2}$$

Der „Cournotsche Punkt“ C mit den Koordinaten Q^M und p^M kennzeichnet das Marktergebnis (vgl. Abbildung 1).³ Der Gewinn beläuft sich auf:

$$(9) \quad \pi^M = \frac{1}{4}$$

Dieser Betrag ist desgleichen ein Prozentsatz; es handelt sich um die Hälfte der Fläche $\frac{p_R Q_S}{2} = \frac{1}{2}$ unter der Standard-Nachfragekurve, welche die größtmögliche Wohlfahrtsmehrung repräsentiert, die den Akteuren winkt.

Das Dreieck $p^M C p_R$ der Größe 1/8 gibt den Tauschvorteil der Verbraucher wieder. Insgesamt, d.h. inklusive doppelt so hohem Gewinn (9) schafft das Monopol also nur 3/8 der potenziellen Gesamtrente und unterschreitet damit den Höchstwert von 1/2 um 1/8.⁴ Die Konkurrenz sollte freilich im Idealfall dafür sorgen, dass bei Grenzkosten in Höhe null im Zuge eines

³ Vgl. Cournot, A., Untersuchungen über die mathematischen Grundlagen der Theorie des Reichtums [1838], Jena 1924, S. 47 ff.

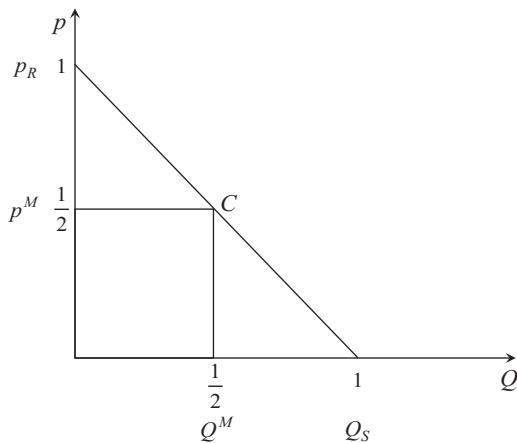


Abbildung 1: Das Monopol

Unterbietungsprozesses die Sättigungsmenge geliefert wird. Die Konsumenten genießen dann den maximal zu erzielenden Nutzenzuwachs, während die Verkäufer leer ausgehen. Mit dem skizzierten Referenzszenario lassen sich alternative Wettbewerbsinterpretationen vergleichen.

II. Das Dyopol

1. Die Zwei-Drittel-Lösung

Im Anschluss an die Monopolanalyse betrachtet Cournot einen homogenen Markt, auf dem zwei gleich starke Leistungsersteller agieren, wobei q_i ($i = 1, 2$) den jeweiligen Absatz bezeichnet. Für den Marktpreis gilt dann:

$$(10) \quad p = 1 - q_1 - q_2$$

Bei kostenloser Produktion beträgt der realisierte Gewinn des Anbieters 1:

$$(11) \quad \pi_1 = q_1(1 - q_1 - q_2)$$

⁴ Bei kostenloser Erzeugung entspricht die Produzentenrente der Unternehmen (PR) dem Umsatz: $PR = pQ = p(1 - p)$. Die Gesamtrente (GR) berechnet sich dann zu: $GR = KR + PR = \frac{1}{2}(1 - p)(1 + p) = \frac{1}{2}(1 - p^2)$. Offenbar wird für jeden positiven Preis weniger als die größtmögliche Wohlfahrtserhöhung realisiert, für $p > 0$ ist das Marktergebnis demnach (allokativ) ineffizient.

Der Einfluss der gewählten Menge auf diesen Überschuss gehorcht grundsätzlich der Ableitung:

$$(12) \quad \frac{d\pi_1}{dq_1} = \frac{\partial\pi_1}{\partial q_1} + \frac{\partial\pi_1}{\partial q_2} \frac{dq_2}{dq_1}$$

Cournot unterstellt indes, jeder Dyopolist meine, der Konkurrent beantworte die eigene Mengenvariation nicht, der Reaktionskoeffizient $\left(\frac{dq_2}{dq_1}\right)$ sei mithin null. Dieses Stillhalten widerspricht jedoch nicht nur der für das Oligopol typischen Interdependenz der Akteure, sondern würde auch eine Änderung der Marktanteile heraufbeschwören und daher eigentlich die Symmetrieanannahme verletzen. Ignoriert man die Einwände, vereinfacht sich die Maximierungsbedingung von Protagonist 1 unter der Cournot-Prämisse:

$$(13) \quad \frac{d\pi_1}{dq_1} = \frac{\partial\pi_1}{\partial q_1} = 1 - q_1 - q_2 - q_1 \stackrel{!}{=} 0$$

Die Umstellung der Gleichung (13) liefert die „Reaktionskurve“ des Offerenten 1 (q_1^r), auch „Beste-Antwort-Funktion“ genannt:

$$(14) \quad q_1^r = \frac{1}{2}(1 - q_2)$$

Unternehmen 1 verhält sich zur Restnachfrage $(1 - q_2)$ wie der Monopolist zur Gesamtnachfrage und bedient die Hälfte des verbliebenen potentiellen Absatzes. Aber tatsächlich nimmt der Mit-Wettbewerber die Aktion des Anderen nicht einfach hin, sondern passt sich an. Aus der Maximierung von

$$(15) \quad \pi_2 = q_2(1 - q_1 - q_2)$$

folgt analog die Reaktionskurve des Verkäufers 2:

$$(16) \quad q_2^r = \frac{1}{2}(1 - q_1)$$

Der Schnittpunkt beider Reaktionskurven markiert in gängiger Lesart das Gleichgewicht. Aus (14) und (16) ergibt sich:

$$(17) \quad q_1^r = \frac{1}{2} \left(1 - \frac{1}{2}(1 - q_1^r)\right) = \frac{1}{4}(1 + q_1^r)$$

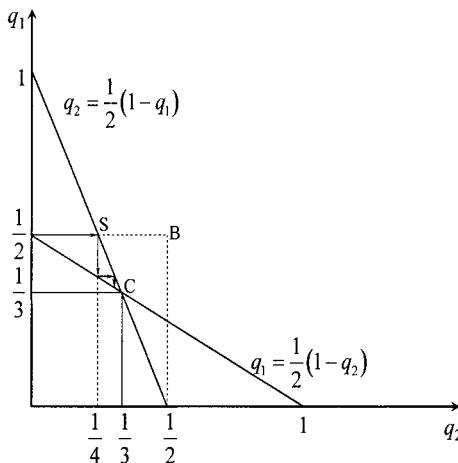


Abbildung 2: Das homogene Dyopol

Die optimale Menge für den Lieferanten 1 beträgt demnach:

$$(18) \quad q_1^r = \frac{1}{3}$$

Aus der Symmetrie von (14) und (16) resultiert für q_2 unmittelbar:

$$(19) \quad q_2^r = \frac{1}{3}$$

Nach Cournot finden die Dyopolisten im Zuge wechselseitiger Anpassung gemäß ihrer jeweils besten Antwort einen Endzustand, der keine weitere Aktion auslöst. Da John F. Nash mehr als hundert Jahre später den gleichen Gedanken formalisiert hat, spricht man auch von der „Cournot-Nash-Lösung“.⁵ In der Abbildung 2 symbolisieren die Pfeile den Annäherungsprozess an das Gleichgewicht C.

Das Cournot-Dyopol bringt insgesamt 2/3 der Sättigungsmenge aus. Für den Preis (p_D^C) gilt:

$$(20) \quad p_D^C = 1 - \frac{2}{3} = \frac{1}{3} < \frac{1}{2} = p_M$$

⁵ Das Konzept geht auf die 1950 angenommene, 36-seitige Dissertation des späteren Nobelpreisträgers zurück. Vgl. Nash, J. F., Non-cooperative Games, www.princeton.edu/mudd/news/faq/topics/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf [19.03.2012].

Die Gewinne der beiden Akteure belaufen sich auf:

$$(21) \quad \pi_1^C = q_1 p_D^C = \frac{1}{3} \cdot \frac{1}{3} = \frac{1}{9} = \pi_2^C$$

Die Summe der beiden Gewinne ist kleiner als der Monopolprofit. Da andererseits mit einer größeren Bedarfsdeckung eine höhere Gesamtrente einhergeht, stellen sich die Kunden bei verdoppelter Händlerzahl besser, wenngleich das effiziente Marktergebnis keineswegs erreicht wird. In der Angelegenheit ist allerdings das letzte Wort noch nicht gesprochen.

2. Asymmetrisches Verhalten nach Stackelberg

Cournot sieht in der Konkurrenz einen Mechanismus zur Erreichung einer möglichst vorteilhaften Versorgung der Verbraucher. Die von ihm modellierten Lieferanten folgen einem harmonischen Anpassungsprozess, ohne mit einer Reaktion der „Kollegen“ zu rechnen. Im Kontrast dazu vermittelt uns Heinrich von Stackelberg eine andere Sicht der Dinge.⁶ Seine rund hundert Jahre später entstandenen Ausführungen sind merklich durch das Denken in den Kategorien „Kampf, Macht, Unterwerfung“ geprägt. Die Protagonisten ringen um die Stellung des tonangebenden Führers. Das Kalkül der Stackelberg-Dyopolisten richtet sich direkt auf die Beeinflussung des anderen Wettbewerbers:

„Wie kann ich meinem Konkurrenten eine solche Vorstellung über mein Verhalten beibringen, dass sein daraus resultierendes Marktverhalten mir am vorteilhaftesten ist?“⁷

Gelingt es einem Akteur, den Kontrahenten in seinem Sinne zu manipulieren, nimmt er die Führungsposition ein. Der Unabhängige L („Leader“) fixiert seine optimale Angebotsmenge q_L , an die sich der Abhängige F („Follower“) mit der Menge q_F anpasst, um seinen Gewinn zu maximieren. Für den Preis und die Mengen gelten weiterhin die Zusammenhänge $p = 1 - Q$ sowie $Q = q_L + q_F$. Für den Folger ergibt sich somit die Gewinnfunktion bei kostenloser Produktion:

$$(22) \quad \pi_F = q_F(1 - q_L - q_F)$$

⁶ Vgl. Stackelberg, H. v., Marktform und Gleichgewicht [1934], in: Heinrich Freiherr zu Stackelberg, Gesammelte wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen in zwei Bänden, hrsg. v. Kloten, N./Möller, H., Bd. 1, Regensburg 1992, S. 185–332.

⁷ Stackelberg, H. v., Probleme der unvollkommenen Konkurrenz [1938], in: Heinrich Freiherr zu Stackelberg, Gesammelte ..., a. a. O., Bd. 1, S. 407–453, S. 429.

Die Maximierung verlangt:

$$(23) \quad \frac{d\pi_F}{dq_F} = 1 - q_L - q_F - q_F \stackrel{!}{=} 0$$

Das optimale Verkaufsvolumen des Abhängigen F umfasst dann:

$$(24) \quad q_F = \frac{1}{2}(1 - q_L)$$

Der Nachziehende bietet die Hälfte der Restmenge feil, verhält sich also gewissermaßen monopolistisch zur bislang ungedeckten Nachfrage. Sofern der Folger die Größe q_L akzeptiert, streicht er den unter diesen Umständen größtmöglichen Gewinn ein. Das Einsetzen der Absatzzahlen in die relative Nachfragekurve ergibt den Stackelbergpreis (p^S) als Funktion der Führerausbringung:

$$(25) \quad p^S = 1 - q_L - \frac{1}{2}(1 - q_L) = \frac{1}{2}(1 - q_L)$$

Der Gewinn des Autonomen beläuft sich somit auf:

$$(26) \quad \pi_L = q_L \frac{1}{2}(1 - q_L) = \frac{1}{2}q_L - \frac{1}{2}(q_L)^2$$

Die notwendige Bedingung zur Maximierung fordert:

$$(27) \quad \frac{d\pi_L}{dq_L} = \frac{1}{2} - q_L \stackrel{!}{=} 0$$

Hieraus berechnet man den Ausstoß des Führers:

$$(28) \quad q_L = \frac{1}{2}$$

Der Unabhängige trägt daher den Monopolabsatz zu Markte. Gemäß den Gleichungen (24) und (28) verkauft der Folger:

$$(29) \quad q_F = \frac{1}{2} \left(1 - \frac{1}{2}\right) = \frac{1}{4}$$

Insgesamt erwerben die Nachfrager:

$$(30) \quad Q^S = q_L + q_F = \frac{1}{2} + \frac{1}{4} = \frac{3}{4}$$

Die Kunden zahlen pro Einheit den Stackelberg-Preis:

$$(31) \quad p^S = 1 - \frac{3}{4} = \frac{1}{4}$$

Im Unterschied zur Cournot-Lösung ist das Gut billiger und die Gesamtmenge größer – davon profitieren die Konsumenten. Allerdings liegt das Unabhängigkeitsangebot nicht auf der Reaktionskurve (14). Die beste Antwort wäre nämlich:

$$(32) \quad q_L^r = \frac{1}{2} (1 - q_F) = \frac{1}{2} \left(1 - \frac{1}{4}\right) = \frac{3}{8} < \frac{4}{8} = q_L$$

Der Führer bricht sozusagen einfach den Cournot-Anpassungsprozess ab, um weitere Preissenkungen zu vermeiden (vgl. Punkt S in Abbildung 2). Dieses (raffinierte) Innehalten schlägt sich in den Gewinnen nieder: Der Unabhängige kassiert mehr als in der Cournot-Welt, während sich der Folger mit weniger zufrieden geben muss:

$$(33) \quad \pi_L = p^S q_L = \frac{1}{4} \cdot \frac{1}{2} = \frac{1}{8} \stackrel{(21)}{>} \frac{1}{9} = \pi_1^C = \pi_2^C$$

$$(34) \quad \pi_F = p^S q_F = \frac{1}{4} \cdot \frac{1}{4} = \frac{1}{16} \stackrel{(21)}{<} \frac{1}{9} = \pi_1^C = \pi_2^C$$

Der Stackelberg-Gesamtprofit summiert sich auf:

$$(35) \quad \pi_S = \pi_L + \pi_F = \frac{1}{8} + \frac{1}{16} = \frac{3}{16} = \frac{27}{144}$$

Im Cournot-Dyopol beträgt die kumulierte Produzentenrente jedoch:

$$(36) \quad \pi_1^C + \pi_2^C = \frac{1}{9} + \frac{1}{9} = \frac{32}{144} > \pi_S$$

Cournot-Verhalten bringt also einen *höheren* Gesamtvorteil für die Verkäufer als das Stackelberg-Regime. Dies deutet auf *Instabilität* des Vorschlags hin.

3. Zur Relevanz der Asymmetrie-Lösung

Tatsächlich wusste Stackelberg um die Fragilität seines Konzepts. Er ging sogar noch einen Schritt weiter und erhob die „Gleichgewichtslosigkeit“ zum Charakteristikum oligopolistischer Märkte überhaupt. Aufgrund

der vielen möglichen und nicht prognostizierbaren Verhaltensweisen der Kontrahenten gäbe es a priori keinen definitiven Endzustand, sondern lediglich eine Reihe mehr oder weniger wahrscheinlicher Situationen, die einander überdies im Zeitablauf ablösen können. Das mutmaßliche Marktergebnis eines Dyopols sei die nach Arthur Lyon Bowley benannte Konstellation, in der beide Unternehmen jeweils die Monopolmenge anbieten und versuchen, den anderen Händler zum Ausscheiden aus dem Markt oder zumindest zum Akzeptieren der Abhängigkeitsposition zu zwingen (vgl. Punkt B in Abbildung 2).⁸ Cournot-Verhalten, die wechselseitige Betrachtung des Konkurrenzabsatzes als Datum mit anschließender Gewinnmaximierung, sei seltener zu erwarten. Die in der Literatur oft präsentierte „Stackelberg-Lösung“ wurde überdies von ihrem Schöpfer als selten auftretendes Phänomen eingestuft:

„Von diesen drei Fällen können wir das ‚Bowleysche Dyopol‘ als den Regelfall, das ‚Cournotsche Dyopol‘ als den Sonderfall und das ‚asymmetrische Dyopol‘, wenn es ein stabiles Gleichgewicht darstellt, als den Ausnahmefall bezeichnen.“⁹

Schließlich sind von entscheidungstheoretischer Warte betrachtet Zweifel an der Stackelberg-Asymmetrie angebracht. Denn nur das zeitweilige Unterwerfen des Einen macht den Anderen zum Unabhängigen, der kraft dieser Position seinen Gewinn maximiert. Umgekehrt lässt der Abhängige den Autonomen nur gewähren und fügt sich in seine Lage, wenn und solange er sich nicht imstande sieht, das Handeln des Führers zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Wittert der anscheinend Schwächere eine Chance, seine Lebensumstände langfristig zu verbessern, bricht (womöglich erneut) ein Ringen um Marktanteile aus. Beispielsweise verfügt der Folger über ein Mittel, den bis dato Unabhängigen womöglich doch zur Reaktion zu bewegen. Dazu könnte der ehedem Unterlegene einfach das Cournot-Angebot fixieren. Die Gesamtmenge (\hat{Q}) beträgt dann:

$$(37) \quad \hat{Q} = q_L + q_F^r = \frac{1}{2} + \frac{1}{3} = \frac{5}{6}$$

⁸ Stackelberg relativiert allerdings selbst sein Urteil, Bowley habe als erster den Kampf um die „Marktherrschaft“ beschrieben, vgl. *Stackelberg*, H. v., *Marktform ...*, a.a.O., S. 211 f. Inzwischen hat sich eingebürgert, das einschlägige Modell auf dem vollkommenen Markt mit Joseph Bertrand zu verbinden, der 1883 eine Besprechung der Bücher von Walras und Cournot publizierte. Vgl. *Bertrand*, J., *Théorie des Richesses: revue de Théories mathématiques de la richesse sociale par Léon Walras et Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses* par Augustin Cournot, in: *Journal des Savants* (1883), S. 499–508, wiederaufgedruckt als: *Review of Walras's Théorie mathématique de la richesse sociale and Cournot's Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, in: *Cournot oligopoly*, hrsg. v. Daugherty, A. F., Cambridge 1988, S. 73–81.

⁹ *Stackelberg*, H. v., *Marktform ...*, a.a.O., S. 214.

Der Marktpreis (\hat{p}) lautet folglich:

$$(38) \quad \hat{p} = 1 - \frac{5}{6} = \frac{1}{6}$$

Der Profit des früheren Führers schrumpft:

$$(39) \quad \hat{\pi}_L = \hat{p} \cdot q_L = \frac{1}{6} \cdot \frac{1}{2} = \frac{1}{12} = \frac{2}{24} \stackrel{(33)}{<} \pi_L = \frac{1}{8} = \frac{3}{24}$$

Gegenüber einer Gewinnminderung von $1/24$ büßt der Ex-Zweitrangige nur $1/144$ ein:

$$(40) \quad \hat{\pi}_F = \hat{p} \cdot q_F = \frac{1}{6} \cdot \frac{1}{3} = \frac{1}{18} = \frac{8}{144} \stackrel{(34)}{<} \pi_F = \frac{1}{16} = \frac{9}{144}$$

Der Erfolg des vormals Nachziehenden hängt nun davon ab, ob er den bislang autonomen Strategen von seiner Entschlossenheit und Fähigkeit überzeugen kann, die Cournot-Menge in Zukunft dauerhaft anzubieten. Gelingt das, würde die Zwei-Dritt-Lösung für den eingangs Stärkeren zu einer attraktiven Alternative. Denn der frühere Führer hat jetzt einen Anreiz, unter diesen Umständen die beste Antwort zu geben, d.h. ebenfalls die Cournot-Menge zu offerieren:

$$(41) \quad \hat{\pi}_L = \frac{1}{12} \stackrel{(21)}{<} \frac{1}{9} = \pi_1^C = \pi_2^C$$

Ein Scheitern des skizzierten Gegenangriffs beschwört hingegen einen mehr oder weniger langwierigen und für beide Seiten kräftezehrenden Machtkampf herauf. Ein Zwischenstadium wäre durch eine neuerliche einseitige Anpassung eines Akteurs an die Angebotsmenge des anderen erreicht. Aber erst die Aufhebung des Dyopols und der Übergang zum Monopol beenden in Stackelbergs Augen den Streit um die Hegemonie:

„Das Dyopol ist eine gleichgewichtslose Marktform nicht nur in dem Sinne, daß seine Preisbildung unbestimmt ist. Vielmehr ist es auch unstabil, weil es als Marktform nicht auf Dauer bestehen bleibt. Die ihm eigentümlichen inneren Widersprüche drängen zu seiner Ablösung durch eine andere Marktform, das Monopol.“¹⁰

Demnach scheidet entweder ein Dyopolist aus dem Markt aus oder die beiden Protagonisten gründen ein Kartell. Bei hälftiger Teilung des Kollek-

¹⁰ Stackelberg, H. v., Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, Bern 1948, S. 218.

tivgewinns (π_i^K) kassieren die zwei Offerenten jeweils den Profit des ehemaligen Unabhängigen:

$$(42) \quad \pi_1^K = \pi_2^K = \frac{1}{2} \pi^M = \frac{1}{2} \cdot \frac{1}{4} = \frac{1}{8} = \pi_L$$

Zu klären ist jedoch, ob dieser für beide Parteien vorteilhafte Kompromiss einer wachsenden Anbieterzahl standhält.

III. Möglichkeiten und Grenzen der Kartellbildung

1. Das Grundmodell

Die Frage, wie viele Wettbewerber auf einem Markt mindestens aktiv sein müssen, damit die Verlockung zur abgestimmten Verhaltensweise verschwindet, hat in der Literatur unterschiedliche Antworten gefunden.¹¹ Reinhard Selten plädiert für die Zahl *vier* als relevanter Grenze.¹² Nimmt man die Analyse des Nobelpreisträgers für bare Münze, dann scheint Kartellpolitik eine recht simple Angelegenheit zu sein. Nach Abgrenzung des relevanten Marktes wäre bloß noch zu zählen. Fünf Unternehmen bilden sozusagen die Trennlinie: Weniger gelten als Kartellanten, mehr Akteure sollten Wettbewerb à la Cournot-Nash praktizieren.

Der Ansatz verdient eine genauere Betrachtung. Auf einem Markt mit n Anbietern gehören f zur Außenseitergruppe – die sozusagen die Rolle des Abhängigen im Stackelberg-Dyopol übernimmt – und der Rest k formt ein Kartell:

$$(43) \quad n = f + k$$

Die Gesamtmenge Q setzt sich aus der Ausbringung des Kartells Q_K sowie dem Absatz Q_F derjenigen Händler zusammen, welche die übrigen Kunden bedienen:

$$(44) \quad Q = Q_K + Q_F$$

¹¹ Einen Überblick über ältere Ansätze bietet Enke, H., Kartelltheorie, Begriff, Standort und Entwicklung, Tübingen 1972. Neuere Beiträge schildern Kerber, W./Schwalbe, U., Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), hrsg. v. Hirsch, G./Montag, F./Säcker, F. J., Bd. 1, München 2007, S. 238–430, S. 319 ff.

¹² Vgl. Selten, R., A simple model of imperfect competition where four are few and six are many, in: International Journal of Game Theory, Vol. 2 (1973), S. 141–201.

Wieder gelte die inverse relative Nachfragefunktion:

$$(45) \quad p = 1 - Q$$

Der Umsatz eines Außenseiters $i = k + 1, k + 2 \dots n$ entspricht bei kostenloser Produktion dem Gewinn π_i . Mit Q_{F-i} wird das komplementäre Verkaufsvolumen dieser Fraktion bezeichnet:

$$(46) \quad \pi_i = (1 - Q_K - Q_{F-i} - q_i)q_i$$

Cournot-Verhalten bedeutet, dass jeder Einzelgänger den $(f + 1)$ -ten Teil der Restmenge anbietet:

$$(47) \quad q_i = \frac{1 - Q_K}{f + 1}$$

Dann umfasst das Gesamtangebot der Außenseiter:

$$(48) \quad Q_F = f q_i = f \frac{(1 - Q_K)}{f + 1}$$

Der Gewinn des Kartells summiert sich auf:

$$(49) \quad \begin{aligned} \pi_K &= (1 - Q_K - Q_F)Q_K = \left(\frac{(f + 1)(1 - Q_K) - f(1 - Q_K)}{f + 1} \right) Q_K = \\ &= Q_K \left(\frac{1 - Q_K}{f + 1} \right) \end{aligned}$$

Die notwendige Bedingung für den optimalen Ausstoß lautet:

$$(50) \quad \frac{d\pi_K}{dQ_K} = \frac{(1 - 2Q_K)(f + 1)}{(f + 1)^2} = \frac{1}{f + 1}(1 - 2Q_K) \stackrel{!}{=} 0$$

Das Kartell wirft somit – ebenso wie der Stackelberg-Führer – die Monopolmenge auf den Markt:

$$(51) \quad Q_K = \frac{1}{2}$$

Die Außenseiter setzen folgende Gesamtmenge ab:

$$(52) \quad Q_F = f \frac{1 - Q_K}{f + 1} = \frac{f}{2(f + 1)}$$

Als Marktpreis ergibt sich:

$$(53) \quad p = 1 - Q_K - Q_F = \frac{1}{2} \left(1 - \frac{f}{f+1} \right) = \frac{1}{2(f+1)}$$

Da das Kartell insgesamt immer die Monopolmenge an den Mann bringt, variiert der Marktpreis *nicht* mit der Teilnehmerzahl k . Stattdessen ist entscheidend, wie viele *andere* Lieferanten zusätzlich die Nachfrage bedienen. Jeder organisierte Verkäufer verbucht einen Gewinn π_k , der von der Stärke beider Anbietergruppen abhängt:

$$(54) \quad \pi_k(f, k) = p \cdot \frac{Q_K}{k} = \frac{1}{2(f+1)} \cdot \frac{1}{2k} = \frac{1}{4k(f+1)}$$

Der Gewinn eines Individualisten π_f beträgt:

$$(55) \quad \pi_f(f) = p \cdot \frac{Q_F}{f} = \frac{1}{2(f+1)} \cdot \frac{1}{2(f+1)} = \frac{1}{4(f+1)^2}$$

Weder der Marktpreis noch der Außenseiterprofit werden von der Größe des Kollektivmonopols tangiert. Die von Selten vorgelegte Analyse ergibt, dass bis zu vier Unternehmen einen Anreiz haben, gemeinsam zu agieren. Er stützt seine Aussage auf die Überlegung, dass bis zu dieser Schranke jedes Mitglied der Kooperative einen höheren Gewinn verbucht als der erste nicht eingebundene Offerent:

$$(56) \quad \pi_k(f=0, k=n) \stackrel{(54)}{=} \frac{1}{4n} \stackrel{(55)}{\geq} \pi_f(f=1) = \frac{1}{16}$$

Für $n > 4$ erscheint ein Kartell aller Anbieter als instabil. Doch das dürfte nur die halbe Wahrheit sein. Zwar erzielt in einer 4er-Organisation jeder 1/16 Gewinn wie der erste Einzelgänger, aber dessen Profit ist gewiss, während im Kollektiv dann jeweils ein geringerer Überschuss anfiel:

$$(57) \quad \pi_k(1, 3) = \frac{1}{24}$$

Um diesem „Sicherheitsrisiko“ zu entrinnen, liegt ein Kartellaustritt nahe, d.h. schon 4er-Vereinbarungen bergen Auflösungstendenzen.¹³ Im Folgen-

¹³ Seltens Analyse ist formal gegen diesen Einwand gefeit, da er ein dreistufiges Spiel betrachtet. Zunächst entscheiden die Anbieter, ob sie an einem Kartell teilnehmen oder nicht. Dann verhandeln die Mitglieder über die Quoten und machen sie publik, ehe schließlich die Außenseiter ihren Ausstoß wählen. Aufgrund dieser

den wird allgemein gezeigt, dass bereits bei mehr als *drei* Händlern die Neigung besteht, auf eigene Rechnung zu agieren.

2. Zur Attraktivität der Außenseiterposition

Das Kriterium für *externe* Stabilität fordert, dass es keinen Anreiz für einen Eigenbrötler gibt, in ein Kartell einzutreten:

$$(58) \quad \pi_f(f) \geq \pi_k(f - 1, k + 1)$$

Das Einsetzen von (54) und (55) in (58) bringt zunächst:

$$(59) \quad \frac{1}{4(f+1)^2} \geq \frac{1}{4(k+1)f}$$

Daraus ermittelt man die Schwelle, Individualist bleiben zu wollen:

$$(60) \quad (k+1)f \geq (f+1)^2$$

Jetzt lässt sich die kritische Zahl der Kartellanten berechnen:

$$(61) \quad k \geq \frac{f^2 + 2f + 1}{f} - 1 = f + 2 + \left(\frac{1}{f} - 1 \right)$$

Es muss mindestens ein Einzelkämpfer existieren, um die externe Stabilität zu prüfen. Für diesen Grenzfall $f = 1$ erhält man den größten nichtnegativen Klammerausdruck auf der rechten Seite des Terms (61) mit einem Wert von null. Aus dieser Bedingung folgt *a fortiori*:

$$(62) \quad k \geq f + 2 = n - k + 2$$

Die äußere Stabilität des Kollektivmonopols erfordert, dass es mindestens zwei Mitglieder mehr umfasst als es Außenseiter gibt. Keiner dieser Gruppe verspürt dann eine Verlockung, die Minderheitsfraktion weiter zu schwächen und der Organisation beizutreten.

Struktur ergibt sich ein teilspielperfektes Gleichgewicht, in dem die Kartellanten durchaus weniger Gewinn einstreichen können als die übrigen Akteure. Einen Überblick über Vereinbarungen mit partieller Marktdeckung bietet *Bos, I., Incomplete Cartels and Antitrust Policy: Incidence and Detection*, Tinbergen Institute, Thela Thesis 2009. Der Selten-Ansatz erscheint jedoch ökonomisch fragwürdig, denn Unternehmer tun sich gerade mit der Absicht zusammen, *besser* als der unkoordinierte Rest zu verdienen.

Die *interne* Stabilität gebietet hingegen, dass ein Kartellant nicht austreten möchte:

$$(63) \quad \pi_k(f, k) \geq \pi_f(f + 1)$$

Mit den Gleichungen (54) und (55) wird daraus zunächst:

$$(64) \quad \frac{1}{4k(f+1)} \geq \frac{1}{4(f+2)^2}$$

Die Umformung bringt:

$$(65) \quad \frac{(f+2)^2}{f+1} \geq k$$

Nach Polynomdivision resultiert:

$$(66) \quad f + 3 + \left(\frac{1}{f+1} \right) \geq k$$

Die Klammer auf der linken Seite wird am kleinsten, wenn die Zahl der ungebundenen Akteure gegen unendlich strebt. In diesem Extremfall verwandelt sich die Formel (66) in:

$$(67) \quad n - k + 3 \geq k$$

Sortieren liefert:

$$(68) \quad \frac{n}{2} + \frac{3}{2} \geq k$$

Die innere Stabilität verlangt demnach, dass im Kartell nicht mehr als die Hälfte plus 1 (1,5) der geraden (ungeraden) Zahl aller Verkäufer mitmachen dürfen. Es existiert jedoch auch eine Untergrenze, die sich aus der anders arrangierten äußeren Stabilitätsrestriktion (62) ergibt:

$$(69) \quad k \geq \frac{n}{2} + 1$$

Somit sind die Schranken der Kartellgröße bestimmt:

$$(70) \quad \frac{n}{2} + \frac{3}{2} \stackrel{(68)}{\geq} k \stackrel{(69)}{\geq} \frac{n}{2} + 1$$

Da f und k natürliche Zahlen sind, gilt in der Bedingung (70) entweder das Gleichheitszeichen links oder rechts. Unsere Betrachtung des 4-Anbieter-Falls hat schon erbracht, dass die Konstellation $f = 1$ und $k = 3$ den Stabilitätskriterien genügt: Der Außenseiter möchte nicht eintreten und kein Kartellant beabsichtigt auszuscheren. Aber die Gewinne unterscheiden sich, der isoliert agierende Händler erhält mehr als die organisierten Protagonisten. Vor dieser Kulisse erscheint die Kartellteilnahme erst lukrativ, wenn der Gewinn pro Mitglied mindestens so groß ist wie der eines Außenseiters:

$$(71) \quad \pi_k(f, k) \geq \pi_f(f)$$

Die Gleichung (70) garantiert dies nicht. Zum Beweis betrachten wir die externe Stabilitätsbedingung (69) für den Grenzfall:

$$(72) \quad k = \frac{n}{2} + 1 = \frac{f}{2} + \frac{k}{2} + 1$$

Hieraus berechnet sich die Kartellgröße bei geradem n :

$$(73) \quad k_g = f + 2$$

Wenn das Gleichheitszeichen zutrifft, lautet die interne Stabilitätsrestriktion (68):

$$(74) \quad \frac{n}{2} + \frac{3}{2} = \frac{f}{2} + \frac{k}{2} + \frac{3}{2} = k$$

Sollte n ungerade sein, gilt infolgedessen:

$$(75) \quad k_u = f + 3$$

Der Gewinn eines Kartellanten

$$(54) \quad \pi_k(f, k) = \frac{1}{4k(f+1)}$$

ist für k_g größer als für k_u :

$$(76) \quad \pi_k(f, f+2) = \frac{1}{4(f+2)(f+1)} > \pi_k(f, f+3) = \frac{1}{4(f+3)(f+1)}$$

Beide Profite fallen jedoch hinter den Gewinn eines Individualisten zurück:

$$(77) \quad \pi_f(f) = \frac{1}{4(f+1)^2} > \pi_k(f, f+2) > \pi_k(f, f+3)$$

Also möchte jedes Unternehmen ab der Mindestanbieterzahl $n = f + (f+2) = 1 + 3 = 4$ eigentlich Außenseiter sein!¹⁴ Selbstverständlich besteht für die etablierten Kartellanten ein starker Anreiz, einem (potenziellen) Abspenstigen das Wasser abzugraben: Durch geeignete Maßnahmen und glaubhafte Drohungen müssen Vereinbarungen mit mehr als drei Beteiligten Abweichungsvorkehrungen treffen. In gleicher Manier blüht Newcomern die zwangsweise Integration in die Kartelldisziplin.¹⁵ Soweit dies gelingt, sind „höhere“ Organisationsformen mit mehr als drei Lieferanten denkbar. Dann etabliert sich der Monopolpreis mit der korrespondierenden Menge.

Mit wachsender Marktbesetzung auf der Verkäuferseite dürfte die Verknappungspolitik freilich immer schwieriger zu realisieren sein. Das Ende vom Lied wären steigende Absatzzahlen und ein sinkender Preis. Ein solcher Cournot-Wettbewerb ruft angeblich eine rasche Gewinnabschmelzung hervor; ein Wunsch, den viele von kompetitiven Märkten erfüllt sehen möchten. Allein, die Hoffnung erweist sich als trügerisch.

IV. Konkurrenz unter vielen

1. Das mehrfache Monopol

Cournot wollte mit seiner Studie demonstrieren, dass mit mehr Unternehmen n der Marktpreis fällt. Ohne Kosten entspricht der Gewinn eines Anbieters $i = 1, 2 \dots n$ dem jeweiligen Umsatz:

¹⁴ Experimente bestätigen diese Erkenntnis. Vgl. *Huck, S./Normann, H.-Th./Oechsler, J., Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies*, in: *Journal of Economic Behavior & Organization*, Vol. 53 (2004), S. 435–446.

¹⁵ Solche „Zwangsmitglieder“ können durch geeignete Anreize wohl am ehesten dazu bewegt werden, sich selbst anzuschwärzen, um so die Existenz eines Kartells zu bestätigen. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Kronzeugenregelung an Bedeutung. Vgl. *Schwalbe, U., Kronzeugenregelungen als Instrument der Kartellbekämpfung. Ökonomische Grundlagen*, in: *Marktmacht*, hrsg. v. Ramser, H. J./Stadler, M., Tübingen 2010, S. 99–129. In anderen Situationen kann indes die Einführung einer „Selbstbezichtigungsmechanik“ zu rechtspolitisch bedenklichen Ergebnissen führen. Vgl. *Helmedag, F., Kronzeugen im Gefangenendilemma*, in: *Das Wirtschaftsstudium* (wisu) 30. Jg. (2001), S. 1494–1496.

$$(78) \quad \pi_i = p \cdot q_i$$

Der Grenzprofit beträgt:

$$(79) \quad \frac{d\pi_i}{dq_i} = p + \frac{dp}{dq_i} q_i$$

Cournot setzt aber nicht $Q = nq_i$ – was der Symmetrieanahme entspräche – in die Preisgleichung $p = 1 - Q$ ein, sondern nimmt an, dass jeder Händler sich auf dem verbliebenen Restmarkt „monopolistisch“ einrichtet. Wie schon bemerkt, soll dabei die Variation der Offerte eines Akteurs keine Reaktion der anderen auslösen. Es fehlt also wieder an der oligopolistischen Interdependenz. Daraus resultiert:

$$(80) \quad \begin{aligned} \frac{dp}{dq_i} &= \frac{dp}{dQ} \cdot \frac{dQ}{dq_i} = \frac{dp}{dQ} \cdot \left(\frac{dq_1}{dq_i} + \frac{dq_2}{dq_i} + \dots + \frac{dq_i}{dq_i} + \dots + \frac{dq_n}{dq_i} \right) = \\ &= \frac{dp}{dQ} \cdot (0 + 0 + \dots + 1 + \dots + 0) = \frac{dp}{dQ} = -1 \end{aligned}$$

Dieses Ergebnis steht in Widerspruch zu der oft in Lehrbüchern zu findenden Behauptung, bei atomistischer Konkurrenz, also bei im Grenzfall unendlich vielen Akteuren mit verschwindendem Marktanteil, sähen sich diese jeweils einer horizontalen Nachfragekurve gegenüber. Die Polypolisten seien deshalb individuell „Preisnehmer und Mengenanpasser“, obwohl die Gesamtnachfragefunktion fällt. Wie Gleichung (80) zeigt, lässt sich diese Interpretation der Verhältnisse nicht mit dem Cournot-Prozess vereinbaren.¹⁶

Die Substitution der Ableitung (80) in den Ausdruck (79) sowie die Verwendung der normierten relativen Nachfragefragefunktion bringen:

$$(81) \quad \frac{d\pi_i}{dq_i} = p + \frac{dp}{dQ} \cdot q_i = 1 - Q - q_i$$

Erst jetzt greift Cournot auf die Symmetrieanahme zurück:

$$(82) \quad \frac{d\pi_i}{dq_i} = 1 - Q - q_i = 1 - nq_i - q_i = 0$$

Die individuell verkauft Menge beläuft sich auf:

$$(83) \quad q_i^C = \frac{1}{n+1}$$

¹⁶ Vgl. Keen, S./Standish, R., Debunking the theory of the firm – a chronology, in: real-world economics review, issue no. 53 (2010), S. 56–94, S. 59.

Der Gesamtabsatz addiert sich zu:

$$(84) \quad Q^C = \frac{n}{n+1}$$

Für den Marktpreis resultiert:

$$(85) \quad p^C = 1 - \frac{n}{n+1} = \frac{1}{n+1}$$

Der einzelne Gewinn entspricht dem Umsatz:

$$(86) \quad \pi_i^C = p^C q_i^C = \frac{1}{(n+1)^2}$$

Als Profitsumme erhält man:

$$(87) \quad \pi^C = n \cdot \pi_i^C = \frac{n}{(n+1)^2}$$

Gestützt auf diese Formeln beschreibt Cournot die vollständige Konkurrenz, bei der die Zahl der Anbieter n alle Grenzen übersteigt. Im Limit wird die Sättigungsmenge abgesetzt:

$$(88) \quad \lim_{n \rightarrow \infty} Q^C = 1$$

Dies korrespondiert mit einem verschwindenden Marktpreis:

$$(89) \quad \lim_{n \rightarrow \infty} p^C = 0$$

Die einzelnen Gewinne haben sich dann desgleichen in Luft aufgelöst:

$$(90) \quad \lim_{n \rightarrow \infty} \pi_i^C = 0$$

Schließlich ergibt es dem Gesamtprofit ebenso:

$$(91) \quad \lim_{n \rightarrow \infty} \pi^C = 0$$

Damit hat in Cournots Vorstellung der polypolistische Wettbewerb die ihm zugesetzte Aufgabe erfüllt und für effiziente Verhältnisse gesorgt: Die maximale Wohlfahrt sowie die Konsumentensouveränität sind gewährleistet. Die Verbraucher genießen den größtmöglichen Tauschvorteil, wäh-

rend die Unternehmer zu Grenzkostenpreisen, hier in Höhe null, liefern. Zu klären ist, ob diese sagenhaften Eigenschaften in der Realität zu erwarten sind.

2. Der Cournot-Prozess auf dem Prüfstand

Ein Kartell funktioniert nach bisherigem Kenntnisstand, wenn zwei oder drei Verkäufer sich koordinieren und kein Eigenbrötler dazukommt. Ab vier Protagonisten möchte jeder auf eigene Faust agieren. Sollten alle Anbieter dem Kartell angehören, verhalten sie sich wie ein Gesamtmonopol mit $\pi^M = 1/4$ (vgl. (9)). Jedes Mitglied $n = k$ erhält dann einen höheren Gewinn π_m als bei Cournot-Wettbewerb:

$$(92) \quad \pi_m = \frac{1}{4n} > \pi_i^C = \frac{1}{(n+1)^2} \quad \text{für } n > 1$$

Doch es bedarf gar keiner Koordination, um die verbesserte Gewinnsituation zu verwirklichen. Wenn die Wirtschaftssubjekte die Marktverhältnisse durchschauen und die Symmetriannahme gilt, dann wird – anders als bei Cournot – aus Gleichung (78):

$$(93) \quad \pi_i = p \cdot q_i = (1 - nq_i)q_i$$

Daraus folgt statt dem Ausdruck (79) unmittelbar:

$$(94) \quad \frac{d\pi_i}{dq_i} = 1 - 2nq_i \stackrel{!}{=} 0$$

Der individuelle Absatz beläuft sich nun auf:

$$(95) \quad q_i = \frac{1}{2n}$$

Die Gesamtmenge addiert sich bei dieser Optimierung zum Monopolumschlag. Damit ist der Preis *unabhängig* von der Zahl der Anbieter. Die vorangegangene Kartellanalyse hat gezeigt, dass bis drei Unternehmen kein Problem entsteht. Wenn jedoch ein Vierter dazukommt und sich gemäß Cournot-Nash verhalten sollte, bietet er die Hälfte der Restmenge (q_f) an. Der Preis fällt daraufhin um 50 Prozent gegenüber dem Monopolpreis:

$$(96) \quad p = 1 - q_M - q_f = 1 - \frac{1}{2} - \frac{1}{4} = \frac{1}{4}$$

Wie schon bemerkt (vgl. Gleichung (56)), machte der Neuling dann einen Gewinn in Höhe von:

$$(97) \quad \pi_f = p \cdot q_f = \frac{1}{4} \cdot \frac{1}{4} = \frac{1}{16}$$

Ebenfalls sei an Ergebnis (57) erinnert, wonach drei Kartellanten weniger bekämen:

$$(98) \quad \pi_m = p \cdot \frac{Q_M}{3} = \frac{1}{4} \cdot \frac{1}{6} = \frac{1}{24}$$

Die Etablierten besitzen jedoch ein Drohpotenzial. Beim Stackelberg-Dyopol wurde erläutert, dass die Cournot-Menge auf den Markt geworfen werden kann, um gleiche Gewinne durchzusetzen. Für vier Händler heißt das:

$$(99) \quad \pi_i^C = \frac{1}{(n+1)^2} = \frac{1}{25}$$

Der ehemalige Einzelgänger müsste dann schwerere Gewinneinbußen einstecken als die Ex-Kollektivmonopolisten.¹⁷ Immerhin wäre durch den gestiegenen Absatz die Gesamtwohlfahrt angewachsen, d.h. den Verbrauchern nutzt die dichtere Marktbesetzung.

Freilich ist fraglich, ob bei mehr als zwei Anbietern der Cournot-Prozess zu einer *dynamisch* stabilen Lösung führt. Der statische Ansatz geht ja davon aus, dass n Unternehmen ihr Angebot unterbreiten, alle Akteure dies wissen und deshalb individuell den $(n+1)$ -ten Teil der Sättigungsmenge offerieren (vgl. Gleichung (83)). 1960 hat Theocharis untersucht, was geschieht, wenn jeder Verkäufer seinen aktuellen Absatz unter der Annahme optimiert, die „Kollegen“ brächten ihr Liefervolumen der *Vorperiode* auf den Markt.¹⁸ Ab drei (vier) Konkurrenten ergeben sich (explosiv) oszillierende Ausstoßmengen.

¹⁷ Solche Bestrafungsmaßnahmen lassen sich in der Realität ausmachen. Einige Berühmtheit hat das Tarifkartell für Bahnfracht in den USA gegen Ende des 19. Jahrhunderts erlangt. Vgl. Porter, R., A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee, 1880–1886, in: The Bell Journal of Economics, Vol. 14. (1983), S. 301–314.

¹⁸ Vgl. Theocharis, R. D., On the Stability of the Cournot Solution on the Oligopoly Problem, in: The Review of Economic Studies, Vol. 27 (1960), S. 133–134. Puu verweist auf Palander, der zwanzig Jahre vorher in schwedischer Sprache eine ähnliche Argumentation vorlegte. Vgl. Puu, T., Oligopoly, Heidelberg u.a. 2011, S. 9.

Erwartungsgemäß sind in der Literatur etliche Bemühungen zu finden, diese „irrationale“ Eigenschaft „vielzahligen“ Wettbewerbs zu relativieren. So verhindern hinreichend stark steigende Grenzkosten die (in der Realität kaum zu beobachtenden heftigen) Fluktuationen.¹⁹ Diese Annahme ist jedoch selbst wiederum höchst kritisch zu sehen, denn etwa 90 Prozent der Betriebe produzieren zu konstanten oder fallenden Grenzkosten.²⁰ Tatsächlich muss man die Problemlösung an anderer Stelle suchen.

3. Kein Wettbewerb um jeden Preis

Die bisher betrachteten Ansätze gingen stets von einer *Mengenstrategie* aus, ohne dass irgendwo zu lesen ist, was man sich darunter genau vorzustellen hat. Bei Preissetzung liegt der Ablauf auf der Hand: Die Kunden kommen und kaufen mehr oder weniger. Welche Bedeutung hat aber die Formulierung „eine bestimmte Menge auf den Markt werfen“? Wird etwa eine Auktion durchgeführt, bei der eine fixierte Stückzahl losgeschlagen werden muss?²¹ Wäre es vor diesem Hintergrund nicht angebracht, über *Preispolitik* auf einem homogenen Markt nachzudenken?²²

Die meist mit den Namen von Bertrand und Edgeworth verbundene Modellfamilie, welche die Preisstrategie auf vollkommenen Märkten thematisiert, hat allerdings keinen guten Ruf. So spricht Ott von einer „Irrtumslösung par excellence“.²³ Für die von den genannten Autoren vorgelegten Analysen trifft dies auch zu. Denn es wird fälschlich unterstellt, ein isolier-

¹⁹ Vgl. Ott, A. E., Einführung in die dynamische Wirtschaftstheorie, 2. Aufl., Göttingen 1970, S. 152 ff.

²⁰ Einen Überblick einschlägiger Studien bietet Lee, F., Post Keynesian Price Theory, Cambridge 1998, S. 12 ff.

²¹ Eine Analyse verschiedener Versteigerungsmethoden findet sich in Helmedag, F., „Ausschreibungsbetrug“ im Licht der Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Bietverfahren, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 54. Jg. (2004), S. 1000–1012. Die Auswahl siegreicher Gebote für bestimmte Objekte unterscheidet sich indes prinzipiell von der Preisbildung auf Märkten mit variablem Gesamtabsatz.

²² Cournot rechtfertigt den Übergang von der Preispolitik (Monopol) zur Mengenfixierung (Wettbewerb) lediglich als „zweckmäßig“. Vgl. Cournot, A., Untersuchungen ..., a.a.O., S. 69. Es gibt einige Bemühungen, in mehrstufigen Spielen die Äquivalenz beider Strategien zu belegen, vgl. etwa Güth, W., A Simple Justification of Quantity Competition and the Cournot-Oligopoly Solution, in: ifo Studien, Vol. 41/2 (1995), S. 245–257. Diese Darlegungen setzen regelmäßig Ausstoßbeschränkungen voraus, ehe Preise kalkuliert werden. Derlei Rettungsversuche eines unbeobachteten Konzepts eignen sich nicht wirklich, das Verhalten von Produzenten zu erklären, die grundsätzlich mit freien Kapazitäten operieren und tatsächlich Geldforderungen für ihre Güter erheben.

²³ Vgl. Ott, A. E., Grundzüge der Preistheorie, 3. Aufl., Göttingen 1989, S. 224.

tes Billigangebot rufe keine Reaktion der nun teureren Händler hervor, trotz schlagartig ausbleibender Kundschaft in deren Geschäften. Doch es ist keineswegs klar, ob Preispolitik auf einen *Unterbietungswettbewerb* hinauslaufen muss.

Versetzen wir uns nochmals in die Situation, in der drei Anbieter ein Kartell bilden. Es herrscht daher der Monopolpreis $p^M = 1/2$ (vgl. Gleichung (8)). Ein potenzieller Newcomer wisst um die Problematik, Cournot-Verhalten an den Tag zu legen und die halbe Restnachfrage auf welchem Weg auch immer feil zu bieten. Stattdessen überlegt er, mit einem „Kampfpreis“ der ein μ unter p^M liegt, möglichst viel Gewinn einzufahren. Da auf dem vollkommenen Markt das eingangs erwähnte *Law of indifference* gilt, müssen die Etablierten ohne Zögern mitziehen, oder sie verlieren sofort und völlig ihre Einnahmen. Steigen sie auf den neuen Preis ein, liefert jeder der jetzt zum Quartett erweiterten Akteure ein Viertel des dazugehörigen Gesamtabsatzes. Der „Preisstrategie“ P sucht den optimalen Abschlag μ . Ohne Kosten beträgt sein Gewinn:

$$(100) \quad \pi_P = (p^M - \mu) \frac{Q(p^M, \mu)}{4} = \left(\frac{1}{2} - \mu\right) \frac{1 - \frac{1}{2} + \mu}{4} = \frac{1}{4} \left(\frac{1}{4} - \mu^2\right)$$

Die notwendige Bedingung für einen Extremwert lautet:

$$(101) \quad \frac{d\pi_P}{d\mu} = -\frac{\mu}{2} \stackrel{!}{=} 0$$

Die beste Minderung wäre also keine. Nach Cournot-Nash würde der Preis dagegen drastisch fallen (vgl. Gleichung (96)). Sowohl die richtige Mengenpolitik (95) als auch die korrekte Preisstrategie führen zum selben Ergebnis, nämlich den Monopolpreis zu übernehmen und den korrespondierenden Gesamtprofit zu verteilen:

$$(102) \quad \pi_m(4) = \frac{1}{16} > \pi_i^C(n=4) = \frac{1}{25}$$

Dies trifft für jeden weiteren Neuankömmling zu. Euckens Kennzeichnung der vollständigen Konkurrenz als Marktform, in der jedes Unternehmen den Preis als Datum betrachtet, erhält einen neuen Gehalt.²⁴ Selbstverständlich fällt der individuelle Überschuss ebenso wie der Einzelabsatz mit zunehmender Zahl der Verkäufer. Jedoch unterscheiden sich die Ergebnisse

²⁴ Vgl. Eucken, W., Die Grundlagen der Nationalökonomie [1940], 9. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1989, S. 96.

deutlich von denen der landläufigen Unterbietungsinterpretation: Noch so viele Anbieter lassen den Profit keineswegs in Rauch aufgehen. Und eine weitere Hoffnung wird enttäuscht: Selbst die klinisch reinen Verhältnisse perfekten Wettbewerbs sorgen nicht für eine Maximierung der Gesamtrente, die durch freiwilligen Handel tatsächlich geschaffene Wohlfahrt bleibt hinter den Möglichkeiten zurück: Die moderne Erwerbswirtschaft ist ihrem Wesen nach *Monopolkapitalismus*; Stackelbergs Fazit wird mithin, wenn gleich aus anderen Gründen, bestätigt. Die Unternehmen genießen selbst unter idealtypischen Bedingungen *systematisch* einen größeren geldwerten Vorteil – von dem gegebenenfalls Fixkosten zu subtrahieren sind – als die Verbraucher, die durch zwanglose Anschaffungen auch ihren Nutzen mehrern und keineswegs Schaden nehmen.²⁵

V. Zwischen Kartell und ruinöser Konkurrenz

Bislang stützte sich die Untersuchung auf Märkte mit linear fallender Gesamtnachfrage. Im Ergebnis fordern unter diesen Umständen alle (rationalen und informierten) Hersteller den Monopolpreis, der aus der Bedingung „Grenzerlös gleich Grenzkosten“ resultiert. Mehr zu verlangen, wäre kontraproduktiv, da dies weniger Gewinn bedeutete. Die Konsumenten sind auf Grund dieser Logik vor Übervorteilung geschützt. In dem Licht stellt sich die Frage nach Absprachen überhaupt nicht, denn die Branche hat gar kein Interesse an der Verteuerung ihrer Güter. In diesem Sinn funktioniert der Wettbewerb.

Ungeachtet dessen kann nicht bestritten werden, dass es in der Realität Kartelle gibt. Ursachen hierfür müssen in Besonderheiten auf der Nachfrage- oder Angebotsseite gesucht werden.²⁶ Solche Konstellationen lassen sich als „labile“ Märkte charakterisieren. Sie weisen im Unterschied zu den gängigen Annahmen zwei typische Merkmale auf.

Einerseits liegt im relevanten Aktionsfeld eine *inelastische* Gesamtnachfrage ($\varepsilon_{Q,p}$) vor, weshalb eine (infinitesimal) kleine prozentuale Preisvariation zu einer unterproportionalen relativen Mengenveränderung führt. Sofern man das regelmäßig negative Vorzeichen nicht unterdrückt, gilt demnach:

$$(103) \quad -\varepsilon_{Q,p} < 1$$

²⁵ Vgl. zum Konzept des ökonomischen Tausches Helmedag, F., Warenproduktion mittels Arbeit, Zur Rehabilitation des Wertgesetzes, 2. Aufl., Marburg 1994, S. 43 ff.

²⁶ Vgl. dazu die Überlegungen von Zimmermann, L. J., The Propensity to Monopolize, Amsterdam 1952.

Übersicht
Ausgewählte Preiselastizitäten

Güter	Elastizität
<i>Kraftfahrzeughaltung:</i>	
– Kraftfahrzeugnutzung	– 0,36
– Kraftstoffe	– 0,41
– Reparaturen	– 0,29
– Versicherungen	– 0,41
<i>Diverses:</i>	
– nichtdauerhafte Güter	– 0,12
– Lederwaren, Kleidung	– 0,16
– Sonstiges dauerhafte Güter	– 0,22
– Finanzielle Aktiva	– 0,66
– Lebensmittel	– 0,7
– Sonstiges, insb. dauerhafte Haushaltsgüter	– 0,3

Die Quellenangaben im Einzelnen finden sich bei Woll, A., Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl., München 2003, S. 138.

Während die Anbieter normalerweise im elastischen Teil einer geneigten Nachfragekurve operieren, wo sich Preis und Umsatz gegenläufig bewegen, ist dies jetzt gar nicht machbar. Wenn die Ungleichung (103) zutrifft, kommt es vielmehr stets zu einer *Parallelentwicklung*: Preiserhöhungen steigern den Erlös und umgekehrt. Die Übersicht deutet an, dass solche Verhältnisse keineswegs bloß eine seltene Ausnahmesituation darstellen.²⁷ Diese spezifischen Märkte mit relativ starrer Nachfrage widersetzen sich der gängigen Gewinnmaximierungsregel: Es existiert *kein* Schnittpunkt zwischen einem im Minusbereich liegenden Grenzerlös und nicht-negativen Grenzkosten.²⁸

²⁷ Ohne Bezug auf den Elastizitätsbegriff – der erst 1890 von Alfred Marshall in der Volkswirtschaftslehre verbreitet wurde – bestätigt Adam Smith mit seinen oft zitierten Erfahrungen am Vorabend der Industriellen Revolution das Phänomen: „People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the publick, or in some contrivance to raise prices.“ Smith, A., An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations [1776], Oxford 1979, S. 145. Preistreiberei lohnt sich für die Gewerbetreibenden selbstverständlich niemals, wenn damit die Einnahmen stärker als die Kosten zurückgehen.

Andererseits herrscht auf labilen Märkten bei stagnierendem Gesamtumschlag eine *hohe* Nachfragebeweglichkeit, d.h. die Kundenbindung ist äußerst gering. Eine Absatzveränderung eines bestimmten Anbieters (Δq_i) spiegelt sich mit umgekehrtem Vorzeichen praktisch vollständig im Kaufsvolumen seiner Wettbewerber:

$$(104) \quad \Delta q_i \approx - \sum_{i \neq j} \Delta q_j$$

Eine genauere Betrachtung der Kartellverfahren in jüngerer Vergangenheit – etwa Sektoren wie Zement, Kampfstiefel für die Bundeswehr, Flüssiggas, Feuerwehrfahrzeuge – stützt die Vermutung, dass die beiden genannten Faktoren auf diesen Märkten eine beachtliche Rolle spielen. Unter solchen Bedingungen besteht latenter Organisationsbedarf, der zuweilen trotz Verbot gedeckt wird.

In dem soeben markierten Umfeld haben die Lieferanten ein *kollektives* Interesse an einer Preissteigerung, weil damit der Erlös wächst. Ein Kartell bzw. eine abgestimmte Verhaltensweise bietet sich hierfür an. Allerdings erscheint es jedem Anbieter verlockend, isoliert das vereinbarte Preisniveau (ein wenig) zu unterbieten, um den *individuellen* Gewinn zu steigern. Ein solches Handeln birgt jedoch die Gefahr ruinöser Konkurrenz in sich, wenn die anderen Verkäufer ebenfalls ihr Glück in einer Verbilligung ihrer Güter suchen.²⁹

Die Realität liefert hinreichend Anschauungsmaterial für beide Abläufe, die labile Märkte nehmen können. Einmal erscheint das Gut zu Lasten der Abnehmer übererteuert, ein andermal zum Nachteil der Leistungserbringer übermäßig günstig. Diese Erkenntnis stellt die Wettbewerbspolitik vor Herausforderungen in analytischer und präventiver Hinsicht.

Nachdem Märkte mit hoher Nachfragebeweglichkeit bei preisunelastischem Gesamtabsatz identifiziert worden sind, gilt es zu prüfen, ob eine

²⁸ Das Problem tritt auch beim sog. absoluten Monopol auf, in dem die Nachfrage ein festes Budget für ein bestimmtes Gut bereitgestellt hat und wo deshalb der Grenzumsatz verschwindet. Vgl. *Helmedag, F./Leitzinger, H.*, Monopole, isoelastische Nachfrage und Gewinnmaximierung, in: *Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, Bd. 35 (1984), S. 25–43.

²⁹ Vor diesem Hintergrund wird verständlich, weshalb etwa mit Werbeaktionen oder anderen kostenträchtigen Maßnahmen ausgeprägte Präferenzen für das eigene Produkt geschaffen werden sollen. Ein so abgeschotteter „Firmenmarkt“ eröffnet überdies Möglichkeiten, einen größeren Teil des Tauschvorteils der Konsumenten abzuschöpfen. Sofern das zu 100 Prozent gelingt, wird die maximale Gesamtrente erzeugt, die freilich allein der Monopolist einstreicht. Vgl. *Helmedag, F.*, Preisdifferenzierung, in: *Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt)*, 30. Jg. (2001), S. 10–16.

Anbieterkoordination zu relativ starken Ertragszuwächsen geführt hat oder nicht. Hierfür ist die Kosten-, Preis- und Gewinngeschichte der einschlägigen Branche zu studieren und mit anderen Wirtschaftszweigen zu vergleichen.

Machen die inkriminierten Akteure unterdurchschnittlich Profit oder schreiben sie gar rote Zahlen, dient die Abstimmung vermutlich der Vermeidung ruinöser Konkurrenz. Eine Ahndung von angeblichem Fehlverhalten kuriert dann lediglich am Symptom, statt die Ursachen zu bekämpfen.³⁰

Werden jedoch die Kunden durch happige Preise nachweislich über Gebühr belastet, sind Sanktionen durchaus am Platz. Zudem scheint es geboten, in solchen Fällen über eine *vorbeugende* Kartellbekämpfung nachzudenken, d. h. geeignete Preisfestsetzungsverfahren sind gesucht. Beispielsweise liegen Vorschläge zur Vermeidung von Submissionsabsprachen³¹ sowie zur Stabilisierung der Kraftstoffpreise³² vor. In dieser Hinsicht gibt es für eine vorausschauende Politik zur Förderung kompetitiver Strukturen Einiges zu tun. Hingegen müssen sich die Verbraucher sowie die Wettbewerbswächter mit Monopolpreisen als Normalfall – gerade auch auf vollständigen Märkten – *nolens volens* abfinden, ohne dass deshalb von einer Schlechterstellung der Konsumenten gesprochen werden kann.

Zusammenfassung

Der Konkurrenzprozess auf homogenen Märkten wird praktisch immer unter der Annahme einer linear fallenden Gesamtnachfragefunktion analysiert. Dieser Beitrag wirft die Frage auf, welche Ergebnisse unter solchen Voraussetzungen zu erwarten sind. Im Kontrast zur herrschenden Meinung erweisen sich unabhängig von der Anbieterzahl Monopolpreise und damit dauerhafte Profite als überzeugende Antwort. Die Konsumenten sind jedoch vor weiter gehenden (koordinierten) Verteuerungen der Güter geschützt, da die Verkäufer sonst Gewinneinbußen hinnehmen müssten. So gesehen funktioniert der Wettbewerb. Dagegen tendieren „labile“ Märkte mit unelastischer Gesamtnachfrage sowie geringer Kundenbindung entweder zur Kartellbildung oder zur ruinösen Konkurrenz. Für die Wirtschaftspolitik ergeben sich daraus bislang unterbelichtete Aufgabenbereiche.

³⁰ Der (gezielte) Abbau von Überkapazitäten bzw. die Fixierung von Mindestlöhnen könnten womöglich den Anpassungsdruck mindern, der auf den Unternehmen lastet.

³¹ Vgl. Helmedag, F., „Ausschreibungsbetrug“ ..., a.a.O., S. 1011 f.

³² Losse, B., Kartellamt warnt vor Marktconzentration bei Tankstellen, in: Wirtschaftswoche vom 03.03.2012, www.wiwo.de/unternehmen/auto/benzinpreis-kartellamt-warnt-vor-marktkonzentration-bei-tankstellen/6282336.html [19.03.2012].

Literatur

- Bertrand, J., Théorie des Richesses: revue de Théories mathématiques de la richesse sociale par Léon Walras et Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses par Augustin Cournot, in: Journal des Savants (1883), S. 499–508, wiederaabgedruckt als: Review of Walras's *Théorie mathématique de la richesse sociale and Cournot's Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, in: Cournot oligopoly, hrsg. v. Daugherty, A. F., Cambridge 1988, S. 73–81.
- Bos, I., Incomplete Cartels and Antitrust Policy: Incidence and Detection, Tinbergen Institute, Thela Thesis 2009.
- Cournot, A., Untersuchungen über die mathematischen Grundlagen der Theorie des Reichtums [1838], Jena 1924.
- Enke, H., Kartelltheorie, Begriff, Standort und Entwicklung, Tübingen 1972.
- Eucken, W., Die Grundlagen der Nationalökonomie [1940], 9. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1989.
- Güth, W., A Simple Justification of Quantity Competition and the Cournot-Oligopoly Solution, in: ifo Studien, Vol. 41/2 (1995), S. 245–257.
- Helmedag, F., Warenproduktion mittels Arbeit. Zur Rehabilitation des Wertgesetzes, 2. Aufl., Marburg 1994.
- Preisdifferenzierung, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt), 30. Jg. (2001), S. 10–16.
 - Kronzeugen im Gefangendilemma, in: Das Wirtschaftsstudium (wisu) 30. Jg. (2001), S. 1494–1496.
 - „Ausschreibungs betrug“ im Licht der Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Bietverfahren, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 54. Jg. (2004), S. 1000–1012.
- Helmedag, F./Leitzinger, H., Monopole, isoelastische Nachfrage und Gewinnmaximierung, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Bd. 35 (1984), S. 25–43.
- Huck, S./Normann, H.-Th./Oechsler, J., Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies, in: Journal of Economic Behavior & Organization, Vol. 53 (2004), S. 435–446.
- Jevons, W. St., The Theory of Political Economy [1871], 2. Aufl., London 1879.
- Keen, S./Standish, R., Debunking the theory of the firm – a chronology, in: real-world economics review, issue no. 53 (2010), S. 56–94.
- Kerber, W./Schwalbe, U., Ökonomische Grundlagen des Wettbewerbsrechts, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), hrsg. v. Hirsch, G./Montag, F./Säcker, F. J., Bd. 1, München 2007, S. 238–430.
- Lee, F., Post Keynesian Price Theory, Cambridge 1998.

- Losse*, B., Kartellamt warnt vor Marktkonzentration bei Tankstellen, in: Wirtschaftswoche vom 03.03.2012, www.wiwo.de/unternehmen/auto/benzinpreis-kartellamt-warnt-vor-marktkonzentration-bei-tankstellen/6282336.html [19.03.2012].
- Nash*, J. F., Non-cooperative Games, Diss. 1950 http://www.princeton.edu/mudd/news/faq/topics/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf [19.03.2012].
- Ott*, A. E., Einführung in die dynamische Wirtschaftstheorie, 2. Aufl., Göttingen 1970.
- Grundzüge der Preistheorie, 3. Aufl., Göttingen 1989.
- Porter*, R., A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee, 1880–1886, in: The Bell Journal of Economics, Vol. 14. (1983), S. 301–314.
- Puu*, T., Oligopoly, Heidelberg u. a. 2011.
- Schwalbe*, U., Kronzeugenregelungen als Instrument der Kartellbekämpfung. Ökonomische Grundlagen, in: Marktmacht, hrsg. v. Ramser, H. J./Stadler, M., Tübingen 2010, S. 99–129.
- Selten*, R., A simple model of imperfect competition where four a few and six are many, in: International Journal of Game Theory, Vol. 2 (1973), S. 141–201.
- Smith*, A., An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations [1776], Oxford 1979.
- Stackelberg*, H. v., Marktform und Gleichgewicht [1934], in: Heinrich Freiherr zu Stackelberg, Gesammelte wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen in zwei Bänden, hrsg. v. Kloten, N./Möller, H., Bd. 1, Regensburg 1992, S. 185–332.
- Probleme der unvollkommenen Konkurrenz [1938], in: Heinrich Freiherr zu Stackelberg, Gesammelte wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen in zwei Bänden, hrsg. v. Kloten, N./Möller, H., Bd. 1, Regensburg 1992, S. 407–453.
- Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, Bern 1948.
- Theocharis*, R. D., On the Stability of the Cournot Solution on the Oligopoly Problem, in: The Review of Economic Studies, Vol. 27 (1960). S. 133–134.
- Woll*, A., Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl., München 2003.
- Zimmermann*, L. J., The Propensity to Monopolize, Amsterdam 1952.

Private Kartellrechtsdurchsetzung – Deutsche und Europäische Initiativen aus Sicht des Bundeskartellamts

Von *Andreas Mundt* und *Gero Meeßen*¹, Bonn

I. Einleitung

Die private Kartellrechtsdurchsetzung ist seit einer guten Dekade Gegenstand einer lebhaft geführten rechtspolitischen Debatte.

Die Europäische Kommission war auf Basis der von ihr in Auftrag gegebenen Ashurst-Studie aus dem Jahr 2004 zu der Feststellung gelangt, die private Kartellrechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten biete „ein Bild der totalen Unterentwicklung“². Verantwortlich seien die mitgliedstaatlichen Bestimmungen des allgemeinen Kartelldelikts- und -prozessrechts. Diese ständen einer effektiven Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen entgegen.

Auf dieser Grundlage hat die Kommission im Jahr 2008 weitreichende Gesetzgebungsvorschläge vorbereitet, die auf eine substantielle Veränderung der zivilrechtlichen und zivilprozessualen Rahmenbedingungen der privaten Durchsetzung zielten³. Nachdem der Entwurf eines entsprechenden Richtlinienvorschlags durchgesickert war und sowohl Mitgliedstaaten als auch Wirtschaftsverbände erhebliche Vorbehalte geltend gemacht hatten, wurde der Vorschlag im Oktober 2009 – die Wiederwahl von Kommissionspräsident Barroso stand an – kurzer Hand von der Tagesordnung genommen.

¹ Andreas Mundt ist Präsident des Bundeskartellamts, Dr. Gero Meeßen, M. Jur. (Oxford) dort Referatsleiter in der Grundsatzabteilung. Die Vortragsform wurde beibehalten.

² *Europäische Kommission*, Grünbuch: Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts vom 19.12.2005, KOM (2005) 672 endgültig S. 4 sowie das begleitende Commission Staff Working Paper, Rn. 29, unter Bezugnahme auf die *Ashurst-Studie*, S. 1.

³ *Europäische Kommission*, Weißbuch: Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, vom 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig; vgl. darauf aufbauend den Entwurf eines Richtlinienvorschlags der GD Wettbewerb v. Juni 2009.

Dieses Jahr – so ist aus Brüssel zu vernehmen – starten die europäischen Institutionen einen neuen Anlauf. Das Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission sieht für das 2. Quartal 2012 die Vorlage eines sektorspezifischen Legislativakts zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen vor, der sich weitgehend auf der Grundlage des Weißbuchs von 2008 bewegen soll, und für das 4. Quartal einen horizontalen – d.h. über den Bereich des Kartellrechts hinausgreifenden – EU-Rahmen für *kollektiven Rechtsschutz*. Gleichzeitig hat das Europäische Parlament im Februar diesen Jahres eine Resolution verabschiedet, die die Kommission ersucht, in einer Impact Assessment-Studie nachzuweisen, dass insofern überhaupt Handlungsbedarf für ein Tätigwerden auf EU-Ebene besteht⁴.

Lassen Sie mich kurz aus Sicht des Bundeskartellamts beleuchten, wo wir heute bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts stehen. Sodann möchte ich kurz auf die grundsätzliche Frage der Funktion insbesondere kartellrechtlicher *Schadensersatzklagen* eingehen und schließlich einige Kernpunkte der in Aussicht genommenen europäischen Initiativen kommentieren.

II. Status quo in Deutschland

In Deutschland hat die private Durchsetzung des Kartellrechts seit jeher eine prominente Rolle gespielt⁵. Dabei haben insbesondere kartellrechtliche *Unterlassungsklagen* und die Geltendmachung des kartellrechtlichen *Nichtigkeitseinwands* wesentlich zur Durchsetzung des Kartellrechts beigetragen. In den letzten Jahren hat dann auch die Zahl der *Schadensersatzklagen* wegen der Verletzung kartellrechtlicher Verbotsnormen deutlich zugenommen.

So wurden dem Bundeskartellamt im Referenzzeitraum 2004 bis 2012 2055 neue Kartellzivilverfahren bekannt gegeben, darunter 480 kartellrechtliche Schadensersatzklagen allein für Deutschland. Die Impact Assessment Studie der Kommission, die die Betrachtung – in der Sache etwas fragwürdig – auf Fälle mit *EU-Rechtsbezug* verengt, weist demgegenüber für den Referenzzeitraum 2004–2008 nur 96 Fälle für ganz Europa aus.

Gerade in letzter Zeit haben denn schließlich auch die sog. *follow-on Schadensersatzklagen* gegen *hardcore-Kartelle* merklich zugenommen. So

⁴ European Parliament, Resolution of 2 February 2012, „Towards a Coherent European Approach to Collective Redress“ (2011/2089(INI)), Rn. 4.

⁵ Für die Vergangenheit, vgl. bereits den Überblick in *Bundeskartellamt, Private Kartellrechtsdurchsetzung, Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier* für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf.

weist die Statistik unserer Prozessabteilung 27 laufende Verfahren mit einem Gesamtstwert von über 1,3 Mrd. € aus. Hinzu kommen zahlreiche Verfahren, die nach Leistung einer Entschädigung einvernehmlich ohne Urteil abgeschlossen wurden.

Von einem Zustand der *totalen Unterentwicklung* kann in Deutschland vor diesem Hintergrund nun wirklich keine Rede sein⁶. Und auch andere europäische Rechtsordnungen, insbesondere das Vereinigte Königreich, die Niederlande, aber auch etwa Spanien verzeichnen in Kartellsachen eine deutliche Zunahme der privaten Klageaktivität.

III. Funktion insbesondere kartellrechtlicher Schadensersatzklagen

1. Grundpositionen zur Funktion des Schadensersatzes

Bevor ich mich einigen Kernpunkten der rechtspolitischen Auseinandersetzung über die künftige Ausgestaltung des *private enforcement* widme, lassen Sie mich an dieser Stelle kurz die Funktion insbesondere kartellrechtlicher Schadensersatzklagen in Erinnerung rufen.

Mir ist bewusst, dass große Teile der Wirtschaftswissenschaften kartellrechtliche Schadensersatzklagen zuvörderst unter dem Blickwinkel optimaler *Abschreckung* („optimal deterrence“)⁷ betrachten: Der gewinnmaximierende Täter vergleiche den Nutzen, den er aus der Tat zieht, mit den hieraus drohenden Kosten. Er entscheide sich gegen die Tat, wenn die zu erwartenden Kosten deren Nutzen übersteigen. Vereinfacht dargestellt sei eine Sanktion für einen Kartellverstoß optimal so zu bemessen, dass sie dem durch den Kartellverstoß verursachten volkswirtschaftlichen Schaden multipliziert mit dem Kehrwert der Entdeckungswahrscheinlichkeit entspreche. Reduziert man die Betrachtung auf den kartellrechtlichen Schadensersatz, wäre der Ersatzbetrag konsequent mit einem an der pauschalierten Entdeckungswahrscheinlichkeit orientierten Multiplikator zu versehen⁸. Auch die Kommissionsdienststellen hatten sich ursprünglich für die Einführung doppelten Schadensatzes stark gemacht.⁹

⁶ Vgl. ausführlich *Meeßen*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts? (2011), S. 582 ff.

⁷ Grundlegend *Becker*, Journal of Political Economy 76 (1968), 169, 192; im Überblick *Connor*, Optimal Deterrence, S. 5 ff.

⁸ *Wagner*, Schadensersatz bei Kartelldelikten, S. 31.

⁹ Commission Staff Working Paper (Grünbuch) (s. Fn. 1), Rn. 121, 150.

Dem gegenüber steht die traditionelle, in der Gerechtigkeitslehre des Aristoteles wurzelnde Sichtweise, wonach der Schadensersatzanspruch im Wesentlichen dem *Ausgleich der erlittenen Nachteile* dient¹⁰. Zwar wird auch hier der Beitrag für die *Prävention* als *nützliche Nebenfolge* anerkannt. Der Ersatzbetrag ist aber bewusst begrenzt auf den Ausgleich des tatsächlich erlittenen Schadens eines individuell bestimmten Geschädigten. Diese Sichtweise haben sich die weit überwiegende Mehrheit der Mitgliedstaaten und auch das Europäische Parlament zu Eigen gemacht. Sie wird auch vom Bundeskartellamt getragen. Mehr fordert auch die EuGH-Rechtsprechung in Sachen *Courage* und *Manfredi* nicht¹¹.

2. Besonderheiten des Kartellrechts: Verhältnis von public und private enforcement

Ich möchte an dieser Stelle nicht in eine Grundsatzdiskussion über die Zielfunktionen des Schadensersatzrechts im Allgemeinen einsteigen. Mir ist es aber ein Anliegen, auf einige spezifische Rahmenbedingungen des Zusammenspiels von Kartellverfolgung und Schadensersatz hinzuweisen, die aus praktischen Erwägungen dagegen sprechen, das Kartelldeliktsrecht *weitgehend* am Abschreckungsgedanken zu orientieren. Diese legen es nahe, bei der Umsetzung der von der Kommission im Rahmen des Weißbuchs gemachten Vorschläge zurückhaltend zu sein.

a) Schlagkräftige hoheitliche Durchsetzung insbesondere bei hardcore-Kartellen

Anders als etwa auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs oder des gewerblichen Rechtsschutzes verfügen wir im Kartellrecht über eine *starke, auf drei Ebenen (Länder, Bund, Kommission) angesiedelte hoheitliche Durchsetzung*. Gerade im Bereich der besonders schwerwiegenden, auf geheimen Abreden beruhenden Horizontalabsprachen erfolgt die Erstaufdeckung und -sanktionierung nahezu *ausschließlich* durch die *Behörden*.

¹⁰ Vgl. für das deutsche Recht: *Sprau*, in: Palandt, Einf v § 823 Rn. 1; *Schiemann*, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rn. 3; *Lange/Schiemann*, S. 9 ff.; *Jansen*, JZ 2005, 160, 162; *derselbe*, Die Struktur des Haftungsrechts (2003) S. 89 ff.; vgl. auch den *Bundesrat*, Beschluss v. 7.4.2006, BR-Drucksache 12/06, S. 7. Mit Blick auf die Rechtsordnung der anderen Mitgliedstaaten Schlussanträge des Generalanwalt *Geelhoed* v. 26.1.2006 zu EuGH, Urteil v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 bis 298/04 („*Manfredi*“), Slg. 2006, I-6619, Rn. 64.

¹¹ Vgl. *Meeßen* (Fn. 6), S. 60 ff., 103 f.

aa) Effektivere Aufklärungsmittel der Behörden

Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die Kartellbehörden über die weitaus effektiveren Aufklärungsmittel verfügen: Diese sind – wie etwa die *Durchsuchung* – mit der Ausübung intensiver hoheitlicher Eingriffsbefugnisse verbunden und können in einem Rechtsstaat naturgemäß nur von einer demokratisch legitimierten und an Grundrechte und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebundenen *staatlichen Institution* ausgeübt werden¹². Der private *dawnraid*, aber auch der *Ausforschungsbeweis* sind im kontinentaleuropäischen Zivilprozess mit gutem Grund ein Fremdkörper.

Als *zentrales Instrument* der Kartellbekämpfung hat sich in den vergangenen Jahren aber vor allem die *Kronzeugenregelung – in der Terminologie des Bundeskartellamts: Bonusregelung* – bewährt. Der Kronzeugeantrag ist in den meisten Fällen die *conditio sine qua non*, dass das Kartell aufgedeckt wird¹³; er ist damit letzten Endes auch Voraussetzung, dass die Geschädigten überhaupt von ihrem Anspruch Kenntnis nehmen können.

Vor diesem Hintergrund ist die Funktionsfähigkeit der Kronzeugenregelung sowohl für die hoheitliche Durchsetzung als auch für die Ermöglichung einer Schadenswiedergutmachung von erheblicher Bedeutung. Die Funktionsfähigkeit ist aber nur dann gewährleistet, wenn der potentielle Kronzeuge darauf vertrauen kann, dass die von ihm der Behörde freiwillig gemachten Angaben später nicht zu seinen Lasten verwandt werden. Das schließt es ein, dass er auch im Schadensersatzprozess gerade wegen dieser Angaben nicht schlechter steht als seine Mitkartellanten. Insoweit war es von herausgehobener Bedeutung, dass das Amtsgericht Bonn in der kürzlich entschiedenen Rechtssache *Pfleiderer* das Bundeskartellamt darin bestätigt hat, die Akteneinsicht der Geschädigten insoweit zu verweigern, als es um den Bonusantrag und die dazu übermittelten Beweismittel geht. Zu Recht geht das Amtsgericht davon aus, dass die Akteneinsicht in diese Unterlagen geeignet wäre, potentielle Antragsteller in künftigen Fällen von der Antragstellung abzuhalten¹⁴. Die Sachaufklärung dieser Verstöße wäre beeinträchtigt. Das Bundeskartellamt wird daher auch künftig an seiner Linie festhalten und keine Einsicht in den Bonusantrag gewähren.

¹² *Meeßen* (Fn. 6), S. 93 ff.

¹³ Vgl. *Klocker/Ost*, in: *Recht und Wettbewerb*, Festschrift für Rainer Bechtold, S. 229 (250).

¹⁴ AG Bonn, Urteil v. 30.1.2012, 51 Gs 53/09, S. 6 f. der Urteilsausfertigung; vgl. nunmehr aber *National Grid v. ABB and others v. 4.4.2012 [2012] EWHC 869 (Ch)* für eine *disclosure* von Kronzeugenunterlagen.

bb) Zielgenaueres Sanktionsinstrumentarium

Die staatliche Kartellverfolgung verfügt zudem über den geeigneteren Rahmen, die aus Präventionsgründen erforderliche Sanktion tat- und schuldangemessen feinzujustieren. Eine Vervielfachung des Schadensersatzanspruchs wäre demgegenüber grob und holzschnittartig. So ist die kartellbehördliche Geldbuße schon für sich allein darauf ausgelegt, eine hinreichende und zugleich verhältnismäßige Abschreckung zu erzielen. Die Bußgelder verzeichnen in den letzten Jahren sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene einen spürbaren Anstieg. Wir haben nicht den Eindruck, dass Unternehmen und Politik hier eine Entwicklung zum *under-enforcement* beklagten. Und sollten sich die kartellbehördlichen Sanktionen tatsächlich einmal als zu niedrig herausstellen, erscheint es zielführender genau hier anzusetzen, als das Privatrecht um Sanktionsmittel anzureichern, bei denen es letztlich von den jeweiligen privaten Interessen abhängt, ob diese zur Geltung kommen oder nicht.¹⁵

Einer Privatstrafe *neben* der staatlichen Sanktion bedarf es aus Präventionserwägungen nicht.

b) Wertvolle Ergänzungsfunktion der privaten Kartellrechtsdurchsetzung

Daneben kommt der privaten Kartellrechtsdurchsetzung freilich eine außerordentlich wertvolle *Ergänzungsfunktion* in den Fällen zu, die die Kartellbehörden nicht aufgreifen¹⁶. Hier handelt es sich in aller Regel gerade nicht um den Bereich der klassischen *hardcore-Kartelle*, sondern um Missbrauch, Vertikalabreden oder andere Konstellationen. Hier erfordern Ausmaß und Schwere des Delikts zwar keine Bestrafung. Die zivilgerichtlichen Urteile tragen hier aber wirkungsvoll zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen bei. Genannt seien aus der jüngsten Vergangenheit das erfolgreiche Vorgehen des Bauer-Verlags gegen die gemeinsamen Verhandlungen der deutschen Pressegrossisten¹⁷ und das erfolgreiche Vorgehen von Wettbewerbern gegen das Buchungssystem HRS wegen einer gegen § 1 GWB verstößenden Meistbegünstigungsklausel¹⁸.

¹⁵ Vgl. Meeßen (Fn. 4), S. 94 f.

¹⁶ Vgl. bereits Böge/Ost, ECLR 2006, S. 197 (198); ausführlich Meeßen (Fn. 6), S. 568 f.

¹⁷ LG Köln, Urteil v. 14.2.2012, 88 O (Kart) 17/11.

¹⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.02.2012, VI-W (Kart) 1/12.

Über das Instrument der einstweiligen Verfügung kann hier die private Durchsetzung mitunter schneller zur Abstellung eines Kartellrechtsverstoßes führen als die behördliche.

IV. Bereits erzielte Verbesserungen in Deutschland

Schließlich hat sich der deutsche Gesetzgeber dem Ruf nach einer effektiven Ausgestaltung bereits angenommen und mit der 2005 in Kraft getretenen 7. GWB-Novelle das Klima für die private Kartellrechtsdurchsetzung bereits deutlich verbessert.

Zu den 2005 beschlossenen Maßnahmen gehören

- eine Klarstellung im Sinne der Anspruchsberechtigung der Marktgegenseite;
- die Einführung einer Feststellungswirkung¹⁹ der kartellbehördlichen Entscheidung in Schadensersatzprozessen;
- eine weiträumige Ermächtigung des Zivilrichters zur Schätzung des durch einen Kartellverstoß entstandenen Schadens;
- eine Klarstellung, dass die Weiterwälzung des Kartellaufpreises den Schaden nicht ausschließt und nur unter den vom Schädiger darzulegenden Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden kann;
- und schließlich eine Sonderregelung, dass die Verjährung während des kartellbehördlichen Verfahrens gehemmt ist.²⁰

Seit 2008 regelt die Zivilprozeßordnung zudem, dass Verbraucherverbände bei der Einziehung von Forderungen von Verbrauchern im Rahmen ihres Aufgabenbereichs vertretungsbefugt sind. Die Verbraucherverbände haben danach die Befugnis, abgetretene Schadensersatzansprüche zu bündeln und in einer gemeinsamen Klage geltend zu machen.

Im Übrigen hat auch die BGH-Rechtsprechung bereits zur Klärung wesentlicher Fragen beigetragen: Der BGH hat das CDC-Modell für zulässig erklärt, wonach die Geschädigten ihre Ansprüche auch einem kommerziellen Vehikel zur gemeinsamen Geltendmachung abtreten können²¹.

Und schließlich hat der BGH mit seinem jüngsten *ORWI*-Urteil in einer jahrelangen Streitfrage dahingehend für Klarheit gesorgt, dass grundsätzlich

¹⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Meeßen* (Fn. 6), S. 133–141.

²⁰ Commission Staff Working Paper – accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brüssel, 02.04.2008, SEC (2008) 404, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/working_paper.pdf.

²¹ BGH, Beschluss v. 7.4.2009; KZR 42/08.

auch mittelbare Abnehmer anspruchsberechtigt sind – und spiegelbildlich auch die *passing-on defence* zugelassen²². Der Nachweis bleibt in beiden Fällen freilich schwierig. Dies gilt insbesondere für die Geltendmachung der Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung. Der BGH hat hier die Annahme einer sekundären Darlegungslast zulasten des Geschädigten aus normativen Erwägungen für den Regelfall abgelehnt: Der Geschädigte muss also regelmäßig nicht seine internen Kalkulationen aufdecken, um dazulegen, dass er den Kartellaufpreis nicht weitergewälzt hat.

Unter dem Strich stehen damit die Chancen für die unmittelbare Marktgegenseite weiterhin gut, wenngleich die zu erwartenden Gutachterschlachten um das „Ob“ und „Wiewiel“ der Weiterwälzung sich nicht eben vorteilhaft auf Dauer und Kosten der instanzgerichtlichen Verfahren auswirken dürften. Die sich entwickelnde Profession des ökonomischen Sachverständigen in Kartellprozessen wird es freuen.

Schließlich plant die Bundesregierung in der nun anstehenden 8. GWB-Novelle auch noch eine Unterlassungsklagebefugnis zugunsten der Verbraucherverbände einführen.

In der Gesamtschau sind wir damit in Europa nicht nur bei den Fallzahlen, sondern auch bei der Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens sehr weit vorne; die Tatsache, dass CDC die Schadensersatzklage gegen die multinationalen Mitglieder des Wasserstoffperoxidkartells, die eine Vielzahl von Gerichtsständen zugelassen hätte, ausgerechnet in Deutschland anhängig gemacht hat²³, spricht für sich.

V. Vorschläge der Kommission

Lassen Sie mich nun aber auch auf einige Punkte der rechtspolitischen Auseinandersetzung eingehen, bei denen sich BMWi, BMJ und Bundeskartellamt aber auch die deutschen Gesetzgebungsorgane bewusst gegen die von der Kommission und anderen Akteuren vorgeschlagenen Neuerungen gestellt haben²⁴. Als *caveat* muss ich hier allerdings folgendes klarstellen: Es handelt sich hierbei um die damaligen Vorschläge der Kommission aus der Ära *Kroes*. Kommissar *Almunia* hat sich hier noch nicht klar positio-

²² BGH, Urteil v. 28.6.2011, KZR 75/10.

²³ LG Dortmund 13 O 23/09 (Kart) (*CDC v. Evonik u. a.*).

²⁴ Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie/Bundesministerium der Justiz/Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz/Bundeskartellamt*, Stellungnahme zum Weißbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ der Europäischen Kommission, 2008, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments.html.

niert. Wir gehen aber davon aus, dass sich jedenfalls gegenüber dem Weißbuch keine wesentlichen Veränderungen ergeben.

Inhaltlich setzen die damaligen und nunmehr wieder zur Diskussion stehenden Vorschläge auf Verbands- und Sammelklagen, in deren Rahmen private Akteure den Kartellrechtsverletzer um die Aussicht auf Teilhabe am erstrittenen Mehrerlös zur Verantwortung ziehen sollen. Zu diesem Zweck sieht das Weißbuch der Kommission tiefgreifende Einschnitte in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen vor:

- Verbände sollten Schadensersatzklagen im Namen der Masse aller direkten oder indirekten Abnehmer erheben können, ohne dass sie diese namentlich benennen müssten und ohne je von diesen beauftragt worden zu sein. Diese Form der Verbandsklage wird in der politischen Auseinandersetzung als opt-out-Modell bezeichnet, weil sich der Geschädigte ausdrücklich von der Klage abmelden muss, um nicht von diesen professionellen Klägern vertreten zu werden.²⁵
- Der *Ausforschungsbeweis* sollte Einzug in das Zivilverfahren erhalten, um dem privaten Kläger ein eigenes Ermittlungsinstrument an die Hand zu geben²⁶.
- Um Verbraucherverbandsklagen im großen Stil zu ermöglichen, soll zu Lasten des Beklagten eine *gesetzliche Vermutung* eingeführt werden, dass der Kartellaufpreis *vollständig und über alle Marktstufen* hinweg an den jeweiligen Kläger weitergereicht wurde.²⁷

Die Kombination, dem Beklagten im Fall der Klage *direkter* Abnehmer *die Beweislast für die Weiterwälzung* aufzuerlegen²⁸, im Fall der Klage indirekter Abnehmer aber für die *Nichtweiterwälzung*, führt im Ergebnis zu der realen Gefahr mehrfachen Schadensersatzes durch die Hintertür. Denn im Fall eines *non liquet*, der Nichterweislichkeit des ob und wieviel der Weiterwälzung, müsste schon aufgrund der Beweislastregel letztlich jeder befasste Zivilrichter der Klage stattgeben²⁹.

- Zu Lasten des Beklagten eingeschränkt werden sollte darüber hinaus der Grundsatz, dass auf Schadensersatz nur bei *Verschulden* gehaftet wird.³⁰

²⁵ Commission Staff Working Paper – accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brüssel, 02.04.2008, SEC (2008) 404, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/working_paper.pdf, Rn. 61.

²⁶ Commission Staff Working Paper (Weißbuch) (Fn. 20), Rn. 109.

²⁷ Commission Staff Working Paper (Weißbuch) (s. Fn. 20), Rn. 220.

²⁸ Commission Staff Working Paper (Weißbuch) (s. Fn. 20), Rn. 214.

²⁹ Vgl. Bornkamm, GRUR 2010, 501, 505; Meeßen (Fn. 6), S. 587 f.

- Schließlich plante die Kommission, auch die allgemeinen Grundsätze des Verjährungsrechts zu übergehen, indem für die Verjährung nicht auf den Eintritt des Schadens, sondern das Ende der Zuwiderhandlung abgestellt werden soll. Bei hinreichender Laufzeit des Kartells könnten danach Kartellschäden auch nach 30 Jahren noch eingeklagt werden.

Von Seiten der Verbraucherverbände ist nunmehr darüber hinaus gefordert worden, diesen unmittelbar die Erlöse aus dem Kartellbußgeld zukommen zu lassen.

VI. Stellungnahme

Erlauben Sie mir zu den verschiedenen Vorschlägen eine kurze Einschätzung.

- Im Grundsatz sind sich die Kartellbehörden in Europa einig: Private Schadensersatzklagen können für die Durchsetzung des Kartellrechts eine bedeutende *komplementäre* Rolle einnehmen. Ihre Kernfunktion, die *Wiedergutmachung* des durch den Kartellrechtsverstoß verursachten individuellen Schadens, ist auch aus Sicht des Bundeskartellamtes ein wichtiges Anliegen.
- Gleichwohl halten wir die mit dem Weißbuch verbundenen Forderungen nach einer tiefgreifenden Umgestaltung des Kartellzivilrechts für verfehlt: Aus deutscher Sicht ist derzeit kein Handlungsbedarf für eine weitere Reform erkennbar. Inhaltlich weisen die Kommissionsvorschläge von 2009 in die falsche Richtung:
- Eine Verbandsklage, von der sich der einzelne Geschädigte abmelden (!) muss, um nicht das Verfügungrecht über seinen Schadensersatzanspruch zu verlieren, steht in Widerspruch zum *Grundsatz der Privatautonomie*; eine erzwungene Kollektivierung von Ansprüchen ist mit einer freiheitlichen Privatrechtsordnung nicht zu vereinbaren.
- Eine freiheitliche, d.h. die Dispositionsbefugnis des Einzelnen achtende Rechtsordnung wird auch dessen Entscheidung, Kleinstbeträge nicht einzuklagen, seine „rationale Apathie“, akzeptieren können. Für die notwendige Abschreckung, d.h. die Abschöpfung des Kartellmehrerlöses im *Allgemeininteresse* können hier die Kartellbehörden zielgerichteter Sorge tragen.
- Letztlich sehen wir alle Ausgestaltungen kritisch, bei der ganz im Wesentlichen der klagende *agent* selbst von den Erlösen profitiert und nicht

³⁰ Kommission, Weißbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, vom 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig, S. 8.

die namentlich unbekannten Geschädigten. Auch wenn dies vom Blickwinkel der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie zunächst auch seinen Reiz haben mag: Die Möglichkeit nichtmandatierter Großkanzleien, sich wesentliche Anteile der „Schadenensersatz“millionen für unbekannte Geschädigte zu sichern, ist genau das Phänomen, das zu den Fehlentwicklungen in den Vereinigten Staaten geführt hat. Die Rede von der „*jackpot justice*“ ist hier eine durchaus treffende Charakterisierung.

- Und wer sich bei größeren Beträgen um die fehlende Kompensation insbesondere von wenig klagegeneigten *Endverbrauchern* sorgt und ihnen das Klagerisiko nicht zumuten will, der sei darauf verwiesen, dass die 8. GWB-Novelle nunmehr eine Lösung bereit hält. So wird hier die vom Bundesgerichtshof in der *Stadtwerke-Uelzen*-Entscheidung vorgesehene Möglichkeit bestätigt, dass die Kartellbehörde im Rahmen der Abstellungsverfügung eine Rückerstattung des Mehrerlöses an die Betroffenen verfügen kann³¹. Das Bundeskartellamt hat von dieser Möglichkeit im Rahmen von Verständigungslösungen in Missbrauchsverfahren etwa bei Gas und Heizstrom schon mehrfach Gebrauch gemacht. Wir werden dieses Instrument zukünftig auch in streitigen Verfügungen nutzen³². Prozessökonomisch ist dieser Weg deutlich schneller und kostensparender als eine langwierige follow-on-Verbraucherverbandssammelklage.
- Und wer auch bei der Abschöpfung nicht auf die private Initiative verzichten will, der sei auf eine weitere Ergänzung im Rahmen der 8. GWB-Novelle hingewiesen, nach der künftig auch Verbraucherverbände den Kartellmehrerlös zugunsten der Staatskasse abschöpfen können.
- Was wir aber nicht wollen ist, dass die Kartellbuße unmittelbar für die Deckung der Finanzierungsinteressen von Verbänden verwandt wird.³³ Das gilt auch für Verbraucherverbände.

Es ist auch nicht ersichtlich, mit welcher Legitimation der Kartellmehrerlös (der im Einzelfall Größenordnungen von jeweils mehreren hundert Millionen Euro erreichen kann) ausgerechnet zur Finanzierung von Verbandsinteressen verwandt werden soll.

Letztlich handelt es sich auch bei den Verbraucherverbänden um Verbände zur Verfolgung der Partikularinteressen einer bestimmten Interes-

³¹ BGH, Beschluss vom 10.12.2008 – KVR 2/08 –, S. 6 f. der Beschlussausfertigung.

³² Vgl. aktuell Bundeskartellamt, Beschluss v. 19.3.2012, B-10 16/09 („Entega“).

³³ So aber Fezer, Zweckgebundene Verwendung von Unrechtsröhren und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit, Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, S. 52 f.

sengruppe, die nicht notwendig mit dem Kreis der tatsächlich Geschädigten übereinstimmt.

Anders als staatliche Verfolgungsorgane sind die Verbraucherverbände – wie auch andere Interessenverbände – letztlich weder demokratisch legitimiert noch dem öffentlichen Interesse verpflichtet. Sie sind bei der Abschöpfung des Mehrerlöses insbesondere nicht an Zusagen im Rahmen der Bonusregelung gebunden und brauchen auf deren Funktionsfähigkeit keine Rücksicht zu nehmen.³⁴

Vielfach scheidet eine Rückerstattung an die tatsächlich Geschädigten – etwa aufgrund deren Anonymität – aus. Dann ist es nach wie vor sachgerecht, den Kartellmehrerlös dem Bundeshaushalt – und damit der Allgemeinheit (und damit jedenfalls mittelbar auch den Geschädigten) – zugutekommen zu lassen; und nicht einem bestimmten Verband, mit dem die Geschädigten letztlich keinerlei Verbindung haben.

Soweit die finanzielle Förderung von Verbraucherverbänden *politisch* gewünscht ist, können diese – wie schon heute gängige Praxis – in dem politisch verantworteten Umfang aus dem Bundeshaushalt bezuschusst werden. Ein Anspruch auf Auskehrung des Kartellmehrerlöses an die Verbände selbst, dessen Höhe letztlich völlig losgelöst von deren tatsächlichen Finanzbedarf und allein von Umfang und Schwere des Kartellverstoßes abhängig wäre, und bei dem die Mittelzuweisung letztlich jedweder parlamentarischen Kontrolle entzogen wäre, ginge weit über das Ziel einer angemessenen Finanzausstattung der Verbraucherverbände hinaus. Bei einer flächendeckenden Mehrerlössabschöpfung im Eigeninteresse des Verbandes, von der letztlich auch der Bonusantragsteller nicht ausgenommen wäre, drohte eine erhebliche Beeinträchtigung der Wirksamkeit der Bonusregelung zulasten der Effektivität der Kartellverfolgung insgesamt.

- Schließlich dient auch die von der Kommission vorgeschlagene *gesetzliche Vermutung*, dass der gesamte Kartellaufpreis vollständig bis auf die letzte Marktstufe weitergewälzt wurde, allein dazu, die Klagebefugnis in der Hand der *Verbraucherverbände* zu bündeln. Gleichwohl entspricht eine so weitreichende Vermutung in vielen Fällen nicht den ökonomischen Realitäten. In der Sache geht es um eine Beweislastumkehr *zulasten* des Beklagten. Dieser wird in der Regel auch den Gegenbeweis nicht erbringen können. Denn die hierfür erforderlichen Informationen liegen auf der *Ebene der Zwischenhersteller*. Diese sind aber nicht Partei des Zivilverfahrens. Eine Verpflichtung zur Aufdeckung der wettbewerbsrelevanten Preiskalkulation gerade gegenüber dem Hersteller ist den Zwischenherstellern weder zumutbar noch wettbewerbspolitisch akzeptabel³⁵.

³⁴ Vgl. Meeßen (s. Fn. 6), S. 625.

- Auch die Einführung von Ausforschungsinstrumenten in der Hand privater sehen wir kritisch.

In Deutschland ist die Durchsuchung von Geschäftsunterlagen *domaine réservé* des Bundeskartellamts, der Staatsanwaltschaften und ggf. der Kommission; diese sind auf das Allgemeininteresse verpflichtet und grundrechtlichen Bindungen unterworfen.

In der Hand privater Parteien bergen die von der Kommission vorgeschlagenen Offenlegungsinstrumente hohes Missbrauchspotential zur Ausspähung von Geschäftsgeheimnissen. Die bloße Drohung mit der sog. *discovery* hat sich in anderen Rechtsordnungen als Instrument erwiesen, kostspielige *settlements* selbst dort zu erzwingen, wo der Kläger – bei Licht betrachtet – kaum eine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Der deutsche Gesetzgeber hat mit gutem Grund einen Ausforschungsbeweis aus dem Zivilverfahren ausgeschlossen. Dabei sollte es bleiben.

- Meine Damen und Herren, vor allem aber haben wir Sorge um die Effektivität der hoheitlichen Kartellverfolgung.

Bei der beabsichtigten massiven Zunahme von Verbandsklagen, die in der Bündelung von Ansprüchen einer gesamten Marktstufe zu enormen Schadensersatzsummen führen können, droht die Erfolgsgeschichte der kartellbehördlichen Bonusregelungen unterlaufen zu werden. Ein Unternehmen wird es sich mit gutem Grund zweimal überlegen, einen Kronzeugenantrag zu stellen, wenn es sich zivilrechtlichen Haftungsrisiken gegenüber sieht, die in der Höhe an das erlassene Bußgeld heranreichen, dieses im Einzelfall sogar übersteigen können.

Schon jetzt können wir beobachten, dass in vielen Fällen Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Amtes vor allem deshalb eingelegt werden, um die Bindungswirkung der Entscheidung in einem nachfolgenden Schadensprozess auszuschließen. Dies bindet erhebliche Ressourcen der behördlichen Verfolgung und macht *settlements* im Sinne einer effektiven *Abstellung* der Wettbewerbsbeschränkung schwierig bis unmöglich.

- In den Vereinigten Staaten belasten die Kosten der Rechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen die amerikanische Volkswirtschaft einer aktuellen Studie zufolge um insgesamt jährlich mittlerweile 261 Milliarden US-Dollar.

In Deutschland hat sich die Aufgabenverteilung zwischen hoheitlicher Rechtsdurchsetzung einerseits und Streitbeilegung durch die Zivilgerichte andererseits bewährt. Dies gilt in besonderem Maße für die Durchsetzung des Kartellrechts.

³⁵ Vgl. ausführlich *Meeßen* (s. Fn. 6), S. 587 ff.

Private Kartellrechtsdurchsetzung verfolgt in allererster Linie *private* Interessen. Dies ist völlig legitim. Bei allen Erleichterungen zugunsten der Klägerseite ist aber zu beachten, dass *private Kläger* – und dies gilt auch für Verbraucherverbände – auf die Funktionsfähigkeit einer effektiven Wettbewerbsaufsicht im Allgemeininteresse keine Rücksicht zu nehmen brauchen.

Die Effektivität der *behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung* muss auch in Zukunft Vorrang haben gegenüber einer Instrumentalisierung privater Klageaktivität.

- Wir haben gesehen, dass die öffentliche und private Kartellrechtsdurchsetzung von ihrer Grundkonzeption her unterschiedliche Zielfunktionen verfolgen. Gleichwohl bliebe die freiheitssichernde Wirkung des Kartellrechts ohne die private Initiative und die Wiedergutmachung der durch Kartelle verursachten individuellen Nachteile in ihrer Entfaltung begrenzt. Auf der anderen Seite ist auch die private Durchsetzung in vielen Fällen auf die behördlichen Vorarbeiten angewiesen.

Wir haben in Deutschland, was den rechtlichen Rahmen der Kartellrechtsdurchsetzung anbelangt, ein gut austariertes Gleichgewicht erzielt: *Private* und *Public enforcement* gehen mittlerweile wirkungsvoll Hand in Hand. Dieses Gleichgewicht sollte man durch gesetzgeberische Aktivitäten auf EU-Ebene nicht leichtfertig zur Disposition stellen.

Literatur

Ashurst, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 2004, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html> (zitiert: *Ashurst*-Studie).

Becker, Gary S., Crime and Punishment: An Economic Approach, Journal of Political Economy 76 (1968), S. 169–217.

Böge, Ulf/Ost, Konrad, Up and Running, or is it? Private Enforcement – the Situation in Germany and Policy Perspectives, ECLR 2006, S. 197–205.

Bornkamm, Joachim, Cui Malo? Wem schaden Kartelle?, GRUR 2010, S. 501–506.

Bundeskartellamt, Private Kartellrechtsdurchsetzung, Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf.

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie/Bundesministerium der Justiz/Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz/Bundeskartellamt, Stellungnahme zum Weißbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ der Europäischen Kommission, 2008, abruf-

bar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments.html.

Bundesrat, Beschluss des Bundesrates zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, BR Drs. 12/06 (B) v. 7.4.2006, abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/brd/2006/0012-06B.pdf>.

Connor, John M., Optimal Deterrence and Private International Cartels, 2006, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103598.

Europäisches Parlament, Resolution of 2 February 2012, Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2011/2089%28INI%29>.

Fezer, Karl-Heinz, Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit, Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen.

Jansen, Nils, Konturen eines europäischen Schadensrechts, JZ 2005 S. 160–173.

– Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003.

Klocker, Peter/*Ost*, Konrad, Nach der Novelle ist vor der Novelle – Themen einer 8. GWB-Novelle, in: Brinker/Scheuing/Stockmann (Hrsg.), Recht und Wettbewerb, Festschrift für Rainer Bechtold, München 2006, S. 229–251.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Commission Staff Working Paper – accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brüssel, 02.04.2008, SEC (2008) 404, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/working_paper.pdf.

- Grünbuch: Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts vom 19.12.2005, KOM (2005) 672 endgültig, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005_0672de01.pdf.
- Weißbuch: Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, vom 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig abrufbar unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_de.pdf.

Lange, Hermann/*Schiemann*, Gottfried, Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen 2003.

Meeßen, Gero, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?, Tübingen 2011.

Schiemann, Gottfried, §§ 249–254 (Schadensersatzrecht), in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse), Berlin Neubearbeitung 2005.

Sprau, Hartwig, Einführung von § 823 Rn. 1, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage, München 2009.

Wagner, Gerhard, Schadensersatz bei Kartelldelikten, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der Europäischen Zivilrechtsentwicklung – Beitrag zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (2007).

Zitierte Entscheidungen

Amtsgericht Bonn, Urteil v. 30.1.2012, 51 Gs 53/09 („Pfleiderer II“).

Bundesgerichtshof, Urteil v. 28.6.2011, KZR 75/10 („ORWI“).

Bundesgerichtshof, Beschluss v. 7.4.2009; KZR 42/08 („CDC“).

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 10.12.2008 – KVR 2/08 („Stadtwerke Uelzen“).

Bundeskartellamt, Beschluss v. 19.3.2012, Az. B10 – 16/09 („Entega“).

High Court of England and Wales, National Grid v. ABB and others v. 4.4.2012 [2012] EWHC 869 (Ch).

Landgericht Dortmund 13 O 23/09 (Kart) („Wasserstoffperoxid“).

Landgericht Köln, Urteil v. 14.2.2012, 88 0 (Kart) 17/11 („Presse-Grosso“).

Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss v. 15.02.2012, VI-W (Kart) 1/12.

Aufdeckung – Abschreckung – Kompensation

Wechselwirkungen und Zielkonflikte der privaten und öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung

Von *Stefan Thomas*, Tübingen

I. Einleitung

Die Durchsetzung des Kartellrechts – insbesondere des Kartellverbots bei Hardcore-Beschränkungen – hat sich in den letzten Jahren als ein wichtiges, eigenständiges Themengebiet in Wissenschaft und Praxis etabliert. Noch vor zehn Jahren hielt sich die Verhängung von Bußgeldern wegen Kartellverstößen in einem begrenzten Rahmen. Zivilrechtliche Schadenersatzklagen bei Hardcore-Kartellen gab es wegen der restriktiven Rechtsprechungslinei des BGH¹ praktisch nicht. Dies änderte sich, seit sich die Kommission bei ihrer Bußgeldverhängung zunehmend von dem olympischen Grundsatz „*citius, altius, fortius*“ (also: „*schneller, höher, stärker/weiter*“)² leiten ließ und unter jedem neuem Wettbewerbskommissar ein neues Rekordbußgeld verkündet wurde. Man muss sich nur die Zahlen vergegenwärtigen: in den Jahren 1995–1999 wurden für Verstöße gegen das EU-Kartellrecht durch die Kommission insgesamt Bußgelder von knapp 300 Millionen Euro verhängt. 10 Jahre später, im Zeitraum von 2005–2009, waren es bereits knapp 10 Milliarden Euro.³ Geldbußen gegen einzelne Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen bewegen sich längst in der Größenordnung von einer Milliarde Euro.⁴ Weltweit ist dieses Bußgeldniveau mittlerweile beispiellos.

¹ BGH, Urt. v. 23.10.1979, WuW/E BGH 1643, 1645 – *BMW-Importe*; Urt. v. 25.01.1983, WuW/E BGH 1985, 1988 – *Familienzeitschriften*. Siehe zum Ganzen *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 11. Aufl., § 33 GWB Rn. 17 f.

² Nach *Dreher* (2009b), S. 398.

³ Quelle: Cartel Statistics, verfügbar auf der Homepage der Kommission.

⁴ Das derzeit höchste Bußgeld gegen ein einzelnes Unternehmen beträgt EUR 896 Mio. (gegen *Saint-Gobain* im sog. Autoglas-Kartell, insgesamt wurden dort EUR 1,38 Mrd. verhängt). Das davor höchste von der Kommission gegen ein Unternehmen verhängte Bußgeld lag bei EUR 497,2 Mio. Die Kommission hat es im März 2004 wegen eines Verstöbes gegen Art. 82 EG (Art. 102 AEUV) für eine Zu widerhandlung in einem Zeitraum von fünfseinhalb Jahren gegen *Microsoft* verhängt (davon zu trennen das am 27.02.2008 festgesetzte Zwangsgeld i.H.v. EUR 899

Parallel dazu hat sich – maßgeblich angestoßen durch das „Courage“-Urteil des EuGH⁵ – das private enforcement stark weiterentwickelt. Der Gesetzgeber hat durch die 7. GWB-Novelle von 2005 die Anspruchsgrundlage des § 33 GWB verschärft. Während der BGH nach der alten Rechtslage den Kunden eines Hardcore-Kartells Schadenersatzansprüche regelmäßig versagte,⁶ stellt das Gesetz nunmehr klar, dass jeder Betroffene, der einen Schaden durch kartellrechtswidrige Verhaltensweisen erlitten hat, diesen einklagen kann.

Diese Rechtsentwicklung wird begleitet durch weitere Gesetzgebungsvorschläge der EU-Kommission, die etwa die Einführung von Sammelklagen nach US-amerikanischem Vorbild angestrebt hat.⁷ Die Verschärfung des private enforcement hat mittlerweile zu einer Vielzahl von Schadenersatzprozessen geführt.⁸ Der BGH hat vor einigen Wochen dazu in einem grundlegenden Urteil in dem Fall „ORWI“ erstmals wichtige Weichenstellungen vorgenommen,⁹ worauf gleich zurückzukommen ist.

Mio., COMP/37.792). Bis zu diesem Zeitpunkt hatte das höchste in einem Verfahren wegen Verletzung des Art. 82 EG festgesetzte Bußgeld bei EUR 75 Mio. gelegen. Hinsichtlich Art. 81 EG (Art. 101 AEUV) lag das höchste von der Kommission gegenüber einem Unternehmen verhängte Bußgeld bis zu diesem Zeitpunkt bei ca. EUR 479,7 Mio., festgesetzt gegen *ThyssenKrupp* im Fall Elevators and Escalators. Davor betrug es EUR 462 Mio., verhängt gegen *Hoffmann-LaRoche* im Jahr 2001 – insgesamt lag das Bußgeld aller Mitglieder des sanktionierten Vitaminkartells bei EUR 855 Mio. Im Mai 2006 hat die Kommission gegen ein Kartell von Acrylglas-Herstellern wegen Preisabsprachen Geldbußen in Höhe von EUR 344,5 Mio. verhängt (EG-Kommission, Pressemitteilung v. 31.5.2005, IP/06/698 – *Acrylic glass*). Im Januar 2007 sanktiionierte die Kommission ein Kartell für gasisolierte Schaltanlagen mit Bußgeldern von insgesamt rund EUR 750 Mio., wobei allein auf *Siemens Deutschland* mehr als EUR 396 Mio. entfielen (EG-Kommission, Pressemitteilung v. 24.1.2007, IP/07/80).

⁵ EuGH, Urt. v. 20.06.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 – *Courage und Crehan*.

⁶ BGH, a.a.O. (Fn. 1).

⁷ EU-Kommission, Weißbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg., Nr. 2.1 (S. 4 f.). Anders als i.d. USA soll es aber keine opt-out-Gruppenklagen geben.

⁸ Bislang liegen drei erfolgreiche Schadenersatzklagen gegen Hardcore-Kartellteilnehmer vor: BGH, Urt. v. 28.06.2011, WuW/E DE-R 3431 – *ORWI*; KG, Urt. v. 01.10.2009, WuW/E DE-R 2788 – *Berliner Transportbeton*; LG Dortmund, Urt. v. 01.04.2004, WuW/E DE-R 1352 – *Vitaminpreise Dortmund*. Weitere Klagen sind anhängig, etwa die Klage von CDC gegen die Teilnehmer des „Zementkartells“ am OLG Düsseldorf, Az.: 34 O (Kart) 147/05, die Klage von CDC gegen Teilnehmer des „Bleichmittelkartells“ am Landgericht Dortmund, Az.: 13 O 23/09 (Kart) und die Klage von HuK gegen Teilnehmer des „Autoglaskartells“ am LG Düsseldorf (Az. unbekannt).

⁹ BGH, Urt. v. 28.06.2011, WuW/E DE-R 3431 – *ORWI*.

Die enforcement-orientierte Kartellpolitik führt schließlich zu immer neuen Vorschlägen, wie die Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen erleichtert und verschärft werden kann. So wurde etwa angeregt, das Kostenrisiko von Schadenersatzklagen durch Implementierung eines „Prozesskosten-Fonds“ bei der EU-Kommission zu reduzieren.¹⁰ Der Verbraucherschutzminister von Nordrhein-Westfalen hat unlängst – gestützt auf ein Gutachten des rechtswissenschaftlichen Kollegen *Fezer* – die Idee entwickelt, einen Teil der erzielten Kartellbußgelder an Verbraucherschutzverbände weiterzuleiten. Diese beiden Beispiele stehen lediglich pars pro toto für das enorme Interesse in Praxis und Wissenschaft an Fragen der Kartellrechtsdurchsetzung; und der Vorschlag aus Nordrhein-Westfalen zeigt auch, dass „die Politik“ das Thema wegen ihres potentiellen Verbraucherbezugs mittlerweile für sich entdeckt hat. Daher ist sicherlich eine Sorge derzeit völlig unbegründet: dass nämlich irgendeine Möglichkeit, wie die öffentliche oder zivilrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung weiter verschärft werden könnte, noch nicht erörtert worden wäre. Derlei Fragen werden daher auch nicht den Gegenstand dieses Beitrags bilden. Vielmehr soll dieser sich mit den Wechselwirkungen und Zielkonflikten der privaten und öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung befassen. Insoweit wird es um zwei Fragenkreise gehen:

Erstens werden die Wechselwirkungen zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Vollzug behandelt. Insoweit bringt die parallele Fortentwicklung sowohl des public- als auch des private enforcement die Gefahr mit sich, dass es zu einem „unkoordinierten over-enforcement“ kommt. Denn bei der Bußgeldbemessung bleiben nach geltender Praxis mögliche Schadenersatzklagen unberücksichtigt, ebenso wie auf die Schadenersatzsummen fällige Bußgelder nicht angerechnet werden. Diese öffentlich- und zivilrechtlichen Doppelwirkungen eines Kartellverstoßes können leicht zur wirtschaftlichen Überforderung eines betroffenen Unternehmens führen. Es wird zu klären sein, inwieweit ein solcher Rechtszustand mit dem Kernanliegen des Kartellrechts, einen unverfälschten Wettbewerb zu schützen, vereinbar ist.

Zweitens stellt sich die Frage, wie mit Zielkonflikten zwischen der öffentlichen und der privaten Kartellrechtsdurchsetzung umgegangen werden soll. Dies betrifft insbesondere die Rolle von Kronzeugenprogrammen. Privilegierungen durch Erlangung von Bußgeldfreiheit als Gegenleistung für die Aufdeckung eines Kartells werden konterkariert, wenn zugleich die zivilrechtliche Haftung – die durch einen erfolgreichen Kronzeugeantrag nicht ausgeschlossen ist – verschärft wird.¹¹ Der Europäische Gerichtshof

¹⁰ *Bernhard* (2010), S. 180 ff.

¹¹ *Mäger/Zimmer/Milde* (2009), S. 886.

hat sich unlängst in seinem Urteil in der Rechtssache „*Pfleiderer*“ in diesem Zusammenhang mit dem Problem befasst, inwieweit ein Schadenersatzkläger Einsicht in die bei der Behörde befindlichen Kronzeugen-anträge verlangen kann.¹² Der EuGH hat den Konflikt aber nicht selbst aufgelöst, sondern hat den Mitgliedstaaten den Ball zurückgespielt.

II. Die Gefahr eines unkoordinierten over-enforcement

1. Das Problem

Wenn man sich die eingangs geschilderten Entwicklungen vergegenwärtigt, drängt sich die Frage auf, ob das Nebeneinander eines sich eigendynamisch verschärfenden Bußgeldregimes und einer durch Gesetzgebung und Rechtsprechung ausgeweiteten kartellschadenersatzrechtlichen Haftung nicht mittlerweile eine Grenze erreicht hat, die das Gegenteil von dem bewirkt, was eigentlich beabsichtigt ist: nämlich die Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs. Wenn man losgelöst vom Freiheitsparadigma der ordo-liberalen Wettbewerbspolitik die Effizienz zumindest auch als ein Ziel des kartellrechtlichen Wettbewerbsschutzes ansieht¹³ – und viele sehen darin den eigentlichen und ausschließlichen Sinn –, dann muss es auch das Ziel des Kartellsanktionsrechts sein, die erforderliche Abschreckung – und das ist von großer Bedeutung – mit geringstmöglichen Effizienzeinbußen zu erzielen. Sehr schnell kann jedoch die Beteiligung an einer Kartellzuwiderhandlung, die mitunter sogar gegen den Willen und die Vermeidungsbemühungen des Managements erfolgt, zur (bildlich gesprochen) „wirtschaftlichen Todesstrafe“ führen, weil die betroffenen Unternehmen durch die kumulativen öffentlichen und privaten Rechtsfolgen überfordert sind. Dies zugrunde gelegt, sollen zunächst zum Kartellbußgeldrecht einige kritische Thesen formuliert werden. Sodann ist auf einige Grundfragen des Kartellschadenersatzrechts einzugehen, die ebenfalls in Zusammenhang mit diesem Risiko stehen.

2. Thesen zum Kartellbußgeldrecht

- a) Die aktuelle Höhe der Unternehmensgeldbußen in der EU ist wettbewerbsschädlich

Die erste These hierzu lautet, dass die Höhe der Unternehmensbußen, die im EU-Kartellrecht erreicht wird, mittlerweile effizienzvernichtend und

¹² EuGH, Urt. v. 14.06.2011, C-360/09, WuW/E EU-R 1976 – *Pfleiderer*.

¹³ Zum Ganzen Thomas (2011a), S. 486 ff.

wettbewerbsschädlich ist. Die rechtlichen Rahmenbedingungen sollen kurz erläutert werden: Ermächtigungsgrundlage für die Verhängung von Bußgeldern im europäischen Recht ist Art. 23 der Verordnung 1/2003. Die einzige Begrenzung, die das Gesetz insoweit enthält, besagt, dass die Sanktion nicht mehr als 10% des Unternehmensumsatzes betragen darf. Diese 10%-Grenze bezieht sich nach der Rechtsprechung des EuGH auf den Umsatz der gesamten wirtschaftlichen Einheit, also grundsätzlich des gesamten Konzerns.¹⁴ Unerheblich ist dafür, ob die Konzernmuttergesellschaft in den Wettbewerbsverstoß involviert war oder auch nur Kenntnis davon hatte. Ausreichend ist, dass eine Tochtergesellschaft an der Zu widerhandlung beteiligt war.¹⁵

Außerdem ist die 10%-Klausel nach der Rechtsprechung des EuGH als bloße Kappungsgrenze zu verstehen.¹⁶ Das bedeutet, dass sie nicht die denkbare Höchststrafe für die denkbar schwerste Art einer Zu widerhandlung darstellt. Vielmehr kann die Kommission die Sanktion nach im wesentlichen freien Ermessen verhängen, muss diese nur im Ergebnis auf 10% des Konzernumsatzes kappen. Sie kann also auch bei leichten oder mittleren Verstößen bis an diese 10%-Grenze gehen.

Es wurde eingangs bereits darauf hingewiesen, zu welchen absoluten Bußgeldzahlen dieses Sanktionsregime mittlerweile geführt hat. Eigenartig an dieser Entwicklung ist, dass die ökonomischen Folgen dieser Sanktionierungspolitik bislang kaum hinterfragt wurden. Das erstaunt den Juristen umso mehr, als die *tatbestandlichen* Fragen des Kartellrechts aus dem Blickwinkel des *more economic approach* mittlerweile gleichsam mikroskopisch genau betrachtet werden. Auf der Rechtsfolgenebene scheint man sich aber von gänzlich unökonomischen Erwägungen leiten zu lassen und eher dem Talionsprinzip zu folgen – also „Auge um Auge, Zahn um Zahn“.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 10. September 2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, Tz. 60 – AKZO; ferner EuGH, Urt. v. 12. Juli 1984, Rs. 170/83, Slg. 1984, 2999 LS – *Hydrotherm* (= Leichtmetallheizkörper).

¹⁵ EuGH, Urt. v. 10. September 2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, Tz. 60 ff. – AKZO.

¹⁶ Die Rechtsprechung lässt es also zu, dass die Kommission im Rahmen der Berechnung des Bußgelds mit vorläufigen Endbeträgen arbeitet, die über der 10%-Grenze liegen, sofern die Buße im Ergebnis auf einen Wert innerhalb der 10%-Grenze reduziert wird; EuGH, Urt. v. 28. Juni 2005, Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 278 – *Dansk Rørindustri*: „Wie das Gericht zutreffend festgestellt hat, verbietet Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 der Kommission somit nicht, bei ihrer Berechnung einen Zwischenbetrag heranzuziehen, der diese Grenze übersteigt. Ebenso wenig untersagt er, Zwischenberechnungen, mit denen Schwere und Dauer der Zu widerhandlung Rechnung getragen wird, an einem über der Obergrenze liegenden Betrag vorzunehmen.“; EuG, Urt. v. 20. März 2002, T-23/99, Slg. 2002, II-1705, Rn. 287 ff. – LR AF.

Dass ein Bußgeld von 10% des Konzernumsatzes ganz erhebliche Effizienzen vernichtet, wird schnell deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass die durchschnittliche Umsatzrendite der im Dax 30 gelisteten Unternehmen relativ gering ist. Sie lag 2009 bei ca. 3% und ist 2010 nur auf ca. 7% angestiegen.¹⁷ Dabei können diese Werte in anderen EU-Mitgliedstaaten durchaus deutlich schlechter ausfallen. Das bedeutet, dass ein einziges Bußgeld den Gewinn von mehreren Jahren entziehen kann. Die betroffenen Unternehmen können weniger investieren und werden im Wettbewerb zurückgeworfen. Es verwundert daher auch nicht, dass sich in den letzten zwei Jahren die Fälle gehäuft haben, in denen die Kommission sogenannten *inability to pay*-Anträgen stattgeben musste.¹⁸ Dem Unternehmen muss also eine Bußgeldermbigung oder ein Bußgelderlass gewährt werden, damit das Bußgeld nicht die Unternehmensinsolvenz auslöst.

Noch radikaler (wenngleich in der Praxis noch nicht vollends ausgeschöpft) sind die rechtlichen Befugnisse für Unternehmensbußgelder mittlerweile im deutschen Recht. Während im EU-Recht das Bußgeld gegen die Konzernmutter und die verantwortliche Tochtergesellschaft als Gesamtschuldner verhängt wird (also juristisch gesehen auf mehrere Schultern verteilt ist),¹⁹ ist dies im deutschen Recht anders. Hier wird in den Fällen, in denen – wie häufig – die Tochtergesellschaft ohne Involvierung der Mutter rechtswidrig gehandelt hat, ein Bußgeld nur gegen die betreffende Tochtergesellschaft verhängt. Die Mutter ist in die Zahlung dieses Bußgeldes also nicht als Gesamtschuldnerin mit einzogen. Gleichwohl bemisst sich die Höhe des gegen die Tochtergesellschaft zu verhängenden Bußgelds ebenso wie im EU-Recht an einer auf den Konzernumsatz bezogenen 10%-Grenze. Das bedeutet also, dass eine gegen die betreffende Tochtergesellschaft verhängte Geldbuße leicht das Zifache des Umsatzes dieser juristischen Person betragen kann. Gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche gegen die Muttergesellschaft bestehen in der Regel nicht, so dass in diesen Fällen – auf Einzelheiten der Begründung wird hier verzichtet – die Bußgeldverhängung selbst unmittelbar die Insolvenzantragspflicht der Tochtergesellschaft auslöst.²⁰

¹⁷ Ernst & Young, Analyse der Geschäftsberichte der Dax-30-Unternehmen 2009/2010, S. 18. Abrufbar unter: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Entwicklung_der_Dax-30-Unternehmen_2009-10/\\$FILE/Dax-30%20Praesentation%202011.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Entwicklung_der_Dax-30-Unternehmen_2009-10/$FILE/Dax-30%20Praesentation%202011.pdf). Zuletzt abgerufen am 29.03.2012.

¹⁸ Siehe EU-Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. 2006 Nr. C 210/2, Tz. 35; dazu Stockmann (2012), S. 22 ff.

¹⁹ Kling/Thomas (2007), § 8 Rn. 72 m. w. N.

²⁰ Siehe dazu im Einzelnen Thomas (2011b), S. 687 ff.

Dies führt zu der Schlussfolgerung, dass die gesetzlichen Bußgeldhöchstgrenzen dringend der Korrektur bedürfen. Losgelöst von allen verfassungs-, grund- und EMRK-rechtlichen Einwänden, die gegen dieses Bußgeldregime geltend gemacht werden können (worauf hier nicht einzugehen ist)²¹, lassen sich solche Rechtsfolgen ökonomisch nicht mehr rechtfertigen. Bei den beschriebenen Summen ist immer zu berücksichtigen, dass neben diese nochmals zivilrechtliche Schadenersatzforderungen treten können, die mitunter dieselbe Größenordnung erreichen. Freilich ist einem Missverständnis deutlich vorzubeugen: Es geht mit diesem petitum keineswegs darum, Kartellabsprachen zu bagatellisieren. Aber die Androhung der wirtschaftlichen Existenzvernichtung ist keine ökonomisch fundierte Reaktion eines auf Wettbewerbsfreiheit und Effizienzsteigerung gerichteten Gesetzes.

b) Mangelnde Effizienz der Unternehmensbußen

Dies führt zur zweiten These im Bußgeldrecht: Losgelöst von den effizienzvernichtenden Effekten der hohen Unternehmensbußen ist auch deren Effektivität hinsichtlich der Abschreckung zweifelhaft. Das Problem liegt darin, dass die juristische Person bzw. der Konzern oder die wirtschaftliche Einheit juristische Fiktionen sind. Die juristische Person handelt nicht selbst, bildet nicht selbst ihren Willen und kann daher auch nicht eigenhändig Gesetze verletzen, sondern handelt durch ihre Repräsentanten. Auch wenn die juristische Person ohne weiteres grundrechtsfähig ist,²² wenn sie Träger von Rechten und Pflichten sein kann und im Rechtsverkehr somit als Adressat – auch für eine Bußgeldverfügung – in Betracht kommt, so müssen die Sanktionsappelle daraufhin überprüft werden, ob sie auch auf diejenigen Entscheidungsträger effektiv einwirken, die den Willen für die juristische Person bilden. Die Wirkungen der *Unternehmensbuße* müssten also gleichsam in umgekehrter Richtung der Handlungszurechnung auf die tatsächlich agierenden natürlichen Personen durchschlagen. Das ist jedoch kaum der Fall:

Im deutschen Recht existiert eine eigenständige bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmensmanagements. Es kann gegen einen Manager

²¹ Hierzu im Einzelnen Möschel (2010a); ders. (2010b); Schwarze/Bechtold/Bosch (2008); Schwarze (2003), S. 267 f.; Thomas (2012a); ders. (2011a); aus der Wirtschaftspresse siehe nur The Economist, Unchained watchdog – Businesses think Europe's trustbusters should be kept on a tighter leash, 18. Februar 2010, p. 65–66, abrufbar unter: <http://www.economist.com/node/15546333>, zuletzt abgerufen am 29.03.2012. Die geltende Praxis insoweit hingegen verteidigend zuletzt Ackermann (2012).

²² Hierzu Art. 19 Abs. 3 GG: "Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind." Sowie Thomas (2012b), p. 16.

eine Individualbuße von bis zu einer Million Euro verhängt werden, wenn dieser aktiv an der Zuwiderhandlung beteiligt war oder seine Aufsichtspflichten im Unternehmen verletzt hat.²³ Diese Sanktionsbefugnisse werden in der Praxis auch genutzt.²⁴ Gerade angesichts dessen stellt sich dann aber die Frage, welche zusätzliche Abschreckungswirkung eine so hohe Unternehmensbuße noch haben kann, wie sie das deutsche Kartellrecht neben der Managerbuße zusätzlich erlaubt, wenn diese Unternehmens-Sanktion im Ergebnis das Zielfache des Umsatzes der juristischen Person betragen kann. Man kann insoweit jedenfalls kaum damit argumentieren, dass die Unternehmensbuße erforderlich sei, um rechtswidrige *Unternehmensgewinne* abzuschöpfen. Hierfür enthält das GWB mit § 34 ein eigenständiges Abschöpfungsinstrument. Außerdem besteht die Möglichkeit privatrechtlicher Schadenersatzklagen.

Auch im EU-Bußgeldrecht ist fraglich, inwieweit die Unternehmensbuße motivatorisch auf das Verhalten der Entscheidungsträger einzuwirken vermag. Das EU-Bußgeldrecht ist entpersonalisiert. Das bedeutet, dass zwar alle Verhaltensweisen von Unternehmensmitarbeitern der juristischen Person und letztlich sogar der wirtschaftlichen Einheit bzw. dem Konzern als fiktivem Gebilde zugerechnet werden.²⁵ Es besteht aber keinerlei persönliche bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit der handelnden Mitarbeiter bzw. des Managements. Völlig irrelevant für die Möglichkeit der Verhängung des Bußgelds und die Höhe desselben ist nach gängiger Praxis auch die Frage, inwieweit sich das Management durch entsprechende compliance-Programme für eine Verhinderung von Kartellverstößen eingesetzt hat.²⁶ Dies geht soweit, dass die Kommission in Einzelfällen die Existenz von compliance-Programmen sogar als strafshärfend berücksichtigt hat, weil die Feststellung des Verstoßes ja gezeigt habe, dass die Bemühungen nicht ausreichend waren.²⁷ Ein solches Bußgeldregime, das sich von individuellen Verantwortlichkeiten und dem Gedanken des Organisationsverschuldens im Unternehmen gänzlich abkoppelt, ist nicht nur rechtsstaatlich problematisch,²⁸ sondern auch höchst ineffizient. Es ist ineffizient, weil es sich im Ergebnis um eine Erfolgshaftung des Unternehmens für seine Mitarbeiter

²³ Siehe §§ 9, 130 OWiG.

²⁴ BGH, Beschl. v. 19.06.2007, WuW/E DE-R 2225 – *Papiergroßhandel*; BGH, Beschl. v. 28.06.2005, WuW/E DE-R 1567 – *Transportbeton I*.

²⁵ Die Details dieser Zurechnungsvorgänge sind hier nicht zu vertiefen. Zu den Einzelheiten siehe zuletzt *Thomas* (2012b).

²⁶ *Joaquín Almunia* (2010). Nachweise zur Entscheidungspraxis bei *Thomas* (2012b), p. 19.

²⁷ EG-Kommission v. 14.10.1998 – COMP/33.708, ABl. EG 1999 Nr. L 76, S. 1 Tz. 208 – *PO/British Sugar*.

²⁸ Dazu *Thomas* (2012b).

handelt, ohne dass der Frage der Wahrnehmung von Vermeidungsbemühungen durch die zuständigen Verantwortungsträger im Unternehmen eine Bedeutung beigemessen wird. Anders gewendet: Die Furcht des Managements vor einer Kartellsanktion ist wegen des Schadens für das Unternehmen groß. Zugleich herrscht aber auch die Erkenntnis, dass alle compliance-Maßnahmen im Ergebnis sinnlos waren, wenn es dennoch zu einem Verstoß kommt. Dem Management wird damit letzten Endes eine Art „Wohlverhaltensgarantie“ für alle im Konzern angestellten Mitarbeiter abverlangt, die so niemand abgeben kann. Das leuchtet sofort ein, wenn man sich die Mitarbeiterzahlen eines Großkonzerns vor Augen führt und zugleich bedenkt, welche Restriktionen in der Überwachung von Mitarbeitern zugleich das Arbeitsrecht und das Datenschutzrecht darstellen. Rechtsverstöße durch einzelne – sei es im Kartellrecht oder im Straßenverkehrsrecht, im Kapitalmarktrecht oder im Arbeitsschutzrecht – wird es also immer geben. Wenn man das Unternehmen als Gesamtheit hierfür belangen will, muss auch ein Organisationsverschulden im Unternehmen nachgewiesen werden. Diese Frage ist dem EU-Bußgeldrecht aber völlig gleichgültig. Man kann es daher auch anders formulieren: *Dass* es im Unternehmen irgendwann zu einer Kartellzu widerhandlung kommen wird, ist prinzipiell nur eine Frage der statistischen Wahrscheinlichkeit. Es hat aber keinen Sinn, den Eintritt statistischer Wahrscheinlichkeiten zu beobachten, sondern es muss darauf abgestellt werden, ob das Management alles getan hat, um diese Wahrscheinlichkeit so gering wie möglich zu halten. Dadurch kennzeichnet sich ein modernes und effizientes Bußgeldregime. Und das macht die wenigstens sanktionsmindernde (richtig: sanktionsausschließende) Berücksichtigung ernsthaft praktizierter Compliance-Programme erforderlich, wogegen sich die Kommission bislang stellt.

Losgelöst von diesen Kritikpunkten erhebt sich auch die Frage, ob derart hohe Unternehmensbußen überhaupt erforderlich sein können, um abschreckende Verhaltensappelle zu setzen. Das kann man bezweifeln. Zwar werden Befürworter der geltenden Praxis anführen, dass die Bußen immer noch nicht hoch genug seien, da ja immer wieder neue Kartelle aufgedeckt würden. Dieses Argument sticht aber nicht: Erstens demonstriert vielmehr die Tatsache, dass trotz des extremen Anstiegs der Unternehmensbußgelder in den letzten Jahren die Anzahl der Kartelle nicht abzunehmen scheint, die fragwürdige Effektivität dieses Sanktionskonzepts. Zweitens ist – wie gezeigt – mittlerweile ein Bußgeldniveau erreicht, das ohnehin aus wirtschaftlichen Gründen kaum noch steigerungsfähig ist. Und drittens wird in der Diskussion über die Sinnhaftigkeit von „Exzessbußen“ vielfach ausgeblendet, dass die Unternehmen diese Belastungen wiederum – soweit wie dies möglich ist²⁹ – an die Kunden weitergeben werden. Die Milliardensummen

²⁹ Und sie also nicht effizienzmindernd beim Unternehmen verbleiben, s. o.

an Kartellbußen korrespondieren insoweit also mit erheblichen Belastungen für die Verbraucher. *Ingo Schmidt* hat unlängst auf diesen Effekt hingewiesen.³⁰ In einer an consumer welfare orientierten Kartellpolitik scheint mir dies ein befremdliches Ergebnis zu sein.

All' das sollte Anlass geben, die Effektivität extrem hoher Unternehmensbußen grundsätzlich in Frage zu stellen, was zu einer Problematik der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung führt, die hier nur ganz kurz angerissen werden kann: Es geht um die Frage, ob man Kartellverstöße nicht besser als Straftaten verfolgen sollte, was etwa die Verhängung von Haftstrafen gegen Manager ermöglichen würde.

c) Kartellverstöße als Straftaten?

Anders als in den USA oder im UK ist die Beteiligung an Hardcore-Kartellen in Deutschland kein Strafdelikt. Unter bestimmten Voraussetzungen kann zwar für die Teilnehmer an einer Wettbewerbsbeschränkung der Betrugstatbestand des § 263 StGB greifen, und es gibt auch einen speziellen Tatbestand des Submissionsbetrugs in § 298 StGB. Für den weiten Bereich „normaler“ Hardcore-Beschränkungen greift das StGB jedoch nicht, so dass Unternehmensrepräsentanten nur bußgeldrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Daher sind in Deutschland insbesondere keine Haftstrafen für Kartellteilnehmer³¹ möglich.

In den USA und seit einiger Zeit im UK sieht dies anders aus. In den USA spielt die strafrechtliche Verfolgung einschließlich der Verhängung von Haftstrafen seit jeher eine zentrale Rolle in der Kartellverfolgung.³² Es kommt durchaus vor, dass bei internationalen Kartellen auch deutsche Mitarbeiter deutscher beteiligter Unternehmen in den USA inhaftiert werden. Im UK wurde ein Strafatbestand für Kartellzuwiderhandlungen im Jahre 2002 eingeführt.³³ Im Marineschlüche-Kartell wurde im Jahre 2008 erstmals eine Haftstrafe für einen Kartellteilnehmer verhängt.³⁴

In Deutschland hat es in den letzten Jahren in Rechtswissenschaft und -praxis Überlegungen gegeben, ebenfalls Haftstrafen für Kartelltäter einzuführen.³⁵ Der Gesetzgeber hat dies jedoch seit jeher abgelehnt, und sol-

³⁰ *Schmidt* (2012).

³¹ Genauer: die involvierten Manager und Mitarbeiter der betroffenen Unternehmen.

³² *Wagner-von Papp* (2009), S. 1237.

³³ *Federmann* (2006), S. 157.

³⁴ *Wagner-von Papp* (2009), S. 1241.

³⁵ *Wagner-von Papp* (2010); *Säcker* (2009); *Möschen* (2007), S. 484; *Federmann* (2006). Dagegen *Dreher* (2011a), S. 244.

ches ist auch nicht im Rahmen der aktuellen 8. GWB-Novelle vorgesehen. Für diese Zurückhaltung gegenüber dem scharfen Schwert des Strafrechts lassen sich vor allem zwei Argumente anführen: Zum einen ist das Kartellverbot eine relativ unbestimmte gesetzliche Vorschrift. Der Tatbestand ist bewusst weit formuliert, weil er eine Vielzahl unterschiedlicher denkbare Wettbewerbsbeschränkungen erfassen muss. Im Strafrecht gilt aber der Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG.³⁶ Zum anderen lässt sich die Frage aufwerfen, ob der Verstoß gegen das Kartellrecht wirklich einen solchen Unrechtsgehalt aufweist, dass Haftstrafen hier verhältnismäßig wären.

Beide Fragenkreise können hier nicht vertieft werden. Es ging mit Blick auf die zu erörternden Wechselwirkungen zwischen den öffentlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzungsebenen nur darum, den Bereich des Strafrechts nicht zu übersehen. Er ist ein Gebiet, das in anderen Ländern eine deutlich größere Rolle spielt als in Deutschland. Ob man in dieser Hinsicht aber „nachziehen“ sollte, ist – wie hier skizziert – fraglich. Eine noch zu prüfende, differenziertere Lösung könnte darin liegen, Straftatbestände nur für bestimmte, eng definierte Formen der Beteiligung an Hardcore-Kartellen vorzusehen.

3. Kartellzivilrecht

a) Überblick

Die Zweckmäßigkeit solcher gesetzgeberischer Schritte hängt aber auch davon ab, wie hoch das Abschreckungspotential der übrigen kartellrechtlichen Rechtsfolgen ist. Und dies führt zur zivilrechtlichen Vollzugsebene, die im europäischen und deutschen Kartellrecht mittlerweile den zweiten bedeutsamen Rechtsfolgenbereich darstellt. Da es auch insoweit vorliegend um die *Wechselwirkung* mit der öffentlich-rechtlichen Vollzugsebene geht, soll hier nicht auf alle Einzelfragen des Kartellschadenersatzrechts eingegangen werden. Es sind lediglich kurz die rechtlichen Rahmenbedingungen und der Stand der Rechtsentwicklung darzulegen, um sodann auf das Dreiecksverhältnis von Schadenersatzrecht, Verwaltungsrecht und Bußgeldrecht eingehen zu können.

Was also die Grundlage für Schadenersatzansprüche bei Hardcore-Kartellen anbelangt, so ist diese sowohl für Verstöße gegen EU-Kartellrecht – also Art. 101 AEUV – als auch für das Kartellverbot des § 1 GWB³⁷ in § 33 Abs. 3 GWB zu finden. Danach hat derjenige, der sich schuldhaft an

³⁶ Dreher (2011a), S. 240 f.

einem Kartell beteiligt hat, den Schaden zu ersetzen, der durch das Kartell bei anderen als den sog. Betroffenen entstanden ist. Die Schadenersatzpflicht trifft also das Unternehmen als Kartellteilnehmer. Inwieweit daneben auch das Management persönlich schadenersatzpflichtig ist, wird in der Literatur diskutiert, soll hier aber nicht weiter interessieren.³⁸ Aus den ergänzenden Vorschriften des BGB (§§ 830, 840) folgt des Weiteren, dass die kartellbeteiligten Unternehmen als *Gesamtschuldner* haften.³⁹ Gesamtschuldnerische Haftung bedeutet, dass Kunden, die durch das Kartell geschädigt wurden, nicht nur von dem Kartellanten Schadenersatz verlangen können, von dem sie ihre Waren bezogen haben, sondern auch von den anderen Kartellteilnehmern, selbst wenn sie mit diesen in keiner geschäftlichen Verbindung gestanden haben (§ 421 BGB).

Eines der größten rechtsdogmatischen Probleme des Kartellschadenersatzrechts betraf die Frage, ob und inwieweit neben den unmittelbaren Kunden der Kartellteilnehmer auch nachfolgende Marktstufen einen Schadenersatzanspruch gegen die Kartellanten haben können, soweit der Kartellschaden nach unten „durchgereicht“ wurde. Die Beantwortung dieser Frage steht wiederum in Zusammenhang mit dem Problem der so genannten passing on-defense.⁴⁰ Darunter ist ein Verteidigungseinwand des Kartellanten zu verstehen. Der Kartellteilnehmer kann sich möglicherweise gegen einen Schadenersatzanspruch zur Wehr setzen, indem er nachweist, dass es dem Geschädigten gelungen ist, die überhöhten Kartellpreise auf nachfolgende Marktstufen „abzuwälzen“. Lange war umstritten, ob eine solche passing on-defense im Rahmen des § 33 Abs. 3 GWB zulässig ist.⁴¹ Auf dogmatische Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden. Jedenfalls hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache „*ORWI*“ nunmehr klargestellt, dass erstens nicht nur die unmittelbare Marktgegenseite Schadenersatz verlangen kann, sondern auch alle nachfolgenden Marktstufen, und dass zweitens die passing on-defense ein zulässiger Verteidigungseinwand des beklagten Kartellanten ist.⁴² Allerdings trägt der Kartellteilnehmer die Beweislast dafür, dass es dem Kunden gelungen ist, den Schaden auf nachfolgende Marktstufen abzuwälzen.⁴³

³⁷ Der vorliegende Beitrag befasst sich mit Hardcore-Kartellen. Daneben kann Schadenersatz freilich auch für andere Kartellverstöße, etwa gegen das Missbrauchsrecht, aus § 33 Abs. 3 GWB verlangt werden.

³⁸ Für eine persönliche Haftung *Dreher* (2009a); dagegen *Kling/Thomas* (2007), § 21 Rn. 52.

³⁹ Vgl. aus neuerer Zeit etwa *Krüger* (2012).

⁴⁰ So auch *Dittrich* (2009), S. 125; *Görner* (2007), S. 204 ff.; *Wagner* (2007), S. 631 f.

⁴¹ Zum Ganzen *Bornkamm*, in: *Langen/Bunte* (2010), § 33 GWB Rn. 107 ff.

⁴² BGH, Urt. v. 28.06.2011, WuW/E DE-R 3431, 3433 ff. – *ORWI*.

Die derzeit größte Herausforderung des private enforcement liegt daher in dem Problem des Schadensnachweises. Für einen Schadenersatzanspruch muss nämlich nicht nur geklärt werden, ob ein Kartell zu einem erhöhten Preis geführt hat, sondern auch, wie hoch diese Kartellmarge war, damit sich anhand dessen der dem Kunden und den nachfolgenden Marktstufen entstandene Schaden ermitteln lässt. Auf die Einzelheiten der Nachweisschwierigkeiten kommt es im vorliegenden Beitrag nicht an. Vielmehr soll auch an dieser Stelle nur die Frage aufgeworfen werden, was dieses Problem mit den Wechselwirkungen zwischen öffentlichem und privatem Kartellrechtsvollzug zu tun hat.

b) Die Verteilung von Nachweisunsicherheiten

Trotz der großen Leistungsfähigkeit der Kartellökonomie wird sich die Höhe eines kartellbedingten Schadens wohl häufig nicht exakt und völlig zweifelsfrei feststellen lassen. Das scheint jedenfalls die bisherige praktische Erfahrung zu bestätigen. Der Grund dafür leuchtet sofort ein: Der Wettbewerb ist ein komplexes Phänomen. Die Bestimmung eines hypothetischen – also „kartellfreien“ – Preises hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. Außerdem wird ein kartellbedingt erhöhter Preis mitunter über mehrere Marktstufen vertikal abwärts verteilt und „atomisiert sich“ schließlich.⁴⁴ Dies kann die Allokation von Schäden bei den einzelnen betroffenen Kunden zusätzlich erschweren.

All' das bedeutet, dass der Kartellzivilprozess bzw. der Kartellzivilrichter vor dem Problem steht, wie mit diesen Bewertungsunsicherheiten umzugehen ist. Setzt man die Nachweisanforderungen hoch an, drohen Schadenersatzansprüche zu scheitern, und das private enforcement könnte insgesamt geschwächt werden. Ist man jedoch mit den Nachweisanforderungen zu großzügig, besteht die Gefahr, dass die Kompensationsleistungen den tatsächlich entstandenen Schaden übersteigen. Man könnte nun versucht sein, darauf abzustellen, ob wohlfahrtsökonomisch eher die Gefahr einer Unterkompensation oder die einer Überkompensation vorzugswürdig bzw. nachteilig wäre. Dies könnte zu der These führen, dass ein sehr großzügiger Nachweisstandard, der das Risiko einer Überkompensation gleichsam provoziert, im Interesse einer noch effektiveren Abschreckung geboten sei. Darin würde sich einfügen, dass auch die Regierungsbegründung zur Einführung des verschärften § 33 GWB den Präventionszweck des Schadenersatzrechts hervorgehoben hat.⁴⁵ Allerdings müssen auch hierbei die Wech-

⁴³ BGH, Urt. v. 28.06.2011, WuW/E DE-R 3431, 3443 – ORWI.

⁴⁴ Rittner/Dreher (2007), § 23 Rn. 146.

⁴⁵ Reg.-Begr. v. 12.08.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

selwirkungen mit dem öffentlich-rechtlichen Kartellrechtsvollzug beachtet werden. Es zeigt sich dann, dass das Kartellschadenersatzrecht zur Verfolgung von Präventionszwecken nicht unbegrenzt über seine eigentliche Kompensationsfunktion hinaus ausgedehnt werden kann. Diese rechtlichen Grenzen sind zu beachten, auch wenn man eine prinzipielle Überkompensation wohlfahrtsökonomisch für sinnvoll hielte. Man hat deshalb zu berücksichtigen, dass das deutsche Schadenersatzrecht dem Kompensationsprinzip folgt.⁴⁶ Es soll also nur derjenige Schaden ersetzt werden, der tatsächlich entstanden ist. Die Schadenshöhe hängt daher weder vom Grad des Verschuldens ab noch davon, um welche Art von schädigender Handlung es geht.⁴⁷ Eine Überkompensation, wie sie etwa das US-Kartellzivilrecht mit den sogenannten treble damages kennt, ist dem deutschen Schadenersatzrecht somit fremd.⁴⁸

Diese Konzentration auf den Kompensationsgedanken folgt nicht nur aus der Zivilrechtsdogmatik, sondern ist auch verfassungsrechtlich verankert. Andernfalls könnte die Grenze zwischen Strafrecht und Zivilrecht verwischen. Nach dem deutschen verfassungsrechtlichen Verständnis ist die Funktion des Strafens dem Staat vorbehalten⁴⁹ und kann nicht auf Zivilkläger übertragen werden.⁵⁰ Diese Begrenzungen hat man sich also immer vor Augen zu führen, wenn es darum geht, inwieweit Bewertungsunsicherheiten beim Schadenersatzanspruch auf den Kläger oder den Beklagten zu verlagern sind. Das private Schadenersatzrecht darf nicht im Interesse einer Verfolgung von Präventionszwecken dahingehend weiterentwickelt werden, dass der Ersatz fiktiver Schadenspositionen allzu großzügig in Kauf genommen wird.

Dies zugrunde gelegt, könnten auch Vorschriften problematisch erscheinen, die die Entstehung eines Schadens in einer bestimmten Höhe ohne weitere Voraussetzungen gesetzlich vermuten. Eine solche Regelung existiert beispielsweise im ungarischen Kartellgesetz, wo es heißt, dass von einem Kartellschaden in Höhe von 10% des Preises auszugehen sei.⁵¹ Die

⁴⁶ Statt vieler *Lange*, in: Lange/Schiemann (2003), S. 9 f.

⁴⁷ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. II, S. 17 f.

⁴⁸ Diese treble damages dienen nicht nur der Kompensation entstandener Schäden, sondern auch der Kartellprävention und der Bestrafung des Kartellteilnehmers. Siehe hierzu *Hempel* (2002), S. 200 f.

⁴⁹ Der BGH spricht insoweit von „dem Bestrafungsmonopol des Staates“, BGHZ 118, 312, 319.

⁵⁰ Siehe etwa BGHZ 118, 312, 338: „Die Bestrafung und – im Rahmen des Schuldangemessenen – Abschreckung sind mögliche Ziele der Kriminalstrafe (§§ 46 f. StGB), die als Geldstrafe an den Staat fließt, nicht des Zivilrechts.“

⁵¹ Hierzu eingehend *Nagy* (2010).

Funktionsweise von Kartellen erscheint möglicherweise zu komplex und zu stark abhängig von den Umständen des Einzelfalls, als dass es gerechtfertigt wäre, mit einer solchen Pauschal-Vermutung zu arbeiten.⁵² Aber sicherlich bedarf diese Frage noch der vertieften ökonomischen Analyse.

c) Verzahnung der privaten
und öffentlich-rechtlichen Vollzugsebenen

aa) Das Problem

Was die Wechselwirkungen zwischen dem privaten und dem öffentlich-rechtlichen Kartellrechtsvollzug anbelangt, stellt sich die weitere Frage, inwieweit beide Vollzugsebenen miteinander verzahnt sind. Zum einen ist hierbei zu klären, ob bei der Festsetzung der Rechtsfolgen beide Vollzugs-ebenen aufeinander abgestimmt werden müssen. Zum anderen geht es darum, ob die öffentlich-rechtliche Vollzugsebene Aufgaben der privatrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung übernehmen bzw. substituieren kann.

bb) Wechselwirkungen zwischen den Rechtsfolgen?

Zunächst also zu der Frage, inwieweit die Rechtsfolgen des Bußgeldrechts und des Kartellzivilrechts aufeinander abgestimmt werden müssen. Wie eingangs bereits erläutert, kann die Verhängung einer Geldbuße in Verbindung mit einem Schadenersatzanspruch zu ganz erheblichen Belastungskumulationen führen. Bereits die Höhe möglicher Bußgelder kann, wie gezeigt wurde, insolvenzauslösend sein. Gleichwohl sieht das Gesetz nirgendwo vor, dass die Höhe möglicher künftiger Schadenersatzforderungen bei der Bußgeldbemessung zu berücksichtigen sei. Dies gibt Anlass zu einem Plädoyer für einen differenzierten Ansatz: Erhebliche Schadenersatzpflichten wirken bereits verhaltenssteuernd präventiv.⁵³ Der Gesetzgeber hat diese Wirkung eines effizienten Kartellschadenersatzregimes in der Regierungsbegründung ausdrücklich hervorgehoben.⁵⁴ Je stärker aber die Präventionswirkung privatrechtlicher Instrumente ist, desto geringer wird der Bedarf nach öffentlich-rechtlicher Prävention. Eine zivilrechtliche Schadenersatzrechtsfolge macht eine Bußgeldsanktion freilich nicht überflüssig. Die Berücksichtigung präventiv wirkender Schadenersatzrechtsfolgen im Rah-

⁵² Die ungarische Regelung soll gelten für die bezweckte unmittelbare oder mittelbare Festlegung der Verkaufspreise, Aufteilung der Märkte bzw. Bestimmung von Produktions- oder Verkaufsquoten; siehe Nagy (2010).

⁵³ Hierzu eingehend Wagner (2006).

⁵⁴ Reg.-Begr. v. 12.08.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

men der Bußgeldbemessung ist aber eine Frage der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit.

*cc) Substitution privatrechtlicher Rechtsfolgen
durch das öffentliche Recht?*

Vor dem Hintergrund der Wechselwirkungen stellt sich auch die Frage, inwieweit die Kompensationsfunktion des privaten Schadenersatzrechts durch den öffentlich-rechtlichen Kartellrechtsvollzug substituiert werden kann. Dazu hat der Bundesgerichtshof im Fall „*Stadtwerke Uelzen*“ ausgeführt, dass die Kartellbehörde aufgrund ihrer allgemeinen Ermächtigungsgrundlage zur Abstellung von Zuwiderhandlungen in § 32 GWB durchaus die Anordnung treffen dürfe, dass die Teilnehmer einer kartellrechtswidrigen Handlung (in concreto bezogen auf das Missbrauchsrecht) den geschädigten Marktteilnehmern die durch das unzulässige „Verhalten erwirtschaftete Vorteile“ zurückzuerstatten hätten.⁵⁵ Im Rahmen der 8. GWB-Novelle soll dies nun sogar ausdrücklich im Gesetz geregelt werden.⁵⁶ Der Bundesgerichtshof und der Gesetzgeber betrachten also die erzielten Vorteile (korrespondierend mit entsprechenden Schäden bei den Abnehmern) als eine fort dauernde Wirkung des Kartellrechtsverstoßes, so dass die Erstattung Teil der Rückgängigmachung bzw. Abstellung der Zuwiderhandlung ist.

Diese Aussage des Bundesgerichtshofs und die geplante gesetzliche Regelung haben ein rechtswissenschaftliches Echo ausgelöst,⁵⁷ weil es zu einer Reihe neuer, ungeklärter Fragen führt, die hier nur kurz erwähnt werden sollen: Wie würden sich etwa solche Rückzahlungsanordnungen auf anhängige Schadenersatzprozesse auswirken? Auf welcher rechtlichen Grundlage wäre eine öffentlich-rechtliche Erstattungspflicht auf den Schadenersatzanspruch anzurechnen? Wäre es mit dem verwaltungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar, wenn die Kartellbehörde lediglich eine pauschale Rückzahlungspflicht verfügt, ohne die Personen der Geschädigten und die Höhe der jeweils zu zahlenden Kompensation zu benennen? Was geschieht, wenn die Zahlung an die vermeintlich Geschädigten erfolgt und die Rückzahlungsverpflichtung später gerichtlich aufgehoben wird?

All' diese Fragen haben bislang kaum praktische Relevanz erlangt, weil das Bundeskartellamt von dieser durch den Bundesgerichtshof zugebilligten Befugnis bei Hardcore-Kartellen noch keinen Gebrauch gemacht hat. Und es ist zweifelhaft, ob dies künftig geschehen wird, weil das Amt mit der

⁵⁵ BGH, Beschl. v. 10.12.2008, WuW/E DE-R 2538 – 2540 – *Stadtwerke Uelzen*.

⁵⁶ Ref.-Entwurf zur 8. GWB-Novelle v. 10.11.2011, S. 10, 37 f.

⁵⁷ Grundlegend Fuchs (2009).

Befugnis zur Bußgeldverhängung ein wesentlich einfacher zu handhabendes Instrument hat, um Kartellverstöße zu sanktionieren.⁵⁸ Im Übrigen besteht angesichts des effektivierten Kartellschadenersatzrechts bei Hardcore-Kartellen keine Notwendigkeit für solche öffentlich-rechtlichen Rückzahlungsverfügungen.

III. Der Umgang mit Zielkonflikten

1. Schutz der Kronzeugenprogramme

Der Beitrag hat sich bislang mit den *Wechselwirkungen* zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privatrechtlichen Kartellrechtsvollzug beschäftigt. Im Schlussteil soll auf das Problem der *Zielkonflikte* eingegangen werden. Zielkonflikte scheinen insoweit prima vista ausgeschlossen zu sein, als alle kartellrechtlichen Vollzugebenen darauf gerichtet sind, Kartellverstöße und ihre Folgen zu verhindern bzw. zu beseitigen. Konflikte bestehen daher nicht hinsichtlich der grundsätzlichen Teleologie der einzelnen Rechtsfolgennormen im privaten und öffentlich-rechtlichen Bereich, sondern in Bezug auf die prozeduralen Instrumente, die in den einzelnen Vollzugsbereichen zur Anwendung kommen. Ganz konkret geht es um den Konflikt zwischen den bußgeldrechtlichen Kronzeugenprogrammen einerseits und der Geltendmachung von privaten Schadenersatzansprüchen andererseits.

Während die Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts dem whistleblower einerseits Immunität in Aussicht stellen, wenn er für die Aufdeckung einer Zu widerhandlung sorgt, droht dem Täter andererseits, dass er auf zivilrechtlichem Wege zu erheblichen Schadenersatzzahlungen verurteilt wird. Eine Erleichterung von Schadenersatzklagen wirkt daher den Anreizen der Kronzeugenprogramme entgegen. Verschiedene Fragen harren insoweit noch der Klärung:

Ein großes Problem in der Praxis ist der Anspruch potentieller Schadenersatzkläger auf Einsichtnahme in die Kronzeugeanträge. Die Kartellbehörden versuchen, derartige Anträge weitestgehend abzulehnen. Eine gerichtliche Auseinandersetzung in einem solchen Fall vor dem Amtsgericht Bonn hat aber unlängst im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens zu einer grundlegenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Fall „*Pfleiderer*“ geführt.⁵⁹ Dort hat der EuGH einerseits das geschützte Interesse eines Schadenersatzklägers an Einsicht in die kartellbehördlichen Akten aner-

⁵⁸ Nach geltendem Recht verlangt die Bußgeldverhängung nämlich keine Mehrerlös berechnung mehr.

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 14.06.2011, C-360/09, WuW/E EU-R 1976 – *Pfleiderer*.

kannt.⁶⁰ Andererseits hat er aber auch darauf hingewiesen, dass eine effektive Kartellverfolgung von funktionsfähigen Kronzeugenprogrammen abhängt, so dass die Behörden ebenfalls ein berechtigtes Interesse daran haben können, die Akteneinsicht jedenfalls einzuschränken.⁶¹ Freilich ist das *Pfleiderer*-Urteil im Ergebnis kaum hilfreich, weil es die Auflösung dieses Interessenwiderstreits in das pflichtgemäße Ermessen der betroffenen Behörden bzw. nationalen Gerichte und Gesetzgeber stellt. Es ist jedoch kaum möglich, diesen Konflikt je nach Einzelfall aufzulösen, denn das Grundproblem bleibt immer gleich. Eine Lösung könnte daher darin liegen, Kronzeugeanträge vollständig von jeglicher Akteneinsicht auszunehmen. Und genau dies wird im Rahmen der 8. GWB-Novelle derzeit erwogen⁶² (§ 81b GWB-E). In der Regierungsbegründung wird diesbezüglich mit dem Präventionsgedanken argumentiert: Die Versagung der Einsicht einzelner Schadenersatzkläger in Kronzeugeanträge sei hinzunehmen, weil dadurch die Attraktivität der Kronzeugenprogramme gestärkt werde. Dies erhöhe die Aufdeckungsquote und komme damit auch dem private enforcement als Institution zugute, weil Schadenersatzklagen bei Hardcore-Kartellen regelmäßig erst als sog. Follow on-Klagen nach behördlicher Aufdeckung und Sanktionierung eines Kartells erfolgen. Man kann freilich über das Für und Wider der Einsicht in Kronzeugeanträge weiter streiten. So wird vereinzelt bezweifelt, ob sich aus dem Antrag für potentielle Schadenersatzkläger überhaupt wesentliche neue Informationen zur Preisüberhöhung ergeben.⁶³ Und in der Tat werden die grundlegenden Fakten bereits aus der kartellbehördlichen Bußgeldentscheidung folgen, zumindest wenn diese hinreichend aussagekräftig begründet ist. Das Amt hat hingegen in einigen Fällen sehr knapp begründete Verfügungen erlassen, aus denen Zivilkläger kaum Informationen ziehen können.⁶⁴

Es stellt sich nun noch die Frage, ob die Attraktivität der Kronzeugenprogramme weiter dadurch gestärkt werden sollte, dass man den Kronzeugen auch im Rahmen nachfolgender Schadenersatzprozesse privilegiert. Nach geltendem Recht ist das nicht der Fall. Dies wird aber diskutiert. Vorgeschlagen wird etwa, die Haftung des Kronzeugen auf die von ihm gelieferten Waren zu beschränken und ihn insoweit folglich von der gesamtschuldnerischen Haftung auszunehmen.⁶⁵ Erwogen wird alternativ, dem

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 14.06.2011, C-360/09, WuW/E EU-R 1976, 1980 – *Pfleiderer*.

⁶¹ EuGH, Urt. v. 14.06.2011, C-360/09, WuW/E EU-R 1976, 1979 – *Pfleiderer*.

⁶² Siehe § 81b GWB-E des Ref.-Entwurf zur 8. GWB-Novelle v. 10.11.2011, S. 17, 50 f.

⁶³ *Bien* (2011).

⁶⁴ Nachweise bei *Kapp* (2011), S. 323.

⁶⁵ EU-Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Kartellrechts, KOM (2008) 165 endg. vom 02.04.2008; siehe auch das Arbeitspapier

Kronzeugen einen Freistellungs- und Erstattungsanspruch gegen die übrigen Kartellanten zuzubilligen.⁶⁶ Der Kronzeuge könnte dann also von den übrigen Kartellteilnehmern sogar verlangen, dass diese auch den auf den Kronzeugen entfallenden Teil des Schadens tragen.⁶⁷ Neuerdings wird darüber hinaus erörtert, ob dem zum Schadenersatz verpflichteten Kronzeugen ein Erstattungsanspruch gegen die Staatskasse zugebilligt werden sollte.⁶⁸ Die hierfür erforderlichen Mittel sollen aus den von den übrigen Kartellteilnehmern entrichteten Bußgeldern bereitgestellt werden.⁶⁹ Doch erscheinen diese Vorschläge problematisch.⁷⁰ Es widerspricht zunächst einmal grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen, wenn derjenige, der erwiesenermaßen schuldhaft einen Schaden mitverursacht hat, diesen nicht ersetzen muss. Da das Recht nicht nur eine wohlfahrtsmaximierende, sondern auch eine Rechtsfrieden stiftende Funktion hat, darf die Gerechtigkeit bei der Lösung eines Problems nie verlorengehen. Außerdem würde eine solche Regelung möglicherweise auch falsche Anreize setzen. Wenn das Management weiß, dass das Unternehmen bei rechtszeitiger Stellung eines Kronzeugenantrags nicht nur Bußgeldimmunität erlangt, sondern auch die Vorteile der Tat behalten darf, indem es von Schadenersatzpflichten freigestellt wird, könnte es dies sogar dazu ermutigen, sich an Kartellen zu beteiligen.

2. Abschaffung des private enforcement?

Es hat sich bis hierher gezeigt, dass mit Blick auf die Wechselwirkungen und auf die Zielkonflikte noch ein erheblicher Abstimmungsbedarf zwischen beiden Vollzugsbereichen besteht und dass für einige Probleme, wie die Fragen des Einsichtsrechts in Kronzeugenanträge, nur Kompromisslösungen in Betracht kommen. Und Kompromisse geben oft Anlass, um über radikalere Lösungen nachzudenken. Eine solche wurde unlängst in die wissenschaftliche Diskussion unter der Arbeitshypothese eingebracht: „Abschaffung des private enforcement bei Hardcore-Kartellen“.⁷¹ Es wurde die Idee entwickelt, dass die Kompensationsfunktion des privaten Schadenersatzes bei Hardcore-Kartellen auf die Behörden übertragen werden sollte. So sollte das BKartA die kartellbedingten Erlöse ermitteln, einziehen und an die geschädigten Kunden auskehren. Eine gewisse Anlehnung findet dieser

der Kommissionsdienststellen über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, SEK (2008) 404, Rn. 305. Kritisch *Ritter* (2008), S. 773.

⁶⁶ *Kersting* (2008), S. 264 ff.; *Meessen* (2011), S. 558 ff. Kritisch *Bien* (2011).

⁶⁷ *Kersting* (2008), S. 264 ff.; *Meessen* (2011), S. 558 ff.

⁶⁸ *Bien* (2011).

⁶⁹ *Bien* (2011).

⁷⁰ Vgl. zum Ganzen *Dreher* (2011b), S. 162 ff.

⁷¹ *Kapp* (2011).

Vorschlag in der vorhin angesprochenen Ansicht des BGH, wonach die Kartellbehörde bereits nach geltendem Recht die Unternehmen dazu verpflichten könnte, Kartellgewinne an die Kunden zurückzuerstatten. Eine solche gänzliche Abschaffung des private enforcement erscheint jedoch problematisch. Die Behörde stünde vor großen Problemen, wenn sie in jedem Kartellfall den Mehrerlös exakt ermitteln müsste; sie hätte zudem Schwierigkeiten, alle potentiell Geschädigten auf ihre Anspruchsberechtigung zu überprüfen; sie müsste bezüglich aller Anspruchsberechtigten exakt nicht nur den Schaden, sondern auch ein mögliches passing-on ermitteln. All' das wäre mit den begrenzten Ressourcen einer Behörde wohl kaum zu leisten. Außerdem müsste eine solche Abschöpfungs- und Verteilungsverfügung gerichtlich anfechtbar sein und würde von den Kartellanten wohl auch regelmäßig angefochten. Damit läge die ganze Sache am Ende doch wieder vor den Gerichten.

Das effizientere Instrument scheint daher nach wie vor der private Schadenersatzprozess zu sein. Dieser ist deutlich flexibler als ein behördliches Verfahren. Es gilt nicht der Amtsermittlungsgrundsatz; Beweislastregeln sind in weiterem Umfang zulässig als im Verwaltungsverfahren; und schließlich ermöglichen Vergleichsvereinbarungen eine gütliche Streitbeilegung zwischen den Parteien.

IV. Fazit

Ist das geltende System der Trennung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Kartellrechtsvollzug also der richtige Ansatz? Nach den angestellten Erwägungen ist dies mit „ja“ zu beantworten, was zu drei abschließenden Thesen führt:

Erstens: Die Trennung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Kartellrechtsvollzug ist richtig und notwendig. Weder sollten die Kartellbehörden mit Fragen der Kompensation befasst werden, noch sollte der auf Kompensation ausgerichtete Zweck des Schadenersatzrechts zugunsten *reiner* Präventionserwägungen zu stark vernachlässigt werden.

Zweitens: Auch bei der Entwicklung des Sanktionsrechts sollte ein effects based-approach im Vordergrund stehen. Es muss noch stärker danach gefragt werden, wie die Zielgenauigkeit und Effizienz der Sanktionen erhöht werden kann bei gleichzeitiger Absenkung der absoluten Belastung für das Unternehmen. Jedes Bußgeld wirkt effizienzvernichtend, so dass dieses Instrument so sparsam wie möglich eingesetzt werden muss.

Drittens: Die Wechselwirkungen zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privaten Vollzugsebene müssen stärker ins Blickfeld rücken. Wenn eine

Schadenersatzpflicht, die den Kartellgewinn entzieht, realistisch droht, muss dies bei der Bußgeldverhängung berücksichtigt werden. Die Kumulation von Bußgeldrechtsfolge und Schadenersatzpflicht darf nicht zu illusorischen Zahlungspflichten führen. Zielkonflikte zwischen Kronzeugenprogrammen und Schadenersatzansprüchen sind unvermeidbar und hinzunehmen. Sie sind durch Kompromisslösungen zu entscheiden, wie dies der Gesetzgeber etwa mit dem erwogenen gesetzlichen Ausschluss des Einsichtsrechts in Kronzeugeanträge plant.

Zusammenfassung

Bei der Sanktionierung von Kartellverstößen kommt es zu einer Wechselwirkung zwischen public und private enforcement. Dabei fehlte es bislang weitestgehend an einer Abstimmung beider Sanktionszweige. Augenfällig ist dies im Hinblick auf die Parallelität von Bußgeld und Schadenersatzverpflichtung. Werden gegen dasselbe Unternehmen wegen desselben Verstoßes sowohl ein Bußgeld verhängt als auch Schadenersatzansprüche geltend gemacht, stehen beide Sanktionen selbständige und unabgestimmt nebeneinander. Dies kann – insbesondere mit Blick auf das Ausmaß der derzeitigen Bußgelder – leicht zu einer effizienzvernichtenden Überforderung des betroffenen Unternehmens führen. Ein weiterer Konfliktpunkt von öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung besteht bei der schadenersatzrechtlichen Behandlung von Kronzeugen. Hier bedarf es ggf. eines stärkeren Schutzes der vom Kronzeugen gegenüber der Behörde gemachten vertraulichen Angaben im Rahmen der zivilrechtlichen Beweiserhebung. Im Lichte des kartellrechtlichen Kernanliegens, einen unverfälschten Wettbewerb zu schützen, muss also insgesamt das Verhältnis von öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung stärker in das Blickfeld von Wissenschaft und Praxis rücken.

Literatur

- Ackermann, Thomas (2012), Kartellbußen als Instrument der Wirtschaftsaufsicht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Jg. 10, S. 3–19.
- Almunia, Joaquín (2010), Compliance and Competition policy: BusinessEurope & US Chamber of Commerce, Speech, Competition conference, Brussels 25. October 2010, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/586>, zuletzt abgerufen am 29.03.2012.
- Bernhard, Jochen (2010), Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen, Tübingen.
- Bien, Florian (2011), Überlegungen zu einer haftungsrechtlichen Privilegierung des Kartellkronzeugen, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, S. 889–890.

- Dittrich, Johannes (2009), Der passing-on Einwand und die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Jg. 111, S. 123–128.*
- Dreher, Meinrad (2009a), Die persönliche Außenhaftung von Geschäftsleitern auf Schadensersatz bei Kartellrechtsverstößen, Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 59, S. 133–143.*
- (2009b), Kartellrechtliche Kronzeugenprogramme und Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Jg. 7, S. 397–426.
 - (2011a), Wider die Kriminalisierung des Kartellrechts, Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 61, S. 232–244.
 - (2011b), Die Haftungsverteilung bei der gesamtschuldnerischen kartellrechtlichen Schadensatzhaftung, in: Stefan Bechtold, Joachim Jickeli und Mathias Rohe (Hg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden, S. 149–167.
- Federmann, Bernd A. (2006), Kriminalstrafen im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Frage der Kriminalisierung von Hardcore-Kartellen, Baden-Baden.*
- Fuchs, Andreas (2009), Die Anordnung von Wiedergutmachungszahlungen als Inhalt kartellbehördlicher Abstellungsverfügungen nach § 32 GWB?, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Jg. 7, S. 176–208.*
- Görner, André (2007), Die Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB, Köln/München.*
- Hempel, Rolf (2002), Privater Rechtsschutz im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Analyse, Baden-Baden.*
- Kapp, Thomas (2011), Abschaffung des private enforcement bei Hardcore-Kartellen, in: Stefan Bechtold, Joachim Jickeli und Mathias Rohe (Hg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden, S. 319–340.*
- Kersting, Christian (2008), Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Jg. 6, S. 252–271.*
- Kling, Michael/Thomas, Stefan (2007), Kartellrecht, 1. Aufl., München.*
- Krüger, Carsten (2012), Der Gesamtschuldnerausgleich im System der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 62, S. 6–13.*
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried (2003), Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen.*
- Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hg.) (2010), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Aufl., Köln.*
- Mäger, Thorsten/Zimmer, Daniel J./Milde, Sarah (2009), Konflikt zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung, Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 59, S. 885–899.*
- Meessen, Gero (2011), Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht, Tübingen.*

- Möschel*, Wernhard (2007), Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 57, S. 483–492.
- (2010a), Kartellbußen und Artikel 92 Grundgesetz, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 60, S. 869–877.
 - (2010b), Geldbußen im europäischen Kartellrecht, *Der Betrieb*, Jg. 63, 2377–2381.
- Nagy*, Csongor István (2010), Schadensersatzklagen im Falle kartellrechtlicher Rechtsverletzungen in Ungarn, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 60, S. 902–911.
- Ritter*, Jan-Stephan (2008), Private Durchsetzung des Kartellrechts, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 58, S. 762–774.
- Rittner*, Fritz/Dreher, Meinrad (2008), Europäisches und Deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg.
- Säcker*, Franz Jürgen (2009), Kronzeugenregelung – weiter so „pragmatisch“ wie bisher?, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 59, S. 3.
- Schmidt*, Ingo (2012), Sind Bußgeldverfahren das adäquate Instrument bei Verstößen gegen das Kartellverbot?, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 62, S. 223.
- Schwarze*, Jürgen (2003), Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Jg. 14, S. 261–269.
- Schwarze*, Jürgen/Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang (2008), Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, abrufbar unter: http://www.gleisslutz.com/uploads/tx_gldataobjects/Gleiss.pdf, zuletzt abgerufen am 29.03.2012.
- Stockmann*, Kurt (2012), Zur neueren Bußgeldpraxis bei Kartellverstößen, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, Jg. 10, S. 20–47.
- Thomas*, Stefan (2011a), Der Schutz des Wettbewerbs in Europa – welcher Zweck heiligt die Mittel?, *Juristen Zeitung*, Jg. 66, S. 485–495.
- (2011b), Die Gesamtschuld im EU-Kartellbußgeldrecht – die Kommission als „juristischer Pascha“?, in: Stefan Bechtold, Joachim Jickeli und Mathias Rohe (Hg.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden, S. 675–690.
 - (2012a), Der „Wettbewerb der Grundrechtsordnungen“ im Europäischen Kartellrecht, in: Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (Hg.), *Kartellrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag*, München, S. 459–474.
 - (2012b), Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 3, pp. 11–28.
- Wagner*, Gerhard (2006), Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder Legitime Aufgabe, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 206, S. 352–476.

- (2007), Schadensersatz bei Kartelldelikten, in: Thomas Eger und Hans-Bernd Schäfer (Hg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung: Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts* (29. März bis 1. April 2006), Tübingen, S. 605–664.

Wagner-von Papp, Florian (2009), *Kartellstrafrecht in den USA, dem Vereinigten Königreich und Deutschland, Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 59, S. 1236–1249.

- (2010), Kriminalisierung von Kartellen, Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 60, S. 268–282.

Überlegungen zur Gesamtschuld von Kartellmitgliedern im System der privaten Kartellrechtsdurchsetzung

Einer für alle, alle gegen einen?

Von *Carsten Krieger*, Kaiserslautern

I. Gesamtschuld von Kartellmitgliedern

Am 24. November 2011 war es so weit: Endlich stellte der Bundesgerichtshof die Begründung seines bereits am 28. Juni 2011 verkündeten Grundsatzurteils „ORWI“ (Az.: KZR 75/10) zur deliktischen Haftung von Kartellmitgliedern¹ online und machte sie damit öffentlich. Lange hatte die Fachwelt darauf gewartet. Das Augenmerk richtete sich dabei vor allem auf die höchstrichterliche Stellungnahme zu den sehr umstrittenen Fragen der Klagebefugnis indirekter Abnehmer und der rechtlichen Behandlung von Vorteilen, die einem Geschädigten aus der etwaigen Abwälzung des kartellbedingten Preisaufschlags auf seine eigenen Abnehmer erwachsen sein mögen („passing-on defence“). Weniger Aufmerksamkeit erfuhr dagegen zunächst der letzte Leitsatz des Urteils. Danach haften alle Kartellteilnehmer für die durch das Kartell verursachten Schäden nach §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner.

Diese Feststellung dürfte in der Tat nicht der Grund gewesen sein, warum die Urteilsbegründung so lange auf sich warten ließ. Die gesamtschuldnerische Haftung von Unternehmen, die wegen wettbewerbswidriger Absprachen Schadenersatz leisten müssen, ist als Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes des Deliktsrechts nicht nur in Deutschland, sondern entsprechend in ganz Europa und darüber hinaus seit jeher anerkannt.² Bei der Verabredung und Durchführung eines Kartells handelt es sich ersichtlich

¹ Anspruchsgrundlage ist heute § 33 Abs. 3 GWB i.V.m. Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB (Bornkamm 2011, § 33 Rn. 148 ff.).

² Siehe zum GWB bereits *Bundesregierung* (1955, S. 44) und statt vieler *Bechtold* (2010, § 33 Rn. 24); vgl. für Europa z.B. *Europäische Kommission* (2006, Rn. 236); *Meeßen* (2011, S. 396 f.); *Cauffman* (2011, p. 203); *Krieger* (2010, S. 111).

um eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung. Die solidarische Haftung der Beteiligten folgt insoweit, in Anlehnung an eine gern zitierte Formulierung von *Ernst von Caemmerer* (1968), „sozusagen aus der Natur der Sache“, nämlich aus dem Prinzip, dass jeder, der schuldhaft eine Mitsursache für den Schaden gesetzt hat, für den ganzen Schaden haftet, gleichgültig worin derselbe sonst noch seine Wurzeln hat.

So eindeutig die Gesamtschuldnerschaft von Kartellmitgliedern auch ist, so sehr verdeutlicht ihre Hervorhebung durch den Bundesgerichtshof die hohe Bedeutung, die sie in der Praxis der privaten Kartellrechtsdurchsetzung hat und in der weiteren rechtspolitischen Entwicklung darüber hinaus noch haben könnte. Hierzu werden im Folgenden einige Überlegungen angestellt. Sie basieren im Wesentlichen auf den Erfahrungen der Cartel Damage Claims (CDC) in der privaten gerichtlichen und außergerichtlichen Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland. Bei der CDC handelt es sich um eine in Brüssel ansässige Unternehmensgruppe, die europaweit im Bereich des Erwerbs, der Aufbereitung und der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen Kartellgeschädigter tätig ist.

II. Bedeutung der Gesamtschuld für Kartellgeschädigte

1. Wahlrecht des Gläubigers

Die gesamtschuldnerische Haftung von Kartellmitgliedern hat für einen Geschädigten zunächst den Vorteil, dass er nach seinem Belieben jeden Kartellanten in Anspruch nehmen kann (§ 421 BGB). Der Geschädigte ist insbesondere nicht darauf beschränkt, gegen seine Geschäftspartner vorzugehen (*Logemann* 2009, S. 75; *Europäische Kommission* 2008b, Rn. 281). Er braucht auch nicht unbedingt dasjenige Unternehmen zu verklagen, das im Kartellbußgeldverfahren als Kronzeuge aufgetreten ist, selbst wenn der Kläger vorab Zugang zu den Kronzeugenunterlagen dieses Unternehmens in der kartellbehördlichen Akte gehabt haben sollte. Entsprechend bereitet im „ORWI“-Urteil der Umstand, dass nicht sämtliche kartellierten Lieferungen von Selbstdurchschreibepapier von der dortigen Beklagten stammten, keine Probleme. Der Bundesgerichtshof hat der Klägerin Kartellschadenersatz gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht zutreffend selbst für diejenigen Lieferungen zuerkannt, die die geschädigte Rechtsvorgängerin der Klägerin über Großhändler von Mitkartellanten der Beklagten bezogen hatte.

Erst recht muss der Geschädigte seinen Ersatzanspruch nicht gegen sämtliche Kartellanten geltend machen, um vollen Schadensausgleich zu erlangen. Das gilt jedenfalls *de iure*. Es folgt gerade aus der Natur der Gesamtschuld, dass jeder an einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung Betei-

ligte auf den gesamten durch diese Vereinbarung verursachten Schaden haf-
tet. Die §§ 830, 840 Abs. 1 BGB stellen dies nachdrücklich klar. Folgerich-
tig braucht der Geschädigte auch nicht den Kausalitätsbeweis hinsichtlich
des jeweiligen Tatbeitrags der einzelnen Schädiger zu führen (*Hecker* und
Schiemann 2011, § 840 Rn. 1; *Wagner* 2009, § 830 Rn. 4 f.). Im Falle ei-
ner Schadenersatzklage werden ihm damit erhebliche Prozessrisiken erspart.
Hilfreich ist dies besonders für Klagen gegen die Mitglieder eines komplexen
Kartells, das jahrelang in aller Heimlichkeit praktiziert wurde und sich in zahlreichen Treffen zur Festsetzung von Preiszielen und Quoten sowie in entsprechen-
den Durchführungsmaßnahmen der einzelnen Beteiligten konkretisiert hat.

Es zeigt sich insoweit eine deutliche Parallele zum Konzept der „einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung“, das die Europäische Kommission und die Unionsgerichte in ständiger Praxis zum europäischen Kartellverbot nach Art. 101 AEUV entwickelt haben. Das Europäische Gericht hat dieses Konzept zuletzt im Urteil „UPM-Kymmene“ vom 6. März 2012 (Rechtssache T-53/06) bestätigt. Danach wird eine Vielzahl wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und abgestimmter Verhaltensweisen zu einer einzigen Zuwiderhandlung zusammengefasst („Gesamtkartell“). Entscheidend ist, dass sich diese Taten wegen ihres identischen wettbewerbswidrigen Ziels in ein Gesamtsystem einfügen. Zugrunde liegt diesem beispielsweise die gemeinsame Absicht, die Preisentwicklung auf einem, bisweilen aber auch mehreren³ sachlich oder räumlich relevanten Märkten zu verfälschen. In einem solchen Fall wäre jede Aufsplitterung der einzelnen Tatkomplexe künstlich und unsachgemäß. Entsprechend ist bei der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung jedes Unternehmen, das sich daran mit Handlungen beteiligt, die zur Verwirklichung des gemeinsamen Ziels beitragen, nach den Grundsätzen der Mittäterschaft auch für das Verhalten verantwortlich, das andere Unternehmen im Rahmen der Zuwiderhandlung an den Tag legten. Die Tatsache, dass jeder Kartellteilnehmer im Kartell die Rolle spielen kann, die seinen eigenen spezifischen Gegebenheiten angemessen ist, schließt die persönliche Verantwortlichkeit für die Zu-
widerhandlung als Ganzes nicht aus. Die Unionsgerichte begründen dies mit einer „in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten weit verbreiteten Sichtweise“.⁴ Im Umkehrschluss drängt sich so die Frage auf, ob die

³ Hierin liegt der Hauptkritikpunkt gegen das Gesamtkartell im deutschen Schrift-
tum (*Dreher* 2007). Nach der Rechtsprechung kommt es jedoch bei der Anwendung von Art. 101 AEUV insoweit nicht auf die Definition des relevanten Marktes an,
vgl. z. B. den Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil „Erste Group Bank u.a.“ vom 24. September 2009, verbundene Rechtssachen C-125/07 u. a., Rn. 60.

⁴ So z. B. das Europäische Gericht im Urteil „Belgian Sewing Thread (BST)“ vom 28. April 2010, Rechtssache T-452/05, Rn. 30–33.

Grundsätze der privaten Kartellgesamtschuld, wie sie hierzulande die §§ 830, 840, 421 ff. BGB normieren, sogar europarechtlich vorgegeben sind und welche Folgen dies gegebenenfalls für die Reichweite der gesamtschuldnerischen Haftung von Kartellmitgliedern im Einzelfall hat.

Mit der Anordnung der gesamtschuldnerischen Haftung in § 840 Abs. 1 BGB wollte der deutsche Gesetzgeber die Teilschuldvermutung nach § 420 BGB ausschließen, damit nicht einer von mehreren Schädigern zu seiner Entlastung auf die Mitschädiger verweisen kann. So soll auch ein Kartellopfer nicht mit den Insolvenz- und Prozessrisiken belastet werden, denen es bei nur anteilmäßiger Haftung mehrerer Schädiger ausgesetzt wäre. Die Überwälzung des Insolvenzrisikos vom Geschädigten auf die Mitschuldner ist schon deshalb angemessen, weil sich der Gläubiger einer deliktischen Forderung seine Schuldner nicht aussuchen kann (Wagner 2009, § 840 Rn. 1). Ein Kartellopfer trägt daher auch nicht die Beweisrisiken hinsichtlich der Mitwirkungsbeiträge der einzelnen Kartellanten. Im Ergebnis übt die Gesamtschuld damit eine erhebliche Abschreckungswirkung auf Kartelltäter aus. Gemäß der entsprechenden Diskussion zum U.S. Antitrust Law liegt hierin sogar ihr „traditional rationale“ (Angland 2008).

2. Klagen gegen Mehrzahl von Kartellmitgliedern üblich

Trotz der Wahlfreiheit des Gesamtschuldgläubigers werden Schadenersatzklagen *de facto* häufig gegen mehrere Kartellteilnehmer erhoben. Hierauf weist etwa der Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle des *Bundeskirtschaftsministeriums* (2011) ausdrücklich hin.

Vermeidung von Insolvenzrisiken

Ein wesentlicher Grund hierfür ist zunächst die Verringerung des Risikos, trotz Obsiegens vor Gericht keinen vollen Schadensausgleich zu erlangen, etwa weil sich die finanziellen Verhältnisse des Beklagten während des Verfahrens erheblich verschlechtert haben.

In diesem Fall könnte der späteren Einleitung einer Anspruchs durchsetzung gegen die übrigen Gesamtschuldner der Gesichtspunkt der Verjährung entgegenstehen. Zwar wird die Verjährung eines Anspruchs grundsätzlich durch die Erhebung einer Klage gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Dies betrifft aber nur den konkreten Gesamtschuldner, den der Gläubiger verklagt. Bei den übrigen läuft die Verjährung währenddessen weiter. § 425 BGB ordnet für Beginn, Ablauf und Hemmung der Verjährung eine so genannte Einzelwirkung an, d.h. diese „Tatsachen“ wirken nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten (Grüneberg 2012,

§ 425 Rn. 6). Vor diesem Hintergrund ist es für ein Kartelloppfer gerade bei hohen Schadenersatzforderungen sinnvoll, von vornherein mehrere Kartellmitglieder zu verklagen, um sein Ausfallrisiko zu reduzieren.

Hat der Geschädigte gegen mehrere oder gar alle Kartelltäter schließlich einen rechtskräftigen Titel erwirkt, kann er zudem nach seinem Belieben bei jedem von ihnen den Vollstreckungszugriff ansetzen (*Looschelders* 2012, § 421 Rn. 135). Er behält sich im Falle einer Beklagtenmehrheit somit auch die endgültige Ausübung seines Wahlrechts nach § 421 BGB für die Ebene der Zwangsvollstreckung vor. Neben der Verringerung des Insolvenzrisikos kann dies nicht zuletzt für das Zustandekommen von Prozessvergleichen mit einzelnen Kartellanten im laufenden gerichtlichen Verfahren bedeutsam sein.

Prozesstaktische Erwägungen

Überhaupt sprechen bereits prozesstaktische Gründe für die gleichzeitige Inanspruchnahme mehrerer Kartellmitglieder. So ist es zunächst einem Kartellbeteiligten in aller Regel nicht ohne Weiteres möglich, einen mitbeklagten Streitgenossen bzw. dessen gesetzmäßigen Vertreter vor Gericht als Zeugen für das eigene Verteidigungsvorbringen zu benennen. Es ist zum Beispiel unzulässig, wenn ein Beklagter zur Widerlegung des klägerischen Vortrags über die tatsächliche Umsetzung bestimmter Preis- oder Quotenabsprachen im Markt anbietet, den Geschäftsführer eines Mitbeklagten als Zeugen zu vernehmen. Denn aus unerlaubter Handlung haftende Gesamtschuldner bilden zwar, wenn sie gemeinsam verklagt werden, nur eine „einfache“ Streitgenossenschaft im Sinne der §§ 59, 60 ZPO, vgl. § 425 BGB (*Böttcher* 2011, § 426 Rn. 31). Doch selbst der einfache Streitgenosse kann nach ständiger Rechtsprechung nicht als Zeuge zu Tatsachen vernommen werden, die ihn als Partei (auch) selbst betreffen (*Greger* 2012, § 373 Rn. 5a). Dies ist bei einer gemeinsamen Haftung der Streitgenossen auf der Grundlage einer einheitlichen Zu widerhandlung gegen das Kartellverbot ersichtlich der Fall.

Des Weiteren spricht aus Geschädigertensicht für eine Beklagtenmehrheit, dass regelmäßig erst die Erhebung einer Klage den hinreichenden Anreiz für ein Kartellmitglied schafft, sich mit dem Geschädigten im Wege eines Vergleichs zu einigen. In diesem Fall kann der Kartellant sein Risiko, als Gesamtschuldner auf den Gesamtbetrag in Anspruch genommen zu werden, durch einen Vergleichsabschluss immer noch erheblich verringern. Zugleich kann der Vergleich dem Kläger gerade dabei behilflich sein, seinen (nahezu) vollen Schadenersatzanspruch zu realisieren. Dies geschieht dann primär auf Kosten der übrigen Kartellbeteiligten. In diesem Sinne ermög-

licht die gesamtschuldnerische Haftung aller Kartellanten, ein Kronzeugenmodell ähnlich dem der Kartellbehörden zu praktizieren, das dazu beitragen kann, einen wirksamen Schadensausgleich für das Kartelloppfer sicherzustellen und zugleich potenzielle Kartelltäter von einem illegalen Tun abzuschrecken. Dies wird an späterer Stelle vertieft.

Bestimmung des international zuständigen Gerichts

Schließlich erlaubt die Klage gegen eine Mehrzahl von Kartellmitgliedern dem Geschädigten im Falle eines internationalen Kartells, z. B. bei europaweiten Preisabsprachen, *per se* eine gewisse Auswahl unter mehreren nationalen Foren. Dies gilt zumindest, wenn die Beklagten ihren Sitz in unterschiedlichen Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben.

Es gibt zahlreiche strategische Gründe, warum ein Kartelloppfer die Klage in einem bestimmten Staat der Klage in einem anderen Staat vorzieht. Herzuheben sind die Besonderheiten des jeweils anwendbaren Prozessrechts wie zum Beispiel der Zugang zu Beweismitteln. Ersichtlich bedeutsam für die Praxis sind beispielsweise auch die allgemeine Effizienz und Zuverlässigkeit des Gerichtssystems und die Kosten des Verfahrens.⁵ In einzelnen Mitgliedstaaten werden zum Beispiel keine Gerichtskostenvorschüsse verlangt, während diese in Deutschland recht hoch sind. Die erheblichen Anwaltskosten in London dürften allgemein bekannt sein.

Voraussetzung für ein zulässiges „forum-shopping“ dieser Art ist selbstverständlich die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Sie richtet sich bei grenzüberschreitenden Kartellverstößen nach der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO). Danach ist ein Unternehmen grundsätzlich vor den Gerichten des Mitgliedstaates zu verklagen, in dem es seinen Sitz hat (Art. 2 Abs. 1, Art. 60 Abs. 1 EuGVVO). Aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung der Kartellmitglieder kann ein Kartelloppfer insoweit jedes Kartellmitglied grundsätzlich an dessen allgemeinem Gerichtsstand auf Ersatz des gesamten Schadens in Anspruch nehmen.

Allerdings ermöglicht es darüber hinaus die besondere, in der deutschen Zivilprozessordnung nicht entsprechend zu findende Regelung des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO, mehrere Kartellmitglieder auch vor dem Gericht des Ortes zu verklagen, an dem (nur) einer der Beklagten seinen Sitz hat. Dies hat

⁵ Eingehend Schreiber (2011). Das anwendbare Prozessrecht ist die *lex fori*. Das anwendbare materielle Recht richtet sich bei Kartellverstößen nach Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO; unter den Voraussetzungen des Buchst. b) dieser Vorschrift gilt auch insoweit das Recht des Forumstaates.

etwa gegenüber dem im internationalen Kartelldeliktsrecht grundsätzlich parallel anwendbaren Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO den Vorteil, dass der Kläger – und letztlich der Richter – nicht nach Maßgabe dieser Vorschrift klären müssen, ob gerade am Ort des angerufenen Gerichts die schadensverursachende Handlung vorgenommen wurde („Handlungsort“) oder inwieweit an diesem Ort das schädigende Ereignis eingetreten ist („Erfolgsort“). Hierzu ist vieles streitig. Art. 6 Nr. 1 EuGVVO setzt dagegen einzig voraus, dass die Klagen gegen die verschiedenen Beklagten im Zusammenhang stehen, also eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten („Konnexität“). Für diesen Zusammenhang gilt die Gesamtschuld seit jeher als Musterbeispiel.⁶

Entsprechend findet Art. 6 Nr. 1 EuGVVO in der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung bereits auf Kartelldeliktsklagen Anwendung. Gerade englische Gerichte wollen ihr Land auf dieser Grundlage offenbar zu einer „preferred jurisdiction“ machen. Zuletzt hat freilich der österreichische Oberste Gerichtshof die Anwendbarkeit des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO auf Schadenersatzklagen wegen Verstoßes gegen das nationale und europäische Kartellverbot bestätigt (Beschluss vom 14. Februar 2012, Geschäftszahl: 5 Ob 39/11p). Ob dies zu Recht erfolgt ist, wird schon bald endgültig geklärt sein. Das Landgericht Dortmund hat mit Hinweisbeschluss vom 1. März 2012 im Schadenersatzverfahren gegen die Mitglieder des europaweiten Bleichmittelkartells (Az.: 13 O 23/09 [Kart]) angekündigt, den Gerichtshof der Europäischen Union dazu in einem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV zu befragen.

II. Bedeutung der Gesamtschuld für Kartellmitglieder

1. *Gesamtschuldnerausgleich („Kartellregress“)*

Auf Seiten der Kartellmitglieder besteht die wesentliche Besonderheit der Gesamtschuld zunächst im so genannten Gesamtschuldnerausgleich. Dieser ist, wie es der bekannte Zivilrechtslehrer *Horst Ehmann* (2008, vor § 420 Rn. 34) in Anlehnung an seine Habilitation zur Gesamtschuld ausdrückte, das „notwendige Korrektiv“ für die mit der Anerkennung von Schuldnermehrheiten zugunsten des Gläubigers verfolgten Zwecke, nämlich Sicherheit und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung. Der Gesamtschuldner, an

⁶ Siehe bereits den Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen von *P. Jenard*, ABI. (EG) C 59/1 v. 05.03.1979, S. 26.

den sich der Gläubiger gehalten hat, solle nicht die volle Last tragen, sondern im Innenverhältnis Ansprüche gegen seine Mitschuldner auf Ausgleich von Leistungen haben, die er über seine Quote hinaus erbracht hat.

In diesem Sinne galt es lange Zeit als selbstverständlich, dass auch Kartellmitglieder den zu ersetzenen Schaden untereinander ausgleichen können.⁷ § 426 Abs. 1 S. 1 BGB statuiert die allgemeine Regel, dass „Gesamtschuldner [...] im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen verpflichtet [sind], soweit nicht ein anderes bestimmt ist“. Zu der Frage, ob beim Gesamtschuldnerausgleich von Kartellmitgliedern – zum Teil illustrativ als „Kartellregress“ bezeichnet – in diesem Sinne etwas „anderes“ bestimmt ist, werden im jüngeren Schrifttum verschiedene Ansichten vertreten (Krüger 2012, S. 8 ff.; 2010, S. 52 ff.). Diese gehen sogar so weit, jedenfalls für Verstöße gegen das EU-Wettbewerbsrecht Ausgleichsansprüche zwischen den Verantwortlichen auszuschließen. So soll jedem von ihnen aus Gründen der Abschreckung das Risiko aufgebürdet werden, in voller Höhe auf Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden, ohne Rückgriff nehmen zu können. Dies entspricht auch der Rechtslage in den USA. Den nachfolgenden Ausführungen liegt indes nur die wohl herrschende Meinung zugrunde. Sie verweist auf die allgemeine Regel, einen deliktisch verursachten Schaden auf mehrere Ersatzpflichtige entsprechend den Grundsätzen über das Mitverschulden gemäß § 254 BGB zu verteilen.⁸

Danach ist unabhängig von der Zahl der Haftungsgründe in erster Linie auf das Maß der Verursachung und in zweiter Linie auf das Maß des Verschuldens aller Gesamtschuldner abzustellen. Dabei hat derjenige den auszugleichenden Schaden „vorwiegend verursacht“, der dessen Eintritt nicht nur objektiv ermöglicht, sondern auch in einem höheren Maß wahrscheinlich gemacht hat als die anderen Beteiligten, unabhängig von der zeitlichen Reihenfolge, in der die Gesamtschuldner ihre Verursachungsbeiträge gesetzt haben. Der Kartellregress unterläge demnach einer umfassenden Abwägung, in der zahlreiche Umstände Berücksichtigung finden können. Hervorzuheben sind etwa die Rolle, die jeder Beteiligte als Gründer, Rädelshörer oder Mitläufers im Kartell gespielt hat, und die individuelle „Kartellrendite“ jedes Beteiligten. Ebenso mögen die Marktanteile und Umsätze der einzelnen Kartellanten sowie die ihnen jeweils von der Kartellbehörde auferlegte Geldbuße oder die dieser zugrunde liegenden Ahndungskriterien heranzuziehen sein. Vertreten wird insbesondere, dass die „Aufklärungsbeiträge“

⁷ Siehe nur Bechtold (2010, § 33 Rn. 24); Bornkamm (2011, § 33 Rn. 54); ähnlich für ganz Europa: Europäische Kommission (2008b); Meeßen (2011, S. 396); vgl. Krüger (2010, S. 112).

⁸ Siehe nur Dreher (2011, S. 156); Meeßen (2011, S. 559); Kersting (2008, S. 266).

von Kartelltätern im Rahmen des staatlichen Kronzeugenprogramms entsprechend den Wertungen der Bonusregelung in die Abwägung einzubeziehen sind (*Kersting* 2012, S. 45; 2008, S. 266 f.). Die Einzelheiten sind umstritten.⁹ Mit Sicherheit lässt sich jedoch sagen, dass auf der Basis der herrschenden Meinung eine auf den Einzelfall abgestimmte Schadensteilung im Innenverhältnis erfolgen würde, die zwischen der vollen Haftung eines Kartellmitglieds und seiner vollen Entlastung liegen kann (vgl. *Grüneberg* 2012, § 426 Rn. 14).

In der Rechtsprechung der staatlichen Gerichte war über einen Fall des Kartellregresses bislang, soweit ersichtlich, nicht zu entscheiden. Inwiefern Kartelltäter über einen solchen Fall bereits vor nicht-öffentlichen Schiedsgerichten verhandelt haben, bleibt naturgemäß der Kenntnis der Beteiligten vorbehalten. Von einer umfangreichen Praxis ist jedoch nicht auszugehen.

2. Belastung des Kartellzivilprozesses durch eine erhöhte Anzahl von Verfahrensbeteiligten

In jedem Fall ist das Schadenersatzverfahren, in dem die Verpflichtung der Kartellanten zur Leistung an den Kartellgeschädigten festgestellt wird, vom Kartellregress an sich unabhängig. Die Haftungsverteilung im Innenverhältnis der Gesamtschuldner spielt für den Gläubiger keine Rolle. Es wäre eine Verkehrung des Rechtsinstituts der Gesamtschuld, wenn man das Innenverhältnis bei der Anspruchsdurchsetzung auch nur im Ansatz berücksichtigen wollte. In der Praxis entfaltet der Kartellregress dennoch eine erhebliche mittelbare Wirkung schon in dem vom Geschädigten initiierten Schadenersatzverfahren.

Dies folgt bereits aus den Regeln der Streitverkündung nach §§ 72 ff. ZPO. Sie ermöglichen einem Beklagten im Zivilprozess, den Richter in einem etwaigen Folgeprozess an die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Entscheidung im Erstprozess zu binden (vgl. §§ 68, 74 ZPO). Der Streitverkünder soll nicht das Risiko eines doppelten Prozessverlusts in den Fällen tragen, in denen er wegen der materiellrechtlichen Abhängigkeit der im Erst- und Folgeprozess geltend gemachten bzw. zu machenden Ansprüche jedenfalls in einem Prozess obsiegen muss. Dies gilt gerade für das einem Schadenersatzverfahren gegen Gesamtschuldner folgende Verfahren zum Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB (*Looschelders* 2012, § 426 Rn. 21). Zu diesem Zweck führt die Zustellung der Streitverkündung zugleich zu einer Hemmung der Verjährung etwaiger Regressansprüche des

⁹ Zu den einzelnen Abwägungsfaktoren *Krüger* (2010, S. 63 ff.); *Dreher* (2011, S. 156 ff.); *Meeßen* (2011, S. 559 f.).

Streitverkünders gegenüber dem Streitverkündeten (§ 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB). Die Anreize für eine Streitverkündung im Kartellschadenersatzverfahren sind somit evident (vgl. *Weitbrecht* 2012).

Tatsächlich zeigen die bisherigen Erfahrungen, dass auf Schadenersatz beklagte Kartellmitglieder vor diesem Hintergrund oft ausgesprochen vielen Dritten den Streit verkünden. Darunter finden sich häufig zahlreiche Gesellschaften, die nicht Adressaten eines kartellbehördlichen Bußgeldbescheids waren, aber z. B. mit dessen Adressaten konzernmäßig verflochten sind. So gibt es beispielsweise in dem Verfahren einer CDC-Gesellschaft vor dem Landgericht Düsseldorf (Az.: 37 O 200/09 [Kart]) gegen sechs Mitglieder des deutschen Zementkartells aktuell 27 Streitverkündete. Im Parallelverfahren einer anderen CDC-Gesellschaft gegen sechs Beteiligte des europaweiten Bleichmittelkartells vor dem Landgericht Dortmund (Az.: 13 O 23/09 [Kart]) sind es insgesamt sogar 39. Offenbar reichten die 17 Adressaten der Entscheidung der Europäischen Kommission, in deren Nachgang die Schadenersatzklage in Dortmund erfolgt ist, nicht aus. Die Beklagten haben sich allerdings auch gegenseitig den Streit verkündet.

Ein Unternehmen, dem ein beklagter Kartellant im Schadenersatzverfahren den Streit verkündet hat, ist nicht verpflichtet, diesem Verfahren beizutreten. Tritt der Streitverkündete nicht bei, wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt (§ 74 Abs. 2 ZPO). Das betreffende Unternehmen kann jedoch dem Schadenersatzverfahren nach den Grundsätzen über die Nebenintervention auch beitreten (§ 74 Abs. 1 i.V.m. §§ 66 ff. ZPO). In diesem Fall darf der Streitverkündete zur Wahrung seiner eigenen Interessen am Ausgang des Rechtsstreits alle der Hauptpartei selbst zustehenden Prozesshandlungen vornehmen. Er kann zum Beispiel Tatsachen behaupten oder bestreiten und Beweismittel geltend machen (§ 67 ZPO). Diese Gelegenheit haben im vorgenannten Zementkartellverfahren zwei und im Bleichmittelkartellverfahren drei Streitverkündete tatsächlich wahrgenommen.

Im Ergebnis stellt diese Praxis generell die Frage nach der „Waffen-gleichheit“ zwischen Kläger- und Beklagtenseite im Kartellzivilprozess. Sie führt zu einer erschwerten Durchführung der ohnehin komplexen Kartellschadenersatzverfahren. Dabei findet noch gar keine Berücksichtigung, dass der Bundesgerichtshof im „ORWI“-Urteil die Möglichkeit weiterer Streitverkündigungen im Zusammenhang mit der „passing-on defence“ in den Raum stellt, durch die sich die Kartellanten vor doppelter Inanspruchnahme durch direkte und indirekte Abnehmer schützen könnten. Es ist in diesem Zusammenhang ausdrücklich zu begrüßen, dass der Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle eine Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes dahingehend bezweckt, kartellrechtliche Schadenersatzklagen wegen ihrer Kom-

plexität nicht mehr in die Zuständigkeit der landgerichtlichen Kammern für Handelssachen fallen zu lassen, sondern den Kollegialspruchkörpern der allgemeinen Zivilkammern zuzuweisen (*Bundeskirtschaftsministerium* 2011). Diese sind mit drei statt nur mit einem Berufsrichter besetzt.

Darüber hinaus sollte allerdings geprüft werden, ob der Kläger in einem solchen Schadenersatzverfahren auch vor den besonderen Kostenrisiken zu schützen ist, die mit den Streitverkündigungen verbunden sind. Der Kläger trägt namentlich das Risiko, im Unterliegensfall über die Kosten des oder der Beklagten hinaus die Kosten jedes Streitverkündeten, der dem Rechtsstreit beigetreten ist, nach Maßgabe des § 101 Abs. 1, 1. Alt. ZPO tragen zu müssen. Angesichts dessen, dass die Streitverkündung wie aufgezeigt eine praktisch sehr wichtige Rolle im Kartellzivilprozess spielt und der Kläger keinen Einfluss darauf hat, wem ein Beklagter den Streit verkündet und wer sodann dem Rechtsstreit tatsächlich beitritt, erscheint dies nur sachgerecht. Andernfalls droht sich eine Praxis zu etablieren, wonach die bloße Möglichkeit exorbitanter Streitverkündigungen auf Beklagtenseite Kartellschädigte von der gerichtlichen Geltendmachung berechtigter Schadenersatzansprüche in Hinblick auf das nie ganz auszuschließende Prozesskostenrisiko abschreckt.

3. Praxis der „Sockelverteidigung“

Ein weiteres Phänomen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung vor Gericht ergibt sich nicht unmittelbar aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Gesamtschuld, hängt jedoch mit diesen typischerweise zusammen. Wie schon ausgeführt, werden in der Praxis häufig mehrere Kartellmitglieder als Streitgenossen gemeinsam verklagt. In den beiden beispielhaft genannten Schadenersatzverfahren, die die CDC-Gruppe vor deutschen Gerichten anhängig gemacht hat, wurde die Klage jeweils gegen sechs Kartellmitglieder erhoben. Dazu kommen die Streitverkündeten, die dem jeweiligen Rechtsstreit beigetreten sind. Die Erfahrungen in diesen Verfahren zeigen auf Beklagtenseite eine Übernahme von Prozesstaktiken, die man im Englischen oft unter die Bezeichnung „joint defence agreement“ fasst und hierzulande als Sockelverteidigung eigentlich eher aus dem Strafprozess, aber auch aus Kartellbußgeldverfahren kennt.

Der Begriff „Sockelverteidigung“ bezeichnet dabei die Koordinierung des Verteidigungsverhaltens mehrerer in der gleichen Sache Beschuldigter (oder Betroffener bzw. Nebenbetroffener) in sämtlichen Verfahrensstadien. Dies geschieht durch Kontaktaufnahme, Informationsaustausch, Absprachen oder sonstige Zusammenarbeit zwischen den Verteidigern, um gemeinsame Verteidigungsstrategien herauszufinden und/oder herauszustellen. Als sinnvoll

gilt die Sockelverteidigung mehrerer Beschuldigter besonders dann, wenn ihre Interessenslage weithin identisch ist, ihre Verteidigungsmöglichkeiten gegen die Vorwürfe der Staatsanwaltschaft (oder Kartellbehörde) sich überwiegend gleichen und die Koordination der tatsächlichen und rechtlichen Durchdringung des Falls und des Handelns im Prozess geeignet ist, die Verteidigungschancen deutlich zu erhöhen. Dabei mögen etwa Synergieeffekte eine Rolle spielen.

Auf die Abwehr einer Schadenersatzklage durch eine Beklagtenmehrheit im Zivilprozess wegen desselben Kartellverstoßes lassen sich diese Erwägungen gerade unter dem Gesichtspunkt der Gesamtschuld übertragen. In einem solchen Fall haben die Beklagten ein grundsätzliches Interesse daran, sich zumindest im Schadenersatzverfahren nicht gegenseitig mit Schuldzuweisungen zu überhäufen oder widersprüchlich vorzutragen. Denn dies kann auf sie gemeinsam zurückfallen. Dies gilt jedenfalls, solange nicht einer der Beklagten überzeugt ist, tatsächlich als Einziger zu Unrecht verklagt worden zu sein. Die Zulässigkeit der Sockelverteidigung war unter Strafrechtler lange ein Thema, dürfte aber heute grundsätzlich außer Frage stehen (*Richter II* 1993). Ob dies für abgestimmte Vorgehensweisen von Kartellbeklagten bzw. ihren Prozessbevollmächtigten im Zivilprozess bei der gemeinsamen Verteidigung der „Beute“ entsprechend gilt, sei hier dahingestellt.¹⁰

Zumindest wären auch hier die im Strafprozess anerkannten allgemeinen Grenzen einer abgestimmten Verteidigungsstrategie zu beachten. Sie werden den Prozessbevollmächtigten jeder Beklagten insbesondere durch die Strafbarkeit des Parteiverrats gemäß § 356 StGB gesetzt. Keinesfalls ist aus dem Blick zu verlieren, dass jegliche Verständigung allenfalls eine Bindung auf Zeit und jeder Anwalt einzigt dem Wohl seines Mandanten verpflichtet ist. In diesem Sinne enden die Gemeinsamkeiten zusammen beklagter Kartellmitglieder spätestens da, wo es um ihre naturgemäß widerstreitenden Interessen im Gesamtschuldnerausgleich, d.h. um die Bestimmung und Zuweisung der endgültigen Haftung jedes Einzelnen von ihnen geht. Genau hieran kann bereits der Kartellgeschädigte im Rahmen der Durchsetzung seines Schadenersatzanspruchs gegen die Kartellanten ansetzen. Dazu muss er den einzelnen Kartellbeteiligten schon auf dieser Ebene die Möglichkeit eröffnen, den Rechtsstreit, soweit er sie konkret betrifft, günstig zu erledigen, das Regressrisiko zu minimieren und auf diese Weise die Bücher in der Rechtssache möglichst rasch schließen zu können – freilich auf Kosten ihrer Mitschuldner.

¹⁰ Manche Prozessbevollmächtigte in anhängigen Kartellzivilverfahren bezeichnen ihre Kooperation selbst als „joint defence committee“.

III. Die Bedeutung der Gesamtschuld für Vergleiche und die Rolle von Vergleichen im Kartelldeliktsrecht

Damit geht es wieder um die Bedeutung von Vergleichsabschlüssen in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung.

1. Vergleiche grundsätzlich förderungswürdig

Zutreffend und ausdrücklich fordern bereits die *Europäische Kommission* (2008a; 2008b, Rn. 41, 45) und das *Europäische Parlament* (2007), dass bei Schadenersatzklagen wegen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen rasche und gütliche außergerichtliche Regelungen begünstigt und Prozessvergleiche erleichtert werden sollen. Im deutschen Recht ist dieser Gedanke seit jeher anerkannt. § 278 ZPO legt ihn gerade dem Zivilprozess zugrunde.

Dabei darf einer zu Missbräuchen verleitenden Vergleichskultur selbstverständlich kein Vorschub geleistet werden. In diesem Sinne geht es bei dem nachfolgend vorgestellten vergleichsbasierten Modell der privaten Kartellrechtsdurchsetzung schon dem Ansatz nach nicht darum, dass ein Geschädigter mit zweifelhaften Erfolgsaussichten versucht, auf einen Schuldner unsachgemäßen Druck auszuüben, um ihn außergerichtlich zu irgendeiner Leistung zu nötigen. Im Gegenteil: Der tragende Gedanke ist, dem Opfer eines Kartells durch das Instrument des Vergleichs die effektive Durchsetzung seiner Schadenersatzansprüche in einem ordnungsgemäßen gerichtlichen Verfahren im Ergebnis erst zu ermöglichen. Wenn sich zu guter Letzt trotzdem alle Kartellanten mit dem Opfer gütlich geeinigt haben sollten, vielleicht sogar schon vor einer Klageerhebung, dann gerade (aber wohl auch nur) deshalb.

2. Etablierung vergleichsbasierter Kronzeugenmodelle

Das vergleichsbasierte private Kronzeugenmodell soll dem Geschädigten bei der Durchsetzung seiner Ersatzansprüche im Ganzen helfen. Das Ziel ist der von der *Europäischen Kommission* (2008a) zu Recht postulierte „volle Schadensausgleich“ bei Kartellverstößen. Zumindest soll ein annähernd voller Schadensausgleich gewährleistet werden. Zugleich ist beabsichtigt, Anreize für einzelne Kartellanten zu schaffen. Sie sollen zu ihrem Vorteil aus der zum Zwecke der Abwehr von Schadenersatzansprüchen über den Kartellzeitraum hinaus fortbestehenden Phalanx der Kartellmitglieder – dem „joint defence committee“ – ausbrechen.

Entsprechend besteht der wesentliche Inhalt der Vergleichsvereinbarung zunächst in der Verpflichtung des begünstigten Kartellanten, alle ihm zu-

gänglichen Informationen und Beweismittel zum Kartellverstoß dem Geschädigten, soweit zulässig, zur Verfügung zu stellen („collaboration clause“). Dies betrifft zum Beispiel die Übermittlung von Angaben über die kartellbefangenen Transaktionen und/oder die Kommunikation zwischen den Kartellbeteiligten in Bezug auf relevante Preisabsprachen oder Kundenzuteilungen und die betroffenen Märkte. Außerdem sollte sich der Begünstigte bereit erklären, seine Mitarbeiter für Befragungen, Erklärungen, eidesstattliche Versicherungen sowie außergerichtliche und gerichtliche Zeugenvernehmungen zur Verfügung zu stellen, soweit dies zur Durchsetzung des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs erforderlich erscheint. Dieses Beweismaterial dient dem Geschädigten dazu, seine Position bei der Durchsetzung seiner Rechte gegen die Mitschuldner des Vergleichsbegünstigten zu verbessern. Dies gilt gerade für die Bestimmung des Schadensumfangs und den dazu notwendigen Vortrag.¹¹

Im Gegenzug bietet der Geschädigte dem vergleichsbereiten Kartellanten an, dass dieser keine Schadenersatzklage mehr zu befürchten braucht oder diese ihm gegenüber zurückgenommen wird. Unter Umständen zahlt der betreffende Kartellant noch einen Teilbetrag auf die gesamtschuldnerische Forderung. Dieser Betrag sollte nicht allzu hoch sein und maximal dem Haftungsanteil entsprechen, den dieser Kartellant nach Durchführung des Gesamtschuldnerausgleichs vermutlich zu tragen hätte. Regelmäßig wird dieser Betrag allerdings weit darunter liegen. Bei einer frühen Vergleichsbereitschaft ist sogar ein Vollerlass der Forderung wahrscheinlich.

Auf diese Weise kann der Geschädigte insbesondere so genannten „sharing-agreements“ von Kartellmitgliedern zuvorkommen. Hierbei handelt es sich um Regressvereinbarungen, in denen die Gesamtschuldner ihren Ausgleich im Innenverhältnis privat autonom, d.h. abweichend von den dispositiven Regeln des Gesetzes regeln. Grundsätzlich lässt sich auch so im Sinne des § 426 BGB etwas „anderes“ für den Regress bestimmen. Das Aushandeln solcher Vereinbarungen ist nach den hierzu bekannten Erfahrungen in den USA, wo über kartellrechtliche sharing-agreements schon lange diskutiert wird, sehr kompliziert und langwierig. Vor allem die Mitglieder vielpöfiger Kartelle mit asymmetrischen Strukturen würden häufig keine Einiigung erzielen (*Leslie* 2009). Es mehren sich darüber hinaus die Zweifel an der Rechtswirksamkeit dieser Vereinbarungen (*Krüger* 2010, S. 155 f.; *Dreher* 2011, S. 155 f.). Dennoch liegt die Annahme nahe, dass sie auch hierzulande bereits praktiziert und etwaige Streitigkeiten hieraus von den Kar-

¹¹ Etwaige Feststellungen zum Schaden, die die Kartellbehörde im Rahmen der Bußgeldbemessung getroffen hat, machen dies nicht obsolet. Sie entfalten keine Feststellungswirkung im Zivilprozess i.S.d. § 33 Abs. 4 GWB (*Bornkamm* 2011, § 33 Rn. 144).

tellanten in nicht-öffentliche Schiedsgerichtsverfahren verlagert werden. Dem kann der Geschädigte durch ein angemessenes Vergleichsangebot Rechnung tragen.

Im Übrigen kann der Geschädigte nicht nur einen einzigen Vergleich anbieten, seine Bereitschaft zum Abschluss weiterer Vergleiche aber von sukzessiv höheren Zahlungen oder der Vorlage weiterer Beweismittel abhängig machen. Insofern findet sich eine gewisse Ähnlichkeit zu dem in der sog. „Bonusregelung“ geregelten Kronzeugenprogramm des Bundeskartellamts.

3. Zum Einfluss des Kartellregresses auf den Vergleich

Ob und inwieweit Kartellmitglieder auf solche Vergleichsangebote tatsächlich eingehen, bleibt ihrer autonomen Entscheidung überlassen. Schätzen ihre anwaltlichen Berater die Erfolgsaussichten bei der Abwehr einer Schadenersatzklage als hoch ein, müssen sie sich selbstverständlich auf keinen Vergleich einlassen. Dass dann jeder von ihnen riskiert, von einem Kartellopfer dennoch auf den Vollbetrag in Anspruch genommen zu werden, darüber jahrelang mit hohem Aufwand prozessieren zu müssen und nach kostenpflichtigem Unterliegen vor Gericht sogar noch auf den steinigen Weg des Kartellregresses verwiesen zu werden, liegt in der Natur der Dinge und insbesondere in der gesetzlichen Natur einer Gesamtschuld. Jeder muss das für sich selbst entscheiden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Kartellschadenersatzklagen regelmäßig als „Follow-on-Klagen“ im Anschluss an die Feststellung eines Kartellverstoßes durch die Kartellbehörde erhoben werden. Eine wesentliche Hürde für die Kläger ist somit von vornherein grundsätzlich genommen, nämlich der Nachweis des Kartellverstoßes. Die kartellbehördliche Entscheidung entfaltet im Zivilprozess Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB.

Im Kern stellt sich daher oft vielmehr die Frage, wie sich die Vergleiche hinreichend „regressfest“ machen lassen. Grundsätzlich ist es in dem Vertrag zwischen einem Gläubiger und einem einzelnen Gesamtschuldner nicht möglich, die Regressansprüche der Mitschuldner ohne deren Einverständnis zu beschneiden. Ein solcher Vertrag ginge zulasten Dritter und wäre daher unzulässig (*Bentele* 2006, S. 39 f.). Hat der Vergleichsbegünstigte an den Gläubiger nichts oder nur einen Betrag unterhalb des Betrags zu leisten, der auf ihn im Gesamtschuldnerausgleich entfiel, muss er folglich damit rechnen, von seinen Mitschuldnern entsprechend in Regress genommen zu werden. Für die Vergleichsbereitschaft eines Kartellanten erscheint dies ersichtlich abträglich. Dennoch finden sich in der Praxis bereits Vertragsgestaltungen für Vergleiche zwischen Opfern und einzelnen Tätern eines

Kartelldelikts, die für beide Seiten ersichtlich akzeptabel sind.¹² Die konkreten Vertragsinhalte hängen vom Einzelfall ab. Dabei spielt die Bereitschaft der Beteiligten, unter Umständen – im Sinne einer „second-best solution“ – auf gewisse Rechtspositionen zu verzichten, ebenso eine Rolle, wie es die spezifischen Eigenheiten des Kartellregresses und seiner Durchsetzbarkeit tun. Vieles spricht dafür, dass ein Kartellmitglied aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen in aller Regel keiner erheblichen Regressgefahr ausgesetzt ist (*Krüger 2012; 2010*).

In jedem Fall profitiert ein vergleichsbereiter Kartellant davon, im Falle einer für ihn günstigen Haftungsvereinbarung nicht derjenige sein zu müssen, der bei seinen Mitschuldern langwierig und mit ungewissem Ausgang schließlich Regress suchen muss. Das ist ein nicht zu unterschätzender Vorteil, zumal Gesamtschuldner untereinander als Teilschuldner haften. Der regresssuchende Kartellant müsste also jeden Mitkartellanten entsprechend dessen Quote individuell in Anspruch nehmen, um seine Regressansprüche insgesamt durchzusetzen.

4. Beitrag zum wirksamen Schadensausgleich und zur effektiven Abschreckung

Festzuhalten ist, dass Vergleichsabschlüsse nicht trotz, sondern auch wegen der Besonderheiten der Gesamtschuld das Potenzial haben, auf ihre Weise dazu beizutragen, dass der kartellrechtliche Schadenersatzanspruch seiner Aufgabe nachkommen kann, einen wirksamen Ausgleich für Kartellgeschädigte (zumindest annähernd) sicherzustellen und potenzielle Kartelltäter von einem illegalen Tun abzuschrecken. Dieses Ziel hat bereits der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle 2005 dem Kartellschadenersatzanspruch ausdrücklich zuerkannt (*Bundesregierung 2004*).

IV. Schlussbemerkung

Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder bilden in der deutschen Rechtspraxis ein zartes Pflänzchen, das noch gedeiht. Entsprechend hat die private Kartellrechtsdurchsetzung gerade in den letzten Jahren viele Herausforderungen für Wissenschaft und Praxis bereitgehalten. Angesichts der ersten Stellungnahmen in der Literatur zur Lösung der „passing-on“-Frage im „ORWI“-Urteil des Bundesgerichtshofs werden die bisherigen Diskussionen

¹² Vgl. das Urteil „CDC Hydrogene Peroxide“ des Europäischen Gerichts vom 15. Dezember 2011, Rechtssache T-437/08 2011, Rn. 18 ff.; siehe auch *Krüger* (2010, S. 288 f.).

wohl „ungetrübt“ weitergehen. Doch links und rechts der ausgetretenen Pfade lauern neue Fragen, sind aber zugleich mögliche Lösungsansätze für alte Fragen zu finden. Kartellrecht und Zivilrecht stehen in einem komplexen Zusammenhang zueinander. An der Gesamtschuld wird beispielhaft deutlich, welche Chancen, Risiken und Nebenwirkungen sogar ein derart althergebrachtes Konzept des Privatrechts für die Zukunft der Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt bereitzuhalten vermag.

Zusammenfassung

Gemäß dem Urteil „ORWI“ des Bundesgerichtshofs von 2011 haften Kartellmitglieder nach deliktsrechtlichen Grundsätzen für den durch ihr verbotenes Verhalten verursachten Schaden als Gesamtschuldner. Es ist gemeinhin bekannt, dass ein Kartellopfer folglich den Ersatz für seinen gesamten Schaden oder einen beliebigen Teil davon von jedem Kartellmitglied, das zu der Verletzung beigetragen hat, verlangen kann. Das Konzept der Gesamtschuld hat jedoch Auswirkungen auf die private Kartellrechtsdurchsetzung in Theorie und Praxis weit darüber hinaus. Dies zeigen erste praktische Erfahrungen auf diesem Gebiet. In Deutschland sind Kläger und Beklagte bereits dabei, in Kartellverfahren neue Prozesstaktiken zu entwickeln, die sich an den Eigenheiten der Gesamtschuld orientieren. Dazu gibt dieser Beitrag einen Überblick. Dargestellt wird insbesondere die Etablierung privater Kronzeugenmodelle in der Praxis. Das Beispiel der Gesamtschuld zeigt, welche besonderen Chancen und Risiken das allgemeine Privatrecht für die Kartellrechtsdurchsetzung vor deutschen Zivilgerichten bereitzuhalten vermag.

Literatur

- Angland, Joseph (2008), Joint and Several Liability, Contribution, and Claim Reduction, in: Wayne D. Collins (ed.), Issues in Competition Law and Policy, Vol. 3 ch. 95, Chicago, pp. 2369–2404.*
- Bechtold, Rainer (2010), Kommentierung in: Rainer Bechtold, Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 6. Aufl., München.*
- Bentele, Florian (2006), Gesamtschuld und Erlass: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht vor dem Hintergrund einer europäischen Rechtsvereinheitlichung, Tübingen.*
- Bornkamm, Joachim (2011), Kommentierung in: Eugen Langen und Herman-Josef Bunte (Hg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1: Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl., Köln.*

Böttcher, Lars (2011), Kommentierung in: Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald und Georg Maier-Reimer (Hg.), Erman: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 13. Aufl., Köln.

Bundesregierung (2004), Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache des Deutschen Bundestages, Nr. 15/3640 vom 12. August 2004.

- (1955), Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache des Deutschen Bundestages, Nr. 2/1158 vom 22. Januar 1955.

Bundeskirtschaftsministerium (2011), Referentenentwurf: Achttes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

von Caemmerer, Ernst (1968), Ausgleichsprobleme im Haftpflichtrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Nr. 9, S. 81–98.

Cauffman, Caroline (2011), The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages, The Competition Law Review, Vol. 7 Issue 2, pp. 181–220.

Dreher, Meinhard (2011), Die Haftungsverteilung bei der gesamtschuldnerischen kartellrechtlichen Schadenersatzhaftung, in: Stefan Bechtold, Joachim Jickeli und Mathias Rohe (Hg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Möschel, Baden-Baden, S. 149–167.

- (2007), Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung im europäischen Kartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Heft 3, S. 276–302.

Ehmann, Horst (2008), Kommentierung in: Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald und Georg Maier-Reimer (Hg.), Erman: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 11. Aufl., Köln.

Europäische Kommission (2008a), Weißbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg. vom 2. April 2008.

- (2008b), Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404 dated 2 April 2008.
- (2006), Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts: Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, SEC(2005) 1732 vom 10. Februar 2006.
- (2007), Entschließung vom 25. April 2007 zu dem Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2006/2207(INI), Drucksache 403/07.

Greger, Reinhard (2012), Kommentierung in: Richard Zöller, Zivilprozessordnung, 29. Aufl., Köln.

Grüneberg, Christian (2012), Kommentierung in: Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl., München.

Hecker, Jan/Schiemann, Gottfried (2011), Kommentierung in: Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald und Georg Maier-Reimer (Hg.), Erman: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 13. Aufl., Köln.

- Kersting*, Christian (2012), Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 14.06.2011 – C-360/09 Pfleiderer J. Bundeskartellamt, Juristenzeitung, Heft 1, S. 42–46
- (2008), Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Jg. 6 Heft 3, S. 252–271.
- Köhler*, Helmut (2004), Kartellverbot und Schadensersatz, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 99–103.
- Krüger*, Carsten (2011), Der Gesamtschuldnerausgleich im System der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 62 Heft 1, S. 6–13.
- (2010), Kartellregress: Der Gesamtschuldnerausgleich als Instrument der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, Baden-Baden.
- Leslie*, Christopher R. (2009), Judgment-Sharing Agreements, Duke Law Journal, Vol. 58 No. 5, pp. 747–825.
- Lettl*, Tobias (2003), Der Schadensatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 81 EG, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, Nr. 167, S. 473–493.
- Logemann*, Hans Philip (2009), Der Kartellrechtliche Schadensersatz: Die zivilrechtliche Haftung bei Verstößen gegen das deutsche und europäische Kartellverbot nach Ergehen der VO (EG) Nr. 1 /2003 und der 7. GWB-Novelle, Berlin.
- Looschelders*, Dirk (2012), Kommentierung in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 397–432, Neubearbeitung 2012, Berlin.
- Meeßen*, Gero (2011), Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht: Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?, Tübingen.
- Richter II*, Christian (1993), Sockelverteidigung, Neue Juristische Wochenzschrift, Heft 34, S. 2152–2157.
- Schreiber*, Till (2011), Praxisbericht Private Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensatzansprüchen, Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht, Ausgabe 1.11, S. 37–46.
- Wagner*, Gerhard (2009), Kommentierung in: Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht – Besonderer Teil III, 5. Aufl., München.
- Weitbrecht*, Andreas (2012), Schadensatzansprüche der Unternehmer und Verbraucher wegen Kartellverstößen, Neue Juristische Wochenzschrift, Heft 13, S. 881–886.

Kartellrechtsdurchsetzung im Gesundheitssektor nach Inkrafttreten des AMNOG

Von *Ulrich Grau*, Berlin

I. AMNOG und Kartellrecht

Seit Inkrafttreten des Arzneimittelmarktneuordnungsgesetzes (AMNOG) am 1. Januar 2011 ist das deutsche Kartellrecht (wieder) entsprechend auf die Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern und ihren Verbänden anwendbar. Der vorliegende Beitrag setzt sich mit der Durchsetzbarkeit und als Vorfrage mit der Reichweite der Anwendbarkeit des Kartellrechts im Gesundheitssektor auseinander.

1. Einführung: Entwicklungsgeschichte des Gesundheitskartellrechts bis zum Inkrafttreten des AMNOG

Bis Ende des Jahres 1999 war das deutsche Kartellrecht auf die Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager vollumfänglich anwendbar. Das Bundeskartellamt und die Zivilgerichtsbarkeit waren mit der Durchsetzung bzw. der gerichtlichen Überprüfung des Kartellrechts betraut. Dass das Kartellrecht zu dieser Zeit auch tatsächlich gerichtlich durchgesetzt wurde, belegen zahlreiche zivilgerichtliche Urteile, die die Krankenkassen zur Beachtung des Kartellrechts verpflichteten (vgl. z.B. BGH, Urteil v. 26.05.1987, KZR 13/85 – Krankentransporte; BGH, Urteil v. 04.02.1972, KZR, 104/70 – Seehilfen; BGH, Urteil v. 26.10.1961, KZR 1/61 – Gummistrümpfe).

Durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 wurde § 69 SGB V neu gefasst. Das 4. Kapitel des SGB V regelte danach die Rechtsbeziehungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern abschließend. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts waren nunmehr für die Beurteilung des Kartellrechts die Sozialgerichte zuständig (BSG, Urteil v. 31.08.2000, B 3 KR 11/98 R, MedR 2001, 530–535; BSG, Urteil v.

25.09.2001, B 3 KR 3/01, NJW-RR 2002, 1691–1694). Das Kartellrecht war – so das Bundessozialgericht – wegen § 69 SGB V auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern jetzt nicht mehr anwendbar (BSG, Urteil v. 31.08.2000, B 3 KR 11/98 R, MedR 2001, 530–535; BSG, Urteil v. 25.09.2001, B 3 KR 3/01, NJW-RR 2002, 1691–1694).

Im Jahr 2007 begann der Gesetzgeber mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG 2007), den Anwendungsausschluss des deutschen Kartellrechts auf Krankenkassen(verbände) – zumindest teilweise – wieder rückgängig zu machen, indem er die §§ 19 bis 21 GWB auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern für entsprechend anwendbar erklärte (§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V i.d.F. des GKV-WSG 2007). Nach § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V i.d.F. des GKV-WSG 2007 blieben weiterhin Verträge zwischen Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen(verbände) gesetzlich verpflichtet waren und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsatregelung galt, von einer entsprechenden Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts ausgenommen. Das Kartellverbot des § 1 GWB fand ebenfalls keine Anwendung auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern. Folglich sollten insbesondere missbräuchliche Verhaltensweisen marktstarker bzw. marktmächtiger Krankenkassen sowie Boykotte und Diskriminierungen der Vertragspartner der Krankenkassen verhindert werden (BT-Drucks. 16/4247, S. 35). Die Durchsetzung der Missbrauchsvorschriften oblag zu diesem Zeitpunkt allerdings noch dem Bundesversicherungsamt. Der Rechtsweg war immer noch „nur“ zu den Sozialgerichten eröffnet. Dies führte dazu, dass die Missbrauchsvorschriften gegen die gesetzlichen Krankenversicherungen nicht effektiv durchgesetzt und überwacht wurden. So hat das Bundesversicherungsamt – soweit ersichtlich – erstmals wenige Tage bevor seine Zuständigkeit für die Durchsetzung und Überwachung des Kartellrechts endete – nämlich am 28.12.2010 – ein Rundschreiben mit rudimentärem Bezug zum Kartellrecht an die Krankenkassen geschickt (Rundschreiben zu Verträgen der Hilfsmittelversorgung nach § 127 SGB V v. 28.12.2010, abrufbar auf der Homepage des Bundesversicherungsamtes unter: www.bundesversicherungsamt.de). Anlass waren Hilfsmittelleistungserbringer, die sich über das Verhalten der Krankenkassen im Rahmen von Vertragsverhandlungen nach § 127 Abs. 2 SGB V beschwert hatten. Von zahlreichen Leistungserbringern wurde insbesondere vorgetragen, die Krankenkassen würden ohne Verhandlungsbereitschaft Vertragsentwürfe diktieren, die die Leistungserbringer notgedrungen akzeptieren müssten, um an der Versorgung teilnehmen zu können. Das Bundesversicherungsamt beschäftigte sich in dem Rundschreiben jedoch nur sehr kurz und oberflächlich mit der Anwendbarkeit des Kartellrechts und fasste lediglich seine Rechtsposition zu exemplarischen Fra-

gestellungen zusammen. Von einer tatsächlichen Anwendung und Durchsetzung des Kartellrechts konnte auch hier nicht die Rede sein. Dies mag vor allem darauf zurückzuführen sein, dass das Bundesversicherungsamt als allgemeine Rechtsaufsichtsbehörde der Krankenkassen im Vergleich zum Bundeskartellamt weder über eine vergleichbare Expertise auf dem Gebiet des Kartellrechts noch über vergleichbare Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse verfügt. Im Zusammenspiel mit der Tatsache, dass auf kartellrechtliche Ansprüche gestützte Klagen der Leistungserbringer vor den Sozialgerichten meist erfolglos blieben (vgl. z.B. LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 23.01.2009, L 11 WB 5771/08; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 26.06.2008, L 5 KR 169/06; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 03.05.2007, L 16 KR 102/06), war die Kartellrechtsdurchsetzung – insbesondere aus Sicht der Leistungserbringer – zu dieser Zeit höchst unbefriedigend. Diese Rechtslage zementierte das Bundessozialgericht am 28.09. 2010 noch einmal, als es beschloss, dass für die gerichtliche Überprüfung der Tätigkeiten der Krankenkassen allein die Sozialgerichte zuständig sind (BSG, Beschluss v. 28.09.2010, B 1 SF 1/10 R). Die Zuständigkeit der Sozialgerichte führte letztendlich dazu, dass im Grunde nur die Einhaltung der sozialrechtlichen Normen überprüft wurde. Im konkreten Fall ging es um das Rechtsschutzbegehren von neun gesetzlichen Krankenkassen gegen das Auskunftsersuchen des Bundeskartellamts, die es wegen der gemeinsamen Verkündung und Erhebung von Zusatzbeiträgen an die Kassen förmlich zugestellt hatte.

Den „Stein ins Rollen“ in Richtung AMNOG brachten schließlich insbesondere die Arzneimittelrabattverträge der Allgemeinen Ortskrankenkassen (AOKen) nach § 130a Abs. 8 SGB V. So konnten die AOken durch gemeinsame Ausschreibungen der Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V für zahlreiche Wirkstoffe ihre rund 40%ige Nachfragemacht bündeln, ohne das Kartellverbot beachten zu müssen. Insbesondere von der Leistungserbringerseite wurde deshalb vorgetragen, es sei nicht sachgerecht, dass sie das Kartellverbot beachten müssten, die gesetzlichen Krankenkassen hingegen nicht. So führte das gemeinsame Vorgehen der Krankenkassen auf der einen Seite und das autonome Verhandeln der Leistungserbringer auf der anderen Seite dazu, dass ein ausgewogenes Verhandeln, das in aller Regel zu wettbewerblichen Ergebnissen führt, nicht möglich war (*Haus/Schaper* 2011, S. 52). Da jedoch das deutsche Kartellrecht auf die Krankenkassen als mächtige Nachfrager insoweit nicht anwendbar war, waren dem Bundeskartellamt die Hände gebunden. Auf das Europäische Kartellrecht wollte das Bundeskartellamt eine Untersagungs- oder Bußgeldentscheidung wegen der EuGH-Urteile „AOK Bundesverband – Festbeträge“ (EuGH, Urteil v. 16.03.2004, C-264/01) und „FENIN“ (EuGH, Urteil v. 11.07.2006, C-205/03) nicht stützen.

2. Kartellrechtliche Kernpunkte des AMNOG

Durch das AMNOG wurde die mit dem GKV-WSG 2007 eingeschlagene Richtung des Gesetzgebers hin zur (Wieder)Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts auf die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu Leistungserbringern konsequent fortgesetzt. Gemäß § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V ist neben den Missbrauchsvorschriften nun auch das Kartellverbot gem. § 1 GWB wieder auf die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihren Verbänden zu den Leistungserbringern und ihren Verbänden entsprechend anwendbar. Der Gesetzgeber begründete die Änderungen des § 69 SGB V im Rahmen des AMNOG insbesondere mit der Notwendigkeit, die Einkaufstätigkeit der Krankenkassen mit dem Kartellrecht zu erfassen (BT-Drucks. 17/2413, S. 26). Damit werde sichergestellt, dass dieses wettbewerblich relevante Verhalten in jedem Fall einer wettbewerblichen Kontrolle unterfällt. Als Beispiel werden in der Gesetzesbegründung die gemeinsamen Ausschreibungen der AOKen im Bereich der Rabattverträge gemäß § 130a Abs. 8 SGB V ausdrücklich genannt (BT-Drucks. 17/2413, S. 26). Folglich wollte der Gesetzgeber eine gewisse Waffengleichheit der Krankenkassen und der Leistungserbringer insbesondere im Bereich der Rabattvertragsverhandlungen nach § 130a Abs. 8 SGB V herbeiführen.

Von der entsprechenden Anwendbarkeit des Kartellrechts weiterhin ausgenommen sind nach § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V Verträge und sonstige Vereinbarungen von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind. Als Beispiel für Verträge, die auch weiterhin von der entsprechenden Anwendbarkeit des Kartellrechts ausgenommen sein sollen, nannte der Gesetzgeber die Heil- und Hilfsmittelverträge gemäß § 125 Abs. 2 SGB V und § 127 Abs. 2 SGB V (BT-Drucks. 17/3698, S. 51). Die Ausnahme vom Kartellrecht trägt, so die Begründung des Gesetzgebers, der Versorgungsrealität in der GKV Rechnung. So werden etwa in Teilbereichen der Hilfsmittelversorgung die Verträge regelhaft nach § 127 Abs. 2 SGB V auf Verbundsebene und damit kollektivvertraglich geschlossen.

Ebenso wichtig wie die materiellrechtliche Ausweitung der entsprechenden Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen(verbänden) und Leistungserbringer(verbänden) ist für die kartellrechtliche Praxis im Gesundheitssektor die Anwendung kartellbehördlicher Verfahrensregelungen, die Zuständigkeit des Bundeskartellamts und die Rechtswegzuweisung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit. Insbesondere dem Bundeskartellamt stehen nun sämtliche im GWB vorgesehene Befugnisse zur Durchsetzung des Kartellrechts und zur Ahndung etwaiger Verstöße zur Verfügung. Es kann Krankenkassen(verbände) durchsuchen und

bei Verstößen gegen das Kartellrecht ein Bußgeld gegen sie verhängen. Schließlich wird die Zuweisung kartellrechtlicher Streitigkeiten im Gesundheitssektor an die Zivilgerichte eine effektivere Kartellrechtsdurchsetzung befördern. Denn nunmehr sind wieder die (zumindest auch) auf das Kartellrecht spezialisierten Spruchkörper der Zivilgerichte für Urteile über das Kartellrecht zuständig.

II. Durchsetzbarkeit des Kartellrechts nach Inkrafttreten des AMNOG

Der Gesetzgeber hat weder die Bereiche, die dem Kartellrecht unterworfen sein sollen, klar im Gesetz benannt, noch die Ausnahmen hiervon ausdrücklich festgelegt. Er hat vielmehr eine vage entsprechende Anwendung des Kartellrechts auf die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihren Verbänden zu den Leistungserbringern und ihren Verbänden mit der Ausnahme für Verträge, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind, angeordnet. Dies hat dazu geführt, dass aktuell erhebliche Rechtsunsicherheit insbesondere hinsichtlich der Reichweite der entsprechenden Anwendung des Kartellrechts besteht. Deshalb steht in der Praxis momentan eher die Frage nach der Reichweite der entsprechenden Anwendbarkeit des Kartellrechts als dessen Durchsetzbarkeit im Vordergrund. Aktuelle Fallbeispiele sind u. a. der Streit über die kartellbehördliche Kontrolle der gemeinsamen Festlegung und die Verkündung von neun gesetzlichen Krankenkassen, Zusatzbeiträge erheben zu wollen sowie der „biha-Fall“.

1. Zusatzbeiträge der Krankenkassen

Am 25. Januar 2010 hatten neun gesetzliche Krankenkassen auf einer gemeinsamen Pressekonferenz die Einführung von Zusatzbeiträgen angekündigt. Daraufhin leitete das Bundeskartellamt am 17. Februar 2010 ein Kartellverwaltungsverfahren gegen diese neun Krankenkassen ein. Das Amt wollte dem Verdacht nachgehen, dass die Kassen gegen das Kartellverbot gem. § 1 GWB verstößen haben, weil sie gemeinsam angekündigten, Zusatzbeiträge zu erheben. Gegenstand des Verwaltungsverfahrens war die Frage, ob der Festlegung und Bekanntgabe der Zusatzbeiträge verbotene Kartellabsprachen zu Grunde lagen (Pressemeldung des Bundeskartellamts v. 22.02.2010). Gegen den Auskunftsbeschluss des Bundeskartellamts klagte eine der Krankenkassen vor dem Hessischen Landessozialgericht und berief sich auf die Verletzung ihres Selbstverwaltungsrechts als Trägerin der Sozialversicherung. Das Bundeskartellamt rügte mit seiner Klageerwiderung den beschrittenen Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit als

unzulässig und beantragte die Verweisung des Rechtsstreits an das Oberlandesgericht Düsseldorf. Das Hessische Landessozialgericht bestätigte jedoch den Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit (Beschluss vom 01.06.2010, L 1 KR 89/10 KL). Wie bereits erwähnt bestätigte schließlich auch das Bundessozialgericht – auf die diesbezügliche Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts hin – mit seinem Beschluss vom 28.09.2010 (B 1 SF 1/10 R) die Entscheidung des Hessischen Landessozialgerichts und erklärte den Rechtsweg zu den Sozialgerichten für zulässig. Daraufhin entschied das Hessische Landessozialgericht am 15.09.2011 (L 1 KR 89/10 KL), dass gem. § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB IV und § 90 SGB IV dem Bundesversicherungsamt für bundesunmittelbare Versicherungsträger eine umfassende und ausschließliche Rechtsaufsicht zugewiesen sei. Für eine parallele Zuständigkeit der Kartellaufsicht durch das Bundeskartellamt über Krankenkassen bestehe kein Raum. Des Weiteren sei das GWB nicht auf die hier einschlägigen Beziehungen der Krankenkassen untereinander im Wettbewerb um beitragszahlende Mitglieder anzuwenden. Auf die Einlegung der – vom Hessischen Landessozialgericht zugelassenen – Revision zum Bundessozialgericht verzichtete das Bundeskartellamt mit der Begründung fehlender Erfolgsaussichten, insbesondere aufgrund des insoweit wegweisenden Beschlusses des Bundessozialgerichts vom 28.09.2010. So habe das Bundessozialgericht bereits im Vorfeld durchblicken lassen, dass es die Haltung des Hessischen Landessozialgerichts teilt (*Mundt 2011, S. 2755*).

Zwar beziehen sich die vorstehenden Entscheidungen des Hessischen Landessozialgerichts sowie des Bundessozialgerichts noch auf die Gesetzeslage vor 2011, d.h. vor Inkrafttreten des AMNOG. Da die aktuelle Fassung des § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V ebenfalls die entsprechende Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts auf Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern beschränkt, kann auch heute noch argumentiert werden, dass die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen untereinander davon ausgenommen sind. Unter Berufung auf diese Rechtsprechung stoppte das Bundeskartellamt kurz nach dem Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 15.09.2011 auch die Fusionskontrolle bei Zusammenschlüssen von Krankenkassen. Es sah sich nach dem Urteil des Hessischen Landessozialgericht nicht mehr in der Lage, horizontale Absprachen und Fusionen von Krankenkassen zu überprüfen und forderte den Gesetzgeber auf, die durch die Rechtsprechung des Hessischen Landessozialgerichts entstandene Gesetzeslücke in diesem Bereich zu schließen (*Mundt 2011, S. 2755 f.*).

Das Bundesministerium für Gesundheit reagierte prompt und legte am 02.03.2012 einen Referentenentwurf über die Ausdehnung der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen vor. Danach sollen zum Einen das Kartellverbot und die Missbrauchsvorschriften auch auf das

Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten für entsprechend anwendbar erklärt werden. Zum Anderen sollen die Regelungen über die Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB bei Vereinigungen von Krankenkassen entsprechende Anwendung finden. Zuständig sollen jeweils die Kartellbehörden sein. Damit einhergehend soll die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf die entsprechende Anwendung der Kartellaufsicht über Krankenkassen und ihre Verbände sowie die Zusammenschlusskontrolle nach den Vorschriften des GWB bei der Vereinigung von Krankenkassen ausgedehnt werden.

Der Referentenentwurf ist zu begrüßen. Seine Umsetzung würde die in diesem Bereich bestehende Rechtsunsicherheit beseitigen und eine effektivere Kartellrechtsanwendung, -durchsetzung und -überwachung durch das Bundeskartellamt und die darauf spezialisierten Spruchkörper der Zivilgerichtsbarkeit ermöglichen. Zudem sind keine Gründe ersichtlich, weshalb für Kartellabsprachen der Krankenkassen untereinander ein kartellrechtsfreier Raum bestehen soll. Insofern würde auch die notwendige „Waffen-Gleichheit“ zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern hergestellt, die in der Regel zu wettbewerblichen Verhandlungen führt. Darüber hinaus können gerade auch absatzseitige Koordinationen der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber den Versicherten dem Wettbewerb schaden (*Haus/Schaper* 2011, S. 69). Eine Abstimmung beispielsweise von (Wahl-)Tarifen, Zusatzausleistungen, Beitragssätzen, Prämien und Zusatzbeiträgen, bei denen die Krankenkassen über einen erheblichen Ermessens- und Verhandlungsspielraum verfügen (*Kersting/Faust* 2011, S. 14), beschränkt in der Regel den Wettbewerb (*Haus/Schaper* 2011, S. 69) und bedarf daher einer kartellrechtlichen Kontrolle durch die Kartellbehörden und die Zivilgerichte.

2. Der „biha-Fall“

Ein weiterer Fall aus der kartellrechtlichen Praxis, der belegt, dass derzeit die Frage nach der Reichweite der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen(verbände) zu Leistungserbringern und ihren Verbänden von erheblicher Rechtsunsicherheit gekennzeichnet ist, ist der „biha-Fall“. Im Jahr 2010 hatte das Bundeskartellamt auf der Grundlage von §§ 1, 19, 20 GWB sowie Art. 101, 102 AEUV gegen die Bundesinnung der Hörgeräteakustiker (biha) ein Kartellverwaltungsverfahren wegen des Verdachts wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens durch die Vereinbarung von Exklusivitätsklauseln bezüglich der Preise der abzugebenden Hörgeräte in Verträgen mit gesetzlichen Krankenkassen gem. § 127 Abs. 2 SGB V eingeleitet. Durch Beschluss vom 11. Juni 2010 verpflichtete das Bundeskartellamt zur Prüfung eines etwaigen Verstoßes gegen das Kartell-

recht die biha, bestimmte Unterlagen zur Einsichtnahme und Prüfung vor Ort vorzulegen und herauszugeben. Dementsprechend wurden am 1. Juli 2010 in den Geschäftsräumen der biha Unterlagen eingesehen, geprüft und von der biha herausgegeben.

Gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 11. Juni 2010 legte die biha am 28. Juli 2010 beim Oberlandesgericht Düsseldorf Beschwerde ein. Die biha begründete ihre Beschwerde insbesondere damit, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt, Mitte 2010, das Kartellverbot auf die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungserbringerverbänden und Krankenkassen(verbänden) nicht anwendbar war. Wie schon dargelegt, waren nach § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V i.d.F. des GKV-WSG 2007 zwar die §§ 19 bis 21 GWB auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern entsprechend anwendbar, nicht aber das Kartellverbot nach § 1 GWB. Das Kartellverbot nach § 1 GWB war daher nach Auffassung der biha von vornherein nicht anwendbar auf ihre Verträge mit den Krankenkassen gem. § 127 Abs. 2 SGB V. Zudem stützte die biha ihre Beschwerde darauf, dass § 127 Abs. 2 SGB V eine ausdrückliche Verbandskompetenz zu ihren Gunsten zum Abschluss von Verträgen enthalte, die auch die Preise der abzugebenden Hörgeräte einheitlich regeln. Diese Verbandskompetenz würde leer laufen, wenn es der biha nicht gestattet sei, sich im Vorfeld mit den in ihr zusammengeschlossenen Hörgeräteakustikern abzustimmen, welche Preise für die Hörgeräteakustiker tragbar sind, so dass diese die von der biha abgeschlossenen Verträge gem. § 127 Abs. 2 SGB V auch tatsächlich erfüllen können. Insoweit müsse die spezielle sozialrechtliche Kompetenz der biha den allgemeinen Vorschriften des GWB vorgehen und auch horizontale Absprachen zwischen ihren Mitgliedern ermöglichen. Nicht umsonst habe der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zum AMNOG festgehalten, dass alle Verträge, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder ihre Verbände gesetzlich verpflichtet sind, vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ausgenommen sind. Dies betreffe alle Versorgungsverträge, die entweder die Krankenkassen oder die jeweiligen Verbände mit den Leistungserbringern oder deren Verbänden zur Sicherstellung der Versorgung der Versicherten abzuschließen haben. Solche zwingenden Vertragsverpflichtungen finden sich ausweislich der Gesetzesbegründung z.B. in der Heilmittelversorgung im § 125 Abs. 2 SGB V und ausdrücklich in der Hilfsmittelversorgung im § 127 Abs. 2 SGB V. Die Ausnahme vom Kartellrecht trägt nach der Gesetzesbegründung der Versorgungsrealität in der GKV Rechnung. So werden etwa in Teilbereichen der Hilfsmittelversorgung die Verträge regelhaft nach § 127 Abs. 2 SGB V auf Verbandsebene und damit kollektivvertraglich geschlossen. Das europäische Kartell- und Marktmachtsmissbrauchsverbot waren – so die biha – mangels Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns auf die vermeintlichen kartellrechtswidrigen Handlungen der

biha ebenfalls von vornherein nicht anwendbar. Schließlich sei für die Durchsetzung der §§ 19 bis 21 GWB – die von der biha nach ihrer Auffassung nicht verletzt wurden – zur Zeit des Beschlusserlasses das Bundesversicherungsamt und nicht das Bundeskartellamt zuständig gewesen.

Die Beschwerde der biha wies das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 4. Mai 2011 zurück. Das Oberlandesgericht erkannte auf der einen Seite zwar an, dass die biha gem. § 127 Abs. 2 SGB V für ihre Mitglieder einheitliche Versorgungsverträge mit den Krankenkassen abschließen darf (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 04.05.2011, VI-Kart 7/10 (V), Rn. 28). Da diese Verträge gem. § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V Einzelheiten über die Versorgung mit Hilfsmitteln, deren Wiedereinsatz und Qualität, die Anforderungen an die Fortbildung, die Preise und die Abrechnung enthalten, gestattet das Oberlandesgericht der biha – zumindest implizit – auch, einheitliche Preise für die von ihren Mitgliedern abzugebenden Hörgeräte mit den Krankenkassen zu vereinbaren. Auf der anderen Seite betonte das Oberlandesgericht Düsseldorf aber, dass es sich bei internen Willensbildungen der biha-Mitglieder untereinander im Vorfeld von Vertragsabschlüssen nach § 127 Abs. 2 SGB V um Maßnahmen im Horizontalverhältnis der Leistungserbringer gehandelt habe, die als solche grundsätzlich nicht dem Anwendungsausschluss des Kartellrechts gem. § 69 Abs. 1 SGB V i.d.F. des GKV-WSG 2007 unterfielen. Sie waren – so das Oberlandesgericht Düsseldorf – auch nicht als eine Maßnahme in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen ausnahmsweise dem Anwendungsbereich des § 1 GWB entzogen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 04.05.2011, VI-Kart 7/10 (V), Rn. 24).

Das Oberlandesgericht Düsseldorf anerkennt damit, dass auch Verhaltensweisen der Leistungserbringer im Horizontalverhältnis von der Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts ausgeschlossen sein können. Voraussetzung dafür ist nach der Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf aber, dass es um Handlungen in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen geht. Hinsichtlich der Frage, ob ein im Vorfeld eines kollektiven Hilfsmittelvertrages getroffener Beschluss des Leistungserbringerverbands den kartellrechtlichen Bestimmungen unterliegt, stellt das Oberlandesgericht Düsseldorf folglich auf das Regelungsziel der vertraglichen Bestimmung ab. Damit erkennt das Oberlandesgericht Düsseldorf das Spannungsverhältnis zwischen dem Kartellverbot auf der einen und der gesetzlichen Privilegierung der Leistungserbringerverbände gem. § 127 Abs. 2 SGB V auf der anderen Seite grundsätzlich an. Die Abgrenzung des Oberlandesgerichts Düsseldorf je nach Regelungsziel der vertraglichen Vereinbarung ist jedoch rechtlich nicht überzeugend und beseitigt die bestehende Rechtsunsicherheit nicht. So sind zahlreiche Fallgestaltungen z. B. im

Hinblick auf Preis- und Qualitätsvereinbarungen zwischen Leistungserbringerverbänden und Krankenkassen(verbänden) denkbar, in denen eine valide Abgrenzung zwischen der Förderung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags (beispielsweise durch hohe Qualitätsanforderungen an die Betriebsstätten der Hörgeräteakustiker oder günstige Preise für Hörgeräte) und der (ggf. dadurch entstehenden) Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht vorgenommen werden kann. Zudem dienen letztlich alle Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen (Säcker/Kaeding 2012, S. 20). Die richtige Lösung kann daher nur sein, dem Willen des Gesetzgebers Rechnung zu tragen und Verträge gemäß § 127 Abs. 2 SGB V zwischen einer Krankenkasse und einem Leistungserbringerverband gem. § 69 Abs. 1 SGB V i. d. F. des GKV-WSG 2007 volumfähiglich, d.h. einschließlich der sie vorbereitenden Beschlüsse der Leistungserbringer untereinander, von der Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts auszunehmen.

Mit Beschluss vom 18.11.2011 hat das Bundeskartellamt der biha ihr vermeintlich kartellrechtswidriges Verhalten untersagt, obwohl die biha auf die in Streit stehenden Klauseln bereits im Dezember 2010 endgültig verzichtet hatte. Gegen diesen Beschluss des Bundeskartellamts hat die biha Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt und die Zulassung der Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof beantragt.

3. BGH

In welchem Verhältnis das Kartell- und Sozialrecht vor und nach Inkrafttreten des AMNOG am 1. Januar 2011 zueinander stehen, hat der Bundesgerichtshof soweit ersichtlich bislang nicht entschieden. Für die Rechtsbeziehungen von gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern ist es von grundsätzlicher Bedeutung, in welchen Konstellationen das Sozialrecht die Anwendbarkeit des Kartellrechts bereits von vornherein nicht vorsieht (§ 69 SGB V i. d. F. des GKV-WSG 2007) bzw. sperrt (§ 69 SGB V (n.F.) i. V. m. § 127 Abs. 2 SGB V). Die Reichweite der Ausnahmeverordnung des § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V (i. d. F. des GKV-WSG 2007 und in seiner heutigen Fassung) ist unklar und umstritten und wirft zahlreiche materiell- und verfahrensrechtliche Fragen auf. Diese Rechtsfragen sind über die hier exemplarisch dargestellten Fälle hinaus für nahezu alle Leistungserbringer im Gesundheitswesen und die gesetzlichen Krankenkassen von erheblicher Bedeutung. Deshalb kann der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und insbesondere einer ggf. darauf folgenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs mit Spannung entgegengesehen werden.

III. Zusammenfassung

Mit dem AMNOG verfolgt der Gesetzgeber seine mit dem GKV-WSG 2007 eingeschlagene Linie hin zur Ausdehnung der entsprechenden Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen weiter. Allerdings besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Reichweite der entsprechenden Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts. Insbesondere die Reichweite der Ausnahmeverordnung des § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V ist unklar und wirft zahlreiche materiell- und verfahrensrechtliche Fragen auf. Sofern der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit vom 02.03.2012 über die Ausdehnung der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen im Rahmen der 8. Novellierung des GWB Gesetz wird, wird die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit ein Stück weit beseitigt. Zudem wird die „Waffengleichheit“ zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern gefördert, da die Krankenkassen dann auch im Horizontalverhältnis untereinander sowie im Verhältnis zu ihren Mitgliedern zur Beachtung des Kartellrechts verpflichtet wären. Wenn im Hinblick auf die Reichweite der entsprechenden Anwendbarkeit des Kartellrechts – ggf. unter Mithilfe des Bundesgerichtshofs – mehr Rechtssicherheit besteht, wird man der Durchsetzbarkeit des Kartellrechts im Gesundheitssektor vermehrte Aufmerksamkeit schenken können.

Es ist bedauerlich, dass das Bundeskartellamt bisher die schon vor AMNOG intendierte Überprüfung der Rabattverträge der gesetzlichen Krankenkassen, insbesondere der AOKen, nicht vorgenommen hat.

Literatur

- Haus, Florian C./Schaper, Tim*, Das AMNOG – neues Gesundheitskartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 1/2011, S. 48–74.
- Kersting, Christian/Faust, Sabine*, Krankenkassen im Anwendungsbereich des Europäischen Kartellrechts, Wirtschaft und Wettbewerb 01/2011, S. 6–16.
- Mundt, Andreas*, Deutsches Ärzteblatt, Jg. 108, Heft 51–52, S. 2754–2756.
- Säcker, Franz Jürgen/Kaeding, Nadja*, Die wettbewerbliche Kontrolle von Vereinbarungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern nach Maßgabe des § 69 Abs. 2 SGB V n.F., Medizinrecht (2012) 30, S. 15–24.

Erfahrungsbericht zu den wettbewerbspolitischen Wirkungen des europäischen und deutschen Kartellrechts – am Beispiel der Fusionskontrolle

Von *Josef Lothar Schulte*, Frankfurt a. M.

I. Bedeutung der Fusionskontrolle

Im Folgenden werde ich über meine Erfahrungen zu den wettbewerbspolitischen Wirkungen des Kartellrechts berichten. Dabei werde ich mich auf die deutsche und europäische Fusionskontrolle beschränken. Ich möchte eine rechtsvergleichende Betrachtung der beiden Rechtskreise anstellen und der Frage nachgehen, inwieweit eine Effizienzprüfung der Fusionskontrollvorschriften erforderlich erscheint.

Die Fusionskontrolle ist neben dem Kartellverbot einer der wichtigsten Pfeiler der kartellrechtlichen Regelungen. Wir blicken in Deutschland auf eine fast 40-jährige, in Europa auf eine über 20-jährige Praxis zurück. Ich persönlich verfolge die Fusionskontrollpraxis nun seit fast 30 Jahren. Eine Einschränkung oder gar Abschaffung der Fusionskontrolle steht auch nach meiner Auffassung nicht zur Diskussion. Die Fusionskontrolle hat eine von den betroffenen Unternehmen intensiv wahrgenommene Vorfeldwirkung. Davon zeugen die Statistiken des Bundeskartellamtes.¹ Sie hat einer in den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts befürchteten Vermachtung der Märkte² erfolgreich entgegengewirkt.

Die Fusionskontrolle sollte von Anfang an *ultima ratio* sein.³ Deshalb wurden in Deutschland die Aufgreifschwellen recht hoch gewählt. Die Schwellen sind seit Ende der 90er Jahre im Prinzip gleich geblieben, so

¹ Vgl. nur den Tätigkeitsbericht des BKartA für die Jahre 2009/2010, BT-Drucksache 17/6640, S. 23 f.

² Siehe *Jörg Huffschmid*, Die Politik des Kapitals 1969, dessen Vorraussagen zur Vermachtung der Märkte wohl insgesamt nicht eintraten!

³ Dieser Ansatz ergibt sich aus dem verfassungsmäßigen Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Eingriffsverwaltung, vgl. dazu auch *Mestmäcker/Veelken*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht GWB, 4. Auflage, § 40, Anm. 49 ff.; *Fuchs*, Festschrift für Franz Jürgen Säcker, S. 649, 652.

dass aufgrund der Inflation eine faktische Absenkung der Aufgreifschwellen stattgefunden hat.⁴

Die Fusionskontrolle hat einen erstaunlichen „Siegeszug“ in allen Mitgliedsstaaten in Europa und inzwischen auch in allen wirtschaftlich entwickelten Staaten der Welt angetreten.⁵ Wenn ein international tätiges Unternehmen ein anderes, ähnlich aufgestelltes Unternehmen erwirbt, wird es mittlerweile eine Vielzahl nationaler Fusionskontrollverfahren durchlaufen müssen. Dieser Vorgang ist auch finanziell einem Hürdenlauf vergleichbar.⁶

Die Fusionskontrolle trägt im Vergleich zum Kartellverbot eine Prognoseentscheidung in sich. Diese fällt offenbar je nach Jurisdiktion unterschiedlich aus. Mein Anliegen ist es, die Prognoseentscheidung zu verbessern. Dies würde den Unternehmen einerseits Rechtssicherheit geben und zudem den staatlichen Eingriff in die Wirtschaft noch zuverlässiger machen.

II. Entwicklung der deutschen Fusionskontrolle

1998 ist die deutsche Fusionskontrolle mit der 6. GWB-Novelle grundlegend reformiert worden. Die neun Jahre zuvor (nämlich 1989) neu eingeführte und damit modernere europäische Fusionskontrolle wirkte auf ihren Initiator, die deutsche Fusionskontrolle, zurück.

Die in unterschiedlichsten Regelungen verstreuten formellen Aufgreifkriterien wurden systematisch zusammengefasst. Die Zusammenschlusstatbestände und Umsatzschwellen befinden sich nunmehr in zwei Regelungen.

Das Klagerecht Dritter gegen eine Freigabeentscheidung wurde neu eingeführt.

Die schon damals existierende Zusagenpraxis des Bundeskartellamtes wurde auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Die Freigabeentscheidung des BKartA konnte nun mit Bedingungen und Auflagen versehen werden.

Und schließlich: Die bis dahin teilweise nachträgliche Fusionskontrolle wurde durch eine insgesamt präventive Fusionskontrolle ersetzt.

⁴ Vor der 6. GWB-Novelle lagen gem. § 23 Nr. 2 a.F. die Aufgreifschwellen für die nachträgliche FK bei 500 Mio. DM und gem. § 24a GWB a.F. für die präventive FK bei zwei Milliarden DM. Mit Einführung der generellen präventiven FK wurde die Aufgreifschwelle auf 500 Mio. € (ca. eine Milliarde DM) festgelegt. Seit 1998 (seit 14 Jahren) gilt diese Schwelle unverändert; siehe auch Monopolkommision, VIII. Hauptgutachten 1988/1989, Tz. 510, die schon damals auf dieses Phänomen hinwies.

⁵ Bis auf Luxemburg haben alle Mitgliedstaaten der EU eigene Fusionskontrollen eingeführt.

⁶ In nahezu allen Staaten löst die Anmeldung eines Fusionsvorhabens eine Gebührenpflicht aus.

Mit dem Dritten Mittelstandsentlastungsgesetz wurde sodann im Jahr 2009 noch eine de minimis-Schwelle, die sogenannte zweite Inlandsumssatzschwelle in Höhe von EUR 5 Mio. eingeführt.

1. Aufgreifkriterien – formelle Fusionskontrolle

Die Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle sollen deren Anwendungsbereich klar regeln.⁷ Das Bundeskartellamt hat bei Zusammenschlüssen, die die Schwellen unterschreiten, kein Aufgreifermessen. Bei Überschreitung müssen die Fälle zur Prüfung angenommen werden.

Der Bürger bzw. das betroffene Unternehmen sollen selbst und anhand nachvollziehbarer Kriterien einschätzen können, ob ein geplanter Zusammenschluss anmeldpflichtig ist oder nicht.⁸ Denn eine Fehleinschätzung hat in Anbetracht des in § 41 Abs. 1 GWB geregelten Vollzugsverbotes, der daraus folgenden Unwirksamkeit der zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte, sowie drohender Entflechtungs- und Bußgeldmaßnahmen weitreichende negative Folgen.

Gleichwohl werden die Entscheidungen des Bundeskartellamtes und auch die Entscheidungen der Gerichte zunehmend komplexer und weniger nachvollziehbar.⁹

Wegen der relativ niedrigen Aufreisewellen und der gleichzeitig weit ausgreifenden Zusammenschlusstatbestände hat die deutsche Fusionskontrolle im Vergleich zur europäischen Fusionskontrolle eine relativ hohe Kontrolldichte.

Schon ab einer Beteiligungsschwelle von deutlich weniger als 25% kann der Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB (das ist der wettbewerblich erhebliche Einfluss) ausgelöst werden.¹⁰

Der Gesetzgeber versuchte, mit dem Dritten Mittelstandsentlastungsgesetz die Kontrolldichte maßvoll zurückzunehmen. Das Schlagwort lautete: „Entbürokratisierung!“ Unternehmen sollten von den als sehr niedrig empfundenen Umsatzschwellen der deutschen Fusionskontrolle entlastet werden.¹¹

⁷ Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Rn. 506.

⁸ Schulte, in: Schulte/Just, Kartellrecht 2012, § 35 Rdn. 3; Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Rn. 506.

⁹ Vgl. nur die Darstellung bei Emmerich, AG 2010, S. 517, 525 zum Fall „Faber/Basalt“.

¹⁰ Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 530 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. November 2008, Kart 5/08 (v) WuW/E DE-R 2462 – A-TEC/Norddeutsche Affinerie.

¹¹ Schulte, in: Schulte/Just, Kartellrecht 2012, vor § 35 Rdn. 4.

Das Bundeskartellamt scheint in eine andere Richtung zu tendieren. Da stellt sich aus wettbewerbspolitischer Sicht schon die Frage, wie hoch die Kontrolldichte sein muss.

Zwei Beispiele:

2. Zweite Inlandsumsatzschwelle

Der neue § 35 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 2 GWB sieht vor, dass bei einem Zusammenschluss – neben einem gemeinsamen weltweiten Umsatz der Beteiligten von mehr als EUR 500 Mio. und einem Umsatz eines Beteiligten in Deutschland von mehr als EUR 25 Mio. – ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als EUR 5 Mio. in Deutschland erzielt haben muss, um der Anmeldepflicht zu unterliegen. Damit fallen bestimmte Zusammenschlüsse nicht mehr in den Anwendungsbereich der deutschen Fusionskontrolle.

So ist der vollständige Erwerb eines Betriebsstandortes, sofern dieser im vergangenen Jahr im Inland Umsätze von weniger als EUR 5 Mio. erzielt hat, von der Fusionskontrolle ausgenommen. Auf die Umsätze des veräußernden Unternehmens kommt es insoweit nämlich nicht an.¹²

Hauptsächlich dient die Vorschrift dazu, Zusammenschlüsse mit ausländischen Beteiligten von der deutschen Zusammenschlusskontrolle auszunehmen, sofern die Inlandsauswirkungen unerheblich sind. Die Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle eröffnet aber auch Spielräume für deutsche Unternehmen.

Die Fusionskontrollanmeldungen beim Bundeskartellamt sind daraufhin signifikant – nämlich um ca. 40% – zurückgegangen.¹³ Trotz der international vergleichsweise weiterhin sehr niedrig gewählten Schwelle ist dem Dritten Mittelstandsentlastungsgesetz vom 24. März 2009 daher ein gewisser Erfolg zu bescheiden: Der bürokratische Aufwand wurde tatsächlich reduziert. Die zurückgehende Zahl der Anmeldungen hat im BKartA eine gewisse Unruhe ausgelöst.

Daher legt das Bundeskartellamt in seiner Amtspraxis die Voraussetzungen für die Anwendung der zweiten Inlandsumsatzschwelle sehr eng aus, um die aus seiner Sicht herabgesetzte Kontrolldichte wieder zu erhöhen.

¹² Die Einschränkung der Bagatellklausel des § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB (Abhängigkeit des Unternehmens i. S. d. § 36 Abs. 2 GWB) gilt hier nicht, sondern die allgemeine Vorschrift des § 38 Abs. 5 GWB, wonach beim Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens für die Berechnung der Umsatzerlöse nur auf den veräußerten Vermögensteil abzustellen ist.

¹³ Tätigkeitsbericht des BKartA 2009/2010, 17/6640, S. 157 ff.

Das Bundeskartellamt dehnt nämlich den Kreis der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen aus.

So hat das Amt im Fall *Shell/Honsel Mineralölvertrieb* die Umsätze eines Verpächters berücksichtigt, weil dieser durch den Pachtvertrag mit dem Pachtgegenstand verbunden bliebe.¹⁴ Damit bewertet es den strukturellen Übergang von Betriebsstätten nicht mehr einheitlich.

Im Grundsatz gilt, dass die Verpachtung einer Betriebsstätte an einen Dritten, genauso wie ein Verkauf, eine Fusionskontrollpflicht dieses Dritten begründen kann. Der Verpächter kann nämlich keinen Einfluss mehr auf die Betriebsstätte ausüben.¹⁵ Auf seine Umsätze dürfte es daher – wie auch bei einem Verkauf – nicht mehr ankommen. Wie nun der Verpächter mit dem Pachtgegenstand im Sinne einer wettbewerblichen Einflusssphäre verbunden bleiben soll, ist unerfindlich.

Mit der derzeit geplanten 8. GWB-Novelle soll die Vorschrift der zweiten Inlandsumsatzschwelle wieder eingeschränkt werden. Es soll eine Regelung ähnlich dem Art. 5 Abs. 2 Satz 2 FKVO in die deutsche Fusionskontrolle eingeführt werden.¹⁶ Dieser sieht vor, dass Zusammenschlüsse, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Beteiligten eingegangen werden, zu einem einheitlichen Zusammenschluss zusammenzurechnen sind. Die zuletzt erreichten addierten Umsätze werden bei der Prüfung der Umsatzschwellen zugrunde gelegt.

Dem „scheibchenweisen“ Erwerb eines Unternehmens soll damit Einhalt geboten werden.¹⁷ Das Bundeskartellamt begrüßt die Einführung dieser Vorschrift deshalb ausdrücklich.¹⁸ Offen bleibt allerdings, ob es solche Umgehungsstrategien tatsächlich gegeben hat. Offenbar werden sie vermutet, ohne dass es Erfahrungsberichte gibt, die solche Umgehungsstrategien tatsächlich belegen. Auch die Monopolkommission hat sich der Auffassung des BKartA angeschlossen und beruft sich auf die Erfahrungen des Amtes, ohne allerdings Beispiele zu zitieren.¹⁹

Außerdem hätte schon *de lege lata* die Ansicht vertreten werden können, dass der Fall zeitlich gestaffelter Erwerbe zur Unterschreitung der Umsatzschwellen als ein einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang zu werten ist.²⁰

¹⁴ BKartA, Beschluss vom 8. Juni 2009, B8 – 31/09, Rn. 10.

¹⁵ Peter, in: Schulte Handbuch Fusionskontrolle, 2. Auflage, Rn. 137.

¹⁶ Vgl. den Referentenentwurf zur 8. GWB Novelle, S. 42.

¹⁷ Wie vor.

¹⁸ Stellungnahme des BKartA zum Referentenentwurf zur 8. GWB – Novelle vom 30.11.2011, S. 5.

¹⁹ Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 475.

²⁰ Schulte, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, AG 1998, S. 297, 306.

3. Bagatellmarktschwelle

Nach § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB ist ein Zusammenschluss nicht fusionskontrollpflichtig, soweit ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Dienstleistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als EUR 15 Mio. umgesetzt worden sind. Volkswirtschaftlich unbedeutende Märkte sollen also nicht von der Fusionskontrolle erfasst werden.

Bis zur 6. GWB Novelle waren Bagatellmärkte nach § 24 Abs. 8 Nr. 3 GWB a.F. nur der materiellen Fusionskontrolle entzogen. Zusammenschlüsse, die einen Bagatellmarkt betrafen, mussten zwar angemeldet werden, konnten aber gemäß § 24 Abs. 8 Nr. 3 GWB a.F. nicht untersagt werden. Mit der 6. GWB-Novelle entzog der Gesetzgeber Bagatellmärkte auch der formellen Fusionskontrolle, d.h. fortan unterlagen sie schon keiner Anmeldepflicht mehr.²¹ Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung den Verwaltungsaufwand reduzieren und damit auch kleineren Unternehmen entgegen kommen.²²

Das Bundeskartellamt hat in seinem Beschluss *Faber/Basalt*²³ die Ansicht vertreten, dass zur Feststellung der Aufgreifkriterien eine kurSORische Prüfung der Bagatellmarktschwelle vorzunehmen sei. Dazu könnten auch mehrere Bagatell- oder auch (vor- oder nachgelagerte) Märkte zusammengerechnet werden. Sei dann die „Umsatzschwelle“ von EUR 15 Mio überschritten, bestünde eine Anmeldepflicht.

Im konkreten Fall ging es um den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung eines mittelständischen Bauunternehmens an einer Gesellschaft, die eine Asphaltmischanlage betrieb und mehrheitlich einem großen Baustoffkonzern zuzurechnen war. Das Bundeskartellamt rechnete zwei eigenständige regionale Asphaltmischgutmärkte und den nachgelagerten Straßenbaumarkt für die Zwecke der Umsatzberechnung zusammen. Im weiteren Verfahren stellte sich aus Sicht des Amtes allerdings heraus, dass die Märkte doch nicht zu bündeln seien. Der nun festgestellte Bagatellmarkt könne indes nicht zur Anwendung der Bagatellmarktklausel und zur Befreiung von der materiellen Fusionskontrolle führen, denn die Umsatzschwellen, die zum Aufgriff des Falles geführt hätten, seien ja erfüllt. Das Bundeskartellamt untersagte den Zusammenschluss.

²¹ Schulte, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, AG 1998, S. 297, 306; gleichwohl besteht dann eine Anmeldepflicht, wenn der Zusammenschluss mehrere Märkte betrifft, von denen lediglich einer ein Bagatellmarkt ist.

²² Schulte, ebenda.

²³ BKartA Beschluss vom 15.11.2007 (B1 – 190/07), S. 6.

Das von den Unternehmen angerufene OLG Düsseldorf gab im Wege einer einstweiligen Anordnung den Vollzug des Zusammenschlusses frei. Die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel seien erfüllt; der Zusammenschluss sei schon nicht anmeldepflichtig gewesen. Er könne daher vollzogen werden.

Der vom Bundeskartellamt angerufene BGH beschäftigte sich dann aber erstaunlicherweise nur am Rande mit den Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel. Er bestätigte die Ansicht des OLG Düsseldorf, dass ein Bagatellmarkt vorläge. Allerdings gelte das Vollzugsverbot grundsätzlich für alle *angemeldeten* Zusammenschlussvorhaben, gleichgültig ob die Anmeldung nötig war.²⁴ Das OLG hätte daher nur über die Befreiung vom Vollzugsverbot entscheiden dürfen. Damit scheint auch der BGH der Ansicht zu sein, dass Bagatellmärkte eigentlich keine Fälle der formellen Fusionskontrolle sind, sondern auf jeden Fall einer materiellen Prüfung unterzogen werden müssen.²⁵

Der BGH hob die Entscheidung des OLG Düsseldorf im einstweiligen Verfahren auf und verwies die Sache wieder an das OLG Düsseldorf zurück.

Das OLG Düsseldorf musste aufgrund der Vorgaben des BGH prüfen, ob die Voraussetzung für die Befreiung vom Vollzugsverbot vorlagen. Diese Voraussetzungen erfüllten die die einstweilige Anordnung beantragenden Unternehmen aber nicht. Das OLG musste die einstweilige Anordnung aufheben. Das Vollzugsverbot war damit wieder wirksam. Glücklicherweise hob das OLG am gleichen Tag den Untersagungsbeschluss des BKartA auf, da es im Hauptsacheverfahren an seiner Ansicht festhielt, dass ein Bagatellmarkt bei der materiellen Fusionskontrolle nicht zu berücksichtigen sei.²⁶

Diese Entscheidung ist dann rechtskräftig geworden.²⁷

Der Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle wird die von den Behörden und Gerichten nicht akzeptierte Rechtsänderung der 6. GWB-Novelle nun wieder zurücknehmen und den Rechtszustand vor der 6. GWB-Novelle wieder herstellen. Die neue Vorschrift entspricht dem § 24 Abs. 8 Nr. 3 a.F. aus dem Jahre 1980. Bagatellmärkte werden nur noch im Rahmen der materiellen Fusionskontrolle eine Rolle spielen. Begründet wird die ange-

²⁴ BGH, Beschluss vom 14.10.2008, KVR 30/08 – Faber/Basalt, Umdruck S. 7/8 BGHZ 178, 203.

²⁵ Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 488 ff.

²⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.4.2009, Kart 18/07 WuW/E DE-R 2622 – Faber/Basalt; siehe dazu auch die kritische Stellungnahme von *Emmerich*, Fusionskontrolle 2009/2010, AG 2010, 517, 525.

²⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.4.2009, Kart 18/07 WuW/E DE-R 2622 – Faber/Basalt.

strebte Wiedereinführung des alten Rechts damit, dass „mit der erforderlichen Marktabgrenzung und Ermittlung des Marktvolumens in der Praxis oft erhebliche Problem verbunden waren“.²⁸

Im Ergebnis hat sich der Gesetzgeber mit seiner für die Unternehmen positiven Einstellung wohl nicht durchsetzen können.

4. Materielle Prüfung

In der materiellen Prüfung der Fusionskontrollverfahren wird dem deutschen Kartellamt häufig eine gegenüber den übrigen europäischen Wettbewerbsbehörden besondere Strenge nachgesagt. In einer im Jahre 2010 von mir vorgenommenen Untersuchung²⁹ war festzustellen, dass Untersagungen in Deutschland im Vergleich zur EU deutlich häufiger vorkommen. So hatte die EU-Kommission seit 2001 (bis 2010) lediglich zwei Unternehmenszusammenschlüsse untersagt. Diese Zahl ist zu ergänzen um die kürzlich ergangene Untersagung im Fusionsfall *Deutsche Börse/NYSE*.³⁰ Das Bundeskartellamt hat in dieser Zeit 57 Untersagungen ausgesprochen. Drei weitere Untersagungen erfolgten in den Jahren 2010 und 2011.

Gewisse Ausweichreaktionen scheinen stattzufinden; Unternehmen begeben sich mitunter gerne in die Kontrollbefugnis der Brüsseler Behörde. Verweisungsanträge in Richtung Brüssel haben jedenfalls zugenommen.³¹ Die Gründe für die stärkere Untersagungstendenz der deutschen Behörde liegen wohl in der eher engen Marktabgrenzung und in der eher kritischen Bewertung der dann errechneten Marktanteile.

Tendenziell engere Marktabgrenzung in der dFK

In der deutschen Fusionskontrolle hat die Höhe des Marktanteils eine besondere Bedeutung. Während die Europäische Kommission erst bei *Marktanteilen von deutlich über 50%* kritischer „hinschaut“, spielen die Monopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB und die Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB hier eine entscheidende Rolle. Erreichen die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen *einen Marktanteil von zusammen 33 1/3 %*, ist mit einer ausführlichen Prüfung des Falles und damit mit der Einleitung der zweiten Phase zu rechnen. In seinem Entwurf des

²⁸ Vgl. den Referentenentwurf zur 8. GWB Novelle, S. 41.

²⁹ Schulte, Effizienzkontrolle in der Fusionskontrolle, AG 2010, S. 358 ff.

³⁰ Presseerklärung der Kommission vom 1. Februar 2012 IP/12/94.

³¹ Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten, Tz. 668.

Leitfadens zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle bezeichnet das BKartA den Marktanteil als „ein bedeutsames Beurteilungskriterium“ in der Marktstrukturbetrachtung.³²

Entschärfung der dFK durch die 8. GWB-Novelle?

Die höhere materielle Aufgreifschwelle der eFK mag dazu geführt haben, dass der Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle eine maßvolle Anhebung des Vermutungstatbestandes des bisherigen § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB von $33\frac{1}{3}\%$ auf 40% in dem zukünftigen § 18 Abs. 2 GWB vorsieht. Der Entwurf nimmt dabei Bezug auf den Stand ökonomischer Erkenntnisse und die Fortentwicklung der Praxis des Bundeskartellamts. Die behördliche Praxis zeige, dass eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Unternehmens mit einem Marktanteil von einem Drittel nur noch in Ausnahmefällen vorkomme.³³ Soweit ersichtlich, hat das Bundeskartellamt diesen Änderungsvorschlag nicht weiter kommentiert.³⁴

Ob die Einführung des SIEC-Testes in der dFK mit der 8. GWB-Novelle zu einer Änderung der Praxis des Bundeskartellamtes führen wird, mag bezweifelt werden. Gerade der SIEC-Test (Feststellung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs) verlangt – so lauten kritische Stimmen – eine Stimmigkeit in der Begründung und scharfe Konturen des betroffenen Marktes.³⁵ Die Definition des sachlich relevanten Marktes soll ja gerade die Wettbewerbsbeziehungen vergleichbarer Produkte oder Dienstleistungen erkennen helfen.³⁶ Manche Kritiker sehen sogar ein weiteres Auseinanderdriften der Praxis der dFK und eFK voraus.³⁷

³² BKartA, *Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle*, Entwurf vom 21.7.2011, S. 8.

³³ Vgl. den Referentenentwurf zur 8. GWB Novelle, S. 32.

³⁴ Stellungnahme des BKartA zum Referentenentwurf zur 8. GWB – Novelle vom 30.11.2011. Interessanterweise begründet das Bundeskartellamt die Beibehaltung der Vermutungstatbestände mit der Beweislastumkehr. Es meint, dass sich die Unternehmen dadurch gezwungen sähen, ihre Anmeldung möglichst vollständig zu gestalten, um keine Rechtsnachteile zu erleiden. Nur deshalb könne das deutsche Verfahren im Vergleich zur europäischen Fusionskontrolle weniger formalisiert gestaltet werden. Auf eine ausführliche Abfrage von Daten, wie dies mit der so genannten Form CO geschehe, könne verzichtet werden.

³⁵ Monopolkommission, XVII. Hauptgutachten 2006/2007, Tz. 646 u. 649.

³⁶ Ebd., Rdn. 657.

³⁷ Bechtold, Der Referentenentwurf der 8. GWB-Novelle im Überblick, BB 2011 3075, 3077: „Es steht zu befürchten, dass sich in Deutschland das Bedürfnis nach dogmatischer Stringenz mit der Folge austobt, dass die neue Formulierung als eine auch in der Praxis zu vollziehende Verschärfung des materiellen Beurteilungsmaßstabs interpretiert wird.“

Ohnehin erzeugt das Bundeskartellamt bei einer Vielzahl von Fällen mit seiner „engen“ Marktabgrenzung kleine regionale Märkte mit relativ geringen Marktvolumina, in denen Unternehmen hohe Marktanteile haben. Das Amt trifft dabei auf Unternehmen, die in Nischenmärkten optimale Betriebs- und Losgrößen zu erreichen versuchen. Sie erzielen gerade deshalb häufig Marktanteile und -positionen, die das Bundeskartellamt im Falle eines Zusammenschlusses nicht mehr bedenkenlos hinnimmt. Die Untersagung des Zusammenschlusses erscheint dann alternativlos.

Einige Beispiele:

Kleinkalibermunition (ca. EUR 25 Mio. Marktvolumen, Marktanteil ca. 90%)³⁸, Zahnbürstenfilamente (ca. EUR 30 Mio. Marktanteil ca. 70%)³⁹, Federkerne für Matratzen (ca. EUR 33 Mio., Marktanteil ca. 60%)⁴⁰, Medizinprodukte (ca. EUR 102 Mio., Marktanteil ca. 45%)⁴¹ und der Markt für Sauermilchkäse (Harzer Roller, ca. EUR 80 Mio., Marktanteil ca. 65%)⁴² waren von Untersagungen betroffen. Zuletzt betraf eine Untersagung einen Zusammenschluss im Markt für Sauenfleisch (Marktvolumen von EUR 575 Mio., nur nationaler Markt, Marktanteil ca. 45%) und in einer Freigabeentscheidung mit Nebenbestimmungen den Markt für Kalbfleisch von Tieren im Alter bis zu 8 Monaten (keine Angaben verfügbar). Die Abgrenzung erfolgte als jeweils eigener sachlich relevanter Markt, wobei die Substitutionsmöglichkeiten als eher gering eingestuft wurden.⁴³ Im Jahr 2010 hat ein Zusammenschluss im Markt für Cabriodachsysteme mit einem betroffenen Marktvolumen von immerhin ca. 600 Mio € und einem Marktanteil von ca. 50% zu einer Untersagung geführt.⁴⁴

In zwei Fällen sind von den Gerichten Untersagungen aufgehoben worden, in denen das Bundeskartellamt die Anwendung der Bagatellmarktklausel verneint hat und die Zusammenschlüsse untersagte.⁴⁵

³⁸ BKartA, Beschl. v. 30.6.2005, B4-50/05, WuW/E DE-V 1081 ff. = WuW 2005 S. 941 ff. – RUAG/MEN.

³⁹ BKartA, Beschl. v. 15.3.2006, B3-136/05, WuW/E DE-V 1247 ff. = WuW 2006 S. 1047 ff. – du Pont/Pedex.

⁴⁰ BKartA, Beschl. v. 29.9.2004, B5-170/03, WuW/E DE-V 1048 ff. = WuW 2005 S. 550 ff. – Legett&Platt/AGRO.

⁴¹ BKartA, Beschl. v. 24.3.2004, B4-167/03, WuW/E DE-V 931 ff. = WuW 2004 S. 807 ff. – Synthes-Stratec/Mathys.

⁴² BKartA, Beschl. v. 2.7.2008, B2-359/07, WuW/E DE-V 1591 ff. = WuW 2008 S. 1011 ff. – Loose/Poelmeyer u.a.

⁴³ BKartA, Beschl. v. 27.11.2010, B2 – 71/10 – VanDrie/Alpuro (Kalbfleisch); Beschl. v. 16.11.2011 B 2 – 36/11 (Sauenfleisch).

⁴⁴ BKartA, Beschl. v. 21.5.2010, B 9 -13/10 – Magna Car/Karmann.

⁴⁵ BKartA, Beschl. v. 14.2.2007, B5-10/07, WuW/E DE-V 1340 ff. = WuW 2007 S. 390 ff., BGH, Beschl. v. 25.9.2007, KVR 19/07, WuW/E DE-R 2133 ff. =

Die Untersagungstendenz scheint abzunehmen, bleibt im Vergleich zur EU aber hoch.

Damit stellt sich die spannende Frage, ob der sich durch diese – vielleicht sehr enge – Betrachtung ergebende hohe Marktanteil tatsächlich zu Verhaltensspielräumen führt, die durch Konkurrenten nicht mehr hinreichend kontrolliert werden.⁴⁶ Denn Kostendruck und damit potenzieller Wettbewerbsdruck scheinen auch in diesen Märkten eine Rolle zu spielen. Wird eine den bloßen Marktanteil betrachtende Untersagung den Unternehmen nicht die Effizienzvorteile nehmen, die sie möglicherweise brauchen, um die betreffenden Nischenmärkte optimal bedienen zu können?

III. Europäische Fusionskontrolle

Die Kommission ist bei der Abgrenzung der Märkte großzügiger.

Die Gesamtzahl der Untersagungen der Kommission seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung vor fast 25 Jahren liegt bei 21. Selbst bei erheblichen Wettbewerbsbedenken tendiert die Kommission dazu, eher Freigabeentscheidungen unter zum Teil sehr umfänglichen Bedingungen zu treffen, als eine Verbotsverfügung zu erlassen.⁴⁷

Zwar spielen *Marktanteile* auch in der Entscheidungspraxis der Kommission eine wichtige Rolle, insbesondere bei der Eingangsprüfung zur Einschätzung der Marktstellung der beteiligten Unternehmen. Die Bedeutung hoher Marktanteile ist im Ergebnis allerdings deutlich geringer. Dies hängt sicherlich auch mit dem Erwägungsgrund 32 der FKVO (VO 139/2004) zusammen: Danach kann ein Zusammenschluss bis zu einem erwarteten Marktanteil von 25 % als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden.

WuW 2008 S. 57 ff. – Sulzer/Kelmix; BKartA, Beschl. v. 15.11.2007, B1-190/07
WuW/E DE-V 1507 ff. = WuW 2008 S. 355 ff., BGH, Beschl. v. 14.10.2008, KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 ff. = WuW 2009 S. 293 ff., OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.4.2009, VI-Kart 18/07 (V), WuW/E DE-R 2622 ff. = WuW 2009 S. 782 ff. – Faber/BAG/AML.

⁴⁶ Eine Entlastung des Kartellamtes von kleineren Fällen, die wettbewerbspolitisch kaum Bedeutung erlangen, hat die zweite Inlandsumsatzschwelle gebracht. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB muss ein beteiligtes Unternehmen mindestens 5 Mio. € Umsatz im Inland erzielt haben. Das BKartA scheint allerdings durch Ausdehnung des Beteiligtenbegriffs, die Entlastung zu verringern. In einem Fall wurde beispielsweise der Verpächter eines Betriebes in den Beteiligtenkreis einbezogen, vgl. BKartA, Beschl. v. 8.5.2009, B8-32/09, in: BKartA, Fallbericht Erwerb von Tankstellen der Lorenz Mohr GmbH & Co. KG durch die Shell Deutschland Oil GmbH, Rn. 3.

⁴⁷ Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 677.

Die Kommission akzeptiert höhere Marktanteile bei kleineren Märkten eher als in größeren Märkten. Kleinere Märkte seien für potenzielle Anbieter schneller zu erschließen. Sie könnten schneller Wettbewerbsdruck auf die etablierten Wettbewerber ausüben. Größere Märkte benötigten hingegen ein stärkeres Wettbewerbspotential des eindringenden Unternehmens.⁴⁸

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die eFK mehr Zusagen und weniger Untersagungen produziert. Ähnliche Fallgestaltungen führen scheinbar zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Kritisch zu sehen ist allerdings der zunehmende Aufwand, den Unternehmen betreiben müssen, um das Fusionskontrollverfahren zu durchlaufen. Selbst unproblematische Fälle erzeugen einen hohen zeitlichen und technischen Aufwand.

1. Höhere Untersagungsschwelle in der eFK

Die Marktanteile, die zu einer Untersagung führen, sind deutlich höher. So erzielten beispielsweise *Cargill /Degussa Food* auf dem Markt für Flüssiglecithin einen Marktanteil von 35 bis 45 Prozent.⁴⁹ Die Kommission gab den Fall aber ohne Auflagen frei, weil in einer *marktdynamischen Betrachtung* der Zukauf von genverändertem Flüssiglecithin an Bedeutung zunehme. Teilweise gewinnen selbst Marktanteile von 35 bis 55%⁵⁰ keine entscheidende Bedeutung für ein Einschreiten, wenn gleichzeitig niedrige Marktzutrittsschranken, Überkapazitäten und fallende Marktanteile von den Unternehmen ins Feld geführt werden. Marktanteilszuwächse von 5 bis 10 Prozent bei einem Marktanteil von 35 bis 45 Prozent auf dem Markt für Gesundheitsnahrungsmittel⁵¹ oder gemeinsam erreichte Marktanteile von 90% auf dem Markt für hochreines Nickel⁵² führen zwar zu Auflagen, aber nicht zu einer Untersagung. Erst Marktanteile von nahezu 100%⁵³ auf verschiedenen Flugstrecken bringen einen Fall zur Untersagung. Gleiches gilt offenbar für Derivate im Börsenhandel. Hier hätten die NYSE und die Deutsche Börse nach ihrem Zusammenschluss einen Marktanteil von über

⁴⁸ Zeise, in: Schulte, Handbuch der Fusionskontrolle 2010, Rdn. 1302 ff.

⁴⁹ Kommission, Entsch. v. 29.3.2006, COMP/M.3975, ABl. v. 4.12.2007, Nr. L 316/53 – Cargill/Degussa.

⁵⁰ Kommission, Entsch. v. 23.5.2006, COMP/M.4151, vgl. ABl. v. 21.6.2006, Nr. C 145/14 – Orica/Dyno.

⁵¹ Kommission, Entsch. v. 29.6.2007, COMP/M.4540, vgl. ABl. v. 29.9.2007, Nr. C 229/1– Nestlé/Novartis.

⁵² Kommission, Entsch. v. 4.7.2006, COMP/M.4000, ABl. v. 13.3.2007, Nr. L 72/18 – Inco/Falconbridge.

⁵³ Kommission, Entsch. v. 27.6.2007, COMP/M.4439, vgl. ABl. v. 20.2.2008, Nr. C 47/9 – Ryanair/Aer Lingus I.

90% erreicht.⁵⁴ Die Kommission sprach von einer „monopolartigen Stellung“. Gleichwohl ist die Marktabgrenzung von den Unternehmen als zu eng bezeichnet worden.⁵⁵

In der Entscheidung *Friesland/Campina* hat die Kommission, offenbar zum ersten Mal seit Einführung des SIEC-Tests in 2004, eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung verneint⁵⁶, obwohl sie zuvor das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt hatte. Das angemeldete Vorhaben würde auf dem Markt für die Abnahme von konventioneller Rohmilch in den Niederlanden zu Marktanteilen von 70 bis 80 Prozent führen, indem die beiden stärksten Abnehmer zusammengeführt würden. Auch die übrigen Marktbedingungen würden eine marktbeherrschende Stellung unterlegen. Die Marktanteile der Zusammenschlussparteien seien in der Vergangenheit sehr stabil gewesen. Die beiden nächsten Wettbewerber hielten jeweils 5 bis 10 Prozent der Marktanteile, zwei weitere Konkurrenten kamen gar auf Marktanteile von nur je 0 bis 5 Prozent. Überdies war die Lieferantenseite stark fragmentiert. Im Ergebnis hielt die Kommission eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung wegen der genossenschaftlichen Struktur der beteiligten Unternehmen gleichwohl für unwahrscheinlich.⁵⁷

Das Zusammenschlussvorhaben *KLM/Martinair* hat die Kommission in der zweiten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben. Beim Passagiertransport auf den Strecken Amsterdam–Curaçao und Amsterdam–Aruba erreichten die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von mehr als 80%. KLM war bereits vor dem Zusammenschluss mit 50% an Martinair beteiligt und beabsichtigte nun, die übrigen Anteile von der dänischen Maersk-Gruppe zu erwerben.⁵⁸

Das Zusammenschlussvorhaben *Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex*, das die Kommission im Juni 2008 in Verbindung mit Abhilfemaßnahmen freigab, wirkte sich unter anderem auf den Markt für Selbstdurchschreibpapier sowie auf die Märkte für industrielles und grafisches Transparent-Zeichenpapier aus. Die genaue räumliche Marktabgrenzung ließ die Europäische Kommission offen und prüfte das Vorhaben parallel auf der Grundlage EWR-weiter und globaler Märkte. Sie erhob Wettbewerbsbedenken lediglich auf dem Markt für Selbstdurchschreibpapier, wo die neue Unterneh-

⁵⁴ Presseerklärung der Kommission vom 1.2.2012, IP/12/94.

⁵⁵ Handelsblatt vom 1.2.2012, „EU zerstört den Traum von der Superbörs“.

⁵⁶ Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 704.

⁵⁷ Kommission, Entsch. v. 17.12.2008, COMP/M 5046 – Friesland/Campina; so ähnlich BKartA, Beschl. v. 9.6.2009, B2-29/09 – Humana/Nordmilch; Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 705.

⁵⁸ Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 708.

menseinheit gemeinsame Marktanteile in Höhe von 40 bis 50 Prozent bei einem Marktanteilszuwachs von 15 bis 20 Prozent erreichen würde. Daneben verwies die Kommission vor allem auf die stabilen Kundenbeziehungen auf dem relevanten Markt.

Auf den Märkten für industrielles und grafisches Transparent-Zeichenpapier erkannte die Europäische Kommission hingegen keine Wettbewerbsprobleme, obwohl die Parteien auf dem erstgenannten Markt gemeinsame EWR-weite Marktanteile von 50 bis 60 Prozent hielten. Bei grafischem Transparent-Zeichenpapier lagen die jeweiligen Marktanteile sogar noch höher – für Arjowiggins bei 60 bis 70 Prozent und für Reflex bei 10 bis 20 Prozent. Zur Begründung ihrer Auffassung verwies die Europäische Kommission in erster Linie auf das geringe Volumen der betroffenen Märkte. Tatsächlich betragen die Marktvolumina auf dem europäischen Markt für industrielles Transparent-Zeichenpapier lediglich knapp 10 Mio. Euro und auf dem europäischen Markt für grafisches Transparent-Zeichenpapier etwa 40 Mio. Euro. Darüber hinaus argumentierte die Europäische Kommission mit einem gewissen Wettbewerbsdruck durch andere Papiersorten, die sie jedoch zuvor aus dem relevanten sachlichen Markt ausgeschlossen hatte.

Sie gab den Zusammenschluss frei, nachdem die Fusionsparteien Veräußerungsverpflichtungen nur im Markt für Selbstdurchschreibepapier eingegangen waren.

2. Eher weite Marktabgrenzung

Die EU-Kommission gestaltet die Marktabgrenzung offener und beachtet den von Substitutionsprodukten ausgehenden Wettbewerbsdruck. Die Fälle *Omya/Huber* und *Glatfelder/Crompton*,⁵⁹ letzterer ist in der 2. Phase ohne Auflagen und Bedingungen freigegeben worden, zeigen, dass die EU-Kommission häufig keine sehr trennscharfe Marktabgrenzung verwendet. Im letzteren Fall ging es um nassgelegte Vliese für die Tee- und Kaffeefiltration. Die Kommission stellte fest, dass von Alternativmaterialien (Nachfrageresubstituierbarkeit) und der Umstellung des Angebots von potentiellen Konkurrenten (Angebotssubstituierbarkeit) ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgehe. Der Umfang des Drucks wird allerdings nur vage beschrieben.

Deutlich wird die großzügigere Betrachtung der Märkte auch im Tankstellbereich.

⁵⁹ Kommission, Entsch. v. 19.7.2006, COMP/M.3796, ABl. v. 13.3.2007, Nr. L 72/24 – Omya/Huber; Kommission, Entsch. v. 20.12.2006, COMP/4215, ABl. v. 13.6.2007, Nr. L 151/41 – Glatfelter/Crompton Assets; s. dazu auch Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2006/2007, Rn. 638 am Ende.

Die Europäische Kommission gab die Transaktion *StatoilHydro/Conoco-Phillips* in der zweiten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen frei.⁶⁰ Das Bundeskartellamt untersagte das Zusammenschlussvorhaben *Total/OMV* und genehmigte den Zusammenschluss zwischen Shell und LorenzMohr unter Bedingungen.⁶¹

Die Europäische Kommission betont bei ihrer Entscheidung zur *sachlichen Marktabgrenzung* die anbieterseitigen Aspekte, vor allem den Umstand, dass Otto- und Dieselkraftstoffe stets gemeinsam an Tankstellen verkauft werden. Das Bundeskartellamt konzentriert sich dagegen stärker auf die Nachfrageseite und die unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse bei Otto- und Dieselkraftstoff. Noch in den vor einigen Jahren entschiedenen Verfahren *Shell/DEA* und *BP/E.ON* war allerdings auch das Bundeskartellamt von einem Gesamtmarkt ausgegangen. Mit der Entscheidung *Shell/HPV* zweifelte das Amt seine früher vertretene Auffassung an und fokussierte sich stärker auf die Nachfragersicht.⁶²

Beide Wettbewerbsbehörden erkennen bei der *räumlichen Marktabgrenzung* an, dass sowohl Argumente für eine lokale bzw. regionale als auch für eine nationale Marktdefinition existieren. Im Ergebnis stellt die Europäische Kommission – wie bei der sachlichen Marktabgrenzung – die Angebotsseite in den Vordergrund und legt ihrer Beurteilung jeweils nationale Märkte zugrunde. Das Bundeskartellamt hingegen legt in beiden dargestellten Entscheidungen ausdrücklich das Bedarfsmarktkonzept zugrunde, betont also wiederum die nachfragerseitigen Aspekte und gelangt zu einer lokalen bzw. regionalen Marktdefinition.⁶³

Die Monopolkommission stellt hierzu fest, dass die beiden Wettbewerbsbehörden „*nicht nur abweichende Aussagen zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung treffen, sondern auch unterschiedliche Prüfkriterien und Untersuchungsmethoden anwenden.*“⁶⁴

IV. Nachträgliche Erfolgskontrolle der Fusionskontrolle

Diese Diskrepanz in der Bewertung ähnlicher Sachverhalte lässt die Frage auftreten, welche der Entscheidungen richtig ist. Es wäre sinnvoll

⁶⁰ Kommission, Entsch. v. 21.10.2008, COMP/M.4919 – StatoilHydro/Conoco-Phillips.

⁶¹ Beschluss des BKartA v. 29. April 2009 B8-175/08 – Total/OMV und v. 8. Mai 2009, B8-32/09 – Shell/Lorenz Mohr (Fallbericht).

⁶² Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 687.

⁶³ Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 688.

⁶⁴ Monopolkommission, XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 682.

zu prüfen, inwieweit die Maßnahmen der Fusionskontrolle langfristig zu einer wettbewerbspolitischen Verbesserung der Wettbewerbssituation in den betroffenen Märkten beitragen. Es bleibt offen, ob die Maßnahmen der Fusionskontrolle (Auflagen und Untersagungen) ausreichend effizient sind und zur nachhaltigen Absicherung kompetitiver Marktstrukturen beitragen.

Ziel einer Fusionskontrolle sollte es sein, flexibel auf sich wandelnde ökonomische Vorstellungen zu reagieren. Auch die Fusionskontrolle unterliegt *Entwicklungsphasen*, die zu schärferem oder weniger scharfem Vorgehen gegen Unternehmenszusammenschlüsse Anlass geben. Es wird nicht systematisch erklärt, wie es zu den Entwicklungsphasen kommt oder wie sie auf die Behördenpraxis wirken. Die stärkere Betonung des *Verbraucherschutzes* und/oder die Vernachlässigung des *Strukturansatzes* könnte einen Wandel in der Bewertung von Unternehmenszusammenschlüssen herbeigeführt haben. Offen bleibt, ob dieser Wandel zu einer strengerer oder nachsichtigeren Behandlung von Zusammenschlüssen geführt hat. Auch trifft die Fusionskontrolle auf sich wandelnde Motive der Unternehmen für Unternehmenszusammenschlüsse.⁶⁵

1. Bislang keine nachträgliche Erfolgskontrolle

Trotz eines hohen Datenbestandes⁶⁶ gibt es keine *Nachprüfung von Fusionskontrollentscheidungen*. Weder die Wissenschaft noch die Praxis hat fallbezogen untersucht, ob sich die Märkte nach Untersagungen oder Freigaben unter Auflagen wettbewerbspolitisch positiv entwickelt haben.

Vereinzelt sind nachträgliche Fallbeurteilungen anzutreffen. Von einer systematischen Verfolgung der Anwendungspraxis der Fusionskontrolle kann man aber wohl nicht sprechen.⁶⁷

Die Kommission hat im Oktober 2005 eine Studie über die Abhilfemaßnahmen bei Zusammenschlüssen vorgelegt.⁶⁸ Die Studie ist sehr umfangreich (233 Seiten) und befasst sich im Wesentlichen mit den Zusagen, die die Kommission selbst nach einer gewissen Systematik ausgesucht hat.⁶⁹

⁶⁵ Schulte, AG 2010, S. 358 ff.: Schlagworte wie: Konglomerate oder diversifizierte Zusammenschlüsse, Hinwendung zum „core business“, Strategien zur vertikalen Integration oder *Outsourcing*; Entwicklungen im Bereich der Informationstechnologien, für die Veränderung von Märkten ebenso eine Rolle spielen wie der Einfluss der Finanzmärkte auf die Finanzierung der Unternehmen. Analysen lieben keine Gemischtwarenläden.

⁶⁶ Schulte, AG 2010, S. 358 f., 363.

⁶⁷ Schulte, AG 2010, S. 358 f., 363.

⁶⁸ GD Wettbewerb: Merger Remedies Study, Okt. 2005, online abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf.

Die Studie beschäftigt sich allerdings überwiegend mit der Frage, ob die Zusagen umgesetzt wurden. Sie hat zwar auch rudimentär die Marktirkungen geprüft,⁷⁰ bleibt aber leider auf halbem Weg stehen. Ihr Arbeitsziel ließ allerdings auch nicht mehr erwarten.

Die Gutachten und Fallberichte der Monopolkommission geben einen guten Überblick über die Entwicklung der Anwendung der Vorschriften der Fusionskontrolle. Allerdings ist es auch hier so, dass eine regelrechte Beobachtung der Entwicklung der Märkte nach Freigabe oder Untersagung von Zusammenschlüssen nicht erfolgt. Zwar hätte die Monopolkommission die fachliche Kompetenz, sie hat aber nicht die hoheitliche Befugnis, diese Aufgabe zu erfüllen.

2. Notwendigkeit einer solchen Erfolgskontrolle

Dabei wäre eine Erfolgskontrolle aus Sicht der Unternehmen erforderlich. Der Eingriff des Staates ist tiefgreifend. Durch eine Untersagung verbietet der Staat einem Unternehmen, ein anderes Unternehmen zu kaufen oder sich mit ihm zusammenzuschließen, weil der Zusammenschluss wettbewerblich nachteilige Folgen und damit volkswirtschaftliche Schäden für den betroffenen Markt verursachen könnte. Dabei greift der Staat in die Freiheit der Unternehmen ein, sich über externes Unternehmenswachstum eine möglicherweise effizientere Produktion oder gar neue Märkte zu erschließen. Diese Freiheitsbeschränkung wird mit dem volkswirtschaftlichen Nutzen der Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen und der Offenhaltung von Märkten gerechtfertigt.

Die normativen Zusammenschlusstatbestände sowie die Eingriffstatbestände sind offen gestaltet. Eine Behörde, die nicht Marktteilnehmer ist⁷¹, muss in relativ kurzer Zeit für einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren eine Einschätzung über die zukünftige wettbewerbliche Entwicklung des Marktes oder der Märkte abgeben, die von dem Zusammenschluss betroffen sind. Diese Behörde soll über die normative Unbestimmtheit der von ihr anzuwendenden Tatbestände hinaus ökonomische Kriterien in die Sachverhaltsbeurteilung einbeziehen, die zum Teil ihrerseits höchst umstritten, zum Teil nur modellhaft entwickelt sind oder auch nur ganz spezielle Fälle erfassen.

Sinnvoll wird daher eine *nachträgliche* Kontrolle der getroffenen Entscheidung sein. Anhand der nachträglichen Kontrolle könnten Kriterien ent-

⁶⁹ In einem Untersuchungszeitraum von fünf Jahren (1996–2000) hat sie aus insgesamt 227 entgegengenommenen Zusagen 96 Zusagen in 40 Verfahren untersucht.

⁷⁰ Merger Remedies Study (Fn. 68), Rdn. 25.

⁷¹ Vgl. Hacker/Korthals, in: Schulte, Handbuch der Fusionskontrolle, Rn. 1480 ff.

wickelt werden, die zukünftig die von den Kartellbehörden zu treffenden Prognosen mit Datenmaterial positiv beeinflussen werden. Vielleicht stellt sich dann heraus, dass die bisherigen Fusionskontrollentscheidungen richtige Prognosen enthielten. Vielleicht waren sie teilweise sogar zu positiv. Möglicherweise hätte mancher Fall, der in der zweiten Phase und unter Auflagen oder Bedingungen freigegeben wurde, vollständig untersagt werden müssen. Andererseits mag sich aus der späteren Analyse eines Falles aber auch ergeben, dass Auflagen überflüssig waren oder weniger streng hätten ausfallen können. Vielleicht würde sich auch die eine oder andere ökonometrische Methode als besonders hilfreich erweisen, die juristisch wertende Prognoseentscheidung zu stützen. Vielleicht waren in manchen Fällen die Messpunkte falsch gesetzt und müssen in einer neueren Entscheidung neu einjustiert und an die richtige Stelle gesetzt werden, um gute Ergebnisse zu liefern. Insoweit könnte eine nachträgliche Fallbeurteilung die Grundlagen für die Prognosen in der Entscheidungspraxis der Fusionskontrolle verbessern und/oder eine Richtung der Anwendungspraxis einer Kartellbehörde bestätigen.

3. Praktische Umsetzung einer nachträglichen Erfolgskontrolle oder Effizienzkontrolle

Zunächst wird sich die Frage stellen, welche Fälle aus der Vielzahl der angemeldeten Fälle nachzuprüfen sind. Nachprüfungswürdig erscheinen die Fälle, die von den Wettbewerbsbehörden als besonders problematisch angesehen wurden. Im deutschen wie europäischen Rechtskreis sind es die Fälle, die in die zweite Phase gegangen sind, die also eingehend überprüft wurden. Diese Fälle enden regelmäßig mit einer Verwaltungsentscheidung. Dabei sollte es nicht darauf ankommen, ob sie mit einer Freigabe oder einer Untersagung endeten. Wichtig sind auch die Vorgänge, die mit einer Zusage abgeschlossen wurden. Hier wäre zu prüfen, ob die Zusage die erwarteten wettbewerblichen Wirkungen tatsächlich erreicht hat. Man sollte auch die Fälle einbeziehen, die in der zweiten Phase aufgegeben wurden. Man könnte anhand dieser Fälle die tatsächlich erreichte Vorfeldwirkung testen und prüfen. Anders als das Amt kann die Kommission auch Fälle der ersten Phase unter Auflagen und Bedingungen freigeben. Auch diese freigegebenen Fälle sollten mit in die Prüfung einbezogen werden.

Besonders geeignet sind „Laborfälle“. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass die Kartellbehörde im Verfahren erhebliche Bedenken hatte und eigentlich zur Untersagung tendierte, den Fall dann aber doch freigegeben hat oder die Untersagung aus formellen Gründen fehlgeschlagen ist. In diese Kategorie würden insbesondere auch die Fälle nicht erfüllter Zusagen fallen.

Die Überprüfung sollte nach Ablauf des Zeitraums beginnen, der als maximaler Prognosezeitraum angesetzt wurde. Der Prognosezeitraum wird in der Fusionskontrolle üblicherweise mit drei bis fünf Jahren angegeben.⁷² Danach zeichnen sich die Marktentwicklungen deutlich ab.

Der Fall wäre so, wie er ursprünglich angemeldet wurde, nochmals zu prüfen. Die mit der Nachprüfung beauftragten Institutionen müssten in die Lage versetzt werden, Ermittlungen zu den von der früheren Fusion betroffenen Märkten durchzuführen. Diese Marktuntersuchungen müssten die Preisentwicklung und die Zahl der Anbieter zum Gegenstand haben. Feststellungen zur Richtigkeit der Marktabgrenzung sollten auch getroffen werden. Preis- und Marktanteilsentwicklungen würden also erneut geprüft.

Damit bestünde die Möglichkeit, die kartellbehördlichen Erwartungen, die insbesondere an eine Zusage oder auch an eine Freigabe geknüpft werden, vollständig zu überprüfen. Ökonomische Einschätzungen zur Markt-abgrenzung, zur Substituierbarkeit von Produkten, zur Frage des potentiellen Wettbewerbs oder zu möglichen Marktzutrittschranken wären unter neuem Blickwinkel zu überprüfen. Möglicherweise ließen sich aus diesen Erfahrungen und empirischen Messgrößen zur Einschätzung von Oligopolen ein besserer Überblick und neue Erkenntnisse gewinnen.

Vielfach wird gegen diesen Vorschlag eingewandt, dass entsprechendes Personal von der Kartellbehörde für diese Aufgabe nicht zur Verfügung gestellt werden könne. Die Personaldecke sei ohnehin gering und auf den gesetzlichen Auftrag der Fusionskontrolle abgestimmt, so dass ein Personaleinsatz für vom Gesetz nicht gedeckte Verwaltungstätigkeit nicht in Frage käme. Die Fallzahl wäre jedoch überschaubar. Je nach Jahr würde es sich in der dFK um 15 bis 30 Fälle und in der eFK um 10 bis 20 Fälle handeln. Die Nachuntersuchung basiert auf bereits ermittelten Fällen. Ein gewisser technischer „Anarbeitsungsstand“ ist damit vorhanden und würde die neuerlichen Ermittlungen erleichtern. Eine personell gut ausgestattete Abteilung (ca. 10 Personen) könnte die Arbeit in angemessener Zeit verrichten. Der Zeitrahmen der Prüfung sollte vier Monate pro Fall nicht überschreiten.

Es wäre sinnvoll, dass die Nachprüfung nicht von der Behörde oder den Personen vorgenommen wird, die die ursprüngliche Entscheidung getroffen haben. Damit kann einer gewissen Voreingenommenheit entgegengewirkt werden. Zudem könnten sich neue Prüfungsansätze ergeben.

Für den deutschen Rechtskreis könnte diese Aufgabe die Monopolkommission übernehmen. Sie ist vom Bundeskartellamt unabhängig. Sie müsste allerdings mit Behördensfunktion ausgestattet werden.⁷³

⁷² Für viele: *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 11. Auflage, § 36 Rdn. 45.

Im Rechtskreis der EU könnten diese Aufgabe der Anhörungsbeauftragte und ein von ihm geleiteter Mitarbeiterstab übernehmen.

Die gefundenen Ergebnisse wären den jeweiligen Parlamenten und Regierungen und den Behörden zur Stellungnahme zuzuleiten, die die ursprüngliche Entscheidung getroffen haben.

Literatur

- Emmerich*, Volker (2010), Fusionskontrolle 2009/2010, Die Aktiengesellschaft, Heft 15, S. 517–525.
- Fuchs*, Andreas (2011), Die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Freigabe von Zusammenschlüssen mit Nebenbestimmungen, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, München, S. 649–668.
- Huffschmid*, Jörg (1969), Die Politik des Kapitals: Konzentration und Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik, Frankfurt am Main.
- Immenga*, Ulrich/*Mestmäcker*, Ernst-Joachim (2007), Wettbewerbsrecht GWB, 4. Aufl., München.
- Langen*, Eugen/*Bunte*, Hermann-Josef (Hg.) (2010), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 11. Aufl., Köln.
- Schulte*, Josef Lothar (1998), Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, Die Aktiengesellschaft, S. 297–308.
- (2010), Effizienzkontrolle in der Fusionskontrolle, Die Aktiengesellschaft, Heft 10, S. 358–365.
 - (2010), Handbuch Fusionskontrolle, Köln.
- Schulte*, Josef Lothar/*Just*, Christoph (Hg.) (2012), Kartellrecht, Köln.

⁷³ *Schulte*, AG 2010, S. 358 f., 365.

Autoren- und Referentenverzeichnis

Dr. Ulrich Grau

Partner bei Dierks & Bohl Rechtsanwälte.

Prof. Dr. Fritz Helmedag

Lehrstuhl für Mikroökonomie an der Technischen Universität Chemnitz.

Dr. Carsten Krüger, LL.M.

Rechtsberater bei Cartel Damage Claims.

Dr. Gero Meeßen

Abteilung für Grundsatzfragen des Kartellrechts, Referat für Kartellrecht und Regulierungen Bundeskartellamt.

Andreas Mundt

Präsident des Bundeskartellamtes.

Dr. Josef Lothar Schulte

Partner bei der Kanzlei SCHULTE RIESENKAMPF.

Prof. Dr. Stefan Thomas

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaft, Wettbewerbs- und Versicherungsrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.