

Teil 2. Zweck des Kartellschadenersatzes (§§ 3–7)

§ 3. *Der Kartellschadenersatz von systematischer Warte*

Die Informationsbeschaffung bildet einen wichtigen, wenn auch nur einen von vielen Teilspekten der kartellrechtlichen Durchsetzung. Wird die Ausgestaltung der Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf den Zweck des Kartellschadenersatzes untersucht, ist zwingend auch das Durchsetzungssystem als Ganzes zu berücksichtigen. Dieses Kapitel stellt die Durchsetzung des Anspruchs auf Kartellschadenersatz in einen Zusammenhang mit den Zielen des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems.

1. Durchsetzungsziele

Das kartellrechtliche Durchsetzungssystem verfolgt drei Ziele:¹¹⁰ Erliegt ein Unternehmen der Versuchung, gegen ein wettbewerbsrechtliches Verhaltensgebot zu verstossen, ist sicherzustellen, dass der Verstoss nicht wiederholt wird und dass andere Unternehmen von der Aufnahme oder dem Beitritt zu einem Wettbewerbsverstoss abgeschreckt werden (Prävention). Das Durchsetzungssystem hat sodann sicherzustellen, dass der Verstoss unterbunden wird (Unterbindung) und allfällige negative Beeinträchtigungen individueller Rechtspositionen abgewendet werden (Ausgleich).¹¹¹

¹¹⁰ WILS, Antitrust Fines, S. 185, seine Ausführungen beziehen sich auf die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts. Seine Ausführungen werden jedoch aufgrund der konzeptionellen Parallelität von öffentlicher und privater Durchsetzung in der Europäischen Union und der Schweiz sinngemäss übernommen, siehe *oben* § 2. 3; für ein ähnliches Verständnis siehe auch EZRACHI, Courage v Crehan, S. 118 f.; MILUTINOVIC, Right, S. 15; HARDING/JOSHUA, Regulating, S. 286 f.; NERUDA, Private or Public, S. 231 f.; KOMNINOS, Relationship, S. 141 ff.; bzgl. dem US-amerikanischen Durchsetzungssystem von einer ähnlichen «Zwecktrias» ausgehend auch GAVIL, Designing, S. 6.

¹¹¹ WILS, Relationship, S. 5 ff., zählt als weiteres Durchsetzungsziel die Präzisierung der kartellrechtlichen Verbotsnormen durch die Rechtsanwendung. Dieses Durchsetzungsziel wird in der vorliegenden Arbeit nicht weiter explizit berücksichtigt.

Vorwegzunehmen ist ferner: Die Ziele des materiell-rechtlichen Kartellrechts und die Ziele der kartellrechtlichen Durchsetzung sind nicht gleichzusetzen. Das materiell-rechtliche Kartellrecht schreibt vor, welche Verhaltensweisen erwünscht bzw. welche kartellrechtswidrig sind. Die kartellrechtliche Durchsetzung hingegen gibt vor, wie die Verhaltensgebote durchzusetzen sind. Das Ziel der Abschreckung wird ausschliesslich durch Letztere verfolgt und nicht durch das materiell-rechtliche Kartellrecht.¹¹² Diese Unterscheidung wird häufig nicht vorgenommen, sondern es wird allgemein auf die Abschreckung als Ziel des Wettbewerbsrechts verwiesen.¹¹³ Die Unterscheidung ist allerdings dogmatisch angezeigt: Die Zuordnung des Kartellschadenersatzes als Durchsetzungsinstrument wird erleichtert, und zugleich wird der Weg für eine angemessene Zweckfindung geebnet.

I. Prävention

Das Präventionsziel ist zweigliedrig und unterteilt sich in Generalprävention und in Spezialprävention.¹¹⁴ Die Generalprävention soll Unternehmen

112 So auch im europäischen Wettbewerbsrecht EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skansa Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 45, wonach Kartellschadenersatzklagen einen integralen Bestandteil der kartellrechtlichen Durchsetzung bilden. Dieses System zielt darauf ab, Wettbewerbsverstösse zu ahnden und von diesen abzuschrecken; übereinstimmend Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skansa Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 80; zum deutschen Recht: BGH, Urteil vom 23.09.2020, KZR 4/19, «Schienenkartell V», DE:BGH:2020:230920UKZR4.19.1, N 50.

113 So etwa im Zusammenhang mit dem Mechanismus der Gesamtschuld im Wettbewerbsrecht EuGH 10.04.2014, C-231/11 P, *Siemens u. a./Kommission*, EU:C:2014:256, N 59; EuGH 10.04.2014, *Areva u. a./Kommission*, EU:C:2014:257, N 132; so auch GA Pitruzzella 04.06.2020, C-832/18 P, *Kommission/GEA Group*, EU:C:2020:426, N 44; siehe zum Zweck des europäischen Kartellschadenersatzes unten § 7.

114 Es muss jedoch anerkannt werden, dass eine strikte Unterscheidung von Prävention sowie Strafe in Anbetracht der strafrechtsähnlichen Natur der im Verwaltungsverfahren ausgesprochenen Sanktion nicht möglich ist, vgl. BGE 143 II 297, E. 9.1; BGE 139 I 72, E. 2.2.2; BGer 26.05.2016, 2C_1065/2014, E. 8.1; vgl. auch BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vorb. Art. 49a–53 N 119 ff.; vgl. auch Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003; EuGH 19.03.2009, Rs. C-510/06, *Archer Daniels Midland/Kommission*, EU:C:2009:166, N 149; EuGH 27.09.2006, Rs. T-329/01, *Archer Daniels Midland/Kommission*, EU:T:2006:268, N 141, 275; EuGH 08.05.2013, Rs. C-508/11 P, *Eni/Kommission*, EU:C:2013:289, N 50; CANENBLEY/STEINVORTH,

vom Begehen von Wettbewerbsverstößen abschrecken.¹¹⁵ Das Durchsetzungssystem wirkt abschreckend, wenn nicht gegen die Rechtsordnung verstossen wird.¹¹⁶ Das Hauptsteuerungsinstrument zur Erreichung dieses Ziels sind monetäre Sanktionen¹¹⁷, die von Wettbewerbsbehörden in Form von Verfügungen verhängt werden.¹¹⁸ Von einer ökonomischen Warte aus betrachtet, zählen hierzu auch in Zivilverfahren auferlegte Zahlungsverpflichtungen, auch wenn haftungsbegrenzende Normen wie das Bereicherungsverbot deren Abschreckungswirkung bedeutend abschwächen.

Bei der Spezialprävention steht nicht die Allgemeinheit im Vordergrund, sondern das am Wettbewerbsverstoss beteiligte Unternehmen. Es soll davon abgehalten werden, erneut gegen das Kartellrecht zu verstossen.¹¹⁹ Die Unterscheidung zwischen Generalprävention und Spezialprävention verliert im Rahmen der kartellrechtlichen Durchsetzung aller-

Effective Enforcement, S. 315; MACCULLOCH/WARDHAUGH, Baby, S. 5; DUCCI, Cartel, S. 11; ausführlich auch ASCHEBERG, Preisschirmefekte, S. 187 ff.

115 In diesem Sinne auch Botschaft KG 2001, S. 2023, 2036 ff.; vgl. auch Weko, Erläuterungen/SVKG, S. 4; Kommission, Leitlinien/Festsetzung von Geldbußen, Erw. 4; siehe in diesem Zusammenhang auch Weko, Erläuterungen/SVKG, S. 1, mit Verweis auf Kommission, Leitlinien/Festsetzung von Geldbußen; vgl. auch CALVANI/KAETHE, Competition act, S. 310.

116 Schlussanträge GA Kokott 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, *Berlusconi u. a.*, EU:C:2004:624, N 89; Ähnliches gilt auch für die EuGH-Rechtsprechung: EuGH 08.06.1994, Rs. C-382/92, *Kommission/Grossbritannien*, EU:C:1994:233, N 54 ff.; EuGH 15.07.1970, Rs. C-41/49, *ACF Chemiefarma/Kommission*, EU:C:1970:71, N 172 ff.; EuGH 07.07.1983, verb. Rs. C-100/80, *Musique Diffusion française u. a./Kommission*, EU:C:1983:158, N 106; siehe in diesem Sinne auch die EuG-Rechtsprechung, EuG 26.04.2007, verb. Rs. T-109/02, *Bolloré u. a./Kommission*, EU:T:2007:115, N 526 f.; EuG 15.03.2006, Rs. T-15/02, *BASF/Kommission*, EU:T:2006:74, N 226; siehe auch den Beschluss der Kommission vom 21.11.2001, COMP/E-1/37.512 – Vitamins, ABl. L 6, S. 1 ff., N 697 f.; vgl. jedoch auch EuG 27.09.2006, Rs. T-329/01, *Archer Daniels Midland/Kommission*, EU:T:2006:268, N 141, 276, nach dem sich neben dem abschreckenden Zweck von Sanktionen der repressive Zweck gesellt, was indiziert, dass zumindest dem Durchsetzungssystem auf europäischer Ebene dem Ansatz nach ein pönaler Zweck zuzuordnen ist; Kommission, Mitteilung/Schadensumfang, N 1 m. w. N.

117 Nicht zu unterschätzen ist hierbei die Wichtigkeit einer öffentlichkeitswirksamen Verkündung der Sanktion, vgl. BGE 142 II 268, E. 4.2.5.1; vgl. auch BVGer 23.09.2014, B-5936/2014, E. 3.2; Botschaft KG 2001, S. 2033.

118 BVGer 16.09.2016, B-581/2012, E. 8.4.1; BRUCH/ZIRICK, Stärkung, N 7; CANENBLEY/STEINVORTH, Effective Enforcement, S. 315; Möller, Präventionsprinzip, S. 32.

119 WEBER, Thoughts, S. 170.

dings an Trennschärfe, da beide i. d. R. durch dasselbe Instrument, nämlich monetäre Sanktionen, erreicht werden.¹²⁰

II. Unterbindung

Verfehlt die Prävention ihr Ziel und verstösst ein Unternehmen gegen ein Verhaltensgebot, ist das Verhalten zu unterbinden.¹²¹ Hierzu bedarf es entsprechender Mittel:¹²² Zivilgerichte beenden Wettbewerbsverstöße durch Urteile, Wettbewerbsbehörden mittels verwaltungsrechtlicher Verfügungen.¹²³ Im Hinblick auf die Forschungsfrage steht das Ziel der Unterbindung nicht im Mittelpunkt, da im Nachgang zu einem Verwaltungsverfahren ein Wettbewerbsverstoss bereits unterbunden wurde.

120 Weko, RPW 2007/2, Orange Communications, S. 302 ff., N 423 f., wonach eine Sanktion der Spezial- wie der Generalprävention dient; Kommission, Leitlinien/Festsetzung von Geldbußen, N 4, worin festgehalten wird, dass die Kommission sicherstellen muss, dass die ausgesprochenen Sanktionen die notwendige spezial- wie generalpräventive Wirkung erzielen; siehe auch Kommission, Leitlinien/Festsetzung von Geldbußen, N 30; Schlussanträge GA Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer 13.09.2005, C-176/03, *Kommission/Rat*, EU:C:2005:311, N 45; MÖLLER, Präventionsprinzip, S. 32, verweist jedoch darauf, dass eine generalpräventive Massnahme immer an einem konkreten Rechtsbruch anknüpft, an den auch die Spezialprävention anknüpft. Dies bedeutet im Umkehrschluss jedoch nicht, dass spezialpräventive Massnahmen zwingend generalpräventiv wirken müssen. Diese Klarstellung scheint jedoch in Bezug auf das kartellrechtliche Durchsetzungssystem weniger bedeutend zu sein, da beispielsweise resozialisierende spezialpräventive Massnahmen in der Kartelldurchsetzung grundsätzlich nicht von Bedeutung sind; siehe in diesem Zusammenhang, vgl. auch CANENBLEY/STEINVORTH, Effective Enforcement, S. 315; LANG, Untersuchungsmassnahmen, N 7; STOCK, Schadensnachweis, S. 48; vgl. auch MÜLLER, Passing-on Defense, S. 250 f.; Schlussanträge GA Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer 13.09.2005, C-176/03, *Kommission/Rat*, EU:C:2005:311, N 45; MARCO COLINO, Perks, S. 545.

121 Kommission, Grünbuch/Schadenersatzklagen, S. 3 f.

122 Schlussanträge GA Jacobs 16.03.2004, verb. Rs. C-264/01, *AOK-Bundesverbund u. a./Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani u. a.*, EU:C:2003:304, N 104; KOMNINOS, Relationship, S. 142; implizit auch KRÜGER, Öffentliche und private Durchsetzung, S. 201, der die öffentliche Durchsetzung als wichtiges Instrument ansieht, um wettbewerbswidrige Praktiken zu unterbinden und so andere Marktteilnehmer vor den hiermit verbundenen Schäden zu schützen.

123 Dieselbe Wirkung kann, wenn auch nur vorläufig, durch vorsorgliche Massnahmen erreicht werden, die in Verwaltungs- wie in Zivilverfahren ausgesprochen werden können; siehe hierzu DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen, S. 286.

III. Ausgleich

Wird eine Person durch einen Wettbewerbsverstoss in ihren individuellen Rechtspositionen widerrechtlich beeinträchtigt, stehen ihr kartellzivilrechtliche Ansprüche zur Verfügung, um die Beeinträchtigung abzuwenden – hierzu zählt der Kartellschadenersatzanspruch. Dieser Anspruch des Geschädigten und die spiegelbildliche Verpflichtung des Schädigers zur Wiedergutmachung werden vorliegend als Ausdruck ausgleichender Gerechtigkeit¹²⁴ verstanden.¹²⁵ Ebenfalls Ausdruck dieses Konzepts sind die zivilrechtlichen Ansprüche in Form von Rückerstattungsansprüchen nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, der Genugtuung und der Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinns.¹²⁶ Liegt einem Durchsetzungssystem das Ziel ausgleichender Gerechtigkeit zugrunde, kann der durch einen Wettbewerbsverstoss ungerechtfertigt erwirtschaftete Gewinn nicht bei dem dafür verantwortlichen Unternehmen verbleiben, sondern ist grundsätzlich dem Geschädigten zurückzuerstatten.¹²⁷ In der vorliegenden Arbeit liegt der Schwerpunkt auf der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, denen ein Verstoss gegen die kartellrechtlichen Verhaltensgebote zugrunde liegt. Aus Sicht der Kartellopfer dient dieser Anspruch primär dem Ausgleich des durch einen Wettbewerbsverstoss verursachten Schadens, weshalb vom Ausgleichs- oder Kompensationsziel gesprochen wird.¹²⁸

-
- 124 Der Primat des Ausgleichsgedankens lässt sich auf die Restitutionslehre der Spätscholastik zurückführen, die die aristotelischen Gerechtigkeitslehre für das Zivilrecht fruchtbare gemacht hat; vgl. hierzu OERTEL, Haftung, S. 24 ff.; MEEßEN, Schadenersatz, S. 59 f.; ASCHEBERG, Preisschirmeffekte, S. 183; HURNI, L'action civile, S. 65 ff.; BRÜGGE MEIER, Haftungsrecht, S. 556 m. w. N.
- 125 Siehe auch EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 24; WILS, Relationship, S. 16 f.; JONES A., Enforcement, S. 662; HURNI, L'action civile, S. 65 ff., 113; GUTTUSO, Leniency, S. 275, 290 ff.; BARKER, Modelling, S. 13.
- 126 Vgl. BVGer 01.02.2010, A-7162/2008, E. 9.3.3.2; DUCCI, Cartel, S. 18; GUTTUSO, Leniency, S. 275; vgl. auch REY, Interaction, S. 109.
- 127 WILS, Relationship, S. 17; REY, Interaction, S. 109; siehe jedoch für eine Lösung, bei der nicht der Geschädigte bzw. nicht der mittelbare Abnehmer, sondern der unmittelbare Abnehmer den Anspruch auf kartellbedingten Schadenersatz hat durchsetzen können, BGH, Urteil vom 23.09.2020, KZR 4/19, «Schienenkartell V», DE:BGH:2020:230920UKZR4.19.1.
- 128 Jedoch darf nicht verkannt werden, dass die Durchsetzung anderer restitutorischer Ansprüche wie die Geltendmachung des ungerechtfertigten Gewinns im Ergebnis höher als der eingetretene Schaden ausfallen kann. Dieser Anspruch bildet gleichsam einen Teil des Prinzips der ausgleichenden Gerechtigkeit. Eine

2. Phasen der kartellrechtlichen Durchsetzung

In einem Durchsetzungssystem, in dem ein einzelner Durchsetzungs-
weg sämtlichen Durchsetzungszielen (Prävention, Unterbindung und Aus-
gleich) gerecht wird, unterteilt sich der Durchsetzungsprozess in zwei
Phasen: in die Phase vor und in die nach dem Beginn des Verstosses. Die
zweite Phase endet mit der Unterbindung des Verstosses, womit wiederum
die erste Durchsetzungsphase beginnt. Hingegen erfolgt die Durchsetzung
des Kartellrechts zweigleisig, wobei jeder Durchsetzungsweg unterschiedli-
chen Durchsetzungszielen dient.

Folgt die kartellzivilrechtliche Durchsetzung auf ein Verwaltungsver-
fahren, lässt sich die kartellrechtliche Durchsetzung in drei Phasen un-
tereilen, die im Folgenden beschrieben werden. Eingrenzend ist zu
betonen, dass dem vorgeschlagenen «Modell» ausschliesslich Veranschauli-
chungscharakter zukommt.

I. Ex-ante-Phase

Die erste Durchsetzungsphase ist die *Ex-ante*-Phase. Sie umfasst die Zeit
vor dem Beginn der Begehung eines Verstosses. Währenddessen spielt
ein Unternehmen mit dem Gedanken, gegen ein Verhaltensgebot zu ver-
stossen.¹²⁹ In dieser Phase kommt der Generalprävention eine tragende
Rolle zu. Werden ein oder mehrere Unternehmen vom Verstoss gegen
eine Verhaltensnorm abgehalten, hat die Generalprävention ihre Aufgabe
erfüllt.¹³⁰ Die Verhaltensnorm wurde in der *Ex-ante*-Phase durchgesetzt.
Erliegt ein Unternehmen hingegen der Versuchung, gegen ein Verhaltens-
gebot zu verstossen, ist die Durchsetzung *ex ante* gescheitert.¹³¹

derartige Ausgangslage kann sich beim Anspruch auf Herausgabe des unge-
rechtfertigten Gewinns nach Art. 12 Abs. 1 Bst. c KG einstellen; hierzu STÖCKLI,
Ansprüche, N 1220 ff.

129 Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*,
EU:C:2014:45, N 65.

130 REIFF, Punishment, S. 51 ff.

131 ZIRLICK, Freizeichnung, S. 62, hält bezeichnenderweise fest, dass die Prävention
im konkreten Fall versagt hat und das schädigende Ereignis eingetreten ist.

II. Interimsphase

Die *Interimsphase* umfasst die Zeit vom Beginn eines Verstosses bis zu dessen Beendigung. Zu differenzieren ist, ob ein Verstoss im Kartellverwaltungs- oder im Kartellzivilverfahren beendet wird. Unterbindet und sanktioniert eine Wettbewerbsbehörde einen Verstoss, hat die auszusprechende Sanktion spezial- und generalpräventiv zu wirken, was wiederum die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase fördert. Allerdings bleiben kartellzivilrechtliche Ansprüche von der kartellverwaltungsrechtlichen Durchsetzung i. d. R. unberührt¹³² und müssen dementsprechend in der *Ex-post*-Phase durchgesetzt werden.

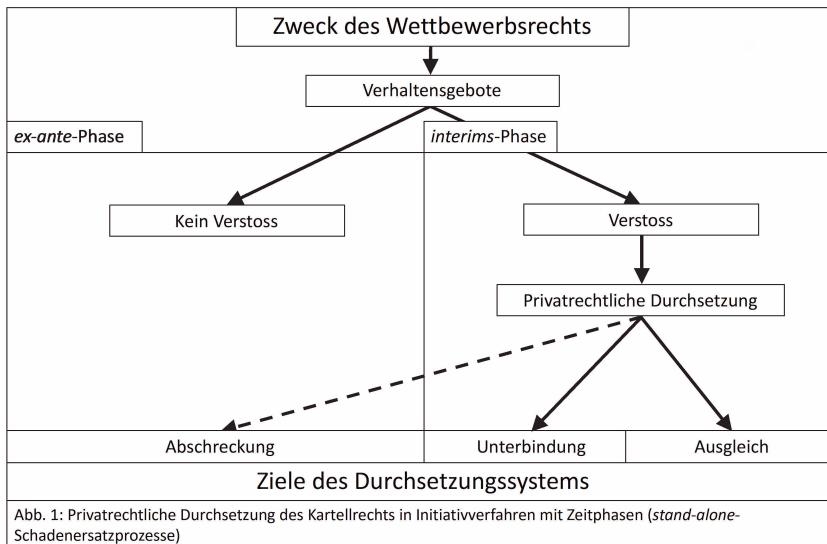
Wird ein Wettbewerbsverstoss in einem Initiativverfahren unterbunden und werden zivilrechtliche Ansprüche durchgesetzt, geht von einer erfolgreichen Durchsetzung in der *Interimsphase* eine, wenn auch begrenzte, abschreckende Wirkung aus. Diese tritt auf mindestens drei Arten zutage:

- durch die Erhöhung der der Wettbewerbsbehörde zur Verfügung stehenden Mittel,
- durch die Erhöhung der Aufdeckungs- und Überführungsrate von Wettbewerbsverstößen und
- durch die Erhöhung der finanziellen Konsequenzen von Wettbewerbsverstößen durch eine Verurteilung.¹³³

132 Gemäss BRUCH/ZIRLICK, Stärkung, N 3, wandert der kartellbedingte Preisaufschlag vom Kartellanten in die Bundeskasse und nicht an den eigentlich Geschäftigten.

133 NAZZINI/NIKPAY, Private Actions, S. 111; ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface, 156 f.; vgl. auch BÖGE/Ost, Up and running, S. 197.

Das Vorangegangene wird durch das folgende Schema verdeutlicht:



III. Ex-post-Phase

Die kartellverwaltungsrechtliche Durchsetzung lässt zivilrechtliche Ansprüche unberührt. Diese sind im Nachgang zu verwaltungsrechtlichen Verfahren – in der *Ex-post-Phase* – durchzusetzen.¹³⁴ Die kartellzivilrechtliche Durchsetzung in der *Ex-post-Phase* dient, zumindest aus Sicht des Kartellopfers, primär dem Ausgleich und nicht der Prävention. Zudem scheint die im Einzelfall von einem erfolgreichen Schadenersatzprozess ausgehende Präventionswirkung i. d. R. vernachlässigbar.¹³⁵ Dies ändert sich hingegen, wenn die Geschädigten der Breite nach mobilisiert werden. Da die Kosten der durch einen Wettbewerbsverstoss verursachten Schäden i. d. R. den Profit übersteigen,¹³⁶ gilt: Je umfassender Schadenersatzfor-

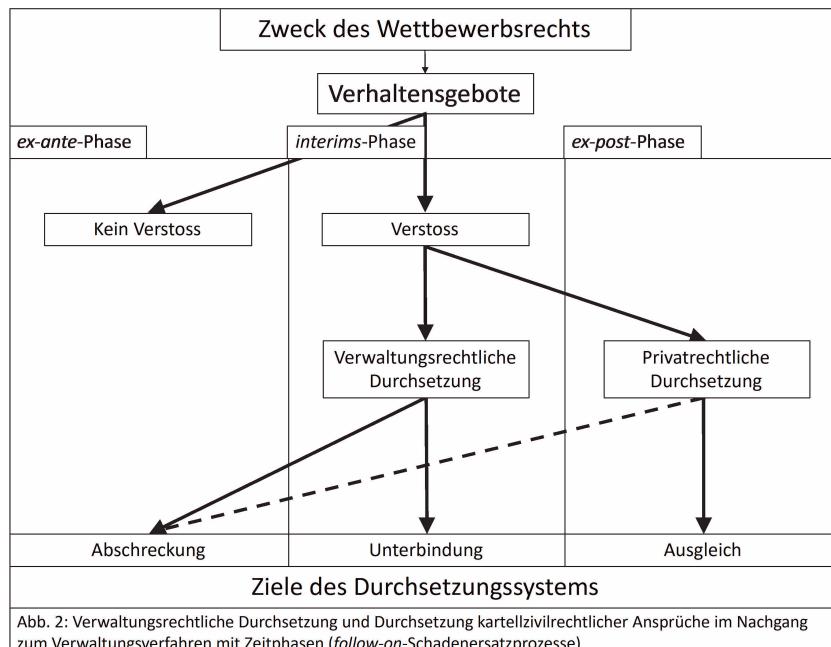
134 In einem ähnlichen Sinne DIKE KG-VETTER, vor Art. 12–15 N 6; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 454.

135 Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 48; weniger präzisiert Schlussanträge GA Van Gerven 13.04.1994, C-128/92, *Banks/British Coal*, EU:C:1993:860, N 44.

136 Siehe unten § 5. 1. I.

derungen durchgesetzt werden, desto höher sind auch die anfallenden Kosten, was den Nutzen eines Verstosses entsprechend saldiert und die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase fördert.¹³⁷

Dieser Befund wird durch das folgende Schema verdeutlicht:



3. Ergebnisse für den weiteren Fortgang der Arbeit

Die Unterteilung der Durchsetzung in drei Phasen verdeutlicht, dass den Durchsetzungszielen in der jeweiligen Phase eine unterschiedliche Bedeutung zukommt. Die Vorteile der *Ex-ante*-Durchsetzung liegen auf der Hand: Es werden keine individuellen Rechtspositionen beeinträchtigt, und die Allgemeinheit nimmt keinen Schaden – ferner entstehen dem Rechts-

137 Ein ähnliches Verständnis von *Follow-on*-Schadenersatzverfahren zeigt sich in EFTA, E-5/13, *Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 07.07.2014, N 134; EFTA, E-10/17, *Nye Kystlink*, vom 17.09.2018, N 72; EFTA, E-14/11, *DB Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 21.12.2012, N 132.

pflegesystem keine Durchsetzungskosten.¹³⁸ Die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase ist zudem zu bevorzugen, weil die Geltendmachung sämtlicher kartellbedingten Schäden in der Praxis aufgrund der Vielseitigkeit von Kartellschäden kaum erfolgreich ist.¹³⁹ Folglich wird das Hauptziel des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems in der Durchsetzung während der *Ex-ante*-Phase und somit auch in der Prävention erblickt.¹⁴⁰

Das Modell verdeutlicht allerdings auch, dass die Durchsetzung in der *Ex-post*-Phase von einer erfolgreichen Durchsetzung in der *Interims*-Phase abhängt. Die Durchsetzung in der *Ex-post*-Phase kann sich wiederum auch negativ auf die Wirksamkeit der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung auswirken. Geraten mit der Behörde kooperierende Unternehmen im Vergleich zu nicht kooperierenden Unternehmen vermehrt ins Visier von Kartellzivilklägern, sinkt die Kooperationsbereitschaft.¹⁴¹ Sinkt die Attraktivität der Kooperation, führt dies zu weniger erfolgreich aufgedeckten und sanktionierten Wettbewerbsverstößen in der *Interims*-Phase, was wiederum die Durchsetzung in der *Ex-post*-Phase erschwert. Dies gilt insbesondere für Kronzeugenprogramme und für das Instrument der einvernehmlichen Regelung (sog. *settlements*).¹⁴² Nicht zu unterschätzen ist zudem, dass auch die Durchsetzung in der *Ex-post*-Phase zur Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase beiträgt. Hierbei gilt: Je umfangreicher eine Mobilisierung der Kartellopfer gelingt, desto wirksamer ist die Abschreckung und desto effektiver die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase.

Im Hinblick auf die Forschungsfrage lässt das zuvor Gesagte den folgenden Schluss zu: Auch wenn die Verfahrensmodalitäten wie die hier interessierenden Zugangsrouter einer zweckgerechten Ausgestaltung und Auslegung bedürfen,¹⁴³ kann ihre Handhabe nicht ausschliesslich hinsicht-

138 Ähnliche Überlegungen lassen sich in Bezug auf die Spezialprävention anstellen, worauf aufgrund ähnlicher Erkenntnisse verzichtet wird.

139 Siehe unten § 5. 1. I.

140 Ähnlich EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 45; Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 80; siehe auch GA Pitruzzella 04.06.2020, C-832/18 P, *Kommission/GEA Group*, EU:C:2020:426, N 44.

141 Siehe oben § 1.

142 Diese Arbeit setzt sich fast ausschliesslich mit den Kronzeugenerklärungen auseinander und nicht mit den Vergleichsausführungen – die Ausführungen gelten hingegen sinngemäss für letztere Art von Dokumenten.

143 In Bezug auf die kartellrechtliche Durchsetzung CRANE/KLOVER/SPEEGLE, Private antitrust, S. 400; in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung allgemein REIFF, Punishment, S. 45.

lich eines einzelnen Durchsetzungsziels betrachtet werden – vielmehr ist die gegenseitige Beeinflussung der Durchsetzungswege durchwegs zu berücksichtigen.¹⁴⁴ Von einer systematischen Warte aus betrachtet, bedarf es somit bei der Ausgestaltung und Auslegung der Zugangsrouter eines holistischen Ansatzes, der neben dem Zweck des Kartellschadenersatzes auch die übrigen Durchsetzungsziele angemessen berücksichtigt.¹⁴⁵

144 GAVIL, Designing, S. 5 f.; BÖGE, Enforcement, S. 217; ferner auch DREXL, Interaction, S. 135; MACCULLOCH/WARDHAUGH, Baby, S. 1; LUCEY, Competition, S. 390.

145 Siehe hierzu BARKER, Modelling, S. 10; REY, Interaction, S. 109; vgl. JONES A., Private enforcement, S. 33 f.; MACCULLOCH/WARDHAUGH, Baby, S. 1; LUCEY, Competition, S. 390.

§ 4. Der Kartellschadenersatz von konzeptioneller Warte

Der ordnungspolitische Grundentscheid für eine Privatwirtschaft, die durch eine wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft gelenkt wird, bestimmt die schweizerische Wirtschaftsverfassung¹⁴⁶.¹⁴⁷ Der Entscheid gibt hingegen keinen Aufschluss darüber, was eine zulässige Beeinträchtigung des Marktmechanismus ist und was nicht – eine Antwort hierauf findet sich in den Wettbewerbstheorien, die jeweils bestimmen, ob eine Verhaltensweise zulässig oder unzulässig ist.¹⁴⁸

Allerdings schreiben weder die Verfassung noch das Kartellgesetz vor, welche Wettbewerbstheorie¹⁴⁹ massgebend ist und folglich die Anwendung des Kartellrechts bestimmt.¹⁵⁰ Trotz des fehlenden Rekurses auf eine bestimmte Wettbewerbstheorie herrscht Konsens darüber, dass dem KG das Leitbild des «wirksamen Wettbewerbs» zugrunde liegt¹⁵¹, obwohl weder die verfassungsrechtliche Wettbewerbsbestimmung (Art. 96 BV) noch

146 Unter dem Begriff «Wirtschaftsverfassung» werden diejenigen Verfassungsnormen verstanden, die die Wirtschaft direkt oder indirekt ordnen und lenken; vgl. hierzu RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 3098 f.

147 VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 2 N 50, § 4 N 1; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatrecht, N 623; VALLENDER, Wirtschaftsverfassung, S. 682; BSK KG-LEHNE, Art. 1 N 19; vgl. auch Botschaft BV 1996, S. 294; auch das BGer führte aus, dass der Schweizer Verfassung der wirtschaftspolitische Grundentscheid für ein System des freien Wettbewerbs zugrunde liege, BGE 116 Ia 237, E. 2d.

148 In diesem Sinne BÖNI, Kartellrecht, S. 248 f.

149 Die Anzahl der Wettbewerbstheorien ist gross. Von besonderer Relevanz sind die Theorie des dynamischen Wettbewerbs der Klassik, die Theorie der vollkommenen Konkurrenz mit dem neoklassischen Gleichgewichtsmodell, dem vollständigen Wettbewerb der *Ordoliberalen-Schule*, die auch den konstitutionellen Liberalismus von HAYEK umfasst, die Theorie des unvollkommenen, aber funktionsfähigen Wettbewerbs, mit dem Ansatz der *Workable Competition*, der nach KANTZENBACH optimalen Wettbewerbsintensität, die Theorie der *Industrial Organization*, die Theorie der *Chicago School*, die Theorie der *Contestable Markets* und die Systemtheorie von HOPPMANN; vgl. hierzu ausführlich BÖNI, Kartellrecht, S. 241 ff.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 15 ff.; vgl. auch MEIER-SCHATZ, Erfahrungen, S. 15 ff.

150 SGK BV-JACOBS, Art. 96 N 19; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 14; SHK KG-RUBIN, Art. 1 N 14.

151 Botschaft KG 1994, S. 511 ff.; HETTICH, Wirksamer Wettbewerb, N 22 ff., 774 ff.; SGK BV-JACOBS, Art. 96 N 19; WEBER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 29 ff.; vgl. hierzu WHISH/BAILEY, Competition, S. 17 f. m. w. N., die auf den ähnlichen und ebenso offenen Begriff «*effective competition*» verweisen.

der Zweckartikel des KG (Art. 1 KG) dieses erwähnen.¹⁵² Das Konzept gibt der Rechtsanwendung wiederum Raum, um auf unterschiedliche Wettbewerbstheorien zurückzugreifen. Zwei der gängigsten Theorien sind im Folgenden aufzuzeigen.

1. Wettbewerbstheorien

I. Chicago School

Im Mittelpunkt der *Chicago School*¹⁵³ steht die ökonomische Analyse des Rechts (*Economic Analysis of Law* oder *Law & Economics*). Bei der Rechtsanwendung werden hauptsächlich die ökonomischen Wirkungen einer Norm berücksichtigt und nicht mehr einzige politische und soziale Aspekte.¹⁵⁴ Grob formuliert: Vertreter dieser Schule, wie etwa BORK¹⁵⁵ oder POSNER¹⁵⁶, reduzieren den Zweck des Kartellrechts auf die Steigerung der ökonomischen Effizienz im Sinne einer effizienten Ressourcenallokation. Unklar ist, ob die effizienzorientierte Ausrichtung der Gesamtwohlfahrt verpflichtet ist, unabhängig davon, ob die Ressourcen auf Produzenten- oder Konsumentenseite alloziert werden oder ob das Kartellrecht primär

152 Er findet indessen mehrfach Niederschlag in prominenten Gesetzesbestimmungen des KG. So bei den Bestimmungen zu den Wettbewerbsabreden (Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Bst. b, Abs. 3 und Abs. 4), den Bestimmungen zu Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 10 Abs. 2 Bst. a und Abs. 4, Art. 37 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 Bst. c, Art. 51 Abs. 1) und der Bestimmung betreffend die Empfehlungen der Weko (Art. 51 Abs. 1), so BSK KG-LEHNE, Art. 1 N 27; DIKE KG-MOECKLI, Art. 1 N 44; vgl. auch Botschaft KG 1994, S. 511.

153 Neben der *Chicago School* sind weiter deren Vorgänger die *Harvard School*, die *post-Chicago School* sowie die *Neo-Chicago School* zu erwähnen; zu diesen und anderen Denkschulen siehe JONES/SUFRIN, EU Competition Law, S. 14 ff.; POSNER, Chicago, S. 926; ZALEWSKA-ŁOGOWSKA, Approach, S. 17 ff.; zu der Rezeption in der schweizerischen Literatur: ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 41 ff.; KÜNZLER, Effizienz, S. 40 ff.; CR CONCURRENCE-DEISS/GUGLER, Les aspects économiques, N 4 ff.; HURNI, L'action civile, S. 32 ff.

154 OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 1.52; POELZIG, Normdurchsetzung, S. 362; KRÜGER, Öffentliche und private Durchsetzung, S. 151.

155 Gemäss BORK, Antitrust, S. 91, ist der Zweck des Kartellrechts: «[t]he effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss to consumer welfare».

156 POSNER, Antitrust, S. 266.

der Steigerung der Konsumentenwohlfahrt dient und eine entsprechende Allokation erfordert.¹⁵⁷

Eines der bedeutendsten Werkzeuge hierbei ist das Konzept des *Homo oeconomicus*.¹⁵⁸ Es beschreibt eine Person, die sich vor ihren Entscheidungen über alle möglichen Optionen eine klare Präferenzordnung bildet und für die wirtschaftlich rationalste Option entscheidet. Das setzt voraus, dass die Person alle wesentlichen Umstände kennt, rational handelt und die Folgen ihres Handelns berechnet.¹⁵⁹ Weitere Wesensmerkmale dieser Theorie sind, dass sie auf der neoklassischen Preistheorie basiert und sich an den ökonomischen Gleichgewichtsmodellen orientiert.¹⁶⁰

Der Rückgriff auf die neoklassische Preistheorie und der Rückgriff auf die Gleichgewichtsmodelle sind zugleich die hauptsächlichen Kritikpunkte an den Lehren der *Chicago School*.¹⁶¹ Derartige Modelle würden den Wettbewerbsprozess nicht abbilden, sondern grundsätzlich nur, basierend auf dem Endzustand dieses Prozesses, dem Gleichgewichtszustand also,

157 Diese Diskussion wird durch den Umstand facettenreicher, dass die Begrifflichkeiten der Gesamt- wie der Konsumentenwohlfahrt keiner einheitlichen Nomenklatur folgen. So ergibt es sich, dass je nach Lehrmeinung derselbe Begriff ein unterschiedliches Verständnis abbildet. Ein Beispiel für die diffusen Verständnisse der Begrifflichkeiten von Gesamt- und Konsumentenwohlfahrt findet sich bei BORK, Antitrust, S. 91: «Those who continue to buy after a monopoly is formed pay more for the same output, and that shifts income from them to the monopoly and its owners, who are also consumers». Laut BORK sind daher neben den Endverbrauchern (Endkonsumenten) auch die Produzenten Verbraucher bzw. Konsumenten. Dies erklärt, dass aus BORKs Sicht die Konsumentenwohlfahrt der Gesamtwohlfahrt entspricht; vgl. dazu auch JONES/SUFRIN, EU Competition Law, S. 17, die das Beschriebene als die «chicago trap» bezeichnen. Auf diese Problematik wird auch von EZRACHI, Sponge, S. 61 m. w. N., hingewiesen, der allgemein festhält, dass die den Wirtschaftswissenschaften entlehnten Begrifflichkeiten keinem einheitlichen Schema folgen, was Missverständnisse provoziert.

158 Hierzu ausführlich SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 95 ff.; GRÜNING, Konsument, S. 15 f.

159 SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 96 ff.; zur überzeugenden Kritik, dass davon auszugehen ist, dass eben nicht alle in bzw. für Unternehmen tätigen Entscheidungsträger überhaupt oder nur unzureichend sensibilisiert sind bzw. nicht über ausreichendes Wissen verfügen, um eine Verhaltensweise als wettbewerbswidrig zu qualifizieren, siehe PARKER, War on Cartels, S. 175; VAN DER NOLL/BAARSMA, Compliance, S. 339.

160 ROBERTSON, Corrective Justice, S. 745 f.

161 JONES/SUFRIN, EU Competition Law, S. 20 f.; HEINEMANN, Ökonomie, S. 35; FIKENTSCHER, Freiheit, S. 14 ff.

Rückschlüsse zulassen.¹⁶² Aber auch aufgrund der Erkenntnisse der Verhaltensökonomie wird das Rationalitätspostulat des *Homo oeconomicus* zunehmend als realitätsfern und ergänzungsbedürftig empfunden.¹⁶³ Auch besteht bei einer zu starken Ausrichtung des Kartellrechts auf die effizienteste Ressourcenallokation die Gefahr, dass andere wettbewerbspolitische Ziele nicht genügend berücksichtigt werden – wie der Schutz der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen.¹⁶⁴

II. Theorie der Wettbewerbsfreiheit

Nach Massgabe der Theorie der Wettbewerbsfreiheit ist die Wohlstandsmaximierung kein unmittelbares, sondern ein mittelbares Ziel des Wettbewerbsrechts.¹⁶⁵ Im Vordergrund steht der Schutz der Rechte auf wirtschaftliche Freiheit vor Marktmachtmissbrauch. Geschützt wird das Verhältnis zwischen den Wettbewerbern, aber auch zwischen den Unternehmen und den Konsumenten.¹⁶⁶ Der Schutz dieser Rechte führt erfahrungsgemäß zu wirtschaftlicher Wohlfahrt und somit zu einer effizienten Ressourcenverteilung in einer Volkswirtschaft.¹⁶⁷ Das unmittelbare Ziel ist deshalb der Schutz der Rechte auf wirtschaftliche Freiheit vor unzulässigen Beeinträchtigungen durch Wettbewerbsverstöße.

Das Recht auf Eigentum und das Recht auf wirtschaftliche Entfaltung zählen zu den geschützten Freiheitsrechten. Sie stellen die Pole dar, zwischen denen sich das wirtschaftliche Handeln ausrichten soll, und sind gleichzeitig die Grundpfeiler der wettbewerbsorientierten Wirtschaftsverfassung.¹⁶⁸ Nicht ausgeschlossen ist, dass die Freiheitsrechte Einzelner mit

162 PICHT, Verhalten, S. 329, spricht bezeichnenderweise von einer Vermessenheit und Kurzsichtigkeit des *more economic approach*; KÜNZLER, Effizienz, S. 51.

163 HEINEMANN, Ökonomie, S. 35; HEINEMANN, Behavioural Antitrust, S. 231 f.; KÜNZLER, Effizienz, S. 71 ff.; SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 116; BECK, Behavioral Economics, S. 9.

164 FIKENTSCHER, Freiheit, S. 15; vgl. auch EZRACHI, Sponge, S. 52 f.

165 Siehe hierzu PICHT, Verhalten, S. 297 f.; ZÄCH, Gewährleistung von Wettbewerb, S. 73.

166 ROBERTSON, Corrective Justice, S. 748.

167 ZÄCH, Gewährleistung von Wettbewerb, S. 73; KÜNZLER, Effizienz, S. 4 f.; siehe auch PICHT, Verhalten, S. 297 f. m. w. N.; vgl. auch POSNER, Antitrust Law, S. 29: «Efficiency is the ultimate goal of antitrust, but competition a mediate goal that will often be close enough to the ultimate goal».

168 BIAGGINI, Art. 26 N 5 BV; FIKENTSCHER, Freiheit, S. 37.

denen Anderer konfligieren.¹⁶⁹ Wirtschaftliche Verhaltensweisen, die Ausdruck der wirtschaftlichen Entfaltung sind und, ökonomisch betrachtet, zur effizientesten Ressourcenverteilung führen, können zu Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheitsrechte anderer Marktteilnehmer führen. Sind diese Einschränkungen übermäßig, sind sie aufzuheben. Ob eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit allerdings als übermäßig qualifiziert wird, hängt jeweils davon ab, welches Verständnis der Verhaltensnormen bzw. welche Wettbewerbstheorie diesen zugrunde gelegt wird.

Wird die wirtschaftliche Freiheit durch einen Wettbewerbsverstoss übermäßig beeinträchtigt, kann die Einschränkung mittels Geltendmachung subjektiver Ansprüche aufgehoben werden – hierzu zählt etwa der Anspruch auf Kartellschadenersatz. Einerseits verhindert eine erfolgreiche Durchsetzung dieser Ansprüche übermäßige Beeinträchtigungen individueller Rechtspositionen (Individualschutz) oder wendet sie ab.¹⁷⁰ Andererseits kommt die Durchsetzung dann nicht nur dem Kartellopfer zugute, sondern wendet zudem auch Beeinträchtigungen der freien Marktwirtschaft ab, wovon wiederum die Allgemeinheit profitiert (Institutionenschutz).¹⁷¹

2. Stellungnahme und Ergebnisse für den weiteren Fortgang der Arbeit

Die Ziele des Wettbewerbsrechts sind nicht mit den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften gleichzusetzen, auch wenn sie durch diese stark beeinflusst werden.¹⁷² Eine Gleichsetzung würde erkennen, dass neben den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften weitere Faktoren das Wettbewerbsrecht bestimmen.¹⁷³ Die Wettbewerbskodifikationen verkörpern die Grundprinzipien und die Werte der jeweiligen Rechtsordnung. Die Gültigkeit eines Rechtsaktes hängt von sich stets wandelnden Normvorstellungen von Gerechtigkeit, Moral und Fairness ab – von Werten al-

169 FIKENTSCHER, Freiheit, S. 37.

170 HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung, S. 113; Fuchs/Weitbrecht/FUCHS, Private Kartelldurchsetzung, § 1 N 19 ff.; BARKER, Modelling, S. 10.

171 HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung, S. 113; Fuchs/Weitbrecht/FUCHS, Private Kartelldurchsetzung, § 1 N 22 ff.

172 EZRACHI, Sponge, S. 69; siehe hingegen auch AMSTUTZ/REINERT, Preis- und Gebietsabreden, S. 74, nach denen der Zweck des Kartellrechts «allein» in der Maximierung der sozialen Wohlfahrt liegt.

173 BARKER, Modelling, S. 13 ff.; ROBERTSON, Corrective Justice, S. 142 ff.; EZRACHI, Sponge, S. 59 ff.

so, die sich einer streng ökonometrischen Berechnung entziehen.¹⁷⁴ Wird das Erreichen wirtschaftlicher Effizienz als mittelbares Ziel verfolgt und werden der Wettbewerbsprozess sowie die hiermit verbundenen Rechte auf wirtschaftliche Freiheit geschützt, werden die genannten Normvorstellungen angemessen berücksichtigt.¹⁷⁵ Die effizienteste Ressourcenverteilung ist dann nicht mehr die oberste Maxime, aber nach wie vor ein Leitprinzip. Der Schutz der Freiheitsrechte wird diesem Prinzip gerecht, da diese Rechte erfahrungsgemäss zu einer effizienten Ressourcenallokation führen.¹⁷⁶

Im Hinblick auf die Forschungsfrage ist festzuhalten: Von einer konzeptionellen Warte aus betrachtet, dient der Schutz der Rechte auf wirtschaftliche Freiheit in Form kartellrechtlicher Ansprüche, etwa auf Kartellschadenersatz, nicht ausschliesslich dem Eigeninteresse des Einzelnen. Die Anspruchsdurchsetzung zwingt zu marktkonformem Wirtschaften und ermöglicht das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage in der erwünschten Form. Die Gewährung subjektiver Ansprüche ist dementsprechend kein reiner Selbstzweck. Die Durchsetzung der individuellen Rechtsbehelfe verwirklicht «wirksamen Wettbewerb». Die Ausgestaltung und Auslegung der vorliegend interessierenden Zugangsmöglichkeiten haben zu berücksichtigen, dass die erfolgreiche Geltendmachung von Kartellschadenersatz immer auch einen überindividuellen Beitrag zur kartellrechtlichen Durchsetzung leistet.

174 Zu berücksichtigen ist auch, dass jede Gesellschaft sich wiederum durch unterschiedliche politische wie soziale Eigenheiten auszeichnet, vgl. STUCKE, Reconsidering, S. 609; EZRACHI, Sponge, S. 61.

175 Siehe zum europäischen Wettbewerbsrecht PICHT, Verhalten, S. 328 f., der im Wettbewerbsschutz das primäre Ziel des Wettbewerbsprimärrechts erblickt, jedoch auch die Berücksichtigung von konsumentenwohl- und auswirkungsbezogenen Aspekten fordert; ähnlich BARKER, Modelling, S. 13 ff.; ROBERTSON, Corrective Justice, S. 142 ff.

176 Vgl. ZÄCH, Vorgaben, S. 49 m. w. N.; Fuchs/Weitbrecht/FUCHS, Private Kartell-durchsetzung, § 1 N 2.

§ 5. Der Kartellschadenersatz von wirtschaftlicher Warte

In diesem Abschnitt werden die kartellrechtliche Durchsetzung und insbesondere der Kartellschadenersatz aus ökonomischer Sicht betrachtet. Im Vordergrund steht die Frage, wie die allfälligen Kosten eines Wettbewerbsverstosses auszufallen haben, um Unternehmen zu normkonformem Wirtschaften zu veranlassen, und welche Rolle der Kartellschadenersatz hierbei übernimmt.

1. Optimal-deterrence-Lehre

Die *Optimal-deterrence-Lehre* wird in dieser Arbeit als Sammelbegriff verstanden, der unterschiedliche Methoden umfasst, die sich mit der Berechnung der «optimal abschreckenden» Sanktion befassen. Grob zu unterscheiden ist zwischen dem «*internalisation approach*» und dem «*deterrence approach*».¹⁷⁷ Auch wenn sich das vorliegende Kapitel schwerpunktmässig mit dem «*internalisation approach*» auseinandersetzt, findet ein Grossteil der Ausführungen des folgenden Abschnitts auf beide Berechnungsweisen sinngemäss Anwendung.

I. «Internalisation approach»

Nach dem «*internalisation approach*» oder der «*harm-based deterrence*» korrespondiert die Höhe einer auszusprechenden Sanktion mit dem volkswirtschaftlichen Schaden, der durch den Wettbewerbsverstoss verursacht wurde.¹⁷⁸ Entspricht die Sanktionshöhe dem durch die Verhaltensweise verursachten Schaden, ist die Sanktion ökonomisch effizient.¹⁷⁹ Die «optimalen» Sanktion führt dazu, dass sämtliche Folgen (positiver wie negativer Art) einer Verhaltensweise durch den Kartelltäter getragen werden.¹⁸⁰ Überwiegt der aus der Verhaltensweise resultierende Nutzen die zu tragenden Kosten, begeht ein Unternehmen, das rein nach der Kosten-Nutzen-Analy-

¹⁷⁷ WILS, Antitrust Fines, S. 191 ff.; siehe dazu auch ZHENG, Judicial Review, N 44 ff.; VAN DER NOLL/BAARSMA, Compliance, S. 337.

¹⁷⁸ BECKER, Crime and punishment, S. 172 ff.; LANDES, Optimal Sanctions, S. 661, 678; vgl. auch DUCCI, Cartel, S. 8.

¹⁷⁹ LANDES, Optimal Sanctions, S. 656.

¹⁸⁰ POSNER, Antitrust, S. 269.

se agiert, den Verstoss trotz drohender Sanktion.¹⁸¹ Bei wirtschaftlicher Betrachtung handelt es sich hierbei um eine effiziente Verhaltensweise, deren Gesamtnutzen die Gesamtkosten übersteigt.¹⁸² Bei einer ineffizienten Verhaltensweise übersteigen die Gesamtkosten den Gesamtnutzen. Ein Unternehmen, das sich einzig nach einer Kosten-Nutzen-Analyse ausrichtet, sieht dann wegen der zu internalisierenden Kosten von einem Verstoss ab.¹⁸³

Zur Erläuterung ein Rechen[bei]spiel: Es zeigt auf, wie die «optimale» Sanktion nach dem *«internalisation approach»* für die an einem (Preis-)Kartell Beteiligten auszufallen hat und welche Rolle der Kartellschadenersatz hierbei übernehmen kann. Diesem Sanktionsberechnungsmodell¹⁸⁴ liegen die folgenden Annahmen zugrunde:

- Das Durchsetzungssystem funktioniert kostenlos und fehlerfrei.
- Die schädigende und die geschädigte Person sind risikoneutral und richten ihr Verhalten ausschliesslich nach dem Erwartungswert der Sanktionshöhe und der Sanktionswahrscheinlichkeit aus.¹⁸⁵
- Der Verstoss erfolgt in Kenntnis und mit Duldung der Geschäftsleitung des Unternehmens.¹⁸⁶

Der Nutzen (E_N) eines Kartellverstosses ergibt sich aus der Multiplikation (\times) der Menge der abgesetzten kartellierten Produkte (M) mit der Differenz zwischen dem Preis ohne und mit kartellbedingter Preisveränderung

181 In diesem Sinne auch LANDES, Optimal Sanctions, S. 678; BECKER, Crime and punishment, S. 207 f.; POSNER, Antitrust, S. 267.

182 Gemäss EASTERBROOK/FISCHEL, Antitrust Suits, S. 1157, führt die optimale Sanktion dazu, dass «effiziente Wettbewerbsverstösse» begangen werden und von «ineffizienten Wettbewerbsverstössen» abgesehen wird.

183 WILS, Antitrust Fines, S. 191.

184 POSNER, Antitrust, S. 47 f.; vgl. auch die Darstellung durch CONNOR, Optimal Deterrence, S. 10 f. m. w. N.; für eine ähnliche Berechnungsweise der Sanktionshöhe etwa ELZINGA/BREIT, Antitrust Penalties, S. 115 ff.; VAN DEN BERGH, Enforcement, S. 397 f.; EASTERBROOK, Detrebling, S. 450, verweist eingrenzend auf die Schwierigkeit der Feststellung der Schadenshöhe und der daraus resultierenden Sanktionshöhe.

185 DUCCI, Cartel, S. 9; REIFF, Punishment, S. 81 f., 89 f.; POELZIG, Normdurchsetzung, S. 379 Fn. 683; vgl. auch POSNER, Antitrust, S. 47.

186 POSNER, Antitrust, S. 47; CONNOR, Optimal Deterrence, S. 21 m. w. N.; kritisch zu diesen Annahmen MARKHAM, in: Marsden/Weber Waller/Fabbio, Antitrust Marathon V, S. 576.

(PD) – PD bildet den Preisüberhöhungsschaden, dem in der Praxis die grösste Bedeutung zukommt.¹⁸⁷ Dies ergibt

$$E_N = M \times PD.$$

Die aus einem Kartellzusammenschluss resultierenden Kosten sind als (E_K) zu bezeichnen,¹⁸⁸ die so auszufallen haben, dass sie die verursachten Schäden decken. Allerdings ist der durch eine Wettbewerbsbeschränkung verursachte volkswirtschaftliche – und nicht zwingend betriebswirtschaftliche – Schaden regelmässig höher als der hierdurch erzielte Kartellgewinn.¹⁸⁹ Auch entsteht der kartellbedingte Schaden nicht nur der Marktgegenseite und den Konsumenten, sondern wirkt sich auch auf nicht direkt verbundenen Märkten schädigend aus.¹⁹⁰ Zudem, und hier lediglich angeschnitten, stellt sich das Problem der Streuschäden. Sie bewirken häufig, dass von einer zivilrechtlichen Geltendmachung von vornherein abgesehen wird, weil sich Aufwand und Ertrag für den Geschädigten häufig nicht lohnen – Schlagwort «rationale Apathie».¹⁹¹ Weitere Schäden ergeben sich durch das Ausbleiben oder eine lediglich suboptimale Verwirklichung der durch den freien Wettbewerb angestrebten wirtschaftlichen Effizienzen.¹⁹² Ferner kann es kartellbedingt zu durch das Gemeinwesen unzureichend erfüllten Verpflichtungen kommen, weil weniger Ressourcen für Gemeinwesenaufgaben zur Verfügung stehen. Der Schaden entsteht dann insbesondere der Allgemeinheit und lässt sich nur äusserst schwer quantifizieren.¹⁹³

Werden die genannten Schäden nicht oder nur begrenzt geltend gemacht, ist der Nutzen eines Kartellzusammenschlusses häufig höher als dessen Kosten, ist also

$$E_N > E_K.$$

187 MÜHLBACH/BOOS, Schadensersatz, S. 147 f.

188 Diese umfassen der Übersicht halber nicht die durch eine Gründung bzw. einen Beitritt zu einem Kartell entstehenden zusätzlichen Personalkosten.

189 NIELS/JENKINS/KAVANAGH, Economics, S. 477 f.; OXERA, Optimal Level, S. 3.

190 MAIER-RIGAUD, Holzweg, S. 63; siehe dann auch ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface, S. 175, die die facettenreiche Erscheinungsform von Wettbewerbsschäden beschreiben.

191 Anstelle vieler siehe hierzu HEINEMANN, Consommation et concurrence, S. 51 f.

192 ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface, S. 175; vgl. auch COLLINS/SUNSHINE, Enforcement, S. 52.

193 Zur weiten Streuung kartellbedingter Schäden, Schlussanträge GA Kokott 29.07.2019, C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:651, N 127 ff.

Der Wettbewerbsverstoss ist dann unter rein ökonomischen Aspekten die zu bevorzugende Verhaltensweise.¹⁹⁴ Sind die zu tragenden Kosten hingegen höher als der daraus resultierende Nutzen, ist also

$$E_N < E_K,$$

wird ein Unternehmen von einem entsprechenden Verhalten abgehalten.¹⁹⁵

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Wahrscheinlichkeit, für einen (horizontalen) Wettbewerbsverstoss bestraft zu werden, bei (weit) unter 100 % liegt, wobei die Ursache hierfür auf der klandestinen Natur dieser Vergehen beruht.¹⁹⁶ Anders ausgedrückt: Es werden bei Weitem nicht sämtliche Verstösse aufgedeckt und verwaltungsrechtlich und/oder privatrechtlich geahndet.¹⁹⁷ Richtet sich der Sanktionsadressat nach der Kosten-Nutzen-Analyse aus, diskontiert (multipliziert) der Kartelläter die möglichen Kosten einer Aufdeckung und Sanktionierung seines Verstosses mit deren Wahrscheinlichkeit.¹⁹⁸ Sind die durch ein Unternehmen schlussendlich zu internalisierenden Kosten eines Verstosses geringer als dessen Nutzen, ist die auszusprechende Sanktion zu erhöhen. Im gegenteiligen Fall liegt der Nutzen des Verstosses immer höher als deren Kosten, dann ist $E(N) > E(K)$.¹⁹⁹

194 So auch REIFF, Punishment, S. 76.

195 Ähnlich REIFF, Punishment, S. 81; entsprechen die Kosten hingegen dem Nutzen eines Beitritts oder einer Gründung ($E(N) = E(K)$), wurde der Nutzen optimiert und die Produktion entspricht dem allgemeinen Gleichgewicht, dem optimalen Marktequilibrium; dazu CONNOR, Optimal Deterrence, S. 11; WHISH/Bailey, Competition, S. 6.

196 Siehe zu dieser Grundproblematik oben § 1.

197 BECKER, Crime and punishment, S. 207 f.; COLLINS/SUNSHINE, Enforcement, S. 52; CONNOR, Optimal Deterrence, S. 21 m. w. N.; MACKENRODT, Interaction, S. 176.

198 EASTERBROOK, Detrebling, S. 455; COLLINS/SUNSHINE, Enforcement, S. 52; REIFF, Punishment, S. 82.

199 Zur vertiefenden Erläuterung dient folgendes Beispiel: Angenommen ein spezifisches wettbewerbswidriges Verhalten verursacht Kosten und Nutzen von je CHF 100 und wird mit einer Busse in derselben Höhe – also CHF 100 – im Falle der Aufdeckung und Sanktionierung gebüßt. Weiter ist anzunehmen, dass die Verhaltensweise in 90 % der Fälle nicht aufgedeckt wird. Begeht ein risikoneutrales Unternehmen diese Verhaltensweise zehnmal, wird es davon ausgehen, dass es ein einziges Mal für die Verhaltensweise gebüßt wird. Die Summe der verursachten Kosten liegt bei CHF 1000, wobei das Unternehmen grundsätzlich mit einer Sanktionshöhe von CHF 100 zu rechnen hätte. Im vorliegenden Fall ist die vom Unternehmen erwartete Sanktionshöhe für einen

Die durch die Sanktion verursachten Kosten – $E(K)$ – sollten dem Produkt der folgenden Multiplikation entsprechen: Die Höhe der Sanktion (S) ist mit der inversen Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung und der möglichen Sanktionierung (w) zu multiplizieren.²⁰⁰ (w) bestimmt somit massgeblich die abschreckende Wirkung der auszusprechenden Sanktion.²⁰¹ Dies ergibt

$$E_K = w \times S.$$

Eine Sanktion ist in diesem Sinne optimal, wenn

$$S = E_K : w$$

entspricht.

Diese Gleichung kann in dem Sinne vervollständigt werden, dass die im vorherigen Schritt aus einem Wert bestehende Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung und die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung in zwei verschiedene Werte aufgeteilt werden: in die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung (w) und in die Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung (a). Die Sanktionshöhe S bestimmt sich insbesondere nach der Schwere des Veruschdels, der Menge der verkauften kartellierten Güter oder Dienstleis-

einzelnen Verstoss also CHF 10. Eine solche Verhaltensweise könnte sich – in Anbetracht der geringen Aufdeckungswahrscheinlichkeit und der geringen Sanktionshöhe – für ein risikoneutrales Unternehmen lohnen. Unter der Annahme der Risikoneutralität berechnet sich die optimal abschreckende Geldbusse, indem die durch das Verhalten entstandenen Kosten durch die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung und Sanktionierung des Verhaltens geteilt oder mit der inversen Wahrscheinlichkeit multipliziert wird. Im Beispiel entspräche dies einer Busse in der Höhe von CHF 1000 (CHF 100/0,1 = CHF 1000 oder CHF 100 × (100/10) = CHF 1000) und $E(N) = E(K)$. Kommen jedoch zu einer allfälligen Sanktion weitere Kosten wie etwa durch den Rechtsbeistand oder einem Kurseinbruch der Aktie bei börsenkotierten Unternehmen hinzu, wird ein risikoneutrales Unternehmen eher von einer solchen Verhaltensweise abgehalten; vgl. POSNER, Antitrust, S. 269; für weitere Beispiele PAGE, Scope of Liability, S. 1455.

- 200 PAGE, Scope of Liability, S. 1455; POSNER, Antitrust, S. 47; CONNOR, Optimal Deterrence, S. 11; CONNOR/LANDE, Business Strategy, S. 433 f.; für die Schweiz siehe auch HURNI, L'action civile, S. 107; MÜLLER, Passing-on Defense, S. 20 ff.
- 201 Vgl. REIFF, Punishment, S. 43. Zu berücksichtigen bleibt die Schwäche dieser Berechnungsmethode, die sich darin zeigt, dass die Aufdeckungswahrscheinlichkeit wohl überhaupt nicht exakt feststellbar ist.

tungen, dem kartellbedingten Preisaufschlag (*overcharges*) und dem Zeitpunkt des Kronzeugenantrags.²⁰² Die Gleichung lautet dann

$$E_K = w \times a \times S.$$
²⁰³

Eine Sanktion ist in diesem Sinne optimal, wenn

$$S = E_K : (w \times a).$$

Weiter muss bedacht werden, dass das Wettbewerbsrecht verwaltungsrechtlich und/oder privatrechtlich durchgesetzt werden kann, was im Folgenden durch v und p (jeweils tiefgestellt) ausgedrückt wird.²⁰⁴ Die Sanktionshöhe wird im verwaltungsrechtlichen Verfahren S_v und im privatrechtlichen Verfahren S_p i. d. R. unterschiedlich ausfallen. Beispielsweise entfällt im Fall einer erfolgreichen Kronzeugenerklärung die im verwaltungsrechtlichen Verfahren verhängte Sanktion vollständig. Daraus folgt allerdings nicht, dass die kartellzivilrechtlichen Ansprüche nicht mehr durchgesetzt werden können.²⁰⁵ Trotz des Sanktionserlasses – $S_v = 0$ – haben die Unternehmen S_p zu tragen. Ferner entstehen weitere Kosten, insbesondere durch anwaltliche Beratung, Prozesskosten, Zeitaufwand der Angestellten des Unternehmens und allfällige Reputationsverluste.²⁰⁶ Dieser aufzuwendenden Kosten sind E_R .

Unter der Annahme, dass die Verhaltensweise von einer einzigen Wettbewerbsbehörde verfolgt wird, gilt

$$E_K = w \times a_v \times S_v + w \times a_p \times S_p + E_R.$$
²⁰⁷

Wird ein Unternehmen im Rahmen eines *Follow-on*-Verfahrens in Anspruch genommen, liegt a_p näher bei 1. Ist das jeweilige Verfahrensrecht nach klassischem kontinentaleuropäischem Muster ausgestaltet, liegt in

202 Für eine alternative Berechnungsweise siehe LANDES, Optimal Sanctions, S. 656; vorliegend folgt die Berechnung anhand des kartellbedingten Mehrpreises, den der Kläger zahlen musste. Hingegen kann der Schaden auch in Form von entgangenem Gewinn entstehen, vgl. EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 95; DIKE KG-VETTER, Art. 12 N 46; BÖNI, Wechselwirkung, N 16.

203 Siehe CONNOR, Optimal Deterrence, S. 11.

204 Ähnlich VAN DEN BERGH, Enforcement, S. 397 f.

205 Vgl. beispielsweise EU/Mitteilung Kronzeugen, N 39; siehe auch für die deutsche Ausgangslage WIEGANDT, Verzahnung, S. 86 Fn. 432.

206 Kritisch, ob es tatsächlich zu solchen Reputationsverlusten kommt (Schlagwörter: «naming and shaming», «adverse publicity»), VAN DER NOLL/BAARSMA, Compliance, S. 351 f.

207 CONNOR, Optimal Deterrence, S. 11; vgl. auch REIFF, Punishment, S. 172.

Stand-alone-Verfahren der Wert von a_v bei 0, und der Wert von a_p fällt eher gering aus, weil es bei Preisabsprachen häufig an Beweismitteln fehlt.²⁰⁸

Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit für Wettbewerbsverstöße ist gering.²⁰⁹ Der äusserst geringe Wert führt durch die Multiplikation mit der inversen Wahrscheinlichkeit zu erheblichen Sanktionshöhen.²¹⁰ Daraus können zu hohe Sanktionen resultieren, die von vielen Sanktionsadressaten nicht getragen werden können.²¹¹ Allerdings ist die Sanktionshöhe im Verwaltungsverfahren begrenzt.²¹² In der Schweiz beträgt die Busse nach Art. 49a Abs. 1 KG höchstens 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes; die von der Kommission verhängte Sanktion beträgt nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 höchstens 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes. Diese Form der Begrenzung wird im Folgenden durch (Ω_v) ausgedrückt.

Dann ist

$$w \times a_v \times S_v < \Omega_v \times w \times a_v \times S_v.$$

208 CONNOR/LANDE, Not treble damages, S. 2018; CONNOR, Optimal Deterrence, S. 11; vgl. auch PAGE, Scope of Liability, S. 1455.

209 Vgl. hierzu CONNOR, Optimal Deterrence, S. 13, die auf verschiedene Studien verweist, die sich mit der Überführungswahrscheinlichkeit eines Wettbewerbsverstosses auseinandersetzen. Jede Studie gelangt zu einem unterschiedlichen Wert der Überführungswahrscheinlichkeit. Die Studien haben jedoch alle gemeinsam, dass die Überführungswahrscheinlichkeit allgemein sehr tief anzusetzen ist; in diesem Sinne auch RENDA, Private antitrust, S. 281 f.; CONNOR/LANDE, Business Strategy, *passim*; STEPHAN/NIKPAY, Leniency, S. 148 m. w. N.

210 Ausführlich hierzu CONNOR, Optimal Deterrence, S. 15 ff.; vgl. auch RENDA, Private antitrust, S. 283; ELZINGA/BREIT, Antitrust Penalties, S. 131.

211 NIELS/JENKINS/KAVANAGH, Economics, S. 397 ff.; WILS, Antitrust Fines, S. 197, mit Hinweisen auf weitere negative Auswirkungen von zu hohen Sanktionen; siehe in diesem Zusammenhang auch RENDA, Private antitrust, S. 283; VAN DEN BERGH, Enforcement, S. 399; STEPHAN/NIKPAY, Leniency, S. 148 m. w. N.; nach ELZINGA/BREIT, Antitrust Penalties, S. 147 Fn. 15, sind die Wohlfahrteinbussen, die durch Kartelle entstehen, grundsätzlich grösser als die durch Kartelle erwirtschafteten Profite. Kann nun der durch wettbewerbswidriges Verhalten entstandene Schaden genau beziffert werden, besteht die Gefahr, dass die Kartellanten den entstandenen Schaden, der sich dann – zumindest in den USA – durch den Anspruch auf Mehrfachschadenersatz mehr als verdoppelt, überhaupt nicht zahlen können. Die Gefahr eines sanktionsbedingten Konkurses ist hingegen in der EU wie in der Schweiz zu relativieren; siehe für die EU: Kommission, Leitlinien/Festsetzung von Geldbußen, Erw. 35; für die Schweiz Art. 2 Abs. 2 SVKG.

212 Siehe zum Zweck der Verwaltungssanktion BGE 143 II 297, E. 9.7.2; BGE 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 9.1; die Urteile betonen, dass die Sanktionen zwar schmerzen, nicht hingegen zum Konkurs des Kartelltäters führen sollten.

Weiter ist die Formel durch den Umstand zu ergänzen, dass die im zivilrechtlichen Verfahren verhängten «Sanktionen» in der Schweiz²¹³ und den Mitgliedstaaten der EU²¹⁴ durch das Bereicherungsverbot gedeckelt sind. Begrenzend wirken ebenfalls andere Bestimmungen des Deliktsrechts wie etwa die Verjährungsregeln. Diese führen dazu, dass entstandene Schäden von einem gewissen Zeitpunkt an nicht mehr gerichtlich durchgesetzt werden können. Aber auch eine zu eng gefasste Aktiv- oder Passivlegitimation können im Ergebnis zu einer Haftungsbeschränkung des Kartelltäters führen. Das Gleiche gilt für die Lehre des Schutzzwecks einer Norm, nach der nur bestimmte Arten von Schäden als «ersetzbar» qualifiziert werden. Aus ökonomischer Sicht begrenzen die genannten Besonderheiten der ausservertraglichen Haftpflicht die Summe der durchsetzbaren Schadenersatzansprüche. Diese Begrenzung wird im Folgenden durch (Ω_p) ausgedrückt.²¹⁵

Dann ist

$$w \times a_p \times S_p < \Omega_p \times w \times a_p \times S_p.$$

Um abschreckend zu wirken, darf $E_{(N)}$ nicht höher ausfallen als $E_{(K)}$, wobei sich die Kosten zusammensetzen aus

$$E_K = \Omega_v \times w \times a_v \times S_v + \Omega_p \times w \times a_p \times S_p + E_R.$$

II. «Deterrence approach»

Soll hingegen versucht werden, das Verhalten durch Sanktionen so zu steuern, dass vom Begehen sämtlicher Wettbewerbsverstöße abgeschreckt wird, bedarf es einer Sanktion, die nicht nur volkswirtschaftlich ineffiziente Verhaltensweisen sanktioniert, sondern sämtliche Wettbewerbsverstöße unwirtschaftlich macht. Auf dieser Annahme beruht der «deterrence

213 BSK OR I-KESSLER, Art. 43 N 6; BRÜGGELEIER, Haftungsrecht, S. 556 f.; REY/WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, § 1 N 12; FISCHER, Vorb. zu Art. 41-61 N 11.

214 Siehe auch Art. 3 Abs. 3 KSRL, worin festgehalten wird, dass der Schadenersatz nicht zu einer Überkompensation führen darf.

215 Zu beachten ist, dass nach EuGH 05.06.2014, Rs. C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:1317, N 35, das Deliktsrecht die Höhe eines ersatzfähigen Schadens nicht von dem Gewinn des Schadensverursachers abhängt, weshalb die Höhe des erzielten Gewinns des Kartelltäters keine zusätzliche Beschränkung darstellt.

approach»²¹⁶ oder die «*gain-based deterrence*»²¹⁷.²¹⁸ Nach dieser Theorie sieht ein Unternehmen von einem Wettbewerbsverstoss ab, wenn die zu erwartende finanzielle Sanktion den aus der Verhaltensweise resultierenden Gewinn übersteigt.²¹⁹ Die auszusprechende Sanktion entspricht dann dem Gesamtbetrag des durch die Verhaltensweise erzielten Gewinns, multipliziert mit der inversen Wahrscheinlichkeit, dass die Verhaltensweise tatsächlich aufgedeckt und untersagt wird.²²⁰ In Anlehnung an die Berechnung des vorangegangenen Abschnitts wäre

$$E_N < \Omega_v \times w \times a_v \times S_v + \Omega_p \times w \times a_p \times S_p + E_R.$$

III. Zwischenfazit

Beim «*internalisation approach*» ist ebenso wie beim «*deterrence approach*» zu berücksichtigen, dass sich die Busse – zumindest die verwaltungsrechtliche – nicht nur nach einer mathematischen Formel richtet, sondern dass die jeweiligen Sanktionsberechnungen der Wettbewerbsbehörden auch Wertungsaspekte berücksichtigen.²²¹ Wäre die Berechnungsweise der Geldbusen vorhersehbar, würde die abschreckende Wirkung abnehmen, weil das Risiko eines Verstosses leichter einzuschätzen wäre.²²² Zudem relativiert die begrenzte Abschreckungswirkung von Unternehmenssanktionen²²³ ebenso wie die Einsichten der Verhaltensökonomie die Bedeutung einer

216 WILS, Antitrust Fines, 183 ff.

217 Dazu POLINSKY/SHAVELL, Liability, S. 427 ff., die von «*gain-based*» und «*harm-based liability*» sprechen; siehe auch DUCCI, Cartel, S. 8.

218 WILS, Antitrust Fines, 183 ff.; siehe dann auch MACKENRODT, Interaction, S. 176; VAN DER NOLL/BAARSMA, Compliance, S. 337.

219 Dieses Verständnis zeigt sich auch in EuGH 07.07.1983, verb. Rs. C-100/80, *Musique Diffusion française u. a./Kommission*, EU:C:1983:158, N 104; so wohl auch BGE 143 II 297, E. 9.7.2, und BGer 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 9.1, wonach der finanzielle Nachteil der Sanktion so auszufallen hat, dass sich eine Beteiligung an einem Wettbewerbsverstoss nicht lohnt; BÖNI, Wechselwirkung, N 12.

220 WILS, Antitrust Fines, S. 192; vgl. auch ALLAIN/BOYER/KOTCHONI/PONSSARD, Cartel fines, S. 45; kritisch dazu HEINEMANN, Setting of fines, S. 143 f.; kritisch auch POLINSKY/SHAVELL, Liability, S. 435 f.; VAN DER NOLL/BAARSMA, Compliance, S. 337.

221 BGer 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 9.1.

222 EuG 08.07.2008, Rs. T-53/03, *BPB/Kommission*, EU:T:2008:254, N 336; siehe dazu auch FREUND, Compensation, S. 498 f.

223 Siehe hierzu eingehend STEPHAN/NIKPAY, Leniency, S. 146; CRANE/KLOVER/SPEEGLE, Private antitrust, S. 396 ff.; ALLAIN/BOYER/KOTCHONI/PONSSARD, Cartel

strikt ökonomischen Fundierung der kartellrechtlichen Durchsetzung.²²⁴ Trotz dieser Einschränkungen gibt die Sanktionsberechnung nach der *Optimal-deterrence*-Lehre wichtige Richtungshinweise, wie eine Sanktion auszufallen hat, um Unternehmen vom Begehen von Wettbewerbsverstößen abzuhalten,²²⁵ was anhand des amerikanischen Durchsetzungssystems aufzuzeigen ist.

2. Durchsetzung der «optimalen» Sanktion durch Private

Das amerikanische *«private enforcement»* zeichnet sich dadurch aus, dass Private – zumindest dem Ansatz nach – eine abschreckende und somit die «optimale» Sanktion durchsetzen können. Ein Geschädigter verfügt dort – jenseits des Atlantiks – über materiell-rechtliche Ansprüche und prozessuale Instrumente, die den kontinentaleuropäischen Durchsetzungssystemen nahezu unbekannt sind.²²⁶ Das wohl prominenteste Beispiel für die Ausrichtung des Kartellschadenersatzes auf die Abschreckung ist die Möglichkeit der *«treble damages»*.²²⁷ Kommt es zu einer erfolgreichen Durchsetzung des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs, wird Geschädigten das Dreifache der ihnen entstandenen Schadensumme zugesprochen. Kartellopfer sind auch im Hinblick auf Beweismittel, die sich ausserhalb ihrer Verfügungssphäre befinden, gut positioniert – diese Beweismittel können aufgrund der *«pre-trial discovery»* grundsätzlich beschafft werden.²²⁸ Weiter können direkte Abnehmer von Kartellätern den Ersatz ihres Schadens in voller Höhe verlangen, selbst wenn der Schaden teilweise oder sogar vollständig auf die nächste Marktstufe abgewälzt wur-

fines, S. 44; BERGMANN/SOKOL, Air, S. 308; MARCO COLINO, Perks, S. 561; HUFFMAN, Incentives, S. 110; FORRESTER/BERGHE, Chalice, S. 165.

224 Siehe hierzu eingehend SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 105 f.; BECK, Behavioral Economics, S. 58; OXERA, Optimal Level, S. 2; REIFF, Punishment, S. 188.

225 So beispielsweise auch DUCCI, Cartel, S. 13; siehe in diesem Zusammenhang MAIER-RIGAUD, Holzweg, S. 63.

226 HEINEMANN, Private enforcement, S. 312; RENDA, Private antitrust, S. 274.

227 § 4(a) Clayton Act, 15 U. S. C. § 15; siehe in diesem Zusammenhang auch CRANE, Why Leniency, S. 269; WILS, Private Enforcement, S. 15; AMC-Report, S. 243.

228 Siehe Rule 26 der Federal Rules of Civil Procedure; vgl. auch ELZINGA/BREIT, Antitrust Penalties, S. 142 f.; VAN DEN BERGH, Enforcement, S. 411; WILS, Relationship, S. 8; GIUDICI, Private antitrust, S. 82.

de (Ausschluss der «*passing-on defence*»).²²⁹ Ferner verspricht das amerikanische Kartellrecht – anders als andere Rechtsgebiete – erfolgreichen Privatklägern im Fall des Obsiegens eine angemessene Aufwandsentschädigung für ihre anwaltliche Vertretung («*reasonable attorney's fees*»).²³⁰²³¹ Unterliegt der Kläger, verfügt der Beklagte nicht über einen vergleichbaren Anspruch. Dies reduziert die finanziellen Konsequenzen eines Unterliegens für den Kläger und ist ein zusätzlicher Anreiz zur privatrechtlichen Durchsetzung.²³² Zudem können Erfolgshonorare («*contingency fees*») vereinbart werden, bei denen der Rechtsbeistand im Fall des Obsiegens einen Teil des Prozessgewinns erhält, im Fall des Unterliegens hingegen leer ausgeht.²³³ Der Kläger trägt somit nicht zwingend das gesamte Prozesskostenrisiko.²³⁴ Auch folgen die US-Sammelklagen («*class actions*») dem *Opt-out*-System, in dem alle Mitglieder derselben Konsumentenklasse in das Verfahren einbezogen werden können, es sei denn, sie sprechen sich gegen einen solchen Einbezug aus.²³⁵

Die aufgezählten Besonderheiten des amerikanischen Durchsetzungssystems ermöglichen es, die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes als ein ebenso der Abschreckung wie dem Ausgleich dienliches Instrument

229 Der Entscheid *Illinois Brick Co vs. Illinois*, 431 US 720 (1977), veranschaulicht, dass Schadenersatzansprüche einem Abschreckungszweck dienen. Angesichts der Herausforderungen bei der Berechnung der Höhe des *Pass-on* gelangte der Gerichtshof in *Illinois Brick* zu folgendem Schluss: Die Bündelung aller Klage-rechte in den Händen der direkten Abnehmer schafft den Anreiz zur Beanstan-dung rechtswidriger Verhaltensweisen und die grösstmögliche Abschreckung, auch wenn dies in Bezug auf die Schadenersatzforderung nicht die optimale Regel ist, da es indirekten Käufern die Aktivlegitimation untersagt, selbst wenn eine Weitergabe des kartellbedingten Preisaufschlags erfolgt ist. Nicht zwingend so auf der Ebene der einzelnen US-Bundesstaaten: Mittlerweile wird in den meisten US-Bundesstaaten indirekten Abnehmern das Recht eingeräumt, kartellbedingte Schadenersatzforderungen geltend zu machen. Das bedeutet auch, dass dieselben indirekten Abnehmer, die nach *Illinois Brick* von einer derartigen Schadengeltendmachung auf höchster föderaler Ebene ausgeschlossen sind, dies jedoch nicht zwingend auf Bundesstaatsebene sind; vgl. beispielsweise *California vs. ARC Am. Corp.*, 490 U. S. 93, 105–106; siehe auch GAVIL, *Designing*, S. 8; CRANE/KLOVER/SPEEGLE, *Private antitrust*, S. 390 f.; MOODALIYAR, *Direct and Indirect*, S. 114 ff.; EZRACHI, *Courage v Crehan*, S. 128; siehe zu den Leitlinien der Kommission zur Schätzung des «*pass-ons*», PICHT, *Passing-on*, S. 2 ff.

230 Vgl. § 4 (a) Clayton Act, 15 U. S. C. § 15.

231 VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 411.

232 ELZINGA/BREIT, *Antitrust Penalties*, S. 72; VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 412.

233 ELZINGA/BREIT, *Antitrust Penalties*, S. 73; WILS, *Private Enforcement*, S. 15.

234 VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 411.

235 PAGE, *Scope of Liability*, S. 1452; VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 415.

zu qualifizieren.²³⁶ Die privatrechtliche Durchsetzung soll einen Beitrag zur Prävention leisten, indem Private häufig verschleierte Wettbewerbsverstöße aufdecken, beenden und mittels Mehrfachschadenersatz sanktionieren.²³⁷ Dieser Ansatz reflektiert die Tendenz, die private Durchsetzung als Antwort auf das empfundene Versagen, das Fehlverhalten oder die Untätigkeit der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung zu sehen.²³⁸ Es sei besser, Private in Form des *«private attorney general»* mittels einer *«piece-rate»* oder einer *«bounty»* für die Rechtsdurchsetzung zu belohnen, als einen kostspieligen Verwaltungsapparat zu unterhalten.²³⁹ Auch wird in der Gesellschaft eine breitere Akzeptanz hoher Sanktionen erwartet, wenn die Busse an Private und nicht an öffentliche Stellen gezahlt wird.²⁴⁰

In diesem Durchsetzungssystem kommt die privatrechtliche Durchsetzung zum Einsatz, wenn der an den Kläger zu zahlende Schadenersatz höher ausfällt als die Gesamtkosten der Geltendmachung.²⁴¹ Der im privatrechtlichen Verfahren zugesprochene Mehrfachschadenersatz wirkt dann – im Idealfall – abschreckend. Dadurch erübrigt sich die Durchführung eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens; allen drei Durchsetzungszielen ist dann gedient.²⁴² Sind hingegen die Durchsetzungskosten hoch oder ist die Solvenz des zu verklagenden Unternehmens unsicher, werden Private von einer Durchsetzung ihrer Ansprüche absehen. Die Verhaltensweise ist dann verwaltungsrechtlich zu ahnden.²⁴³ Das *«public enforcement»* greift also, sofern ein Kartellopfer trotz weitreichender investigativer Instrumenten den Wettbewerbsverstoss nicht aufdecken und seine Ansprüche nicht durchsetzen kann.²⁴⁴

236 Illinois Brick Co vs. Illinois, 431 US 720, 726 (1977); Pfizer, Inc. v. Government of India, 434 U. S. 308, 314 (1978); siehe auch DAVIS/LANDE, Defying, S. 8 f. m. w. N.; AAI, Vital role, S. 1.

237 BECKER/STIGLER, Law enforcement, S. 13 ff.; BECKER, Crime and punishment, S. 207 f.; vgl. auch PAGE, Scope of Liability, S. 1455.

238 BECKER/STIGLER, Law enforcement, S. 6 ff.; vgl. auch ROACH/TREBILCOCK, Private Enforcement, S. 475; ELZINGA/BREIT, Antitrust Penalties, S. 116; MEESEN, Schadensersatz, S. 68; vgl. auch RENDA, Private antitrust, S. 279 m. w. N.; siehe auch MÖSCHEL, Private, S. 4, der einen ähnlich kritischen Ansatz in Bezug auf mitgliedstaatliche Behörden zeigt.

239 BECKER/STIGLER, Law enforcement, S. 14.

240 BECKER/STIGLER, Law enforcement, S. 15.

241 Vgl. POSNER, Antitrust, S. 274 f.

242 Siehe zu den Durchsetzungszielen *oben* § 3. 1.

243 POLINSKY, Private versus Public Enforcement, S. 124.

244 EILMANSBERGER, Green Paper, S. 454; POLLEY, Practitioner, S. 5; vgl. auch BER-RISCH/BURIANSKI, Schadensatzansprüche, S. 883; SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges, S. 17.

Abschliessend bleibt anzumerken, dass eine wirksamen öffentliche Durchsetzung neben der privaten Durchsetzung zwingend erscheint, was an folgendem Umstand aufzuzeigen ist: Laut einer Studie aus dem Jahr 1986 waren in den USA ein Viertel sämtlicher privatrechtlichen Kartellverfahren *follow-on*-Verfahren. Den Verfahren lag in der Mehrheit ein horizontaler Wettbewerbsverstoss zugrunde.²⁴⁵ Diese Verstösse, so die hier vertretene Annahme, wären ohne verwaltungsrechtliche Durchsetzung und dem Einsatz der entsprechenden Behördeninstrumenten nicht durch Private aufgedeckt worden.²⁴⁶ Zudem handelt es sich bei der Mehrheit der «grossen» Kartellzivilverfahren um Folge- und nicht Initiativprozesse.²⁴⁷ Dies scheint das allgemeine Credo, dass der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung in den USA eine eher marginale Rolle zukommt²⁴⁸, mit Blick auf Horizontalabreden zu relativieren. Aber auch in den USA führt die verwaltungsrechtliche Durchsetzung in der Regel nicht zur Kompensation der entstandenen Vermögensschäden.²⁴⁹ Dies unterstreicht die Notwendigkeit eines dualen Durchsetzungssystems, in dem die «optimale» Sanktion durch Private gleich wie durch eine Wettbewerbsbehörde durchgesetzt werden kann.²⁵⁰ Sicherzustellen ist hierbei, dass Verhaltensweisen, die durch Private – trotz *pre-trail discovery* – nicht aufgedeckt werden, durch die entsprechenden Behörden aufgedeckt, beendet und entsprechend sanktioniert werden und dass die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche im Nachgang zu einem Verwaltungsverfahren möglich ist.

3. Ergebnisse für den weiteren Fortgang der Arbeit

Es scheint unstrittig, dass die Sanktionsberechnung nach der *Optimal-deterrence*-Lehre wichtige Richtungshinweise geben kann, um Unternehmen

245 KAUPER/SYNDY, Inquiry, S. 1221.

246 Wohl a.A. AAI, Vital role, S. 4.

247 BAKER, Revisiting, S. 382.

248 Siehe etwa HOVENKAMP, Federal Antitrust, S. 652 m.w.N.

249 Hingegen existieren im US-amerikanischen Recht *«parens patriae antitrust actions»*. Diese ermöglichen es den General Attorneys der jeweiligen Bundesstaaten im Namen ihrer Bürger gesammelt Ersatz für Streuschäden zu verlangen und den Erlös gemeinnützigen Projekten zuzuführen; vgl. hierzu FARMER, Cy pres distributions, S. 361 ff.; als quasi politisches Postulat hierzu dann auch Schlussanträge GA Kokott 29.7.2019, C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:651, N 127 ff. und da besonders N 130 Fn. 80.

250 DUCCI, Cartel, S. 18 m.w.N.; JONES A., Private enforcement, S. 26.

von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen abzuschrecken.²⁵¹ Zudem kann die «optimale» Sanktion – zumindest dem Ansatz nach – auch auf privatrechtlichem Weg durchgesetzt werden, was jedoch materiell-rechtlicher Ansprüche und prozessualer Instrumente bedarf, die in Kontinental-europa nicht weit verbreitet sind.

Hervorzuheben ist ferner, dass etwa das Bereicherungsverbot, die Verjährung oder das Konzept der Schutznorm dem Abschreckungspotenzial des Kartellschadenersatzes klare Grenzen setzen. Im Ergebnis führen sie dazu, dass die Gewinne der Kartelltäter häufig nicht saldiert werden – eine Grundproblematik des *«private enforcement»* nach kontinentaleuropäischem Muster. Unter der Prämisse, dass an einem Durchsetzungssystem festgehalten wird, in dem sich der Schadenersatz innerhalb der soeben genannten Grenzen bewegt, dass die im Verwaltungsverfahren verhängten Sanktionen nicht erhöht werden und dass der durch einen Wettbewerbsverstoss verursachte Schaden höher als der durch den Kartelltäter gezogene Nutzen ausfällt²⁵², ist eine Mobilisierung der Geschädigten der Breite nach zwingend. Die Kosten saldieren dann, zumindest ansatzweise, den Nutzen eines Kartellverstosses; aber auch mit dem Gedanken an einen Wettbewerbsverstoss spielende Unternehmen werden erfolgreich abgeschreckt. Unterbleibt eine umfangreiche Mobilisierung der Kartelloper-fer, wird das *«private enforcement»* seinem tatsächlichen Potenzial nicht ge-recht.

251 So beispielsweise auch DUCCI, Cartel, S. 13; siehe in diesem Zusammenhang MAIER-RIGAUD, Holzweg, S. 63.

252 So NIELS/JENKINS/KAVANAGH, Economics, S. 477 f.; OXERA, Optimal Level, S. 3.

§ 6. Zweckverständnis des schweizerischen Kartellschadenersatzes

Die Diskussion über den Zweck des schweizerischen Kartellschadenersatzes steht noch am Anfang und hat – soweit ersichtlich – die Rechtsprechung und den Gesetzgeber noch nicht erreicht. Daher kann nicht – wie bei der Untersuchung des europäischen Kartellschadenersatzes²⁵³ – auf eine breite Gerichtspraxis oder auf legislative Arbeiten zurückgegriffen werden. Dem Zweck ist sich deshalb auf folgendem Weg zu nähern: Zunächst werden die verschiedenen Lehrmeinungen zum Kartellschadenersatz aufgezeigt, bevor das in der vorliegenden Arbeit vertretene Zweckverständnis aufgezeigt wird, das wiederum auf den in den vorangegangenen Kapiteln erarbeiteten Grundlagen beruht.

Die Literatur zum Kartellschadenersatz vermittelt ein eher einheitliches und vom traditionellen Verständnis des Haftpflichtrechts geprägtes Bild,²⁵⁴ das dem deliktsrechtlichen Schadenersatz neben dem Ausgleichszweck auch eine Präventionswirkung in Form einer Gefahrenprophylaxe bescheinigt.²⁵⁵ Ein Nachzeichnen der einzelnen Lehrmeinungen scheint nicht zielführend. Allgemein formuliert, lässt sich die herrschende Mei-

253 Siehe zum Zweck des europäischen Kartellschadenersatzanspruchs *unten* § 7.

254 Zum traditionellen Verständnis siehe: HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 1.63 m. w. N.; REY/WILDHABER, Auservertragliches Haftungspflichtrecht, § 1 N 1; WIDMER/WESSNER, Haftpflichtrecht, S. 18 f.; FISCHER, Vorb. zu Art. 41-61 N 10; vgl. KUKO OR-SCHÖNENBERGER, vor Art. 41-61 N 2; CHAPPUIS, Responsabilité, S. 74; HEINEMANN, Setting of fines, S. 142; ZIRLICK, Freizeichnung, S. 69, 71 m. w. N.; ETIER/STRÄULI, Grandes notions, S. 15 f.; NIGGLI/MAEDER, Haftpflichtrecht, S. 381; sich nicht auf einen Zweck des auservertraglichen Haftpflichtrechts festlegend, HURNI, L'action civile, S. 86 f.; differenziert: SCHWENZER, Obligationenrecht, N 49.04; WERRO, Responsabilité, N 7; FISCHER, Vorb. zu Art. 41-61 N 14; zum deutschen Recht: BGH, Urteil vom 28.06.2011, KZR 75/10, «ORWI», S. 149 f., nach dem die Prävention eine nützliche Folge der Kompensation ist und sich das Bereicherungsverbot für den Geschädigten aus dem Kompensationsgedanken ergibt; Palandt/GRÜNEBERG, vor § 249 N 4 BGB; MÖLLER, Präventionsprinzip, S. 73 f.; DEUTSCH, Zwecke, S. 246; LARENZ, Schuldrecht, S. 423; HAAS, Haftungsfreizeichnungsklauseln, S. 82; BÖGE/Ost, Up and running, S. 200; jeweils auch differenzierend BRÜGGEIMEIER, Haftungsrecht, S. 8; FELLMANN, Selbstverantwortung, S. 44 f.; KÖTZ/WAGNER, Deliktsrecht, N 59; siehe aber auch für eine gegenteilige Ansicht BGH, Urteil vom 23.09.2020, KZR 4/19, «Schienenkartell V», DE:BGH:2020:230920UK-ZR4.19.1.

255 Palandt/GRÜNEBERG, vor § 249 N 4 BGB; HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 1.63; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 1.19; REY/WILDHABER, Auservertragliches Haftpflichtrecht, § 1 N 14; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 49.04; WIDMER/WESSNER, Haftpflichtrecht, S. 18 f.; HURNI, L'action

nung jedoch auf den folgenden Nenner bringen: Der Zweck des Kartellschadenersatzes erschöpfe sich im Ausgleich des entstandenen Schadens. Hingegen könne die Ausgleichsverpflichtung eine Präventionswirkung entfalten, jedoch nur in dem Umfang, wie das Risiko einer Haftung für kompensatorischen Schadenersatz von zukünftigen Wettbewerbsverstößen abschrecke.²⁵⁶ Dem Kartellschadenersatz wird ein Kompensationszweck beigemessen, während die verwaltungsrechtliche Durchsetzung der Repression wie der Prävention diene. Bezeichnenderweise wird dann auch kritisiert, dass die klare Rollenverteilung zwischen der privatrechtlichen und der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung zunehmend an Trennschärfe verliere.²⁵⁷

Hervorzuheben sind allerdings auch die Stimmen, die eine breite Mobilisierung der Geschädigten für angezeigt erachten, weil so die entstandenen Schäden vermehrt ausgeglichen würden und dies die Präventionswirkung steigere.²⁵⁸ Versuche, die Geschädigten umfangreich zu mobilisieren, seien nicht nur unbedenklich, sondern auch systemkonform.²⁵⁹ Daher sei es unabdingbar, den Ausgleich an die Geschädigten sicherzustellen und für die Unternehmen zugleich Anreize zu setzen, wettbewerbsrechtskonform zu wirtschaften.²⁶⁰ Der Zweck kartellrechtlicher Ansprüche sei bei der Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen und der Verfahrensmodalitäten angemessen zu berücksichtigen.²⁶¹ Ein besonderes Augenmerk müsse dabei auf der Interaktion zwischen der privatrechtlichen und

civile, S. 69; MEEßen, Schadensersatz, S. 63 ff.; vgl. KUKO OR-SCHÖNENBERGER, vor Art. 41–61 N 3 m. w. N.

256 BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 70; BSK KG-JACOBS/GIGER, Vorb. Art. 12 N 21; JACOBS, Durchsetzung, S. 124 f.; von Büren, Zulässigkeit, S. 191; MÜLLER, Passing-on Defense, S. 246, 248 Fn. 1038; NAGEL, Kartellprivatrecht, N 445; SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 115; BÖNI, Wechselwirkung, N 16; HURNI, L'action civile, S. 114 f.; vgl. auch LÜSCHNER, Konzeption, S. 1658 und da Fn. 44; in Bezug auf die kartellrechtliche Durchsetzung allgemein: BRÖMELMEYER, Ermittlung, S. 4; INDERST/THOMAS, Schadensersatz, S. 225; HEINZE, Schadensersatz, S. 167; LUCEY, Competition, S. 401 f.

257 HEINEMANN, Setting of fines, 142 f.; vgl. Fuchs/Weitbrecht/HEINEMANN, Private Kartelldurchsetzung, § 23 N 102; HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung, S. 81; HEINEMANN, Kartellzivilrecht, S. 148 f.; gleich BÖNI, Wechselwirkung, N 16, 31, 48.

258 SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 126, siehe da auch S. 115.

259 SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 115.

260 HURNI, L'action civile, S. 112.

261 HURNI, L'action civile, S. 114.

der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung liegen, um negative Wechselwirkungen zu vermeiden.²⁶²

Entgegen den aufgezeigten Lehrmeinungen wird vorliegend vertreten, dass im Kartellschadenersatz ein zweigliedriger Zweck erblickt werden kann. Der in dieser Arbeit vertretene Standpunkt beruht auf den erarbeiteten systematischen, konzeptionellen und ökonomischen Erkenntnissen.²⁶³ Diese sind an dieser Stelle thesenartig zusammenzufassen.

- Vor einem systematischen Hintergrund sind die kartellrechtlichen Verhaltensgebote vorzugsweise in der *Ex-ante*-Phase durchzusetzen, was die verwaltungsrechtliche und die privatrechtliche Durchsetzung erübrigt. Von dieser Warte aus betrachtet, zielt die kartellrechtliche Durchsetzung hauptsächlich darauf ab, Unternehmen von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen abzuschrecken. Das Ziel der Abschreckung soll durch die verwaltungsrechtliche und die zivilrechtliche Durchsetzung gemeinsam erreicht werden. Wird der Zweck des Kartellschadenersatzes allerdings ausschliesslich in das Zweckverständnis der ausservertraglichen Haftung eingebettet, wird die Bedeutung des Kartellschadenersatzes als integraler Bestandteil der kartellrechtlichen Durchsetzung verkannt.
- Die konzeptionelle Betrachtung hat gezeigt, dass sich im Rahmen des Kartellrechts Institutionenschutz und Individualschutz gegenseitig bedingen.²⁶⁴ Ein von eigennützigen Motiven geleiteter Kläger dient somit zugleich dem Allgemeininteresse, da er Normen durchsetzt, die starke wirtschaftsrechtliche Komponenten aufweisen und zugleich dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs dienen.²⁶⁵ Er leistet somit einen überindividuellen Beitrag zur kartellrechtlichen Durchsetzung.

262 HURNI, *L'action civile*, S. 114 f.; vgl. auch LÜSCHNER, Konzeption, S. 1658 und da Fn. 44.

263 Siehe hierzu oben §§ 3–5.

264 POELZIG, Normdurchsetzung, S. 133 f.; diese Aussage findet sich auch bei HORNKOHL, Zugang, S. 607 ff. im Hinblick auf den Zugang zu den Verfahrensdokumenten der Kommission nach der TransparenzVO.

265 Im Ergebnis auch EFTA, E-6/17, *Fjarskipti*, vom 30.05.2018, N 30; EFTA, E-10/17, *Nye Kystlink*, vom 17.09.2018, N 72; EFTA, E-14/11, *DB Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 21.12.2012, N 132; sinngemäss und in Bezug auf das VwVG auch BGE 139 II 328, E. 3.4, nach dem sich Konkurrenten «– wenn auch in eigenem, «egoistischem» Interesse – für die Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs» einsetzen; dieses Verständnis veranlasste das Gericht, die Voraussetzungen für die Verfahrensbeteiligung Dritter nach VwVG im Lichte des Kartellgesetzes auszulegen.

- Dieser überindividuelle Beitrag ist auch durch rein ökonomische Erwägungen gerechtfertigt, zumal wenn kartellrechtliche Ansprüche im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren durchgesetzt werden. Auch wenn in *Follow-on*-Verfahren keine Wettbewerbsverstösse mehr aufgedeckt und beendet werden, kommt es nach wie vor zu einem Ausgleich der entstandenen Schäden und zu einer Erhöhung der Kosten des Wettbewerbsverstosses.²⁶⁶ Hier gilt: Je umfangreicher die private Durchsetzung ist, desto grösser ist die Bedeutung des überindividuellen Beitrags, und desto eher wird dem öffentlichen Interesse an einer wirk samen kartellzivilrechtlichen Durchsetzung gerecht.²⁶⁷

Die in dieser Arbeit angestellten Überlegungen rechtfertigen es, im Kartellschadenersatz einen zweigliedrigen Zweck zu erblicken, der neben dem Ausgleich auch in der Abschreckung besteht. Der Präventionszweck des Kartellschadenersatzes lässt sich hingegen nicht dahin gehend verstehen, dass die erfolgreiche Durchsetzung von Ansprüchen spezialpräventiv zu wirken hat. Im Vordergrund steht die Generalprävention, weshalb die Geschädigten möglichst umfangreich zu mobilisieren sind, um die Kosten wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu erhöhen.

Die Auslegung der Anspruchsvoraussetzungen und der Verfahrensmöglichkeiten des Kartellschadenersatzes, die sich ausserhalb des KG finden, sollten durchgehend den zweigliedrigen Zweck berücksichtigen – allerdings nur insoweit, als ein entsprechender Interpretationsspielraum besteht.²⁶⁸ Dasselbe gilt bereits für die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen, die sich nicht im KG, sondern im VwVG finden. Die anwendbaren Bestimmungen des VwVG werden – soweit zugänglich und sachlich gerechtfertigt – kartellrechtskonform ausgelegt.²⁶⁹ Anders ausgedrückt: So weit zugänglich und sachlich gerechtfertigt, sind die Anspruchsvorausset-

266 DREXL, *Interaction*, S. 140; ähnlich auch EFTA, E-10/17, *Nye Kystlink*, vom 17.09.2018, N 76: «[In follow-on proceedings] the injured party seeks to enforce competition rules that have been infringed, and to restore, as far as possible, equal conditions of competition».

267 Auch die europäische und die (jüngste) deutsche Rechtsprechung messen dem Kartellschadenersatzanspruch in *Follow-on*-Prozessen ein duales Zweckverständnis bei, siehe zur EuGH-Rechtsprechung *unten* § 7, und zum deutschen Recht BGH, Urteil vom 23.09.2020, KZR 4/19, «Schienenkartell V», DE:BGH:2020:230920UKZR4.19.1, N 50.

268 Ähnlich MEEßEN, *Schadensersatz*, S. 100; STOCK, *Schadensnachweis*, S. 67; ASCHBERG, *Preisschirmeffekte*, S. 198; siehe exemplarisch *unten* § 13. 1. II. b. (1.); *unten* § 14. 1. III. b. (1.); *unten* § 15. 1. II. b.; *unten* § 16. 3; *unten* § 17. 6. II. c.; *unten* § 18. 1; *unten* § 19. 3.

269 BGE 139 II 328, E. 4.1; BSK KG-BILGER, *Vor. Art. 39–44 N 16*, 32.

§ 6. Zweckverständnis des schweizerischen Kartellschadenersatzes

zungen und die Verfahrensmodalitäten des Kartellschadenersatzes, die sich als *Leges fugitivae* ausserhalb des KG finden, kartellrechtskonform auszulegen – neben dem Ausgleich kann so auch das Durchsetzungsziel der Abschreckung angemessen berücksichtigt werden.

§ 7. Zweckverständnis des europäischen Kartellschadenersatzes

In gefestigter EuGH-Rechtsprechung verfügt jedermann über das Recht auf Ersatz des Schadens, der ihm durch wettbewerbswidriges Verhalten entstanden ist.²⁷⁰ Trotz des klaren Bekenntnisses zu einem primärrechtlichen Anspruch auf Schadenersatz bleiben dessen Konturen unscharf.²⁷¹ So ist nach wie vor ungeklärt, ob (sämtliche) Anspruchsvoraussetzungen²⁷² unmittelbar im Primärrecht gründen oder ob sie sich in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen finden und dem Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip zu entsprechen haben.²⁷³ Ein ähnliches Bild zeichnet sich bei den Verfahrensmodalitäten ab, die die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes massgeblich bestimmen.²⁷⁴ Es scheint unstrittig, dass die Verfahrensmodalitäten durch die jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen normiert werden.²⁷⁵ Zur Diskussion steht hingegen häufig, wie die nationalen Regelungen und insbesondere Zugangsvorschriften auszustalten

270 Für einen Schadenersatzanspruch, der aus einem Verstoss gegen Art. 101 AEUV resultiert siehe EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 26; für einen Schadenersatzanspruch, der aus einem Verstoss gegen Art. 102 AEUV resultiert siehe EuGH 28.03.2019, Rs. C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:263, N 38 ff.; siehe auch Schlussanträge GA Kokott 17.01.2019, C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:32, N 66.

271 FREUND, Compensation, S. 500 f. m. w. N.

272 Zum Begriff «Anspruchsvoraussetzungen» oben § 1.

273 Pro Anspruchsvoraussetzungen im Primärrecht: Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 40 ff.; Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 31 ff.; Schlussanträge GA Kokott 29.07.2019, C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:651, N 44 ff.; kontra Anspruchsvoraussetzungen im Primärrecht: ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface, S. 157 m. w. N.; ausführlich zur Debatte, ob ein Kartellschadenersatzanspruch einen originär europarechtlichen Schadenersatzanspruch darstellt oder ob seine Anspruchsgrundlage und Anspruchsvoraussetzungen dem nationalen Recht zu entnehmen sind, KAMANN, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 24 N 11 ff.; kritisch zur Zurückhaltung des EuGH in Bezug auf diese Frage siehe FREUND, Compensation, S. 501 m. w. N.

274 Zum Begriff «Verfahrensmodalitäten» oben § 2. 1.

275 EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 27; EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 28; EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 63 f.; Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 40; Schlussanträge GA Kokott 29.07.2019, C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:651, N 59.

oder auszulegen sind, um dem Zweck des europäischen Kartellschadenersatzes gerecht zu werden.²⁷⁶

Die Diskussion über die Ausrichtung des europäischen Kartellschadenersatzes ist in vollem Gange.²⁷⁷ Es herrscht Uneinigkeit darüber, ob der Anspruchszweck des Kartellschadenersatzes zweigliedrig ist und somit neben dem Ausgleich auch in der Prävention besteht²⁷⁸ oder ob der Schadenersatz primär den Ausgleich verfolgt und die sich einstellende Präventionswirkung lediglich als positive Nebenwirkung zu bewerten ist.²⁷⁹ Im Folgenden wird zu dieser Diskussion Stellung genommen und das Zweckverständnis des europäischen Kartellschadenersatzes untersucht.

1. Courage/Crehan (EuGH)

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Courage/Crehan* aus dem Jahr 2001 ist als Initialmoment der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung in Europa anzusehen²⁸⁰ und hat auf EU-Ebene wie auch auf mitgliedstaatlicher Ebene zu tiefgreifenden legislatorischen Änderungen geführt. Der

276 Exemplarisch EuGH 14.06.2011, Rs. C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389; EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366; vgl. auch HEINZE, Schadensersatz, S. 153; MEEßEN, Schadensersatz, S. 20 ff.; POELZIG, Normdurchsetzung, S. 300.

277 Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 31 ff.; GILIKER, EU Tort Law, S. 17 ff.; ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface, S. 155 ff.; vgl. auch HEINZE, Schadensersatz, S. 161; MEEßEN, Schadensersatz, S. 66 ff.

278 Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 29 ff.; DREXL, Interaction, S. 157; IOANNIDOU, Involvement, S. 62; vgl. auch KOMNINOS, Relationship, S. 145; NAZZINI/NIKPAY, Private Actions, S. 109 ff.; NAZZINI, Potency, S. 419 ff.

279 HJELMENG, Competition Law Remedies, S. 1010, 1030 f.; NEBBIA, Damages actions, S. 36; NERUDA, Private or Public, S. 234; Stancke et al.-STANCKE, Kap. A. N 5; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims, N 2.15 ff.; MEEßEN, Schadensersatz, S. 63 f.; OECD, BIAC/Relationship, S. 3; OECD, Sec./Relationship, S. 36; WILS, Private Enforcement, S. 15 ff.; HEINEMANN, Setting of fines, S. 142 f.; HEINEMANN, Private Enforcement, S. 321 f.; ROACH/TREBILCOCK, Private Enforcement, S. 495 f.; JONES, Deterrence and Compensation, S. 172; SCHMIDT, Private enforcement, S. 144; THOMAS, Aufdeckung, S. 67 f., hält fest, «dass das Kartellschadenersatzrecht zur Verfolgung von Präventionszwecken nicht unbegrenzt über seine eigentliche Kompensationsfunktion hinaus ausgedehnt werden kann».

280 Vgl. Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 29 f.; BÖNI, Wechselwirkung, N 2.

EuGH stellte in der Vorabentscheidung *Courage/Crehan* fest, dass es sich bei Art. 101 AEUV um eine grundlegende Bestimmung handle, die für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich sei.²⁸¹ Nach dem EuGH entfalten die Wettbewerbsbestimmungen eine unmittelbare Wirkung zwischen Einzelnen und lassen unmittelbar anwendbare Rechte entstehen, die durch die nationalen Gerichte zu wahren seien.²⁸² Folglich könne sich jedermann auf einen Verstoss gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV berufen. Dies gelte auch, wenn der Geschädigte selbst Partei eines wettbewerbswidrigen Vertrags sei.²⁸³ Zudem hätten die mit der Anwendung des Unionsrechts betrauten Gerichte die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten.²⁸⁴

Der EuGH hielt sodann in Randnr. 26 des Urteils fest:

«Die volle Wirksamkeit des Artikels [101 AEUV] und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel [101 Absatz 1 AEUV] ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.»²⁸⁵

Er ergänzte diese Aussage in Randnr. 27 wie folgt:

«Ein solcher Schadensersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierten – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.»²⁸⁶

Der EuGH wird dahin gehend verstanden, dass der Kartellschadenersatz ein essenzielles Teilverfahren der wettbewerbsrechtlichen Durchsetzung

281 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 20.

282 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 23; so bereits Schlussanträge GA Van Gerven 13.04.1994, C-128/92, *Banks/British Coal*, EU:C:1993:860, N 36 ff.

283 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 24.

284 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 25.

285 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 26.

286 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 27.

ist.²⁸⁷ Der primärrechtliche Schadenersatzanspruch dient nicht ausschliesslich dem Anspruchsberechtigten, sondern trägt auch zur Abschreckung vor wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen bei. Diese Erkenntnis lässt in den Randnrn. 26 und 27 folgendes zweigliedriges Zweckverständnis des europäischen Kartellschadenersatzes erblicken:²⁸⁸

- Einerseits sollen die aus den Gemeinschaftsrechten abgeleiteten Rechte gewährleistet werden.²⁸⁹ Sie dienen dem wirksamen Rechtsschutz der durch das Unionsrecht verliehenen und unmittelbar anwendbaren Rechte («*effective judicial protection*»). Diese werden gewährleistet, um den Schaden wiedergutzumachen, der durch wettbewerbswidriges Verhalten verursacht wurde.²⁹⁰ Dient der Schadenersatz dem wirksamen Rechtsschutz des Einzelnen, zeigt dies die Kompensation von Schäden und somit den Ausgleich als Zweck des Kartellschadenersatzes an.²⁹¹
- Andererseits soll der Kartellschadenersatz die volle Wirksamkeit der Unionsvorschriften sicherstellen, indem er die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln stärkt und von wettbewerbsschädigenden Verhaltensweisen abhält («*effective enforcement*»).²⁹² Dient der Anspruch auf Schadenersatz der wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts, rücken die Abschreckung vor Wettbewerbsverstößen und somit die Prävention als Zweck des Kartellschadenersatzes in den Vordergrund.²⁹³

287 SCHWIETERT, *Effet utile*, S. 85; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.15; der Gedanke scheint sodann auch – mit 19-jähriger Verspätung – Einzug in die deutsche Rechtsprechung erhalten zu haben BGH, Urteil vom 23.09.2020, KZR 4/19, «*Schienenkartell Vs.*», DE:BGH:2020:230920UKZR4.19.1, N 50.

288 Vgl. BALASINGHAM, *15 Years*, S. 18 f.; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.15; für eine höhere Gewichtung der Abschreckung als des Ausgleichs, NAZZINI/NIKPAY, *Private Actions*, S. 110 Fn. 15; Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 31 ff.

289 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Creban*, EU:C:2001:465, N 26.

290 So auch Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 31.

291 Gleich BALASINGHAM, *15 Years*, S. 18 f.; siehe zum Durchsetzungsziel des Ausgleichs *oben* § 3. 1. III.

292 Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 31, siehe auch Überschriften zu N 29 f. und 34 ff.; wohl vom gleichen Verständnis geleitet dann auch EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 128.

293 Gleich BALASINGHAM, *15 Years*, S. 18 f.; vgl. LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.14; HEINZE, *Schadensersatz*, S. 163 f.; siehe zum Präventionsziel *oben* § 3. 1. I.

2. Ursprünge der Rechtssache *Courage/Crehan*

Die Rechtssache *Courage/Crehan* weist unverkennbare Parallelen zur Rechtssache *Van Gend en Loos* auf.²⁹⁴ Darüber hinaus erkennen Teile der Literatur in *Courage/Crehan* Wesenszüge der Rechtsprechung zur Staatshaftung fehlbarer Mitgliedstaaten – dieses Verständnis manifestiert sich unter anderem in den Rechtssachen *Francovich*²⁹⁵ und *Brasserie du Pêcheur/Factortame*^{296, 297} Träfe dies zu, wäre in der Rechtssache *Courage/Crehan* die Implementierung der Rechtsprechung zur Staatshaftung im Wettbewerbsrecht zu erblicken – mit dem Unterschied, dass die Haftung nicht auf die Beziehung zwischen Staat und Privaten angewandt wird, sondern auf das Verhältnis zwischen Privaten.²⁹⁸ Ein solches Verständnis hätte zur Folge, dass der Zweck des Kartellschadenersatzes, ebenso wie der der Staatshaftung, auf den Ausgleich und nicht zwingend auf die Prävention ausgerichtet wäre.

In *Van Gend en Loos* wurde in der Geltendmachung subjektiver Unionsrechte – und nicht ausschließlich in Bezug auf die Staatshaftung – ein wirksames Mittel zur Durchsetzung des Unionsrechts erblickt.²⁹⁹ Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen

294 EuGH 05.02.1963, Rs. C-26/62, *Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*, EU:C:1963:1.

295 EuGH 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90, *Francovich u. a./Italienische Republik*, EU:C:1991:428.

296 EuGH 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93, *Brasserie du Pêcheur/Bundesrepublik Deutschland und The Queen/Factortame*, EU:C:1996:79.

297 Kommission, Grünbuch/Arbeitspapier, N 20; HJÄRTSTRÖM/NOWAG, Competences, S. 12 f.; NEBBIA, Damages Claims, S. 136 ff.; WILMAN, Enforcement, N 11.13; SCHWIETERT, Effet utile, S. 33 f., 65 f.; RUFFERT, in: Calliess/Ruffert (EUV/AEUV), Art. 1 N 27 ff.; KAMMANN, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 24 N 1; auch HEINZE, Schadensersatz, S. 159, führt aus, dass sich die *Courage*-Haftung im Wesentlichen auf dieselbe Rechtsgrundlage wie die *Francovich*-Doktrin zurückführen lässt.

298 Werden die Ausführungen in EuGH 05.02.1963, Rs. C-26/62, *Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*, EU:C:1963:1, S. 25 sowie EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 19 verglichen, fällt die Ähnlichkeit der Ausführungen auf; siehe auch NEBBIA, Damages Claims, S. 136 ff.; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims, N 2.20; SCHWIETERT, Effet utile, S. 65 f.

299 EuGH 05.02.1963, Rs. C-26/62, *Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*, EU:C:1963:1, S. 26: «Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stellt eine wirksame Kontrolle dar, die die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln 169 und 170 ausgeübte Kontrolle ergänzt»; vgl. POELZIG, Normdurchsetzung, S. 272 ff.; RUFFERT, in: Calliess/Ruffert (EUV/AEUV), Art. 1 N 29; KAMMANN, in: Kamann/Ohlhoff/Völ-

diene einer wirksamen Kontrolle und ergänze die Überwachungsfunktion der Kommission.³⁰⁰ Eine erfolgreiche Durchsetzung der Unionsrechte stärkt – quasi als wünschenswerter Nebeneffekt – den Rechtsschutz der Unionsbürger.³⁰¹ Der Bürger fungiert somit als Funktionär der Rechtsordnung und weist starke Parallelen zum «*private attorney general*» auf.³⁰² Dieser Gedanke hat sich anschliessend in der Rechtsprechung zur Geltendmachung subjektiver Unionsrechte fortentwickelt und fest etabliert.³⁰³ Allerdings ist die Staatshaftung eine Ausnahme in dieser Entwicklung.

In *Francovich* hat sich dieses primär auf die Abschreckung ausgerichtete Verständnis in Bezug auf die Staatshaftung geändert:³⁰⁴ Der Anspruch auf Schadenersatz gegenüber fehlbaren Mitgliedstaaten diene neben der Durchsetzung des Unionsrechts auch dem Rechtsschutz des Einzelnen.³⁰⁵ Dogmatisch betrachtet, verfolgte die Staatshaftung zu diesem Zeitpunkt einen zweigliedrigen Zweck: den der Abschreckung³⁰⁶ und den der Wiedergutmachung bzw. des Ausgleichs des entstandenen Schadens.³⁰⁷

cker, § 24 N 3; SCHWIETERT, *Effet utile*, S. 32; ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, *Interface*, S. 154 f.; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.23.

- 300 EuGH 05.02.1963, Rs. C-26/62, *Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*, EU:C:1963:1, S. 26; ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, *Interface*, S. 154.
- 301 Insofern lassen sich Parallelen zum Konzept der unsichtbaren Hand des Marktmechanismus erkennen; siehe zu Letzterem SMITH, *Wealth of Nations*, S. 423; so auch bereits HEINEMANN, *Interferenzen*, S. 685; POELZIG, *Normdurchsetzung*, S. 369.
- 302 Parallelen zum Konzept des «*private attorney general*» schlagend, CRAIG, *West*, S. 455; in Bezug auf den Zugang von Geschädigten zu Verfahrensdokumenten: BAUDENBACHER, *Independence*, S. 222.
- 303 Vgl. auch EuGH 17.09.2002, Rs. C-253/00, *Muñoz und Superior Fruiticola/Fruimar*, EU:C:2002:497, N 31; ähnlich dann auch EuGH 26.03.1996, Rs. C-72/95, *Aannemersbedrijf P. K. Kraaijeveld/Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, EU:C:1996:404, N 56.
- 304 LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.28; WILMAN, *Enforcement*, N 11.13.
- 305 EuGH 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90, *Francovich u. a./Italienische Republik*, EU:C:1991:428, N 33.
- 306 Allerdings bleibt fraglich, inwiefern ein Staat analog zu privaten Akteuren tatsächlich abgeschreckt werden kann. Hingegen verwendet GA Kokott in ihren Schlussanträgen GA Kokott 17.11.2005, C-470/03, A. G. M.-COS. MET/ *Suomen valtio und Tarmo Lehtinen*, EU:C:2005:693, N 142, den Begriff «Abschreckung» in Bezug auf die Staatshaftung; siehe ferner oben § 3. 1. I.
- 307 NEBBIA, *Damages actions*, S. 139; vgl. auch HEINZE, *Schadensersatz*, S. 38; WILMAN, *Vigilance*, S. 38 ff.; siehe auch NAZZINI, *Potency*, S. 415, der von «full effectiveness of Community law» und von «effective protection of individual rights» spricht.

Das Urteil in der Rechtssache *Brasserie du Pêcheur/Factortame* steht wiederum für ein sich wandelndes Verständnis dieses dualen Zwecks. Der Rechtsschutz des Einzelnen rückte in den Vordergrund – die Staatshaftung diene primär dem Ausgleich.³⁰⁸ Dass von einer erfolgreichen Durchsetzung unmittelbar anwendbarer Rechte auch das Unionsrecht allgemein profitiere, verstehe sich als positive Nebenwirkung. Die Rechtsprechung präzisierte in der Folge weiter, dass die im Unionsrecht gründende Haftung nicht der Abschreckung oder als Sanktion diene, sondern der Wiedergutmachung des entstandenen Schadens.³⁰⁹

Es gilt im Folgenden zu prüfen, ob sich der in *Courage/Crehan* bekannte zweigliedrige Zweck³¹⁰ im Rahmen der Rechtsprechung parallel zur Staatshaftung entwickelt hat und ob der europäische Kartellschadenersatz demzufolge primär dem wirksamen Rechtsschutz und somit dem Ausgleich dient. Dies käme einem Abschied von der in *Van Gend en Loos* begründeten Figur des Funktionärs der Rechtsordnung gleich.

3. Entwicklungslinien post Courage/Crehan

Die legislatorischen Entwicklungen nach dem wegweisenden Urteil in der Rechtssache *Courage/Crehan* zeichnen sich ebenso wie die EuGH-Rechtsprechung durch ein wechselhaftes Zweckverständnis aus. Beide Entwicklungsstränge werden im Folgenden dargestellt.

308 EuGH 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93, *Brasserie du Pêcheur/Bundesrepublik Deutschland und The Queen/Factortame*, EU:C:1996:79, N 22; vgl. auch EuGH 26.02.1986, Rs. C-152/84, *Marshall/Southampton*, EU:C:1986:84, N 31; für einen ähnlichen Befund siehe auch WILMAN, Enforcement, N 11.04; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims, N 2.25; eine derartige Gewichtung nicht vornehmend NAZZINI, Potency, S. 415 ff.

309 EuGH 17.04.2007, Rs. C-470/03, A. G. M.-COS. *MET/Suomen valtio und Tarmo Lehtinen*, EU:C:2007:213, N 88; für eine prägnantere Formulierung in derselben Rechtssache, Schlussanträge GA Kokott 17.11.2005, C-470/03, A. G. M.-COS. *MET/Suomen valtio und Tarmo Lehtinen*, EU:C:2005:693, N 142: Die Staatshaftung dient nicht den Zwecken Abschreckung und Sanktion, sondern dem Ersatz der Schäden, die Einzelne durch Verstöße der Mitgliedstaaten gegen Gemeinschaftsrecht erleiden; siehe in diesem Zusammenhang auch NEBBIA, Damages claims, S. 139.

310 Siehe hierzu oben § 7. 1.

I. Legislatorische Entwicklungen post *Courage/Crehan*

Die Kommission wies dem europäischen Kartellschadenersatz in ihrem Grünbuch einen zweigliedrigen Zweck zu und erwog die Einführung von Mehrfachschadenersatz sowie von investigativen Instrumenten für Private.³¹¹ Das Grünbuch hält mit Verweis auf *Courage/Crehan* fest, dass das Kartellverwaltungsrecht und das Kartellzivilrecht

«are [both] part of a common enforcement system and serve the same aims: to deter anti-competitive practices forbidden by antitrust law and to protect firms and consumers from these practices and any damages caused by them.»³¹²

Dass die Stärkung des «*private enforcement*» die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zu schwächen vermag, wurde von der Kommission erst zu einem späteren Zeitpunkt ernsthaft thematisiert. Sodann zeugt die Rhetorik im Weißbuch von einer Akzentverschiebung.³¹³ Auch wenn der Unterschied zu dem im Grünbuch geäusserten Zweckverständnis nicht prononciert ausfällt, ist eine Abkehr der Kommission vom zweigliedrigen Zweckverständnis festzustellen.³¹⁴ Die Akzentverschiebung zeigt sich etwa darin, dass sie von der Idee des Mehrfachschadenersatzes Abstand genommen und «ausgewogene Massnahmen vorgeschlagen [hat], die sich auf die europäische Rechtskultur und -tradition stützen.»³¹⁵ Sie geht nicht mehr von einem dualen Zweck des Kartellschadenersatzes aus, sondern betont den Ausgleich des entstandenen Schadens als Hauptziel. Dieses Verständnis zeigt sich dann auch in der E-KSRL ebenso wie in der KSRL: Die vollständige Kompensation wird zur alleinigen Maxime erklärt. Die Kommission sieht somit Ausgleich und Abschreckung nicht mehr als Teil desselben Diskurses an.³¹⁶ Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die

311 Vgl. Kommission, Grünbuch/Arbeitspapier, S. 6; S. 15 N 34f., S. 16 N 41; siehe in diesem Zusammenhang ZIRLICK, Freizeichnung, S. 67; HURNI, *L'action civile*, S. 114; STOCK, Schadensnachweis, S. 47.

312 Kommission, Grünbuch/Schadenersatzklagen, S. 3; siehe hierzu auch MACKENRODT, Interaction, S. 176ff.; vgl. CRANE/KLOVER/SPEEGLE, *Private antitrust*, S. 400.

313 Vgl. WIEGANDT, Verzahnung, S. 39 Fn. 166 m. w. N.

314 Mit einer ähnlichen Feststellung auch Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 48 Fn. 25; weniger prononciert, wenn auch im Ergebnis gleich MACKENRODT, Interaction, S. 177.

315 Kommission, Weißbuch/Schadenersatzklagen, S. 3.

316 JONES A., *Private enforcement*, S. 34.

Kartellopfer sind zu verbessern. Hingegen haben die privatrechtliche und die verwaltungsrechtliche Durchsetzung reibungslos miteinander zu harmonieren,³¹⁷ weshalb die Stärkung des «*private enforcement*» nicht zu einer Beeinträchtigung des verwaltungsrechtlichen Pendants führen sollte.³¹⁸ Dementsprechend sieht die KSRL vor, dass insbesondere Kronzeugenerklärungen durch ein nationales Gericht nicht offengelegt werden dürfen.³¹⁹ Eine Offenlegung würde die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen und damit auch die wirksame öffentliche Durchsetzung hemmen.³²⁰ Die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche in *Follow-on*-Verfahren sei somit nur in dem Masse zu fördern, wie die verwaltungsrechtliche Durchsetzung und insbesondere die Kronzeugenprogramme nicht beeinträchtigt würden. Dabei kann sich des Eindrucks nicht erwehrt werden, dass die Kommission versucht, den Geist, den sie mit dem Grünbuch gerufen hat, mit dem Weißbuch bzw. der KSRL wieder loszuwerden, indem das Zusammenspiel von privatrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Durchsetzung zugunsten Letzterer geregelt wird. Dieses Bestreben konfligiert allerdings – mal deutlicher, mal weniger deutlich – mit der EuGH-Rechtsprechung.

II. Rechtsprechungsentwicklung post *Courage/Crehan*

Der EuGH wies dem europäischen Kartellschadenersatz in *Courage/Crehan* einen zweigliedrigen Zweck zu. Allerdings wandelte sich die Rechtsprechung von *Courage/Crehan* über *Manfredi* zu *City Motors Groep* dahin gehend, dass nicht mehr die Wirksamkeit der Durchsetzung betont wurde, sondern der wirksame Rechtsschutz.³²¹ So verwies der EuGH in beiden

317 LUCEY, Competition, S. 401 f.; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims, N 2.50.

318 Als Beispiel für dieses auf den Ausgleich ausgerichtete Verständnis siehe Pressemitteilung der Kommission vom 17.04.2014 (http://europa.eu/rapid/press-release/e_MEMO-14-310_en.htm), vgl. auch LUCEY, Competition, S. 393.

319 Art. 6 Abs. 6 KSRL.

320 An der Primärrechtskonformität zweifelnd: DREXL, Interaction, S. 143; KERSTING, Removing the tension, S. 2 ff.; SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges, S. 30; PEYER, Access, S. 82; LUNDQVIST/ANDERSSON, Access, S. 178; CLASSEN/SEEGERS, State of Enforcement, S. 28 f.; die Primärrechtskonformität bejahend: IOANNIDOU, Involvement, S. 90 ff.; DUNNE, Role, S. 163; GROUSSOT/PIERCE, Transparency, S. 156; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 157; Fuchs/Weitbrecht/MALLMANN/LÜBBIG, Private Kartelldurchsetzung, § 13 N 48 und Diskussion dort in Fn. 137.

321 Gleich HEINZE, Schadensersatz, S. 163 f.

Urteilen an den entscheidrelevanten Stellen³²² lediglich auf die Randnr. 26 – und nicht auf die Randnr. 27 – des *Courage/Crehan*-Entscheids.³²³ Wie gesehen, qualifizierte er den Kartellschadenersatz in Randnr. 26 als ein dem Ausgleich dienendes Instrument.³²⁴ Bis zu diesem Zeitpunkt schien es also, dass sich der europäische Kartellschadenersatz zumindest dogmatisch an das Verständnis der Staatshaftung anpasste, was dann auch dem Zweckverständnis der Kommission entsprochen hätte, die den Ausgleich in den Vordergrund stellt.³²⁵

Von der in den Rechtssachen *Manfredi* und *City Motors Groep* festgestellten Zurückhaltung in Bezug auf den zweigliedrigen Zweck ist der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Pfleiderer* abgerückt – die Zweckdualität des Kartellschadenersatzes stand hier erneut im Vordergrund. Unter Rückgriff auf das zweigliedrige Verständnis wurde der kategorische Ausschluss des Zugangs zu Kronzeugendokumenten einer mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde als primärrechtswidrig qualifiziert. In Erman- gelung einer unionsrechtlichen Regelung sei im Einzelfall zu entscheiden,

-
- 322 Siehe aber auch EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 83, 91: Das Urteil erwähnt im Hinblick auf die Frage, ob die Mitgliedstaaten wegen des Äquivalenz- und Effektivitätsgebots verpflichtet seien, Strafschadenersatz zu gewähren, das Abschreckungspotenzial des Kartellschadenersatzes und verweist auf die Randnr. 27 des Urteils in der Rechtssache *Courage/Crehan*. Dieser Verweis ist allerdings nicht als explizites Bekenntnis zur Zweckdualität des europäischen Kartellschadenersatzes zu werten: Der EuGH setzte sich hier mit etwas Hypothetischem auseinander und nicht mit etwas Tatsächlichem, weshalb dieser Aussage für die Konturierung des Zwecks des europäischen Kartellschadenersatzes weniger Gewicht zuzusprechen ist; siehe hierzu auch LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.30.
- 323 EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 60; EuGH 18.01.2007, Rs. C-421/05, *City Motors Groep/Citroën Belux*, EU:C:2007:38, N 33.
- 324 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 26; siehe oben § 7. 1.
- 325 Dieses Verständnis wird dem Kartellschadenersatz dann auch zugewiesen von: LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.27; NEBBIA, *Damages actions*, S. 36; MEESEN, *Schadensersatz*, S. 63 ff.; vgl. zum deutschen Recht BGH, Urteil vom 28.06.2011, KZR 75/10, «ORWI», N 29 und N 38 (juris); a. A. HEINZE, *Schadensersatz*, S. 164; SCHWIETERT, *Effet utile*, S. 111 ff. Bei den letztgenannten Autoren fällt allerdings auf, dass beide Autoren zu Beginn ihrer Ausführungen von einer Ausgleichs- wie von einer Präventionsfunktion des Kartellschadenersatzes ausgehen. Zum Schluss der jeweiligen Ausführungen verwenden beide Autoren weiterhin den Begriff «Ausgleichsfunktion», jedoch wird nicht mehr von der Abschreckungsfunktion, sondern von einer Abschreckungswirkung ausgegangen; siehe dann auch KOCH, *Public vs. private*, S. 397.

ob potenziell Geschädigten der Zugang zu Kronzeugenerklärungen und den hiermit zusammenhängenden Dokumenten gewährt wird.³²⁶ Nur so sei sichergestellt, dass die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes seine Wirkung entfalten könne. Der zweigliedrige Zweck wurde also als Massstab herangezogen, um die Handhabe einer Verfahrensmodalität bzw. Zugangsvorschrift durch eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde auf ihre Primärrechtskonformität zu überprüfen, und zwar mit dem Ergebnis, dass sich die von dem Zweck verlangte Wirkung, zu der insbesondere die Abschreckung anderer Unternehmen vor Wettbewerbsverstößen zählt, nicht einstellt, wenn der Zugang zu Verfahrensdokumenten zu restriktiv gewährt wird. Über den Zugang zu Kronzeugenerklärungen und den hiermit zusammenhängenden Dokumenten durch potenziell Geschädigte sei im Einzelfall zu entscheiden.³²⁷ Der EuGH unterstrich in *Pfleiderer* somit den Stellenwert des überindividuellen Beitrags der erfolgreichen Durchsetzung des Kartellschadenersatzes. Der EuGH berücksichtigte bei der Auslegung der Verfahrensmodalitäten die vom Zweck des Kartellschadenersatzes verlangte Wirkung als wesentliches Auslegungselement.³²⁸ Dies bedeutet: Wird Kartellopfern der Zugang zu Kronzeugeinformationen pauschal verweigert, verkennt dies den zweigliedrigen Zweck des Kartellschadenersatzes.

Das Urteil in der Rechtssache *Otis I* bestätigte ebenfalls die Zweigliedrigkeit. Die Wirksamkeit der Durchsetzung werde über Gebühr eingeschränkt, wenn staatliche Stellen, die zugleich auch für die öffentliche Durchsetzung zuständig seien, von der Geltendmachung von Kartellschadenersatz ausgeschlossen würden.³²⁹

Die Rechtssache *Donau Chemie* weist unverkennbare Parallelen zur Rechtssache *Pfleiderer* auf. Der EuGH erwog, dass die blosse Berufung auf die Gefahr, dass der Zugang zu den Kronzeugeinformationen durch Kartellopfer die Wirksamkeit der Kronzeugeprogramme beeinträchtigen

326 EuGH 14.06.2011, Rs. C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 31.

327 EuGH 14.06.2011, Rs. C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 31; für die Kommission muss es alarmierend gewesen sein, dass der EuGH den Schlussanträgen des GA Mazák 16.12.2010, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, N 44 ff., und da besonders N 46, nicht gefolgt ist. Dennoch fand der Vorschlag des Generalanwalts, zwar in abgeänderter Form, unverkennbar Eingang in die KSRL; vgl. Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit, N 26 ff.; vgl. E-KSRL, S. 3.

328 Siehe hierzu oben § 2. 2.

329 EuGH 06.11.2012, Rs. C-199/11, *Otis I*, EU:C:2012:684, N 42.

könnte, keinen kategorischen Ausschluss rechtfertige.³³⁰ Eine solche Regelung verkenne die Bedeutung des europäischen Kartellschadenersatzes für die Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs. Die erfolgreiche Geltendmachung von Kartellschadenersatz entfalte eine vergleichbare Wirkung wie die Kronzeugenprogramme, nämlich potenzielle Kartelltäter abzuschrecken und so die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu stärken.³³¹ In Übereinstimmung mit der Rechtssache *Pfleiderer*³³² befand der EuGH, dass der Zugang zu Verfahrensdokumenten im Einzelfall zwar verweigert werden könne,³³³ allerdings sei ein kategorischer Ausschluss nicht gerechtfertigt.³³⁴ Bemerkenswert ist, dass der EuGH trotz des bereits veröffentlichten Entwurfs der KSRL, die den Zugang Geschädigter zu Kronzeugenerklärungen kategorisch ausschliesst, in *Donau Chemie* an der Einzelfallprüfung festhielt. Im Gegensatz zur Rechtssache *Pfleiderer*, in der er die Handhabe und somit die Auslegung einer Zugangsmöglichkeit aus Sicht des Anspruchszwecks betrachtete, stand in *Donau Chemie* die Ausgestaltung einer Zugangsmöglichkeit im Vordergrund. Somit wurde erneut eine Zugangsmöglichkeit mit Blick auf den Anspruchszweck untersucht – und zwar mit dem Befund, dass die mitgliedstaatliche Verfahrensnorm nicht ausreichend berücksichtige, dass die Geltendmachung des europäischen Kartellschadenersatzes nicht nur das private Interesse am Ausgleich fördere, sondern auch das öffentliche Interesse an einer wirksamen Durchsetzung.

Das Urteil in der Rechtssache *Kone* bestätigte, ebenso wie *Donau Chemie* ein *Follow-on*-Verfahren, dass die Geltendmachung des Kartellschadenersatzes dem wirksamen Rechtsschutz und der Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung dient. Eine mitgliedstaatliche Regelung, die durch Preisschirmefekte Geschädigte die Aktivlegitimation abspricht, wurde unter Berufung

330 EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 46.

331 Vgl. EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 23; in diesem Sinn EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 128; EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752, N 77.

332 EuGH 14.06.2011, Rs. C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 31.

333 EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 48.

334 EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 49.

auf die Zweckdualität als primärrechtswidrig qualifiziert.³³⁵ Erneut zeigte sich, dass die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes auch in *Follow-on*-Prozessen der wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts und somit der Abschreckung vor wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen dient. Dieses Verständnis wurde durch die Schlussanträge der GA Kokott bestätigt. Demnach besteht der Zweck des Kartellschadenersatzes darin, Beeinträchtigungen individueller Rechtspositionen abzuwenden. Dazu zähle folglich auch die Wiedergutmachung von durch Preisschirmeffekte verursachten Schäden.³³⁶ Eine weite Ausgestaltung der Aktivlegitimation sichere zugleich das Vertrauen in die Wettbewerbsbestimmungen.³³⁷

In der Rechtssache *Skanska* tauchte das zweigliedrige Zweckverständnis ungewöhnlich deutlich auf: Die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes diene dem Schadensausgleich und der Abschreckung.³³⁸ Der EuGH setzte sich auch in diesem Urteil über klassische Haftungsbeschränkungen hinweg und fasste die Passivlegitimation des Schädigers weit.³³⁹ Das Urteil zeigte erneut die nicht zu unterschätzende Sprengkraft des zweigliedrigen Zweckverständnisses. So vertrat die Kommission in der mündlichen Verhandlung, dass der Ersatzpflichtige nach mitgliedstaatlichem Recht zu bestimmten sei³⁴⁰ und die Stärkung der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung in Übereinstimmung mit der «europäischen Rechtskultur und -tradition» zu erfolgen habe. Allerdings definierte der EuGH die Passivlegitimation in Kartellzivilverfahren nach dem unionsrechtlichen Unternehmensbegriff – eine Lösung, die im Widerspruch zur «europäischen Rechtskultur und -tradition» steht.³⁴¹

335 EuGH 05.06.2014, Rs. C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:1317, N 32; siehe auch Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 60.

336 Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 71.

337 Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 71.

338 EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 40 ff., und da besonders N 45.

339 Siehe auch zu möglichen Auswirkungen des Urteils in einem konzernrechtlichen Zusammenhang, FREUND, *Heralds of Change*, S. 246 ff.

340 EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 33.

341 Siehe hierzu Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 31, der auf die Ausführungen des um Vorabentscheidung ersuchenden finnischen Gerichts verweist; siehe hierzu auch FREUND, *Reshaping*, S. 731 ff.

Das Urteil in der Rechtssache *Cogeco* ging in eine ähnliche Richtung. Ein zu strenges Verjährungsregime, das unter anderem die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung kartellzivilrechtlicher Ansprüche bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Verwaltungsverfahrens nicht zulässt, beeinträchtige die Wirksamkeit des Kartellschadenersatzanspruchs, der nicht nur dem Rechtsschutz der Geschädigten, sondern auch der wettbewerbsrechtlichen Durchsetzung diene.³⁴²

Dem zweigliedrigen Zweckverständnis treu bleibend, fasste der EuGH in der Rechtssache *Otis II*, der wie *Skanska* und *Cogeco* ebenfalls ein *Follow-on*-Verfahren zugrunde lag, die Aktivlegitimation unter Rückgriff auf den dualen Zweck entsprechend weit.³⁴³ Zur Sicherung der Wirksamkeit des Unionsrechts sei es geboten, dass jedermann das Recht hat, Schadenersatz geltend zu machen.³⁴⁴ Hätten ausschliesslich die Anbieter oder Nachfrager auf dem von einem Kartell betroffenen Markt die Möglichkeit, Schadenersatz zu verlangen, würde dies die praktische Wirksamkeit von Art. 101 AEUV ebenso wie den Schutz vor den nachteiligen Folgen eines Verstosses beeinträchtigen.³⁴⁵ Dies veranlasste den EuGH wiederum, eine mitgliedstaatliche Norm für primärrechtswidrig zu erklären, obwohl die Regelung der «europäischen Rechtskultur wie -tradition» entsprach.³⁴⁶

4. Bewertung und Ergebnis für die weitere Untersuchung

Die Kommission und der EuGH³⁴⁷ gehen offensichtlich von einem unterschiedlichen Zweckverständnis des europäischen Kartellschadenersatzes aus, was sich in der folgenden Aussage von GA Kokott manifestiert:

«Auch wenn die Kommission in der mündlichen Verhandlung versucht hat, die Relevanz dieses Abschreckungseffekts herunterzuspie-

342 EuGH 28.03.2019, Rs. C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:263, 39 ff., N 50.

343 EuGH 12.12.2010, Rs. C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:1069, N 26.

344 EuGH 12.12.2010, Rs. C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:1069, N 26; siehe dazu auch FREUND, Damages, S. 500 ff.

345 EuGH 12.12.2019, Rs. C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:1069, N 27.

346 Siehe für die gegenteilige Auffassung der Kommission oben § 7. 3. I.

347 Und wohl auch das EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 84, nach dem die erfolgreiche Durchsetzung des europäischen Kartellschadenersatzes wesentlich zur Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs bzw. zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels beiträgt.

len, misst doch der Gerichtshof ihm in gefestigter Rechtsprechung erhebliche Bedeutung bei.»³⁴⁸

Das zweigliedrige Zweckverständnis birgt eine grosse Sprengkraft. Dieses Verständnis rechtfertigt es, traditionelle Regelungen des Haftpflicht- und Gesellschaftsrechts³⁴⁹ ebenso wie verwaltungsrechtliche Zugangsvorschriften als primärrechtswidrig zu qualifizieren.

Die aufgezeigten legislativen und judikativen «Verständnisrochen» lassen sich tabellarisch wie folgt darstellen:

Zweck/ Zeitraum	2000–2005	2005–2010	2010–2015	2015–2019
Ausgleich und Prävention	• <i>Courage/Creban</i> (09.2001)	□ Grünbuch (12.2005)	• <i>Pfleiderer</i> (06.2006) • <i>Donau Chemie</i> (06.2006) • <i>Otis I</i> (11.2013) • <i>Kone</i> (11.2014)	• <i>Skanska</i> (03.2019) • <i>Cogeco</i> (03.2019) • <i>Otis II</i> (12.2019)
Ausgleich		• <i>Manfredi</i> (06.2006) • <i>City Motors Groep</i> (01.2007) □ Weißbuch (05.2008)	□ E-KS-RL (06.2013) □ KS-RL (11.2014)	

Abb. 3: Zweckverständnis des Kartellschadenersatzes; legislative (jeweils durch □ gekennzeichnet) und judikative (jeweils durch • gekennzeichnet) Entwicklung in der EU

Wenn der europäische Kartellschadenersatz neben dem Ausgleich auch der Abschreckung dient, stellt sich die Frage, was schlussendlich unter Abschreckung zu verstehen ist. Wird der Abschreckungszweck des Kartellschadenersatzes als Erhöhung der durch einen Verstoss verursachten Kosten über die Nutzen dieses Verhaltens hinaus verstanden, müssen dem Kartellopfer korrespondierende materiell-rechtliche Ansprüche und prozessuale Instrumente zur Verfügung stehen, die zumindest dem Ansatz

348 Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 65 Fn. 38; weniger präzisiert Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 48 Fn. 25; ähnlicher Befund des EFTA-Gerichtshofs in EFTA, E-14/11, DB Schenker/EFTA Surveillance Authority, vom 21.12.2012, N 132.

349 Siehe hierzu auch ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface, S. 155; MÖLLER, Präventionsprinzip, S. 74; vgl. auch MÜLLER, Punitive Damages, S. 41.

nach dem Kartelläter entsprechend hohe Kosten verursachen und eine wirksame Aufdeckung von Wettbewerbsverstößen ermöglichen.³⁵⁰ Dieses Verständnis kommt dem Kartellschadenersatzanspruch im amerikanischen Durchsetzungssystem nahe.³⁵¹ Dementsprechend kennt das amerikanische Durchsetzungssystem eine Reihe von Regelungen, die es Privaten ermöglichen – so zumindest die weitverbreitete Annahme³⁵² – ihre Rolle als *«private attorney general»* wahrzunehmen und wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aufzudecken und zu sanktionieren.³⁵³

Offensichtlich fehlt es an vergleichbaren Instrumenten auf EU-Ebene ebenso wie im Grossteil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.³⁵⁴ Trotz dieses Unterschieds wird der EuGH nicht müde, den Abschreckungszweck des europäischen Kartellschadenersatzes zu betonen, und berücksichtigt das Manko, dass es an einem entsprechenden Mehrfachschadenersatz und einer wirksamen *«pre-trial discovery»* fehlt, auf eigene Art. Die Anspruchsvoraussetzungen wie die Verfahrensmodalitäten des europäischen Kartellschadenersatzes – und somit auch die Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden – werden zweckdienlich und somit auch im Lichte der Abschreckung ausgelegt:

- Mitgliedstaatliche Regelungen, die die Anspruchsberechtigung in Kartellschadenersatzverfahren eng fassen, werden als primärrechtswidrig eingestuft (*Courage/Crehan, Kone, Otis II*, beschränkt auch *Otis I*).
- Mitgliedstaatliche Regelungen, die die Passivlegitimation im Kartellzivilprozess, im traditionellen Sinne, beschränken, werden als primärrechtswidrig eingestuft (*Skanska*).
- Mitgliedstaatliche Verjährungsregelungen, die die Komplexität des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems nicht genügend beachten, werden als primärrechtswidrig eingestuft (*Cogeco*).
- Mitgliedstaatliche Verwaltungsvorschriften, die den Zugang Geschädigter zu Dokumenten aus Kronzeugenverfahren restriktiv gewähren bzw. ausschliessen, werden als primärrechtswidrig eingestuft (*Pfleiderer, Donau Chemie*).

³⁵⁰ Ähnlich ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface, S. 180; vgl. MÖLLER, Präventionsprinzip, S. 74.

³⁵¹ GAVIL, Designing, S. 6; siehe oben § 5. 2.

³⁵² HOVENKAMP, Federal Antitrust, S. 652 m. w. N.; relativierend jedoch BAKER, Revisiting, S. 382.

³⁵³ Vgl. SEMERARO, Antitrust, S. 504 ff.; HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung, S. 9 ff., S. 13 ff.

³⁵⁴ Vgl. anstelle vieler Schlussanträge GA Geelhoed 26.01.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 67.

Die Betonung der Abschreckung erklärt, weshalb mitgliedstaatliche Haftpflichtregelungen unter Berufung auf den Abschreckungszweck für primärrechtswidrig erklärt werden. Dasselbe gilt für die Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden: Verfahrensvorschriften, die den Zugang zu Dokumenten der Kommission ebenso wie der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden ausschliessen oder zu restriktiv gewähren, werden dem Zweck des Kartellschadenersatzes nicht gerecht.³⁵⁵

Die EuGH-Rechtsprechung verdeutlicht jedoch auch, dass durch den europäischen Kartellschadenersatz keine Abschreckung verfolgt wird, die im Einzelfall spezialpräventiv wirkt.³⁵⁶ Im Gegenteil: Die abschreckende Wirkung einzelner Schadenersatzklagen ist grundsätzlich zu vernachlässigen – verfolgt also keinen spezialpräventiven Zweck. Vielmehr soll die möglichst umfangreiche Durchsetzung sämtlicher Schadenersatzforderungen eine weitreichende generalpräventive Wirkung erzielen, indem sie die Kosten eines Verstosses und das Risiko, dass ein Verstoss aufgedeckt wird, erhöhen. Die entscheidende Wirkung wird dadurch erzielt, dass es zu einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme durch eine, je nach Art des Wettbewerbsverstosses, grosse oder sogar kaum abschätzbare Menge Geschädigter kommt. Eine Stärkung der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung ist dann ein wirksames Mittel, um die Einhaltung der Wettbewerbsregeln zu gewährleisten.

Die Feststellung des zweigliedrigen Zwecks des europäischen ebenso wie des schweizerischen Kartellschadenersatzes bildet den Abschluss des 1. Prüfschritts. Bevor im 3. Prüfschritt festgestellt werden kann, inwiefern die Möglichkeiten des Zugangs zu den Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden diesem Zweckverständnis gerecht werden, sind im 2. Prüfschritt die einzelnen Zugangsroute darzustellen.

355 So auch die EFTA-Rechtsprechung EFTA, E-5/13, *Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 07.07.2014, N 134 m. w. N.

356 Schlussanträge GA Van Gerven 13.04.1994, C-128/92, *Banks/British Coal*, EU:C:1993:860, N 44; Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 48.