§ 2 Zielsetzungen der privaten Durchsetzung

Ob die private Durchsetzung parallel zur öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts etabliert werden sollte, steht in der gegenwärtigen Diskussion nicht mehr zur Debatte. Vielmehr wird diskutiert, ob die private Durchsetzung als Teil des Durchsetzungssystems des Wettbewerbsrechts allein auf die Kompensation des einzelnen Geschädigten oder zusätzlich auch auf die Abschreckung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen abzielen soll. Da die Ausgestaltung der Regeln und die Entfaltung der privaten Rechtsdurchsetzung stark von der Zielorientierung abhängen, ist diese Frage zu klären, bevor die kartellzivilrechtlichen Ansprüche im Einzelnen untersucht werden.

Im Folgenden wird zunächst die ökonomische Grundlage für die Diskussion der Zielorientierung dargestellt. Die durch die wettbewerbsbeschränkenden Praktiken verursachten Schadenswirkungen sind sowohl in ihrem Ausmaß als auch in ihrem Spektrum sehr beträchtlich und die schädlichen Folgen lassen sich nur langsam oder gar nicht mehr beheben, so dass es sowohl eines ex-post-Schadensersatzes als auch einer ex-ante-Intervention gegen solche Praktiken bedarf (hierzu unter A.I. und A.II.). Dann wird die Theorie der Rechtsdurchsetzung geschildert, wobei der Abschreckungsgedanke im Vordergrund steht. Dabei werden die Faktoren, insbesondere die Durchsetzungskosten, erklärt, die eine Nutzungsmaximierung der Rechtsdurchsetzung beeinflussen können (hierzu unter A.III.).

In Abschnitt B wird die Zielausrichtung der privaten Rechtsdurchsetzung in der EU, Deutschland und China jeweils aus rechtlicher Sicht ermittelt. Die betrachteten Rechtsordnungen haben grundsätzlich nur ein einziges Kompensationsziel festgelegt. Anschließend werden die wesentlichen Bedenken gegen die Verfolgung des Abschreckungsziels zusammengefasst.

Schließlich wird in Abschnitt C für die Festlegung des Abschreckungszwecks unter vier Gesichtspunkten argumentiert. Erstens folgt aus der vorhergehenden ökonomischen Analyse der Schadenswirkung, dass die Verfolgung des Kompensationszwecks durch volle Entschädigung in Wirklichkeit Defizite aufweist, welche durch die zusätzliche Abschreckungszielorientierung aufgelöst werden könnten. Zweitens wird mithilfe der Theorie der Rechtsdurchsetzung untersucht, wie die Verstärkung der privaten Durchsetzung mittels der Verfolgung des Abschreckungszwecks durch die hier-

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

aus resultierende effizienzsteigernde Wirkung gerechtfertigt werden könnte. Drittens wird der Einwand der Missbrauchsgefahr durch Strafschadensersatzklagen widerlegt. Schließlich wird viertens für die EU, Deutschland und China erörtert, dass der Abschreckungszweck anerkannt werden könnte.

A. Ökonomische Grundlagen

I. Schadenswirkung von Kartellen

1. Schadensarten aus volkswirtschaftlicher Sicht

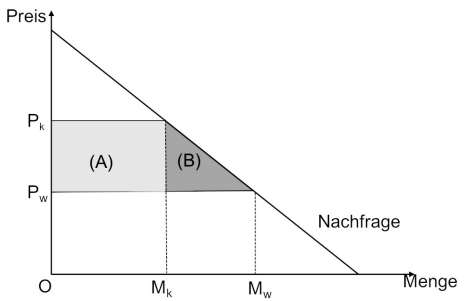
Typischerweise führt ein Preis- oder Quotenkartell zu höheren Preisen auf dem Markt, als sie sich unter einem kartellfreien Wettbewerb etablieren würden. Die Abnehmer der Kartellanten müssen einen Preisaufschlag für jede Produkteinheit zahlen (Preiseffekt). Zusätzlich geht die Nachfrage nach dem kartellierten Produkt aufgrund der Preiserhöhung zurück (Mengeneffekt). Die aus Preiseffekt und Mengeneffekt resultierende Schadenswirkung lässt sich anhand von Abbildung 2.1 in vereinfachter Form illustrieren. P_w bezeichnet den Wettbewerbspreis, der ohne Kartell auf dem Markt mit vollständigem Wettbewerb geherrscht hätte und entspricht den Grenzkosten. M_w bezeichnet die Menge, die bei vollständigem Wettbewerb nachgefragt worden wäre. Im Rahmen der inversen Nachfragefunktion wird zu einem Preis P_w die Menge M_w abgesetzt. Setzt das Kartell einen überhöhten Preis P_k an, führt dies zu einem Rückgang der nachgefragten Menge von M_w auf M_k. Das Rechteck (A) stellt den Wert dar, der aufgrund eines Kartellverstoßes von dem Verbraucher zu den Kartellanten transferiert wird. (A) stellt einen Schaden für die Verbraucher dar, der sich aus dem kartellbedingten Preisaufschlag P_k–P_w je Produkteinheit ergibt. Zugleich ist (A) der Mehrerlös der Kartellanten. Aus volkswirtschaftlicher Sicht handelt es sich dabei um einen reinen Transfer von Konsumentenrente zu Produzentenrente.[183] Das Dreieck (B) repräsentiert den Nutzwert, auf den die Verbraucher verzichtet haben. Sie hätten das Produkt zum Preis P_w gekauft, haben aber infolge der Preiserhöhung auf P_k von einem Kauf abgesehen. Das Dreieck (B) wird in der Volkswirtschaft als allokativer Wohlfahrt- bzw. Effizienzverlust (bzw. auf Englisch: Deadweight loss)

183 Mehr zur Konsumentenrente s. *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bezeichnet.[184] Aufgrund des Kartells wird der Tauschgewinn beim Preis zwischen P_w und P_k nicht ausgeschöpft, welcher der Gesellschaft insgesamt unwiederbringlich verloren geht.[185] Der Gesamtschaden für die Verbraucher setzt sich daher aus dem Schaden aus dem Preisaufschlag (A) und dem Effizienzverlust (B) zusammen.

Abbildung 2.1: Deadweight loss



Das Kartell verursacht einen direkten Preisüberhöhungsschaden für die Kunden, der sich aus den zusätzlichen Kosten für jede abgesetzte Einheit des kartellierten Produkts zum überhöhten Preis ergibt. Wenn es nicht direkt um die Endverbraucher, sondern um die Händler oder die produzierenden Unternehmen geht, die das kartellierte Produkt weiterveräußern oder als Input verwenden, erhöhen sie ihren eigenen Preis und geben den kartellbedingten Preisaufschlag ganz oder teilweise an die nächste Absatzstufe (bzw. den Endverbraucher) weiter (Pass-on-Effekt).[186] Die Höhe des Schadens für die mittelbaren und unmittelbaren Abnehmer von Kartellen hängt somit von dem Umfang der Weiterwälzung ab.

Der mit dem Effizienzverlust verbundene Schaden tritt in der Regel in Form von entgangenem Gewinn auf. Aufgrund der Mengeneffekte von Kartellen entgeht den Abnehmern bzw. Lieferanten der Gewinn für alle nicht mehr abgesetzten Produkteinheiten. Den Endverbrauchern entgeht der Nutzen der Produkte, die sie zum Wettbewerbspreis erworben hätten. Einige Kunden weichen auf andere substituierbare Produkte aus, wenn

184 Der Wohlfahrtsverlust wird auch als Harberger-Dreieck bezeichnet. Grundlegend *Harberger,* Am. Econ. Rev. 44 (1954), 77–87.

185 *Haucap/Stühmeier*, WuW 2008, 413, 417.

186 Näheres zum Pass-on-Effekt siehe *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sie aufgrund des erhöhten Preises auf das kartellierte Produkt verzichten. Hierdurch kann ihnen ein Schaden durch zusätzliche Kosten für den Produktwechsel oder durch eine mögliche Minderung der Produktqualität entstehen.[187]

Neben dem allokativen Effizienzverlust kann das Kartell aus volkswirtschaftlicher Sicht die produktive und dynamische Effizienz negativ beeinflussen. Bei langanhaltenden Kartellen sehen sich die Kartellanten verringertem Wettbewerbsdruck ausgesetzt und erzielen durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen hohe Gewinne. Dies kann dazu führen, dass die Kartellanten einen verminderten Anreiz für eine kostengünstigere Produktion und für Investitionen in Forschung und Entwicklung haben.[188] Allerdings bedarf die Beurteilung des Verlusts von produktiver und dynamischer Effizienz infolge eines Kartells mehrerer fundierter empirischer Untersuchungen und ist gegenwärtig in der Volkswirtschaftswissenschaft noch umstritten.[189] Bei privaten Schadensersatzklagen ist es noch unmöglich, solche Schäden zu quantifizieren und Ersatz dafür zu verlangen.[190]

Nachdem das Kartell durch die Wettbewerbsbehörde mit einem Bußgeld bestraft und die Kartellabsprache durch die Wettbewerbsbehörde oder im Wege eines Zivilverfahrens abgestellt wurde, wird der Preis normalerweise innerhalb eines kurzen Zeitraumes wieder auf das Wettbewerbsniveau zurückkehren. Es kann aber auch der Fall auftreten, dass das Kartell sogar nach dessen Beendigung eine andauernde Auswirkung auf die Marktstruktur und den Preis nach sich zieht, was insbesondere bei Kartellen mit Gebietsaufteilungen der Fall ist. Bei diesen ändert sich der Marktanteil auch nach Beendigung des Kartells zunächst wenig, da die Markstruktur durch die langfristige Gebietsaufteilung verfestigt ist. Dies kann weiterhin

187 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 33; *Meeßen*, S. 402f. Beachte aber, dass die Schäden infolge kartellbedingt geringerer Produktqualität bisher keine praktische Relevanz erlangt haben. S. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 11.6.2013, SWD (2013) 205, Rn. 22. – im Folgenden als Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs zitiert.

188 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 43.

189 Näheres zu der produktiven und dynamischen Effizienz *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 43ff.

190 vgl. *Haucap/Stühmeier*, WuW 2008, 413, 424; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu einem am Wettbewerbsniveau gemessenen überhöhten Preis und möglicherweise zu höheren Produktionskosten führen.[191]

2. Geschädigte Marktakteure

Die Reichweite der durch Kartelle verursachten Schadenswirkungen kann sehr breit sein. Im vertikalen Verhältnis, kann, wie gesehen, nicht nur dem unmittelbaren Abnehmer bzw. Lieferanten aufgrund der kartellbedingten Preiserhöhung und dem Mengeneffekt ein Schaden entstehen, sondern möglicherweise auch dem mittelbaren Abnehmer bzw. Lieferanten der weiter entfernten nachgelagerten bzw. vorgelagerten Marktstufe. Die mittelbaren Abnehmer auf der nachgelagerten Marktstufe können von dem Kartell betroffen sein, weil die unmittelbaren Abnehmer den Preisaufschlag in einem gewissen Umfang an sie weitergeleitet haben. Im horizontalen Verhältnis können die nicht am Kartell beteiligten Unternehmen desselben relevanten Marktes, die das kartellierte Produkt herstellen, von dem Kartell beeinflusst werden. Unter dem „Preisschirm" des Kartells genießen sie erweiterte Preissetzungsspielräume und können in Reaktion auf den Kartellpreis ihren eigenen Produktpreis ebenfalls anheben.[192] Durch diesen sogenannten Preisschirmeffekt müssen ihre Abnehmer einen höheren Preis für das Produkt bezahlen, als er sich ohne das Kartell ergeben hätte. Die Unternehmen, die komplementäre Produkte für die kartellierten Produkte herstellen, können infolge einer verringerten Nachfrage nach den kartellierten Produkten auch einen Absatzrückgang erleiden. Zwar können die Unternehmen den Absatzrückgang durch Preissenkungen teilweise ausgleichen, im Ergebnis werden ihnen aber dennoch Gewinne entgehen.[193]

3. Ausmaß der kartellbedingten Preisüberhöhung

Neben dem breiten Spektrum der Schadenswirkung ist das Ausmaß der kartellbedingten Preisüberhöhung sehr beträchtlich. Dieser ist einer der

191 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 47.

192 EuGH v. 5.6.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 29 – *Kone; Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, 10 J. Compet. Law Econ. 739 (2014), 740; *Beth/Pinter*, WuW 2013, 228, 228.

193 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 40f; *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 321.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wichtigsten Faktoren, der das Gesamtbild des Ausmaßes der kartellbedingten Schäden widerspiegelt.[194] Viele Studien untersuchten anhand von empirischen Daten die kartellbedingte Preisüberhöhung und deren Umfang. In der von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen Studie „Quantifying antitrust damages" (2009) wurden die nach dem Jahr 1960 tätigen Kartelle untersucht.[195] 93 % aller untersuchten Kartellfälle verursachten kartellbedingte Preisaufschläge. Bei rund 70 % aller Fälle betrug der Preisaufschlag zwischen 10 und 40 %, wobei sich der Durchschnitt auf rund 20 % belief.[196] Laut einer jüngeren Bewertung von *Boyer* und *Kotchoni* (2015), die eine Meta-Analyse mit einigen Verfeinerungen einführte, betrug der kartellbedingte durchschnittliche Preisaufschlag im internationalen Kontext etwa 16 % und in der EU etwa 14 %. Der Median des Preisaufschlages für internationale Kartelle lag bei etwa 18.6 % und mithin 6 % höher als bei rein nationalen Kartellen.[197] Es bestehen zwar Unterschiede zwischen den empirischen Studien hinsichtlich der von ihnen kalkulierten kartellbedingten Preisaufschläge, doch ist gewiss, dass Kartelle in der Regel einen Preisaufschlag herbeiführen, der nicht unterschätzt werden darf. Als konkretes Beispiel kann das Vitaminkartell dienen, das im Zeitraum von 1990 bis 1999 bei einem durchschnittlichen Preisaufschlag von etwa 29 % einen geschätzten weltweiten Gesamtschaden von über 8 Milliarden US Dollar verursacht haben soll.[198] Die europäische Kommission verhängte am 21.11.2001 gegen acht Vitaminhersteller Geldbußen wegen unerlaubter Marktaufteilung und Preisfestsetzungsabsprachen. Laut der Feststellung der europäischen Kommission hatte sich der Durchschnittpreis für Vitamin A

194 Das Ausmaß der kartellbedingten Schäden hängt von einer Reihe von Faktoren ab. Neben dem Ausmaß der Preiserhöhung sind beispielsweise noch die Dauer des Kartells, seine Marktabdeckung und die Verringerung des Angebots relevant. Siehe *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 314.

195 *Komninos/Beckert/van Damme/Dewatripont/Franks/ten Kate/Legros*: Quatifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts, 2009, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf. – im Folgenden als Oxera-Studie zitiert.

196 Oxera-Studie, S. 90. Diese Studie basiert wesentlich auf der Studie von *Connor/Lande*, in: Issues Compet. Law Policy (2008), S. 2203, 2203–2218. Eine Analyse der 200 veröffentlichten Studien mit 647 quantitativen Schätzungen der Preisaufschläge von Hardcore-Kartellen wurde durchgeführt, wobei der Median der Preisaufschläge für alle Arten von Kartellen bei 25 % und für internationale Kartelle bei etwa 31 % lag.

197 *Boyer/Kotchoni*, Rev. Ind. Organ. 47 (2015), 119, 34.

198 *Connor*, Global Price Fixing, 2. Aufl., S. 338.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

auf dem EWR-Markt in den Jahren 1990 bis 1998 von etwa 38,80 ECU/kg auf 54,50 ECU/kg (um etwa 29 %) erhöht, was auf die Kartellaktivitäten zurückzuführen sei.[199]

II. Schadenswirkung durch Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

Der Ausbeutungsmissbrauch in Form des Preis- und Konditionsmissbrauchs resultiert in ähnlichen Preiseffekten und Effizienzverlusten wie ein Kartell.[200] Die unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer bzw. Lieferanten sowie die Hersteller komplementärer Güter können dadurch beeinträchtigt werden.

Die Schadenswirkungen des Behinderungsmissbrauchs sind komplizierter zu erfassen, weil sich das missbräuchliche Verhalten während seiner verschiedenen Phasen unterschiedlich auf den Markt und die Marktteilnehmer auswirken kann. Verfolgt das marktbeherrschende Unternehmen beispielsweise eine Kampfpreisstrategie und senkt zuerst den Preis seiner Produkte, führt dies in einer ersten Phase zu einer Intensivierung des Preiswettbewerbs auf dem Markt. Während seine Abnehmer davon profitieren können, werden seine Konkurrenten infolge der Schmälerung der Gewinnspanne schlechter gestellt. Aufgrund höherer Kosten und reduzierter Absatzmenge erzielen die Konkurrenten weniger Gewinn als sie ohne missbräuchliches Verhalten erzielt hätten. Treuerabatte wirken sich in der ersten Phase ähnlich aus. Die rabattbegünstigten Unternehmen aufgrund der Preisnachlässe für gewisse Absatzmengen innerhalb eines Bezugszeitraums wechseln nicht zu anderen Konkurrenzanbietern. Deshalb sind die Nachteile für die Abnehmer bei manchen Arten des Marktbeherrschungsmissbrauchs in der ersten Phase nicht offensichtlich. Nachdem die Konkurrenten aus dem Markt verdrängt oder ihr Marktanteil verringert wurde, erhöht das marktbeherrschende Unternehmen in der zweiten Phase den Preis, um die Verluste aus der ersten Phase auszugleichen. Der wirksame Wettbewerb auf dem Markt wird reduziert und das marktbeherrschende Unternehmen hebt den Preis für die betroffenen Produkte auf ein Niveau oberhalb des Wettbewerbspreises. Die unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer erlei-

199 EU-Kommission, Entscheidung vom 22.11.2001, COMP/E-1/37.512, Rn. 28, 667ff. – *Vitamine*. Vgl. LG Dortmund v. 1.4.2004, WuW/E DE-R, 1352, 1354 – *Vitaminpreise Dortmund*.

200 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den jetzt ähnliche Schäden aus der Preiserhöhung wie bei einem Kartell. Hinzukommt eine verringerte Produktauswahl für die unmittelbaren Abnehmer.[201]

Die Marktstruktur und die Wettbewerbsbedingungen können sich nach der Beendigung des missbräuchlichen Verhaltens im Einzelfall stark verändern, so dass die Nachwirkungen auf den Markt und den Wettbewerb langfristig sein können. Neben den oben genannten negativen Folgen von Gewinneinbußen der Wettbewerber, Preiserhöhungen und einer reduzierten Produktauswahl kann der Behinderungsmissbrauch ferner zur Qualitätssenkung und schwächerer Innovation führen. Da die marktbeherrschende Stellung stabil aufrechterhalten bleibt, können die vom Markt verdrängten Wettbewerber nicht wieder in ihn eintreten oder ihren Marktanteil wiedererlangen. Zudem werden potenziellen Wettbewerber aufgrund eines erschwerten Markteintritts vom Markt abgeschottet. Die negativen Auswirkungen können nach Beendigung des missbräuchlichen Verhaltens nur sehr schwer und langsam beseitigt werden. In vielen Fällen kann es sich als praktisch unmöglich erweisen, die Marktbedingungen so wiederherzustellen, wie sie ohne die Zuwiderhandlungen bestehen würden, selbst wenn die Wettbewerbsbehörde den Behinderungsmissbrauchs aufdeckt oder er durch eine Zivilklage beendet wird.[202] Diese Verfälschung des Wettbewerbs und die dauerhafte Beeinträchtigung der Marktstruktur lassen sich schwer oder gar nicht mehr aus den individuellen Schäden der betroffenen Marktteilnehmer quantifizieren.

Der Behinderungsmissbrauch, der mit dem Zweck betrieben wird, Konkurrenten aus dem Markt zu drängen, wird in erster Linie den direkten Wettbewerbern schwere Schäden zufügen. Nachdem der Wettbewerber vom Markt verdrängt wurde, werden die unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer der betroffenen Produkte von den marktbeherrschenden Unternehmen durch erhöhte Preise beeinträchtigt. Die Lieferanten der von dem Markt verdrängten Unternehmen können auch Schäden in Form entgangener Gewinne erleiden. Die potenziellen Wettbewerber können aufgrund eines verhinderten Markteintritts beeinträchtigt werden. Behinderungspraktiken wie z. B. Kopplungsgeschäfte können ferner den Wettbewerb auf dem Markt der gekoppelten Leistung beeinträchtigen.

201 Zu den unterschiedlichen Auswirkungen von Behinderungspraktiken auf die Marktteilnehmer je nach betrachtetem Zeitraum vgl. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 63f.

202 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 64.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Zwischenfazit

Aus volkswirtschaftlicher Sicht gehen die aus wettbewerbswidrigen Handlungen resultierenden gesellschaftlichen Schäden bei weitem über die Preiserhöhung infolge des Preiseffektes hinaus. Neben der Preiserhöhung, die letztlich an die Verbraucher weitergegeben wird, gibt es viele Schäden, die nicht leicht quantifizierbar sind. Einige Verluste können nicht kompensiert werden und werden zu sozialen Nettoverlusten. Kartelle und missbräuchliche Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Unternehmens werden wahrscheinlich auch nach ihrer Beendigung aufgrund der von ihnen erfolgten Änderungen der Marktstruktur weiterhin die anderen Marktteilnehmer nachteilig beeinflussen.

Daraus folgt, dass es einerseits wichtig ist, dafür zu sorgen, dass die von den wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen betroffenen Unternehmen und Verbraucher Ersatz für ihren erlittenen Schaden erhalten. Andererseits ist eine frühzeitige Aufdeckung und Unterbindung wettbewerbswidriger Praktiken besonders sinnvoll, um eine Ausweitung der Schadenswirkungen auf die Wettbewerber und andere Marktteilnehmer frühestmöglich zu vermeiden und die bereits zugefügten Schäden rechtzeitig zu kompensieren. Dadurch kann auch einer verfestigten nachteiligen Veränderung des Wettbewerbs und der Marktstruktur vorgebeugt werden.

IV. Ökonomische Theorie der Rechtsdurchsetzung

1. Die optimale Kartellrechtsdurchsetzung

Die Theorie der Rechtsdurchsetzung oder die Theorie der optimalen Abschreckung (auf Englisch: theory of optimal deterrence) liegt der Arbeit von *Gary Becker* über die Durchsetzung des Strafrechts zugrunde.[203] In der Arbeit hat *Becker* zum ersten Mal die Instrumente der ökomische Analyse der Entscheidungstheorie auf das kriminelle Verhalten angewendet. Der potenzielle Täter wird eine Straftat nur dann begehen, wenn sein erwarteter Nutzen aus der Straftat den Nutzen des Ressourceneinsatzes für andere Ak-

203 *Becker*, 76 J. Polit. Econ. 169 (1968), 169–217.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tivitäten übersteigt.[204] Der potenzielle Täter wird von der Begehung einer Straftat absehen, wenn die drohende Strafe seinen erwarteten Gewinn aus der Straftat übertrifft. Auf dieser Grundlage hat *Becker* die Korrelation zwischen der Anzahl der begangenen Straftaten und der Verurteilungswahrscheinlichkeit sowie den Wert der drohenden Strafe mit mathematischer Funktion illustriert. Eine Erhöhung der Verurteilungswahrscheinlichkeit allein oder der Strafe allein würde den von einer Straftat erwarteten Nutzen verringern und würde daher die Anzahl der Straftaten reduzieren. Eine Erhöhung der Verurteilungswahrscheinlichkeit, die durch eine gleichprozentige Verringerung der Strafe ausgeglichen wird, würde den erwarteten Gewinn aus einer Straftat im Ergebnis nicht ändern. Dies könnte jedoch den erwarteten Nutzen vermindern, da sich das Risiko erhöhen würde.[205] Bei einer geringen Verurteilungswahrscheinlichkeit ist in der Regel eine höhere Strafe erforderlich. Wenn die Durchsetzungskosten nicht berücksichtigt werden oder wenn angenommen wird, dass die Durchsetzung kostenlos ist, könnte von der Begehung von Straftaten durch ausreichend hohe Strafen vollständig abgeschreckt werden. Zugleich würden die Schäden aus Straftaten minimiert werden.[206] In der Realität fallen Durchsetzungskosten an. Auch wenn dies ohne Rücksicht auf die Kosten geschieht, sollte die Durchsetzung nicht unbegrenzt allein durch die Ausweitung der Strafe erhöht werden, um eine übermäßige Durchs etzung zu vermeiden.[207] Bei der optimalen Rechtsdurchsetzung geht es daher um die Minimierung der gesamtgesellschaftlichen Kosten des Rechtsverstoßes, welche die durch den Rechtsverstoß verursachten Schäden, die Kosten der Überführung und die Kosten der Sanktionsverhängung umfassen.[208]

---

204 *Becker*, 76J. Polit. Econ. 169 (1968), 176ff. Mehr zum Modell von *Becker* und die Interpretation und weitere Entwicklung siehe *Stigler*, 78 J. Polit. Econ. 526 (1970), 526–536.

205 Wenn der potenzielle Täter risikobereit ist, kann eine Erhöhung der Verurteilungswahrscheinlichkeit wirksamer als eine Erhöhung der Strafe um den gleichen Prozentsatz den erwarteten Nutzen und damit die Anzahl der Straftaten verringern. Wenn er risikoavers ist, hat eine Erhöhung der Strafe eine größere Wirkung. Wenn er risikoneutral ist, haben beide die gleiche Wirkung. Siehe *Becker*, 76 J. Polit. Econ. 169 (1968), 169, 177f.

206 *Becker*, 76 J. Polit. Econ. 169 (1968), 191f.

207 Beispielsweise die Verurteilung einer unschuldigen Person, vgl. *Stigler*, 78 J. Polit. Econ. 526 (1970), 526, 527f.

208 "Minimize the social loss in income from offenses," *Becker*, 76 J. Polit. Econ. 169 (1968), 181f., 207. Vgl. *Stigler*, 78 J. Polit. Econ. 526 (1970), 526–529.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Theorie der optimalen Abschreckung liegt eine ex-ante Perspektive zugrunde. Die optimale Strategie zur Bekämpfung der Rechtsverstöße liegt darin, die Verhaltensentscheidungen der potenziellen Täter zu beeinflussen. Demzufolge besteht die Bedeutung der Strafverfolgung und der Sanktionsverhängung darin, die aufgedeckten Rechtsverstöße zu unterbinden und zugleich die zukünftigen Rechtsverstöße zu verhindern. Der Ansatz zur optimalen Durchsetzung des Kartellrechts wurde auf der Grundlage der Theorie der optimalen Abschreckung fortentwickelt. *Breit* und *Elzinga* sind in ihrer Arbeit zu dem Schluss gekommen, dass das optimale Niveau der Rechtsdurchsetzung erreicht ist, wenn die marginalen gesellschaftlichen Kosten dem marginalen Nutzen der Rechtsdurchsetzung entsprechen.[209] Der Nutzen liegt in der Verminderung der wettbewerbswidrigen Praktiken und der daraus resultierenden Schäden. Wenn mehrere Ressourcen für die Stärkung der Rechtsdurchsetzung eingesetzt werden müssen, muss das Ziel sein, dass die hierdurch entstehenden Kosten geringer als die erzielte Verminderung der gesellschaftlichen Schäden aus dem Rechtsverstoß sind. Basierend auf dieser Grundlage werden die Ansätze für die Bestimmung der optimalen Sanktion im Rahmen des Wettbewerbsrechts entwickelt. Der derzeit überwiegend anerkannte Ansatz, der von *Landes* entwickelt wurde, besagt, dass der optimale Wert der Sanktion dem „Nettoschaden" aus der Zuwiderhandlung gleichen soll, der anderen Personen außer dem Schädiger selbst zugefügt wurde. Dieser Nettoschaden umfasst unter anderem die Schäden aus Preisaufschlägen und Wohlfahrtsverlusten.[210] Je größer das Ausmaß der durch die Zuwiderhandlung verursachten Schäden ist, desto höher soll die Sanktion festgesetzt werden. Diese Regel gilt sowohl für Kartelle als auch in Fällen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung.[211] Der potenziellen Rechtsverletzer wird daher eine wettbewerbswidrige Praktik nur dann begehen, wenn der antizipierte Gewinn den Nettoschaden des anderen übersteigt. Hierbei wird insbesondere der mög-

209 Vgl. *Elzinga/Breit*, Antitrust Penalties, S. 7–13; *Breit/Elzinga*, 28 J. Law Econ. 405 (1985), 409f.

210 „Net harm to others" näheres dazu siehe *Landes*, 50 Univ. Chicago Law Rev. 652 (1983), 656f., 666–668, 672. Zu den Schäden aus Preisaufschlägen und Wohlfahrtsverlusten, siehe oben A.I.1.

211 Erklärung siehe *Landes*, 50 Univ. Chicago Law Rev. 652 (1983), 665f. Es wurde argumentiert, dass die gesellschaftlichen Kosten eines Monopols weitaus größer sind als die von ihm verursachten Wohlfahrtsverluste. Dies hat jedoch keinen Einfluss auf den Nettoschaden und damit auch nicht auf die Bestimmung der optimalen Sanktion.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liche wirtschaftliche Vorteil aus der Kosteneinsparung mit dem Wohlfahrtsverlust verglichen.[212] Außerdem soll der „Nettoschaden" durch die Aufdeckungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit (also die Überführungswahrscheinlichkeit) geteilt werden, um den erwarteten optimalen Sanktionswert zu erreichen, da nicht jede Zuwiderhandlung aufgedeckt und nachgewiesen und schließlich mit einer Sanktion belegt wird. [213]

Es gibt viele Varianten der Modelle und Verfeinerungen innerhalb der Theorie der Rechtsdurchsetzung, die jeweils verschiedene Bedeutung in ökonomischer Hinsicht haben.[214] Die oben dargestellten wesentlichen Erkenntnisse zur Theorie der optimalen Rechtsdurchsetzung sind jedoch für die Zwecke der vorliegenden Arbeit ausreichend, um als geeigneter Anhaltspunkt bei der Bewertung der Durchsetzungssysteme und der Ausgestaltung der Regeln für die private Durchsetzung zu dienen. Unter allen oben genannten Faktoren, die das Niveau der Rechtsdurchsetzung mitbestimmen, können die Sanktion und die Überführungswahrscheinlichkeit durch den Einsatz von Durchsetzungsressourcen beeinflusst werden. Ein duales Durchsetzungssystem führt sicherlich zu einem höheren Ressourceneinsatz als die öffentliche Durchsetzung allein. Es stellt sich daher die Frage, ob es einen vermehrten Nutzen bringen kann, der die Kosten des steigenden Ressourceneinsatzes aufwiegt. Die optimale Strategie besteht darin, den kombinierten Sanktionswert zu maximieren und gleichzeitig den Ressourceneinsatz zu minimieren. Dies findet bei der Diskussion über die Zielausrichtungen unter Punkt C Anwendung und wird dort nochmals aufgegriffen.

2. Durchsetzungskosten

Im Anschluss an den Ansatz zur Kostenminimierung im Rahmen der optimalen Rechtsdurchsetzung werden hier die Durchsetzungskosten ausführlich beschrieben, die bei der folgenden Diskussion über die Zielsetzungen der privaten Durchsetzung und der Untersuchung der rechtlichen Maßnah-

212 Vgl. *Landes*, 50 Univ. Chicago Law Rev. 652 (1983), 674ff.: Die optimale Sanktion soll nur die ineffizienten Verstöße abschrecken, bei denen die durch den Verstoß verursachten Schäden größer sind als die Kosteneinsparungen.

213 *Landes*, 50 Univ. Chicago Law Rev. 652 (1983), 672.

214 Beispielsweise *Schwartz*, 68 Georgetown Law J. 1075 (1980), 1075–1102; *Posner/Easterbrook*, Antitrust Cases, 2. Aufl., S. 550ff; *Sidak*, 33 Stanford Law Rev. 329 (1981), 337–340.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

men wieder Berücksichtigung finden. Die aus einem Kartellrechtsverstoß resultierenden gesellschaftlichen Schäden wurden bereits oben erörtert. Hier wird nun auf die mit der privaten Rechtsdurchsetzung verbundenen gesellschaftlichen Kosten eingegangen, die die Kosten für die Aufdeckung und gerichtliche Verfolgung des Kartellrechtsverstoßes umfassen.[215]

a. Aufdeckungskosten

Die Aufdeckungskosten resultieren hauptsächlich aus der Informationsermittlung über die vermeintliche Zuwiderhandlung. Das Ausmaß der Aufdeckungskosten hängt davon ab, wie verborgen das wettbewerbswidrige Verhalten stattfand und über wie viele Informationen die Betroffene bereits verfügten.[216] Die durch ein wettbewerbswidriges Verhalten geschädigten Privatpersonen haben häufig bereits vor Beginn einer behördlichen Untersuchung eine bessere Kenntnis von der Existenz der vermeintlichen Zuwiderhandlung und dem daraus resultierenden Schaden.[217] Dies bedeutet einen Informationsvorteil bzw. Kostenvorteil für Privatpersonen gegenüber der Wettbewerbsbehörde.[218] Der Umfang der Informationen, über die eine betroffene Privatperson anfänglich verfügt, hängt aber von der Art der vermeintlichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen ab.[219] Beispielsweise besitzt die an eine angeblich wettbewerbswidrige vertikale Vereinbarung (z.B. über Preisbindung oder Alleinvertrieb) gebundene Partei wesentliche Insider-Informationen. Von dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch eine Zugangsverweigerung wird der direkt betroffene Marktbeteiligte, der die Notwendigkeit der Mitbenutzung der Infrastruktur-

215 *Schwartz*, 68 Georgetown Law J. 1075 (1980), 1076; *Hüschelrath/Peyer*, 36 World Competition 585 (2013), 597. Vgl. *Krüger*, S. 170. Die gesellschaftlichen Kosten der Rechtsdurchsetzung lassen sich laut *Krüger* chronologisch nach den verschiedenen Phasen des Durchsetzungsverfahrens in die Aufdeckungskosten bzw. die Kosten der Ermittlung des Verantwortlichen, die Kosten der gerichtlichen Verfolgung sowie die Kosten der Sanktionierung unterteilen.

216 *Segal/Whinston*, 28 E.C.L.R. 306 (2007), 308. Vgl. auch *Krüger*, S. 171f. Im Rahmen von allgemeinen Durchsetzungskosten spricht *Krüger* von den Kosten für „die Gewinnung von Informationen über den Normverstoß und den verantwortlichen Normadressaten", welche sich leicht von den hier beschriebenen Informationskosten unterscheiden.

217 *McAfee/Mialon/Mialon*, 92 J. Public Econ.1863 (2008), 1864.

218 *McAfee/Mialon/Mialon*, 92 J. Public Econ. 1863 (2008), 1864.

219 *Segal/Whinston*, 28 E.C.L.R. 306 (2007), 308.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einrichtung gut kennt, früher Kenntnis erlangen als die Wettbewerbsbehörden. Im Gegensatz dazu wird eine Absprache zwischen Wettbewerbern über Preise (Hardcore-Kartelle) häufig schwieriger durch die Abnehmer oder Lieferanten der Kartellunternehmen entdeckt. In einer Lieferkette verfügen die Geschädigten über umso weniger Informationen über den vermeintlichen Kartellverstoß, je weiter entfernt sie vom Kartell sind. Im Vergleich zu den Endverbrauchern, die die meisten Schäden aus Preisüberhöhungen tragen, können die unmittelbaren Abnehmer von Kartellanten Anhaltspunkte für einen Kartellverstoß die Spuren des Kartellverstoßes mit höherer Wahrscheinlichkeit finden.[220]

Um die gerichtliche Verfolgung des Kartellrechtsverstoßes zu ermöglichen, müssen im nächsten Schritt die weiteren Informationen bzw. Beweismittel darüber ermittelt und gesammelt werden, aus denen sich ergibt, dass es sich bei dem fraglichen Verhalten um eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht handelt und wer (oder ob das vermeintliche Unternehmen) dafür haftet.[221] Die Beschaffung der notwendigen Informationen in diesem Stadium erfordert viele Ressourcen und verursacht erhebliche Kosten. Die Geschädigten besitzen nicht alle für die Verfolgung des Rechtsverstoßes notwendigen Informationen. Über je mehr Informationen die geschädigte Privatperson bereits verfügt, desto geringer sind die Kosten für die weiteren Untersuchungen. Die Privatpersonen verfügen häufig nicht über effiziente Informationsmittel und im Gegensatz zu den Wettbewerbsbehörden auch nicht über umfassende Ermittlungsbefugnisse, um an wichtige Beweise zu gelangen. Sofern die nötigen Informationen ermittelt wurden, kann ferner die Untersuchung des abgestimmten Verhaltens zwischen vermeintlichen Kartellunternehmen erhebliche Kosten verursachen. Bei Follow-on-Schadensersatzklagen können die Aufdeckungskosten für die Privatpersonen deshalb wesentlich reduziert werden, weil die Wettbewerbsbehörde bereits wichtige Vorarbeit geleitet hat.

220 Dies ist auch einer der Gründe, warum das US-Federal Court dem unmittelbaren Abnehmer die Klagebefugnis für den Dreifachschadensersatz eingeräumt hat. Vgl. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 752 (1977).

221 *Segal/Whinston*, 28 E.C.L.R. 306 (2007), 309; *Hüschelrath/Peyer*, 36 World Competition 585 (2013), 600.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

b. Sämtliche Verfahrenskosten

Die aus der gerichtlichen Verfolgung folgenden gesellschaftlichen Kosten setzen sich aus den Fehlerkosten und den direkten Verfahrenskosten zusammen.[222] Bei kartellrechtlichen Zivilverfahren können die Fehlerkosten grundsätzlich in zwei Arten unterteilt werden. Typ-I-Fehler entstehen, wenn ein Unternehmen für sein tatsächlich begangenes wettbewerbswidriges Verhalten nicht zur Haftung gezogen wird. Er kann den Anreiz zur Klageerhebung reduzieren, weil die Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung der tatsächlich begangenen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht verringert und somit die Erfolgsaussichten der Klage reduziert wird. Im Gegensatz dazu besteht ein Typ-II-Fehler, wenn ein Unternehmen für ein tatsächlich nicht wettbewerbswidriges Verhalten haftbar gemacht wird. Dieser kann den Anreiz zur Klageerhebung erhöhen.[223] Die beiden Arten von Fehler könnten zu einer Verminderung der Abschreckungswirkung der Rechtsdurchsetzung führen.[224] Aufgrund des Typ-I-Fehlers könnte sich das Unternehmen angesichts der verringerten Verurteilungswahrscheinlichkeit für das wettbewerbswidrige Verhalten entscheiden. Der Typ-II-Fehler könnte zur Erhöhung der Kosten der Normbefolgung und Reduzierung der Anreize für wettbewerbskonformes Verhalten führen, weil das Unternehmen trotzdem eine mögliche Sanktionierung befürchten muss. In dieser Konstellation wird der Unterschied der Kosten zwischen Normbefolgung und Normverstoß wesentlich verringert.[225]

Die direkten Kosten sind die Zeit und die Ressourcen, die durch die Gerichte und alle beteiligten Parteien bei der Verfolgung des Rechtsverstoßes eingesetzt werden, wie zum Beispiel der Zeitaufwand der beteiligten Parteien, der Anwälte sowie der Richter, die Kosten für die Beratung und die Beweisermittlung, die Gerichtskosten usw.[226]

Die Prozessregeln, insbesondere Beweisregeln und der Zugang zu den notwendigen Informationen über die Zuwiderhandlung, können die Kos-

222 *Posner*, 2 J. Legal Stud. 399 (1973), 400f.

223 Vgl. *Polinsky/Shavell*, 5 J. Law, Econ. Organ. 99 (1989), 99f.

224 Die Wirkung von Fehlerkosten auf den Anreiz zur Normbefolgung lässt sich nicht einfach ermitteln, weil die Fehlerkosten auch einen Einfluss auf die Klageerhebung haben, was wiederum die Entscheidung des potentiellen Täters beeinflussen kann. Siehe *Polinsky/Shavell*, 5 J. Law, Econ. Organ. 99 (1989), 100, 103–107.

225 *Polinsky/Shavell*, 5 J. Law, Econ. Organ. 99 (1989), 100; *Schwartz*, 68 Georgetown Law J. 1075 (1980), 1077.

226 *Krüger*, S. 174f; *Posner*, 2 J. Legal Stud. 399 (1973), 401.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten für die Sachverhaltsermittlung und die Verhandlung wesentlich beeinflussen und bestimmen somit ebenfalls das Ausmaß der direkten Kosten.[227] Effiziente Mittel der Informationsgewinnung und moderate Beweisanforderungen können Zeit und Aufwendungen einsparen. Aus ökonomischer Sicht besteht der Zweck des Gerichtsverfahrens bzw. des Prozessrechts in der Minimierung der Fehlerkosten und direkten Prozesskosten, um die Effizienz des Verfahrens zu maximieren.[228] Die vermehrten direkten Kosten, die bei der Verminderung der Fehler entstehen, müssen die Fehlerkosten, die entstanden wären, ausgleichen.[229]

Es ist nicht das Anliegen der vorliegenden Arbeit, die aus einer wirtschaftlichen Sicht beste Lösung zu finden, um die Kosten der privaten Durchsetzung für die gesamte Kartellrechtsdurchsetzung zu optimieren. Dies ist auch nicht möglich. Die Theorie der optimalen Rechtsdurchsetzung und die damit verbundenen Analysemethoden bieten vielmehr eine ökonomische Perspektive, um das Rechtsdurchsetzungssystem im Rahmen der Maximierung der wirtschaftlichen Effizienz zu überdenken, wobei der Nutzen (die Verhinderung rechtswidrigen Verhaltens) und die Durchsetzungskosten berücksichtigt werden. Für die vorliegende Arbeit stellt die Theorie mithin ein nützliches Instrument zur Bewertung der rechtlichen Maßnahmen, die für die Stärkung der Kartellrechtsdurchsetzung durchgeführt wurden und zu ergreifen sind, zur Verfügung.

B. Kompensation versus Abschreckung

Bisher werden Abschreckungs- und Kompensationszweck im zivilrechtlichen Sanktionssystem des Wettbewerbsrechts häufig als gegenläufig betrachtet. Beim Schadensersatz ist der Kompensationsgedanke auf den konkreten Schaden in der Vergangenheit gerichtet. Demgegenüber richtet sich der Abschreckungsgedanke (auch Präventionsgedanke genannt)[230] aus der Ex-ante-Sicht an potenzielle Rechtsverletzer und zielt auf eine Verhaltens-

227 *Krüger*, S. 174f.

228 *Posner*, 2 J. Legal Stud. 399 (1973), 400. „Effizienz" wird hier im Sinne der wirtschaftlichen Nutzenmaximierung verwendet.

229 *Schwartz*,68 Georgetown Law J. 1075 (1980), 1077; Vgl. *Posner*, 2 J. Legal Stud. 399 (1973), 441f.

230 Im Schadensersatz- und Haftungsrecht wird normalerweise der Begriff der „Prävention" verwendet, während im Kartellrecht oft von „Abschreckung" die Rede ist. In der vorliegenden Arbeit werden beide Begriffe synonym verwendet.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

steuerung ab.[231] Daraus folgt, dass bei der Ausgestaltung des Schadensumfangs der erste Gedanke den konkret erlittenen Schaden der Geschädigten in den Blick nimmt, während der letzte Gedanke den erzielten wirtschaftlichen Vorteil des Schädigers in den Blick nimmt.[232] Im Folgenden werden diese sich gegenüberstehenden Ansichten anhand des Rechtszustandes de lege lata und des Forschungsstands jeweils in der EU, in Deutschland und in China untersucht.

I. Bestandsaufnahmen im Rahmen des europäischen, deutschen und chinesischen Rechts

1. EU

a. EuGH-Rechtsprechung

Im Urteil *Courage* hat der EuGH zum ersten Mal zum Ausdruck gebracht, dass die volle Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts beeinträchtigt wäre, wenn nicht jedermann, der durch die Zuwiderhandlung gegen EU-Wettbewerbsrecht geschädigt wurde, einen Anspruch auf Ersatz verlangen könnte.[233] Der EuGH führt aus, dass der Schadensersatzanspruch die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln erhöhen kann und dazu geeignet ist, von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten. Unter diesem Gesichtspunkt können Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs beitragen.[234] Dies kann dahingehend ausgelegt werden, dass der EuGH sowohl das Kompensations- als auch das Präventionsziel im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen anerkannt hat.[235] Der EuGH bestätigte in seinem Urteil

231 Überblick über das Präventionsprinzip im Schadensersatzrecht siehe *Möller*, S. 32.
232 Vgl. *Stock*, S. 48. Für das Schadensersatzrecht, vgl. *Schlobach*, S. 460.
233 EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26 – *Courage*.
234 EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – *Courage*.
235 Vgl. auch *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 435; *R. Becker*, in: Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen (2010), S. 37, 43. Umstritten: *Nebbia*, Eur. Law Rev. 33 (2018), 23, 35f. Sie legt die *Courage*-Entscheidung dahingehend aus, dass das Argument „volle Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts" in den Randnummern 19 bis 26 der *Courage*-Entscheidung, auf das sich der „Jedermann"-Grundsatz stützt, eher aus der Perspektive eines wirksamen Rechtsschutzes als aus der Perspektive einer wirksamen Durchsetzung abgeleitet wird. Da das Grundprinzip für Scha-

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Manfredi die grundlegende Auffassung des *Courage*-Urteils und nahm einige Ergänzungen vor.[236] Auf der einen Seite weist der EuGH darauf hin, dass ein Geschädigter, der durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht einen Schaden erlitten hat, Ersatz des Vermögensschadens (*damnum emergens*) und des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) sowie die Zahlung von Zinsen verlangen kann,[237] was eindeutig auf dem Kompensationsprinzip beruht. Auf der anderen Seit führt der EuGH hinsichtlich des Strafschadensersatzes an, dass ein besonderer Schadensersatz wie der Strafschadensersatz durch das Recht der Mitgliedstaaten unter Beachtung des Äquivalenzgrundsatzes gewährt werden kann, dieser aber nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führen darf.[238] Es ist mithin davon auszugehen, dass der *EuGH* einen Strafschadensersatz nicht grundsätzlich ablehnt.[239] Eine klare Vorrangstellung des Kompensationszwecks hat der EuGH auch in dem Urteil *Manfredi* nicht ausgesprochen.[240] Im Urteil *Donau Chemie* hat der EuGH seine bisherige Rechtsprechung zusammengefasst, indem er die Teile der Urteile in den Rechtssachen *Courage* und *Manfredi* aufgreift, in denen festgestellt wird, dass die „volle Wirksamkeit" und die „praktische Wirkung" der Wettbewerbsregeln gefährdet wären, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch die Zuwiderhandlung zugefügt worden ist.[241] Der EuGH begründet dies zwar zunächst mit der Präventionswirkung von Schadensersatzansprüchen zur Erhöhung der „Durchsetzungskraft" des Wettbewerbsrechts, darüber hinaus aber ausdrücklich mit dem Schutz des Einzelnen, dem bei Kartellverstößen ein subjektives Recht auf Scha-

densersatzklagen in der EU-Rechtsprechung eher in der Entschädigung als in der Abschreckung liege, sei das vorrangige Ziel der privaten Rechtsdurchsetzung die ausgleichende Gerechtigkeit (*corrective justice*) durch Entschädigung.

236 EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 91 – *Manfredi*.

237 EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 95 – *Manfredi*.

238 EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 92–94 – *Manfredi*.

239 Vgl. auch *R. Becker*, in: Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen (2010), S. 37, 43.

240 Vgl. hingegen: *Drexl*, in: FS Canaris (2007), S. 1339, 1340. Er spricht sich dafür aus, dass aus europarechtlicher Perspektive der Präventionsgedanke im Vordergrund des Kartelldeliktsrechts steht.

241 EuGH v. 6.6.2013, C-536/11, E-CLI:EU:C:2013:366, Rn. 21 – *Donau Chemie*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

densersatz zustehen soll.[242] Damit nimmt der EuGH anscheinend eine Vorrangstellung des Kompensationszwecks an, wobei die Verwirklichung der „praktischen Wirkung" der Wettbewerbsregeln stärker auf die ausgleichende Gerechtigkeit abstellt, die durch das Recht auf vollständigen Ersatz des durch die Zuwiderhandlung verursachten Schadens erzielt werden kann.[243]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die europäische Rechtsprechung den für die private Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts durch Schadensersatzklagen beiden Zielrichtungen, nämlich der wirksamen Durchsetzung und dem wirksamen Schutz des Einzelnen, Bedeutung beimisst.[244] Eine Vorrangstellung des Kompensations- oder Präventionszweck lässt sich hingegen aus der bisherigen gerichtlichen Entscheidungspraxis nicht eindeutig ablesen.

b. EU-Schadensersatzrichtlinie

Im Grünbuch der EU-Kommission wird die private Durchsetzung als ein Teil des gemeinsamen Systems der Wettbewerbsrechtsdurchsetzung anerkannt. Die private und öffentliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts dient denselben Zielen, nämlich „durch das Wettbewerbsrecht untersagte wettbewerbswidrige Praktiken zu unterbinden sowie Unternehmen und Verbraucher vor diesen Praktiken und etwaigen durch sie verursachten Schäden zu schützen".[245] Insbesondere hat sich die EU-Kommission auf die *Courage*-Rechtsprechung gestützt und die Abschreckung neben der Kompensation ausdrücklich als Ziel kartellrechtlicher Schadensersatzklagen genannt.[246] Dagegen wird im Weißbuch der EU-Kommission im Wesentlichen die Ausgleichsfunktion des kartellrechtlichen Schadensersatzes aus rechtspolitischer Sicht betont. Das Ziel einer vollständigen Entschädi-

242 EuGH v. 6.6.2013, C-536/11, E-CLI:EU:C:2013:366, Rn. 23, 24 – *Donau Chemie*.

243 Rn. 24 der *Donau Chemie* Entscheidung wird nicht selten als Hinweis darauf verstanden, dass der unionskartellrechtliche Schadensersatzanspruch vorrangig dem Kompensationszweck dient. Siehe z.B. *Kamann*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Geschichtliche, systematische und theoretische Grundlagen Rn. 18.

244 Vgl. *Franck/Peitz*: Toward a Coherent Policy on Cartel Damages, ZEW Discussion Paper No. 17-009, S. 43, abrufbar unter http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17009.pdf. Sie sprechen von einer Gleichstellung der wirksamen Durchsetzung und der ausgleichenden Gerechtigkeit.

245 EU-Kommission, Grünbuch, S. 3.

246 EU-Kommission, Grünbuch, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gung wird explizit als das wichtigste Leitprinzip des Weißbuchs herausgehoben.[247] Im Anschluss an das Weißbuch enthält der Folgenabschätzungsbericht diesbezüglich weitere Ausführungen: Geldbußen, die von Wettbewerbsbehörden verhängt werden und reiner Schadensersatz, den die Privatpersonen geltend machen, verfolgen unterschiedliche, aber sich gegenseitig ergänzende Ziele. Während die Geldbußen hauptsächlich der Abschreckung vor Wettbewerbsrechtsverstößen dienen, geht es bei privaten Schadensersatzklagen eher um einen Ausgleich des Schadens („*corrective justice*"), den die Privatpersonen durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht erlitten haben.[248] Obwohl die Abschreckungswirkung privater Schadensersatzklagen nicht völlig verneint wird, wird sie bloß als ein positiver Nebeneffekt eines wirksamen Rechtsrahmens zur Durchsetzung privater Schadensersatzansprüche beschrieben.[249] Die europäische Kommission relativiert das Abschreckungsziel kartellrechtlicher Schadensersatzklagen, indem sie lediglich ausführt, dass diese mit der zusätzlichen Nebenwirkung der Abschreckung die öffentliche Rechtsdurchsetzung ergänzen kann.[250] In der Folge wird das Leitprinzip der vollständigen Entschädigung in der EU-Schadensersatzrichtlinie mit Art. 3 umgesetzt. Die Richtlinie nimmt vorrangig den kompensatorischen Ansatz auf und bringt eine Reihe von Konkretisierungen dieses Ansatzes, wie beispielsweise die Anerkennung der Klagebefugnis mittelbarer Abnehmer (Art. 12).[251]

2. Deutschland

Vor dem Hintergrund des Systemwechsels zur Legalausnahme und der *Courage*-Rechtsprechung hat der deutsche Gesetzgeber die Abschreckungswirkung der Kartellrechtsdurchsetzung im Wege zivilrechtlicher Klagen in

247 EU-Kommission, Weißbuch, S. 3.

248 EU-Kommission, Commission Staff Working Document accompanying document to the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules - Impact assessment report, 2.4.2008, SEC(2008) 405, S. 22 – im Folgenden als Impact assessment report zitiert.

249 EU-Kommission, Impact assessment report, S. 22; EU-Kommission, Weißbuch, S. 3.

250 Vgl. *R. Becker*, in: Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen (2010), S. 37, 44. Nach seiner Interpretation erkennt die EU-Kommission dem kartellrechtlichen Schadensersatz durchaus eine Präventivfunktion zu, das Weißbuch räumt jedoch im Falle eines Zielkonflikts zwischen Kompensation und Prävention der Ausgleichsfunktion den Vorrang ein.

251 Ausführlich dazu siehe unten § 5 Schadensersatzanspruch.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der 7. GWB-Novelle ausdrücklich aufgenommen. In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass die zivilrechtlichen Sanktionen als Ausgleich der verminderten behördlichen Kontrolldichte nach Abschaffung des Systems der Administrativfreistellung ausgeweitet werden, um ein effektives zivilrechtliches Sanktionssystem zu schaffen, von dem zusätzlich eine spürbare Abschreckungswirkung ausgeht.[252] Insbesondere sollte der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch im zivilrechtlichen Sanktionssystem bewirken, dass die „Kartellrendite" der Unternehmen, die den Wettbewerbsverstoß begangen haben, abgeschöpft wird, um eine ausreichende Abschreckung zu erzielen.[253] In diesem Sinne scheint der Gesetzgeber das Abschreckungsziel anerkannt zu haben.[254]

Im Urteil *ORWI,* das ein vor Inkrafttreten des § 33 7. GWB-Novelle bestehendes Kartell betraf, hat der BGH im Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB, den Zweck des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs, der sich aus der Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV als Schutzgesetz ergibt, dahingehend bestimmt, dass er dem Ausgleich des durch ein Kartell entstandenen Schadens dient. Zugleich weist der BGH darauf hin, dass die Prävention eine nützliche Folge der Kompensation ist.[255] An dieser Stelle spricht der BGH von einer von dem Kompensationszweck abhängigen Abschreckungsfunktion des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs, aber nicht von einem neben der Kompensation stehenden Abschreckungszweck.

Die vom BGH vertretene Auffassung lässt sich auf die Tradition des Schadensersatzrechts zurückführen. Nach herkömmlicher Auffassung dient das Schadensersatzrecht primär dem Schadensausgleich (Ausgleichsfunktion).[256] Für die Zwecke des Schadensersatzanspruchs ist zwischen dem Zweck der §§ 249 ff. BGB (Art und Umfang des Schadensersatzes) und dem der zugrundliegenden Haftungsnorm zu unterscheiden.[257] Der Schadensersatz nach den §§ 249 ff. BGB bezweckt einen Ausgleich für die vom

252 BT-Dr. 15/3640, S. 35.
253 BT-Dr. 15/3640, S. 36.
254 Vgl. auch *Logemann*, S. 334f; *Bulst*, S. 131; *Fuchs*, ZWeR 2011, 192, 204. Dagegen, nur eine abschreckende Wirkung als Ergänzung zu den behördlichen Sanktionen annehmend: *Stock*, S. 66. Abschreckende Wirkung durch wirksameren zivilrechtlichen Schadensersatz: *Krohs*, in: KK, § 33 GWB Rn. 5.
255 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 62 – *ORWI*.
256 *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl., S. 423f. m.w.N.
257 *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 1, 8.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geschädigten erlittenen Nachteile.[258] Die Widerherstellung des früheren Zustandes soll nicht zur Bereicherung des Geschädigten führen.[259] Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs kann zwar im Ergebnis eine präventive Wirkung haben, aber diese präventive Wirkung wird vielmehr als „erwünschtes Nebenprodukt" bezeichnet,[260] und ist auf keinen Fall auf die Bestrafung des Schädigers gerichtet.[261] Für den Zweck des Schadensersatzanspruchs kommt weiterhin der Zweck der jeweils zugrundeliegenden Haftungsnorm in Betracht. Den §§ 249 ff BGB kommt nur eine „Assistentenrolle" zu.[262] Ihre Anwendung ist auf die Haftungsnorm und deren Zweck ausgerichtet. Der Inhalt und Umfang der Schadensersatzpflicht nach § 33a GWB richten sich nach den §§ 249 ff. BGB, welche primär dem Ausgleich der durch einen Kartellrechtsverstoß verursachten individuellen Schäden dienen.[263] Daneben gewinnt im Rahmen der kartellrechtlichen Schadensersatzpflicht der Präventionszweck an Bedeutung. Genau in dieser Hinsicht spricht der BGH in der Sache *ORWI* von einer Präventionsfunktion.

Neben den Schadensersatzklagen hält das deutsche Kartellrecht weitere Rechtsinstitute für die private Durchsetzung, nämlich die Berufung auf die Nichtigkeit der kartellrechtswidrigen Rechtsgeschäfte sowie Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche vor. Der Unterlassungsanspruch dient für sich genommen der Prävention, weil es um die Abwehr und Verhinderung künftigen rechtswidrigen Verhaltens geht.[264] Gerade durch die Geltendmachung der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche, die zwar primär zur Verteidigung des eigenen Interessen dienen, wird zugleich eine überindividuelle Funktion im Kampf gegen unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erfüllt.

---

258 Z.B. BGH v. 18.10.1988, NJW-RR 1989, 670, 672; BGH v. 6.7.2004, NJW 2004, 3324, 3325; *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 8 m.w.N.

259 Ständige Rechtsprechung BGH v. 3.12.2013, NJW 2014, 535, Rn. 11; BGH v. 29.4.2003, NJW 2003, 2085, 2086; BGH v. 20.6.1989, NJW 1989, 3009, 3009.

260 *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl., S. 423; *Lange*, Schadenseratzrecht, 2. Aufl., S. 10. Näheres zur klassischen Lehre des Ausgleichsprinzips im Schadensersatzrecht siehe *Möller*, S. 51f.

261 Vgl. die Einstellung des BGH gegenüber dem US-amerikanischen Strafschadensersatz: BGH v. 4.6.1992, NJW 1992, 3096, 3103. „Die moderne deutsche Zivilrechtsordnung sieht als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung nur den Schadensausgleich (§§ 249 ff. BGB), nicht aber eine Bereicherung des Geschädigten vor. […] Die Bestrafung und – im Rahmen des Schuldangemessenen – Abschreckung sind mögliche Ziele der Kriminalstrafe (§§ 46 ff. StGB), die als Geldstrafe an den Staat fließt, nicht des Zivilrechts."

262 *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 1 m.w.N.

263 Vlg. *Bornkamm/ Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33a GWB Rn. 33.

264 *Koch*, JZ 1999, 922, 928.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dies trifft insbesondere auch auf die Verbandsklage nach § 33 Abs. 4 GWB zu, die eine Durchsetzung der gebündelten individuellen Interessen ermöglicht.[265]

3. China

Obwohl nach dem Wortlaut des § 60 Abs. 1 AMG das Unternehmen gegenüber dem Geschädigten die zivilrechtliche Haftung übernimmt, werden unterschiedliche Auffassungen über die Eigenschaft der Haftung geäußert. Ende der 1990er und Anfang der 2000er Jahre wurde viel über das Wirtschaftsrecht als eine eigenständige Rechtsdisziplin diskutiert. Ein Teil der Literatur befürwortet, dass sich die wirtschaftsrechtliche Haftung von der strafrechtlichen, zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Haftung unterscheidet und eine eigenständige rechtliche Haftung darstellt.[266] Demzufolge wurde im Bereich des Wirtschaftsrechts während des Gesetzgebungsprozesses und für einen gewissen Zeitraum nach dem Inkrafttreten des AMG die Auffassung vertreten, dass es sich bei der gesetzliche Haftung nach § 50 AMG a.F. (jetzt § 60 Abs. 1 AMG) um eine wirtschaftsrechtliche Haftung handele, die von der zivilrechtlichen Haftung zu trennen sei.[267] Die entsprechenden Autoren waren der Auffassung, dass sich die kartellrechtliche Schadensersatzpflicht vor allem im Zweck und in der Erfüllungsform von der zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht unterscheide. Die kartellrechtliche Schadensersatzpflicht solle die Verhinderung und Vorbeugung monopolisierender Verhaltensweisen bezwecken, was mit dem Ausgleichsprinzip im zivilrechtlichen Schadensersatzrecht inkompatibel sei.[268] Einige stellten ferner die Theorie des Rechts auf Teilnahme am fairen Wettbewerb bzw. freien Wettbewerb für das Unternehmen im Wettbewerbsrecht (sowohl im Lauterkeitsrecht als auch im Antimonopolrecht) vor, um das Fehlen einer Rechtsgrundlage für eine wirtschaftszivilrechtliche Haftung zu beheben.[269] Allerdings konnten sie sich bisher nicht über die Definition

265 Vgl. *Hempel*, Privater Rechtsschutz, S. 245; *Göckler*, WRP 2016, 434, 435f.
266 Statt vieler *Qi, Duojun*, The basic theory of economic law, 3. Aufl., S. 191–195; *Zhai, Jiguang*, DDFX 18 (2004), 50, 54.
267 Vgl. *Li, Guohai/Li, Yunmei*, JJFLC 14 (2008), 125, 126ff; *Liu, Yinshuang*, NJSHKX 1 (2009), 105, 105f; *Wan, Zongzan*, JXSHKX 4 (2015), 181, 185.
268 Vgl. *Li, Guohai/Li, Yunmei*, JJFLC 14 (2008), 125, 130ff.
269 Vgl. *Wang, Xianyong*, The right to fair competition, S. 103, 112; *Zhu, Yifei*, ZFLC 1 (2005), 65, 66ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Reichweite des Rechts auf Teilnahme am fairen bzw. freien Wettbewerb einigen. Schon aus diesem Grund wird die Theorie des Rechts auf Teilnahme am Wettbewerb und ihre Verknüpfung mit der zivilrechtlichen Haftung weitgehend kritisiert.[270] Ihre Befürworter wenden die Grundsätze des Deliktshaftungsrechts an und versuchen, ein eigenständiges privates Recht auf fairen bzw. freien Wettbewerb für die Unternehmen im Wettbewerbsrecht zu schaffen. Diese Theorie ist bereits in sich nicht schlüssig, da sie die Unabhängigkeit der Haftung in erster Linie aus der Aufrechterhaltung der Marktordnung und des öffentlichen wirtschaftlichen Interesses als alleinigem Ziel ableitet. Das System der zivilrechtlichen Haftung kann einen angemessenen Schutz der Interessen der Marktteilnehmer, einschließlich der Verbraucher, gewährleisten. Daher ist die Schaffung eines eigenständigen Rechts auf fairen bzw. freien Wettbewerb selbst überflüssig. Der Standpunkt hinsichtlich der eigenständigen wirtschaftsrechtlichen Haftung ist überholt und wird heute nur selten diskutiert. Auch weil das Antimonopolrecht selbst keine Anhaltspunkte dafür geliefert hat, die Haftung des § 60 Abs. 1 AMG durch eine eigenständige wirtschaftliche Haftung zu ergänzen, hat der Standpunkt für das Antimonpolrecht an Bedeutung verloren.

Im Gegensatz dazu verweist die zivile Haftung nach § 60 Abs. 1 AMG nach der herrschenden Meinung auf das allgemeine Zivilrecht. Darauf beruhen zwei unterschiedliche Auffassungen über den Zweck kartellrechtlicher Schadensersatzklagen. Nach einer der vertretenen Auffassungen sollte dieser im Einklang mit dem gesamten Rechtsdurchsetzungssystem des AMG stehen und in erster Linie in der Abschreckung monopolisierender Verhaltensweisen liegen. Das AMG sei ein Gesetz des Marktordnungsrechts. Daher sollte die kartellrechtliche Schadensersatzklage eine wichtige Rolle für die Verhaltenssteuerung spielen. Für den Abschreckungszweck seien bei der Ausgestaltung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs notwendigerweise einige Brüche mit den im Zivil- bzw. Deliktshaftungsrecht und Zivilprozessrecht geltenden Regelungen vorzunehmen.[271] Nach der zweiten, weniger vertretenen Auffassung ist die Schadensersatzklage überragend an dem Kompensationsgedanken ausgerichtet. Das Ausgleichs-

270 Z.B. *Wang, Hongxia/Li, Guohai*, FXPL 4 (2012), 92, 93f; *Xie, Xiaoyao*, S. 139.
271 Vgl. *Dai, Bin/Lan, Lei*, S. 93f: der Schadensausgleich gelte als nachrangiger Zweck.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

prinzip des Zivilrechts gelte ausnahmslos auch für den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch.[272]

Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zum AMG wurde die Einführung eines Strafschadensersatzes vorgeschlagen. Die Rolle des Strafschadensersatzes als Instrument der Rechtsdurchsetzung wurde wegen dessen Beitrags zur Herausbildung einer Antimonopol-Kultur und als Ergänzung der behördlichen Rechtsdurchsetzung anerkannt.[273] Letztendlich wurde dieses Rechtsinstitut jedoch nicht in die endgültige Fassung aufgenommen. Der Grund dafür ist unklar, liegt aber möglicherweise in der mangelnden Gesetzgebungserfahrung für einen solchen Versuch. Bemerkenswert ist jedoch, dass das chinesische Privatrecht den Strafschadensersatz bereits kennt, der auf § 49 a.F. des chinesischen Verbraucherschutzgesetzes von 1994 (§ 55 in der geltenden Fassung) zurückgeht.[274] In den darauf folgenden zehn Jahren wurden u.a. das Vertragsgesetz (1999), das Gesetz zur Lebensmittelsicherheit (2009) und das Gesetz zur deliktischen Haftung (2010) geschaffen, die sich an § 49 a.F. des Verbraucherschutzgesetzes orientieren und die Regelungen über eine doppelte oder mehrfache Entschädigung vorsehen. Erst im Jahr 2017 wurde der Strafschadensersatz als eine der zivilrechtlichen Haftungsformen in § 179 Abs. 2 AT ChinZR (jetzt § 179 Abs. 2 ZGB) verankert, wo es seitdem heißt: „Bestimmen Gesetze einen Strafscha-

272 *Shi, Jianzhong*, ZGFZGC 6 (2006), 10; *An* (Hrsg.), Erläuterungen zum AMG der Rechtsarbeitskommission, S. 109. In Bezug auf das Ausgleichsprinzip folgen die chinesischen Studien weitgehend der deutschen Lehre.

273 *Wu* (Hrsg.), Erläuterung zum AMG des Gesetzesplanungsbüros, S. 142.

274 § 49 a.F. des chinesischen Verbraucherschutzgesetzes sah einen erhöhten Schadensersatz in Höhe des zweifachen Kaufpreises im Betrugsfall vor. § 55 Verbraucherschutzgesetz der VR China: „[1]Begeht ein Gewerbetreibender, der Waren oder Dienstleistungen liefert, betrügerische Handlungen, so muss der Gewerbetreibende gemäß der Forderung des Verbrauchers den Schadensersatz für die von diesem erlittenen Schäden um einen Geldbetrag erhöhen, der dem dreifachen Kaufpreis der gekauften Ware oder dem dreifachen Entgelt der empfangenen Dienstleistung entspricht. Beträgt diese Erhöhung weniger als 500 Yuan, ist der Schadensersatz stattdessen um 500 Yuan zu erhöhen. Sofern das Gesetz etwas anderes bestimmt, gelten diese Bestimmungen. [2]Verursacht ein Gewerbetreibender, der trotz Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit seiner Waren oder Dienstleistungen diese dennoch an den Verbraucher liefert, den Tod oder erhebliche Gesundheitsschäden des Verbrauchers oder eines anderen Geschädigten, so haben die Geschädigten das Recht, vom Gewerbetreibenden nach den §§ 49 und 51 Schadensersatz zu verlangen; und sie haben das Recht, Strafschadensersatz bis zur zweifachen Höhe des Schadens zu verlangen." Übersetzung von *Gresbrand/Martinek/Odom/Rotermund/Will*, ZChinR 2014, 69, 83.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

densersatz, so gelten deren Bestimmungen."[275] Eine rechtliche Grundlage im Allgemeinen Teil des Zivilrechts für den Strafschadensersatz wurde damit nachträglich geschaffen.[276] Der Strafschadensersatz beschränkt sich nicht auf den tatsächlich erlittenen Verlust des Geschädigten, sondern richtet sich auf die Bestrafung des Schädigers und die Abschreckung vor künftigem rechtswidrigen Verhalten.[277] Somit besteht im chinesischen Recht Raum für eine kartellzivilrechtliche Haftung, die sich auch auf Strafschadensersatz erstreckt. Doch setzt dies voraus, dass die Grundregeln des Strafschadensersatzes im AMG festgelegt werden.

Die Diskussionen über die kartellzivilrechtliche Haftung und die Zielrichtungen der privaten Durchsetzung haben sich stark auf den Schadensersatz konzentriert und andere Durchsetzungsinstrumente wie Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche ignoriert. Auf deren Bedeutung für die Zielverwirklichung wird später im entsprechenden Kapitel näher eingegangen.

II. Rechtliche Bedenken gegen die Abschreckungszielsetzung

Ein Abschreckungsziel ist regelmäßig unvermeidlich mit Strafschadensersatz oder Mehrfachentschädigung verbunden. Es wird zuerst gegen den Strafschadensersatz eingewendet, dass er über das grundlegende Ausgleichsprinzip des Schadensersatzrechts hinausgehe. Darüber hinaus besteht die Sorge, dass eine auf Abschreckung abzielende private Rechtsdurchsetzung Missbrauchspotential in sich birgt. Diese Sorge wird hauptsächlich auf die Erfahrungen in den USA gestützt. Der Dreifachschadensersatz des US-Rechts wird wegen einer Vielzahl an missbräuchlichen Klagen ständig

275 Übersetzung von *Ding/Klages/Leibküchler/Pissler*, ZChinR 2020, 207, 237.

276 Die ganz herrschende Meinung im chinesischen Schrifttum befürwortet das Rechtsinstitut des Strafschadensersatzes. Gegen dessen Verankerung im Zivilgesetzbuch siehe: *Yin, Zhiqiang*, FXZZ 3 (2006), 76, 78f. Der Schadensersatz dürfe nur kompensatorischen Charakter haben. Der Strafschadensersatz solle daher vom Anwendungsbereich des Zivilrechts ausgeschlossen werden. Er sprach sich jedoch nicht völlig gegen die Anwendung des Strafschadensersatzes in Gesetzen wie dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb oder dem Wertpapier- und Börsengesetz aus, wenn der tatsächliche Schaden schwer zu berechnen sei und der Schadensersatz durch einee Obergrenze begrenzt werde.

277 *Zhang, Xinbao/Li, Qian*, QHFX 4 (2009), 5, 6, 12.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

kritisiert.[278] Angespornt durch den Dreifachschadensersatz und *class action* können die Kläger die Antitrust-Klage möglicherweise für ihre eigenen Interessen strategisch verwenden, um ihre Vertragsbedingungen zu verbessern oder um ihre Rivalen zu belästigen und anzugreifen.[279] Im Einklang mit der Stellungnahme im Weißbuch, wonach die öffentliche und private Rechtsdurchsetzung jeweils unterschiedliche Ziele verfolgt, vertreten viele auch die Ansicht, dass das Abschreckungsziel von den Wettbewerbsbehörden besser durchgesetzt werden kann.[280] Außerdem verfügen die Wettbewerbsbehörden im Vergleich zu Privatpersonen über umfangreichere Ermittlungsbefugnisse, können die Höhe der Bußgelder besser festsetzen sowie hohe Bußgelder und mehrere Arten von Sanktionen verhängen.[281]

Wenn der Abschreckungszweck der privaten Kartellrechtsdurchsetzung bejaht wird, stellt sich im Anschluss daran die Frage, ob damit eine nützliche zusätzliche Sanktion zu den behördlichen Sanktionen geschaffen wird oder ob eine Mehrfachentschädigung neben dem verhängten Bußgeld und der Abstellungsverfügung zu einer übermäßigen Sanktion für den Rechtsverletzer führt. So wendet sich *Möschel* gegen zusätzliche Sanktionen im Rahmen privater Kartellrechtsdurchsetzung. Nach *Möschel* reicht der Sanktionsrahmen in Deutschland und in der EU völlig aus, weshalb keine Notwendigkeit für eine erhöhte Abschreckungswirkung durch Strafschadensersatz wie in den USA bestehe.[282] Ein vergleichbares Argument ergibt sich nach *Wils*. Selbst wenn eine zusätzliche Sanktion nötig wäre, wäre nach *Wils* die Erhöhung der Geldbußen eine viel billigere und zuverlässigere Methode im Vergleich zur Verstärkung der kartellrechtlichen Schadensersatzklagen.[283] Außerdem weist *Wils* darauf hin, dass die bestehenden Probleme der Wettbewerbsrechtsdurchsetzung in der EU, wie z.B. die ungenügenden Sanktionen gegen Preiskartelle und der Mangel an persönlichen Strafen, auch nicht durch die private Durchsetzung gelöst werden könne.[284]

278 Siehe z.B. *Collins/Sunshine*, in: Procedure and enforcement (1993), S. 50, 53. Aus deutscher Sicht siehe z.B. *Möschel*, WuW 2006, 115.

279 Zu weiteren möglichen strategischen Zwecken siehe: *McAfee/Vakkur*, The Strategic Abuse of the Antitrust Laws, 2004, S. 3f, abrufbar unter: https://ssrn.com/abstract=594581.

280 Beispielsweise *Wils*, 26 World Competition 473 (2003), 480f.

281 Vgl. *Wils*, 26 World Competition 473 (2003), 480f; *Krüger*, S. 240, 295f.

282 *Möschel*, WuW 2007, 483, 487.

283 *Wils*, 26 World Competition 473 (2003), 484.

284 *Wils*, 26 World Competition 473 (2003), 485.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dass die Durchsetzung des Antimonopolrechts im Allgemeinen nicht effizient genug ist, ist ein wesentliches praktisches Problem in China. Daher wird die Diskussion über die Zielrichtung der privaten Durchsetzung im chinesischen Kontext vorwiegend zugunsten des Abschreckungsziels geführt.[285] Es wird darauf abgestellt, dass die private Durchsetzung die behördliche Durchsetzung ergänzen sollte, um die erforderliche wirksame Abschreckung zu erzielen.[286] Die Bedenken, dass die Förderung kartellrechtlicher Zivilklagen die Missbrauchsgefahr in sich bergen könnte, ähneln den oben angeführten Argumenten und basieren hauptsächlich auf den Erfahrungen der USA.

C. Kompensation und Abschreckung

Abschreckung wird nicht als Zweck für die private Durchsetzung des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts angesehen. Stattdessen wird bloß eine präventive Wirkung anerkannt. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte die private Kartellrechtsdurchsetzung aber die Abschreckung als gleichberechtigtes Ziel neben der Kompensation verfolgen. Diese Ansicht lässt sich mit den im Folgenden thematisierten ökonomischen und rechtlichen Überlegungen sowie mit dem aktuellen Stand der Rechtsdurchsetzung begründen. Zuerst ist es nicht zwangsläufig, zwischen den beiden Zielen zu wählen, da die private Durchsetzung, die allein dem Kompensationszweck dient, sich in Wirklichkeit nicht wirksam entfalten kann (hierzu unter I.). Die Erreichung einer vollständigen Entschädigung ist sowohl im Allgemeinen als auch im Einzelfall nur schwer oder gar nicht möglich. Zudem beansprucht der Kompensationszweck keine Geltung für die neben die Schadensersatzklage tretenden Formen der privaten Durchsetzung. Des Weiteren kann die private Durchsetzung unter Beachtung der Theorie der optimalen Durchsetzung zur Erhöhung der Gesamteeffizienz des Rechtsdurchsetzungssystems beitragen (hierzu unter II.). Danach werden die Bedenken hinsichtlich Missbrauchsgefahr der privaten Durchsetzung geklärt (hierzu unter III.). Schließlich wird im Zusammenhang mit dem Rechtsrahmen und dem aktuellen Stand der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu demonstrieren sein, dass die Anerkennung des Abschreckungszwecks

285 *Dai, Bin*, Anti-monopoly litigation, S. 317f.; *Wang, Jian,* Private Enforcement of Antimonopoly Law, S. 67.

286 Vgl. *Zheng, Pengcheng*, FXJ 3 (2010), 98, 105; *Li, Jian*, FXYJ 5 (2011), 70, 83; *Wang, Jian*, FSYJ 3 (2010), 23, 32.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für die private Durchsetzung in der EU, Deutschland und China möglich und notwendig ist (hierzu unter IV.).

I. Unvollständige Verwirklichung des Kompensationszwecks

1. Dilemma unter dem Kompensationszweck

Der größte Widerstand gegen die Verfolgung des Abschreckungszwecks liegt vor allem in dem Konflikt zwischen dem Abschreckung- und Kompensationszweck im Kontext der Schadensersatzklagen. Aber die Verfolgung des Kompensationszwecks und des Abschreckungszwecks durch kartellrechtliche Schadensersatzklagen schließen einander nicht notwendig aus. Aus volkswirtschaftlicher Sicht sind die aus wettbewerbswidrigen Handlungen resultierenden gesellschaftlichen Schäden nicht mit den individuellen Schäden kongruent. Wie oben unter dem Punkt A. I. erklärt, kann ein Kartell einen Preisüberhöhungsschaden, Wohlfahrt- bzw. Effizienzverlust sowie produktiven und dynamischen Effizienzverlust verursachen. Bei dem kartellbedingten Preisüberhöhungsschaden handelt es sich um einen Vermögenstransfer vom Kunden zu den Kartellanten, was volkswirtschaftlich gesehen eine bloße Umwandlung von Konsumentenrente zu Produzentenrente darstellt und zu keinem allokativen Verlust führt.[287] Deshalb scheint auf der einen Seite der Ersatz des Preisüberhöhungsschadens für den Ausgleich der durch ein Kartell verursachten volkswirtschaftlichen Schäden allein kaum sinnvoll.[288] Auf der anderen Seite ist der Wohlfahrtsverlust, nämlich der *deadweight loss*, zu einem Nettoverlust für die Volkswirtschaft als Ganzes geworden. Er soll gerade durch das Kartellverbot vermindert und vermieden werden, ist aber in der Form des Nutzenverlustes für den einzelnen Kunden nach rechtlichen Maßstäben nur mit großen Schwierigkeiten als ersatzfähiger Schaden anzuerkennen.[289] Der produktive und dynamische Effizienzverlust wird als abstrakt nachteilige Auswirkun-

287 *Haucap/Stühmeier*, WuW 2008, 413, 417. Vgl. oben A. I. 1.

288 Obwohl der Preisüberhöhungsschaden bei den Abnehmern zugleich der Gewinn von Kartellanten ist, können die Kartellanten immer noch durch Kostenersparnisse vom Kartell profitieren. Aus rechtlicher Perspektive hängt der rechtlich ersatzfähige Schaden, der den Abnehmern durch den Kartellrechtsverstoß entstanden ist, unmittelbar mit dem Anreiz zur Erhebung der Schadensersatzklagen zusammen und ist deshalb sinnvoll. Siehe dazu unten C. II.

289 Vgl. *Cavanagh*, Loyola Univ. Chicago law J. 41 (2010), 629, 632; *Hellwig*, in: Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 121, 133f; *Logemann*, S. 236.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen für den Wettbewerb gesehen und hat bisher noch keine praktische Relevanz erlangt. Selbst wenn die individuellen Schäden vollständig kompensiert werden könnten, können die gesamtgesellschaftlichen Schäden dadurch nicht ausgeglichen werden.

Die individuellen Schäden, die die einzelnen betroffenen Verbraucher und Unternehmen erlitten haben, werden rechtlich nicht sämtlich anerkannt. 1) Im Fall eines Preiskartells oder missbräuchlich überhöhter Preise durch das marktbeherrschende Unternehmen liegt der ersatzfähige Vermögensschaden zunächst in den Preisaufschlägen für jede gekaufte Produkteinheit und eventuell in den zusätzlich entstandenen Aufwendungen, wenn die Betroffenen infolge überhöhter Preise auf Ersatzprodukten ausgewichen sind. Ebenfalls kann der unmittelbare Abnehmer den entgangenen Gewinn aus dem Absatzrückgang geltend machen. Die überhöhten Preise können ferner dazu führen, dass die Kunden vom Kauf des betroffenen Produktes absehen. Dadurch entgehen den Kunden als Zwischenabnehmer Gewinne, weil sie die nicht erworbenen Produkteinheiten nicht mit Profit weiterverkaufen konnten.[290] Den Kunden als Endverbraucher entgeht der Nutzen der nicht erworbenen Produkteinheiten. Es ist fraglich, ob und wie solche Schäden infolge eines Kaufverzichts nach rechtlichen Maßstäben als ersatzfähig anerkannt werden können.[291] 2) Die durch einen Behinderungsmissbrauch oder ein Kartell verdrängten Wettbewerber oder die potenziellen Wettbewerber, die einen Markteintritt anstreben, können Ersatz des entgangenen Gewinns geltend machen.[292] Dessen Umfang ist aber nicht so offensichtlich wie der Vermögensschaden infolge kartellbedingter Preiser-

290 In diesem Abschnitt wird der Begriff „entgangene Gewinn" in einem weiten Sinne verwendet, der der Verwendung dieses Begriffs in dem Praktischen Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs der EU-Kommission folgt. S. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 63. Er ergibt sich aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Gewinn und dem Gewinn, den das geschädigte Unternehmen ohne die Zuwiderhandlung hätte erzielen können. Er kann daher über den Begriff „entgangener Gewinn" im rechtlichen Sinne hinausgehen.

291 In der deutschen Gerichtspraxis wurde der Schaden in der Form einer Nutzeneinbuße als Teil des entgangenen Gewinns nach § 252 BGB unter bestimmten Voraussetzungen als ersatzfähig zuerkannt. Ausführlich dazu siehe *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 72f. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass ein kartellbedingter Konsumverzicht auf der Ebene der Endabnehmer als rein immaterieller Schaden nicht ersatzfähig ist, siehe *Logemann*, S. 421; *Meeßen*, S. 404.

292 Z.B. zur Ermittlung des Schadens eines von einem Ausschreibungsmarkt ausgeschlossenen neuen Marktteilnehmers: OLG Düsseldorf v. 16.04.2008, VI-2 U (Kart) 8/06, Juris, Rn.43: „Der Schadensersatzanspruch umfasst den Gewinn, der der Klägerin aus dem wegen der Intervention der Beklagten nicht zustande gekommenen

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

höhung. Die große Schwierigkeit liegt in der Schadenszurechnung. Alternativ können die potenziellen Wettbewerber die nutzlos aufgewendeten Kosten, die ihnen für den angestrebten Markteintritt entstanden sind, ersetzt verlangen, was sich verglichen mit der Forderung des Ersatzes des entgangenen Gewinns als einfacher darstellt.[293] Dennoch sind diese Kosten in der Tat häufig viel geringer als der entgangene Gewinn. Offen ist auch die Frage, ob der ausgeschlossene Wettbewerber neben dem Vermögensschaden und dem entgangenen Gewinn für die Vergangenheit auch den künftigen Schaden verlangen kann, der aufgrund der Nachwirkung der Zuwiderhandlungen auftreten kann, wenn er nicht in der Lage ist, seinen Marktanteil zurückzuerlangen oder wieder in den Markt einzutreten. Denn der künftige Schaden geht über den tatsächlich erlittenen Schaden hinaus.[294] Die Chance sich auf dem für Wettbewerb offenstehenden Markt zu betätigen sowie die entgangenen Geschäftsmöglichkeiten können durch diese nachträglichen Kompensationen auch nicht wirklich wiederhergestellt werden. Die Schäden, für die die betroffenen Unternehmen und Verbraucher den Ersatz im Wege von Schadensersatzklagen geltend machen können, sind mithin tatsächlich nur ein Teil der insgesamt erlittenen Schäden.

Infolge der Beweisschwierigkeit hinsichtlich der Kausalität und des Schadensumfangs sowie der großen technischen Schwierigkeiten bei der Schadensermittlung in Wettbewerbsfällen ist in der Praxis zu beobachten, dass dem Geschädigten letztendlich nur ein Teil der Schadensforderung zugesprochen wird. Das führt wiederum dazu, dass der Geschädigte angesichts der Wahrscheinlichkeit des Unterliegens und der Kostenrisiken bereits bei der Erhebung einer kartellrechtlichen Schadensersatzklage dazu neigt, den Ersatz nur solcher Schäden zu verlangen, die einfach darzulegen, zu beweisen und zu quantifizieren sind.[295] Die geltend gemachte Schadensforderung und der zugesprochene Schadensersatz liegen in jedem Fall unter dem

---

Gaslieferungsgeschäft im Fall eines Abschlusses nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wahrscheinlich zugeflossen wäre."

293 Vgl. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 72.

294 Diese Frage wird bisher vor deutschen Gerichten nicht behandelt. Laut dem Praktischen Leitfaden der EU-Kommission wurde in einer dänischen Entscheidung der Schadensersatz für den Zeitraum nach Beendigung der Zuwiderhandlung zuerkannt: **Ø**stre landsrets (Landgericht für Ostdänemark), Entscheidung vom 20.05.2009, B-3355-06 - *Forbruger-Kontakt A/S v Post Danmark A/S*. siehe EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs, S. 73.

295 Dazu siehe unten § 5 D.II.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vom Geschädigten tatsächlich erlittenen Schaden. Außerdem werden nicht sämtliche Geschädigten die ihnen zustehenden Schadensersatzansprüche vor Gericht geltend machen und letztendlich vollständigen Ersatz erhalten, so dass das Unternehmen, das das wettbewerbswidrige Verhalten begangen hat, nicht in allen Fällen zur Haftung gezogen wird und immer noch von der rechtswidrigen Handlung profitieren kann.[296]

Auf der Grundlage der obigen Analyse lässt sich zusammenfassen, dass die Verfolgung des Kompensationszwecks durch volle Entschädigung zur Unterkompensation im Allgemeinen und unter Umständen auch bezüglich individueller Schäden im konkreten Einzelfall führen kann. Dieses Dilemma könnte durch die Verfolgung des Abschreckungszwecks gelöst werden. Zunächst ist der ersatzfähige Schaden unter dem Ziel der Abschreckung nicht zwangsläufig auf den konkret erlittenen Schaden zu beschränken. Dies bedeutet aber nicht, dass alle durch wettbewerbsbeschränkendes Verhalten bedingten Schäden gleich ersatzfähig sind. Rechtliche Einschränkungen wie das Kausalitätserfordernis sind notwendig, um eine uferlose Haftung zu vermeiden. Zudem muss die Schadensberechnung bzw. die Feststellung des Ersatzbetrags nicht zwangsläufig durch den tatsächlich bzw. nachweislich eingetretenen Schaden begrenzt sein, sondern könnte mit Hilfe von diversen Instrumenten der Schadensberechnung und durch geschädigtenfreundliche Beweisanforderungen erleichtert und vereinfacht werden.[297] In Betracht kommen beispielsweise Schadenspauschalierungen bzw. Schadensschätzungen, mehrfacher Schadensersatz und Schadensvermutungen.[298]

2. Missverständnisse über den Abschreckungszweck

Es ist nicht zu leugnen, dass das Hauptziel kartellrechtlichem Schadensersatz naturgemäß im Ausgleich der durch den Kartellrechtsverstoß verursachten Schäden liegt. Die Schadensersatzklagen stellen einen wichtigen Aspekt der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts dar. Der Kompensationszweck gilt aber nicht für alle Formen der privaten Durchset-

296 Vgl. *Wagner*, AcP 2006, 352, 463f. Vgl. oben A.IV.1. Die Überführungswahrscheinlichkeit ist einer der Faktoren, die die Entscheidung des potenziellen Täters über das Begehen eines Rechtsverstoßes beeinflussen.

297 Vgl. auch *Stock*, S. 48f.

298 Näheres zu der Ausgestaltung der Regelungen siehe unten Kapitel § 5 und § 6.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zung.[299] Denn die private Durchsetzung erstreckt sich auf alle Bereiche der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, die nicht nur mittels der Schadensersatzklagen, sondern auch durch die Einwendung der Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Rechtsgeschäfte sowie der Beseitigungs- und Unterlassungsklage ermöglicht wird. Die Möglichkeit, die wettbewerbswidrige Verhaltensweise durch die kartellrechtlichen Zivilklagen anzugreifen, besteht nicht nur nach der Beendigung der Zuwiderhandlung, sondern bereits davor. Im Vergleich zum Schadensersatzanspruch dient die Geltendmachung von Beseitigung- und Unterlassungsansprüchen vielmehr dem Zweck, das Eintreten von Schäden oder eine weitere Ausdehnung bereits entstandener Nachteile für die Marktteilnehmer und den Wettbewerb zu vermeiden.[300] Wird die private Wettbewerbsrechtsdurchsetzung als Ganzes betrachtet, so ist sie mehr als ein Instrument zum Schadensausgleich der geschädigten Individuen. Sie ist auch geeignet, der Verhinderung, Einschränkung und Verfälschung des Wettbewerbs vorzubeugen. Der präventive Charakter der Abwehransprüche ist nicht mit dem Kompensationszweck vereinbar, der auf die Vergangenheit gerichtet ist. Die alleinige Betonung des Kompensationszwecks würde die Entwicklung der privaten Durchsetzung zu stark auf Schadensersatzklagen konzentrieren und andere Mittel vernachlässigen.

Der übliche Einwand gegen den Abschreckungszweck bezieht sich auf den Strafschadensersatz. Die Frage, ob ein Mehrfachschadensersatz automatisch mit einem Strafschadensersatz, der einem Pönalzweck dient, gleichzusetzen ist, wird an dieser Stelle zunächst hintangestellt und im Folgenden im Kapitel § 5 diskutiert. Das Ziel der Abschreckung lässt sich nicht nur mittels eines Strafschadensersatzes verwirklichen. Die Erhöhung des Schadensersatzes ist nur eine der Maßnahmen, um das Niveau der zivilrechtlichen Sanktionen zum Zwecke der Abschreckung zu erhöhen. Die Verzinsung ab dem Schadenseintritt und die Erhöhung der Aufdeckungsmöglichkeit hinsichtlich der Zuwiderhandlungen, etwa durch die Schaffung von Anreizen zur Klageerhebung, können gleichfalls zur Verstärkung der Abschreckungswirkung beitragen. Außerdem kann die Verbesserung der rechtlichen Bedingungen für die Geltendmachung der Abwehransprüche und für die Verbandsklage bzw. Sammelklage berücksichtigt werden.[301]

299 So auch *Hüschelrath/Peyer*, 36 World Competition 585 (2013), 591f.

300 Zur Bedeutung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch s. unten § 4 D.

301 Auf die Maßnahmen zur Verbesserung der privaten Durchsetzung wird in den folgenden Kapiteln ausführlich eingegangen.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

II. Erhöhung der Durchsetzungskraft unter der dualen Zielsetzung

Aus dem oben genannten Grund ist der reine Schadensausgleich nicht ausreichend effizient, um den zugedachten Kompensationszweck auszufüllen. Außerdem ist die ergänzende Abschreckungswirkung zusätzlich zur behördlichen Ahndung nur für die Follow-on-Schadensersatzklagen zutreffend.[302]Ausgehend von einer optimalen Rechtsdurchsetzung muss die drohende Sanktion (mit Rücksicht auf die Überführungswahrscheinlichkeit) so große Kosten für den Rechtsverletzer verursachen, dass sich die Begehung des wettbewerbswidrigen Verhaltens finanziell nicht lohnt.[303]

Die Einrichtung und Aufrechterhaltung der privaten Durchsetzung generieren selbst Kosten. Dadurch steigen die Gesamtkosten der Rechtsdurchsetzung, unabhängig davon, worauf die private Durchsetzung abzielt. Verfolgt die private Durchsetzung allein den Kompensationszweck, führt dies nach einer Kosten-Nutzen-Analyse zu einem negativen Ergebnis. Zusätzlich zu der rechtlichen Überlegung ist unter Berücksichtigung der optimalen Rechtsdurchsetzung hier zu untersuchen, wie die erhöhten Durchsetzungskosten durch die hieraus resultierende effizienzsteigernde Wirkung gerechtfertigt werden können.

Sollte die private Durchsetzung neben dem Kompensationszweck auch den Abschreckungszweck verfolgen, würde dies ermöglichen, die im letzten Punkt genannten vielfältigen Instrumente zu einer Erhöhung des Niveaus der zivilrechtlichen Sanktionen einzusetzen. Dies würde zunächst einen erhöhten Anreiz für Privatpersonen zur Aufdeckung und Verfolgung wettbewerbswidriger Handlungen schaffen. Demzufolge würde sich die Aufdeckungswahrscheinlichkeit wettbewerbswidriger Verhaltensweisen im Allgemeinen erhöhen.[304] Zusätzlich bieten die den Einzelnen zur Verfügung stehenden zivilrechtlichen Rechtsmittel viele Möglichkeiten, Verstöße so früh wie möglich zu bekämpfen. Sie müssen den Schadenseintritt nicht abwarten. Einerseits sinken die Verfolgungskosten generell aufgrund reduzierter Kosten für die Beweisführung und anderer Verfahrenskosten, wenn rechtswidrige Wettbewerbsbeschränkungen frühzeitig aufgedeckt werden. Andererseits gilt: je früher der Rechtsverletzer von der Zuwiderhandlung abgehalten wird, desto geringer sind die individuellen und gesellschaftlichen Schäden aus der Zuwiderhandlung und desto leichter sind die Wett-

302 Vgl. oben S. 92: die Haltung der EU-Kommission im Weißbuch.
303 Vgl. oben in diesem Kapitel A.IV.1.
304 Vgl. oben in diesem Kapitel A.IV.2.a.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bewerbsbedingungen wiederherzustellen. Dadurch könnten die zivilrechtlichen Sanktionen auch einen Beitrag zur Prävention und Verhaltenssteuerung zusätzlich zum Ausgleich der individuellen Interessen leisten.

III. Diskussion über die Missbrauchsgefahr

Schließlich muss auch zu den Bedenken Stellung genommen werden, nach denen die private Durchsetzung unter Maßgabe des Abschreckungszwecks mit größerer Wahrscheinlichkeit missbraucht werden könnte. Es ist nicht zu leugnen, dass Privatpersonen eigene Interessen verfolgen. Die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz und die Geltendmachung der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche können eine Missbrauchsgefahr in sich bergen. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbehörde ihre Befugnisse bei der Verfolgung und Sanktionierung der wettbewerbswidrigen Handlungen missbraucht, auch wenn die behördliche Durchsetzung im öffentlichen Interesse erfolgt. Mit zunehmenden Anreizen steigt das Potential, dass die kartellrechtlichen Zivilklagen für eigene strategische Zwecke missbraucht werden. Diesen Missbrauchsmöglichkeiten kann aber durch die Ausgestaltung der Regeln und der gerichtlichen Verfahren begegnet werden.[305] Außerdem führen die individuellen Interessen zu unterschiedlichen Schwerpunkten bei der Auswahl der Fälle in der privaten Durchsetzung im Vergleich zu denen der Wettbewerbsbehörde.[306] Auf den Gebieten, auf denen die Wettbewerbsbörde unter Umständen von der Verfolgung absieht, können die kartellrechtlichen Zivilklagen aufgrund der oben genannten Gründe unter dem dualen Zweck zu einer höheren Aufdeckungswahrscheinlichkeit, einem verbesserten Schadensausgleich und einer verstärkten Abschreckung beitragen.

305 Vgl. *Lahme*, S. 4. *Lahme* widerspricht der Ansicht, die private Durchsetzung könne für eigene Interessen missbraucht werden: „Die Gefahr des missbräuchlichen Einsatzes ist jeder Freiheit immanent. Doch ist daraus kein Argument gegen die Freiheit an sich, sondern höchstens gegen die konkrete Ausgestaltung derselben abzuleiten." *Lahme* geht sodann davon aus, dass die einschlägigen Gesetze in einer Weise ausgestaltet werden können, die einen Missbrauch der privaten Rechtsdurchsetzung weitestgehend verhindert.

306 Vgl. *C. Jones*, 27 World Competition 13 (2004), 19.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Vereinbarkeit mit europäischem, deutschem und chinesischem Recht

1. EU

Nach der grundlegenden EuGH-Entscheidung *Courage* sind die Ziele der Schadensersatzklagen sowohl in der Kompensation erlittener Schäden des Einzelnen als auch in der Verstärkung der Durchsetzungskraft der europäischen Wettbewerbsregeln zu sehen. Die darauffolgende Rechtsprechung betonte zwar verstärkt den Kompensationszweck im Zusammenhang mit Schadensersatzklagen, hat aber den Abschreckungszweck nicht abgelehnt. Das in der EU-Schadensersatzrichtlinie festgestellte Prinzip des vollständigen Schadensersatzes weist deutlich auf die Verfolgung des Kompensationszwecks hin. Aufgrund des Prinzips der Vollkompensation verbietet die EU-Schadensersatzrichtlinie die Überkompensation durch Strafschadensersatz, Mehrfachschadensersatz oder andere Schadensersatzarten. Dies ist praktisch eine indirekte Verneinung des Abschreckungszwecks. Dadurch wird das Abschreckungsziel der privaten Durchsetzung geschwächt und von der EuGH-Rechtsprechung abgewichen.

Der Standpunkt der Europäischen Kommission (beim Entwurf der EU-Schadensersatzrichtlinie) könnte auf die Berücksichtigung der Effizienz der öffentlichen Kartellverfolgung und die möglichen Schwierigkeiten bei der Harmonisierung der Richtlinienvorgaben unter den Mitgliedstaaten zurückzuführen sein. Die EU-Kommission als zentrale Vollzugsbehörde des europäischen Wettbewerbsrechts, legt weniger Wert auf die Abschreckungswirkung durch die Schadensersatzklagen. Denn die Abschreckungswirkung wird weiter durch die Sicherstellung der effizienten öffentlichen Durchsetzung erzielt.[307] Die mit der EU-Schadensersatzrichtlinie zu lösender Aufgabe der EU-Kommission lag zunächst darin, die bestehenden wesentlichen Hindernisse bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs zu beseitigen und die private Durchsetzung mit Fokus auf Schadensersatzklagen in den Mitgliedstaaten zu etablieren. Daher waren die Schaffung von Regelungen, die es den Geschädigten ermöglichen, Schadensersatzklagen zu erheben, sowie die Erleichterung der Nachweise des Kartellrechtsverstoßes, des erlittenen Schadens und des Kausalzusammenhangs oberste Priorität der EU-Schadensersatzrichtlinie. Andere Optionen, wie etwa der Ersatz des doppelten Schadens im Fall von Kartellen wären zwar sehr effektiv, um die vollständige Kompensation des erlittenen Schadens zu erzielen,

307 Vgl. EU-Kommission, Impact assessment report, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

warfen jedoch wesentliche Probleme hinsichtlich der Kompatibilität mit dem mitgliedstaatlichen Recht auf. Nur in sehr wenigen Mitgliedstaaten lassen die Zivilgerichte einen Strafschadensersatz zu, der über die volle Entschädigung des Opfers hinausgeht.[308]

Aufgrund des derzeitigen Standes der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ist eine Schwächung des Abschreckungszwecks für die private Durchsetzung nicht zu empfehlen. Nach dem Systemwechsel zur Legalausnahme spielt die Abschreckungswirkung der zivilrechtlichen Sanktion gegen den potenziellen Rechtsverletzer bei der Durchsetzung des Art. 101 AEUV eine wichtigere Rolle.[309] Während Hardcore-Kartelle weiterhin im Mittelpunkt der behördlichen Kartellverfolgung stehen, unterliegt die Bewertung der rechtlichen Zulässigkeit vieler Arten von Vertikalvereinbarungen der Selbsteinschätzung der Unternehmen. Bei Streitigkeit über ihre Rechtswidrigkeit oder Zulässigkeit müssen die beteiligten Parteien oder die anderen betroffenen Marktbeteiligten den Zivilrechtsweg beschreiten.[310] Im System der Legalausnahme haben die Gerichte der Mitgliedstaaten die volle Kompetenz und Kapazität zur Anwendung des Art. 101 AEUV.

2. Deutschland

Im Schrifttum herrschte lange Zeit Uneinigkeit darüber, ob die kartellrechtliche Schadensersatzklage auf die Abschreckung der Rechtsverletzer abzielt oder abzielen soll. Der Kern dieser Debatte liegt eigentlich nicht im Konflikt zwischen Kompensations- und Abschreckungszweck, sondern in dem unantastbaren Ausgleichsprinzip und strengen Bereicherungsverbot des Schadensersatzrechts, die der kartellzivilrechtlichen Sanktion mit einem präventiven bzw. abschreckenden Zweck entgegenstehen. Allerdings lässt sich allmählich eine stärkere Betonung des Präventionsgedanken und des verhaltenssteuernden Zwecks des Schadensersatzrechts in der Rechtsprechung und im Schrifttum beobachten.[311] In der kartellrechtlichen Literatur stellt die Anerkennung des Abschreckungszwecks für die Schadensersatz-

308 EU-Kommission, Impact assessment report, S. 41, 55f.
309 Vgl. auch *Krüger*, S. 30.
310 Sie werden auch häufig von den Wettbewerbsbehörden auf den Zivilrechtsweg verwiesen.
311 Dazu siehe *Wagner*, in: MüKo BGB, Vor § 823 Rn. 45ff; *Müller*, S. 299, 325ff; *Möller*, S. 238ff.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

pflicht heutzutage auch kein Novum mehr dar.[312] Es wird zudem erkannt, dass die Schadensersatzpflicht für Sanktionen von Kartellrechtsverstößen zur Kartellrechtsdurchsetzung instrumentalisiert wird.[313]

Seit der 7. GWB Novelle ist der Schadensersatzanspruch mit dem Wegfall des Schutznormerfordernisses als eigenständige Anspruchsgrundlage im GWB verankert. Aus der Begründung zum Gesetzesentwurf der 7. GWB-Novelle ist auch herauszulesen, dass die Abschreckungswirkung von Schadensersatzansprüchen im Allgemeinen anerkannt wird, die nicht nur eine erwünschte zusätzliche Nebenfolge der Follow-on-Klagen ist.[314] Denn die Orientierung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs am Ausgleichsprinzip wurde bereits vermehrt in Frage gestellt.[315] De lege ferenda ist die Anerkennung des Abschreckungs- bzw. Präventionszwecks der privaten Durchsetzung die Tendenz, sei es als Folge eines Paradigmenwechsels im Schadensersatz- und Haftungsrecht im Allgemeinen oder als eine kartellrechtliche Ausnahme vom Ausgleichsprinzip. Unter dem Abschreckungszweck wäre somit ein überkompensatorischer Schadensersatz nicht mehr ausgeschlossen. Denn der Umfang des Schadensersatzes wird durch „das erstrebte Maß an Prävention" bestimmt.[316]

Die gegen den Abschreckungszweck angeführten Bedenken hinsichtlich einer Überkompensation und übermäßigen Abschreckung scheinen in Deutschland realitätsfern zu sein.[317] Da es keine Aufbereitung statistischer Daten für die Bewertung der Schadensersatzklagen in Deutschland gibt, sind hier die einschlägigen empirischen Studien über den zugesprochenen Schadensersatz in Kartellfällen in den USA als Referenz heranzuziehen. Dies ist deshalb möglich, weil der zugesprochene Schadensersatz in den USA allgemein höher als der in der EU und Deutschland ausfällt. *Connor* und *Lande* (2015) haben sämtliche 71 abgeschlossene private Antitrust-Klagen zwischen 1990 und Mitte 2014 in den USA, deren erforderliche

312 *Ackermann*, ZWeR 2010, 329, 348; *Bulst*, S. 127–131; *Hempel*, WuW 2004, 362, 369.

313 *Fuchs*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 1 Instrumente, Funktionen und Entwicklung Rn. 26f; *Roth*, in: FS Huber (2006), S. 1133, 1135; *Müller*, S. 187ff. Zum Privatrecht im Dienst des kartellrechtlichen Präventionsanliegens siehe *Ackermann*, in: FS Canaris (2017), S. 1057, 1066ff.

314 „Die Abschreckungswirkung von Schadensersatzansprüchen wird nicht dadurch infrage gestellt, dass Zivilrechtsverfahren vielfach erst im Anschluss an behördliche Verfahren durchgeführt werden (sog. Follow-on-Klagen)." BT-Drucks. 15/3640, S. 36.

315 Siehe oben C.I.

316 *Wagner*, AcP 2006, 352, 469 und Fn. 545.

317 Vgl. *Ackermann*, ZWeR 2010, 329, 349.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Informationen abgerufen werden konnten, ausgewertet. Nur bei 14 der 71 Kartelle (20 %) wurden die Geschädigten vollständig entschädigt. In weiteren sieben Fällen (10 %) erhielten die Geschädigten mindestens den Ersatz in doppelter Höhe des erlittenen Schadens. Die Geschädigten in den restlichen 57 Fällen erhielten weniger als ihren tatsächlich erlittenen Schaden und zwölf davon erhielten sogar weniger als 10 % ihres Schadens.[318] Der Gesamtwert der verhängten Sanktionen gegen die Kartelle, die sämtliche Sanktionsmittel einschließlich Geldbußen, Schadensersatz und monetären Gegenwert von Haftstrafen umfassten, betrug nach den Berechnungen von *Connor* und *Lande* (2012) im Durchschnitt nur 9 bis 21 % des optimalen Sanktionswerts.[319] Das derzeitige Sanktionsniveau in den USA ist daher – zumindest für Kartelle – nicht ausreichend, um eine optimale Abschreckung zu erreichen.[320] Auch bezüglich des dreifachen Schadensersatzes in den USA ist eine Spekulation hinsichtlich einer Überabschreckung und Überkompensation nicht angebracht. Hingegen wird in den empirischen Studien gezeigt, dass der dreifachem Schadensersatz eher in der Tat eine kompensatorische Funktion zugebilligt wird.[321] Weil in den USA grundsätzlich keine prejudgement Zinsen zugesprochen werden,[322] relativiert sich die Differenz zu Deutschland, wo der einfache Schaden, entgangener Gewinn und Zinsen ab Schadenseintritt zugesprochen werden. In Deutschland gibt es aber nicht so viele Schadensersatzklagen und vor allem keine *class action* wie in den USA. Die Bedenken gegen den Abschreckungszweck sollten nicht gegen ihn an sich gerichtet sein, sondern eher gegen die konkrete Ausgestaltung der Regelungen bzw. Maßnahmen. Übermäßige Maßnahmen können auf jeden Fall vermieden werden.

3. China

Im Vergleich mit der Rechtslage in der EU und Deutschland sind die rechtlichen Hindernisse für die Festlegung des Abschreckungszwecks in China

318 *Connor/Lande*, 100 Iowa Law Rev. 1997 (2015), 2018.

319 *Connor/Lande*, 34 Cardozo Law Rev. 427 (2012), 430. In der Studie wurde der „standard optimal deterrence approach" in Anlehnung an den Ansatz von *Lande* verwendet. Ausführliche Erklärung zur Auswertungsmethode siehe *Connor/Lande*, 34 Cardozo Law Rev. 427 (2012), 468, Fn. 9, 15–22.

320 *Connor/Lande*, 34 Cardozo Law Rev. 427 (2012), 476–479.

321 Vgl. *Lande*, 54 Ohio St.L.J. 115 (1993), 122; *Lovell*, 34 J. Econ. Bus. 263 (1982).

322 Gemäß Section 4 (a) Clayton Act ist in Ausnahmefällen eine einfache Verzinsung des tatsächlichen Schadens zwischen Klagezustellung und Urteil möglich.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

relativ gering. Vielmehr ist es eine praktische Notwendigkeit, die private Rechtsdurchsetzung neben der Kompensation auch auf die Abschreckung auszurichten.

Obwohl die Durchsetzung des Antimonopolgesetzes ebenfalls hauptsächlich von der öffentlichen Durchsetzung dominiert wird, ist sie im Allgemeinen aufgrund unzureichender Abschreckungswirkung nicht wirksam.[323] Die Intensität der behördlichen Verfolgung lassen sich durch die Anzahl der ergangenen Entscheidungen ablesen. Von 2015 bis 2019 wurden insgesamt 85 Entscheidungen (einschließlich Bußgeldentscheidungen und Beschlüsse über Verfahrenseinstellungen) von den frühen Antimonopolbehörde bei SAIC und NDRC und der Antimonopolbehörde bei SAMR veröffentlicht.[324] Die Anzahl der behördlichen Verfahren ist für einen Gesamtzeitraum von 5 Jahren relativ gering. In der bisherigen Vollzugspraxis werden die verhängten Bußgelder im Durchschnitt als zu niedrig im Vergleich zu dem Schadensausmaß der Zuwiderhandlungen und den wirtschaftlichen Vorteilen aus dem Wettbewerbsverstoß bewertet.[325] Die vom AMG vorgesehenen Sanktionen durch die Vollzugsorgane umfassen nach §§ 46 und 47 AMG a.F. die Einstellung der rechtswidrigen Verhaltensweisen, die Beschlagnahme der rechtswidrigen Einkünfte und eine Geldbuße in Höhe von 1 bis 10 % des letzten Jahresumsatzes auf dem chinesischen Markt. Es gibt jedoch nur selten Fälle, in denen die aus dem Wettbewerbsrechtsverstoß erlangten Einkünfte berechnet und beschlagnahmt wurden. Die Geldbuße ist die am meisten verhängte Sanktion. Bis zum Jahr 2018 wurde der „Jahresumsatz" in § 46 AMG a.F. durch die Vollzugsbehörde sehr eng ausgelegt, indem hierunter nur der Umsatz aus dem Verkauf relevanter Produkte auf dem relevanten Markt im Vorjahr subsumiert wurde.[326] In den

323 Vgl. *Wang, Jian/Zhang, Jing*, FLKX 4 (2016), 124, 131ff. Die unzureichende Abschreckung spiegelt sich in drei Aspekten wider: der insgesamt relativ geringen Höhe der verhängten Bußgelder, dem unklaren Ermessensspielraum bei der Verhängung von Bußgeldern und den Unklarheiten bei den Kriterien für die Anwendung der Kronzeugenregelung.

324 Die Daten stammen aus den von den SAIC, NDRC und SAMR veröffentlichten Informationen. Es werden nur die von ihnen eingeleiteten Verfahren gezählt. Die Entscheidungen der Fusionskontrolle sind nicht erfasst. Die statistischen Daten zur behördlichen Verfolgung durch die Wettbewerbsbehörden auf Provinzebene sind nicht überschaubar und werden hier aufgrund der geringen Relevanz für die vorliegende Arbeit außer Acht gelassen.

325 Die gleiche Schlussfolgerung wurde auf der Basis der Praxis der ersten sieben Jahre getroffen. Siehe *Wang, Jian/Zhang, Jing*, FLKX 4 (2016), 124, 132.

326 Vgl. *Wang, Jian/Zhang, Jing*, FLKX 2016, 124, 131f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ergangenen Entscheidungen lagen die Geldbußen bis zum Jahr 2017 meist zwischen 1 und 3 % des Umsatzes des Vorjahres. Seit dem Jahr 2019 wurde in einigen Verfahren das Bußgeld auf der Basis des Gesamtumsatzes des Unternehmens verhängt. In 2020 verhängte die SAMR ein Rekordbußgeld gegen *Alibaba* wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Online-Plattformen in Höhe von 18,228 Mrd. RMB (ca. 2,3 Mrd. Euro). Die Geldbuße wurde auf der Grundlage des gesamten Inlandsumsatzes des Unternehmens im Jahr 2019 berechnet und betrug 4 % des letzten Jahresumsatzes.[327]

Bei der Überarbeitung des Antimonopolgesetzes wurde die Tatsache berücksichtigt, dass die abschreckende Wirkung der behördlichen Durchsetzung unzureichend war. Das neue Gesetz verschärft insbesondere die Sanktionen im Falle von Monopolvereinbarungen erheblich. Gemäß § 56 AMG droht dem an einer Monopolvereinbarung beteiligten Unternehmen auch dann eine Geldbuße von bis zu fünf Millionen Yuan, wenn es im Vorjahr keinen Umsatz erzielt hat. Wenn die Monopolvereinbarung noch nicht umgesetzt wurde, kann ein Bußgeld von bis zu drei Millionen Yuan verhängt werden, anstatt der ursprünglichen fünfhunderttausend Yuan. Eine neu eingeführte Geldbuße von bis zu einer Million Yuan kann gegen gesetzliche Vertreter und Auftraggeber verhängt werden, die persönlich für den Abschluss einer Monopolvereinbarung verantwortlich sind. Es bleibt abzuwarten, wie sich die tatsächliche Durchsetzung der neuen Regelungen auswirken wird.

Wie im Kapitel § 1 beschrieben, ist die private Durchsetzung unterentwickelt. Es gibt nur wenige Fälle, in denen dem Kläger der Schadensersatz zugesprochen wurde. Die potenziellen Rechtsverletzer können sich darauf verlassen, dass sie mit großer Wahrscheinlichkeit nicht zur Haftung gezogen werden. Die drohenden behördlichen und zivilrechtlichen Sanktionen reichen nicht aus, um sie von wettbewerbswidrigem Verhalten abzuhalten. Die Bedenken einer Überkompensation und einer übermäßigen Abschreckung entbehren im Hinblick auf den aktuellen Stand der Kartellrechtsdurchsetzung in China jeder Grundlage. Vor diesem Hintergrund ist die private Durchsetzung mit vorrangigem oder sogar alleinigem Kompensationszweck wenig sinnvoll. Um ein wirksameres Durchsetzungssystem des Antimonpolrechts zu erzielen, ist es notwendig, die behördliche Durchset-

327 SAMR v. 10.4.2021, Guo Shi Jian Chu (2021) No 28 – *Alibaba*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zung weiter zu stärken und die duale Zielsetzung der privaten Durchsetzung zu verdeutlichen.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -