

Hans-Wilhelm Krüger

Öffentliche und private Durchsetzung des Kartell- verbots von Art. 81 EG

Eine rechtsökonomische Analyse

Mit einem Geleitwort von Prof. Dr. Peter Behrens

Deutscher Universitäts-Verlag

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1 Einleitung	1
A. Einführung	1
B. Gang der Untersuchung	2
C. Grundlagen der Rechtsdurchsetzung	5
I. Funktion und Aufbau von Rechtsnormen	5
1. Soziale Normen	6
2. Aufbau von Rechtsnormen	7
3. Zweck der Rechtsfolgenandrohung	7
II. Notwendigkeit der Durchsetzung	8
III. Systeme der Rechtsdurchsetzung	9
1. Zeitpunkt der rechtlichen Intervention	10
a. Prävention	10
b. Abschreckung	11
2. Art der Sanktion	12
a. Sanktionsform	12
b. Adressat der Sanktion	12
3. Durchsetzungsform	13
a. Öffentliche Durchsetzung	13
b. Private Durchsetzung	14
c. Abgrenzung	16
IV. Zusammenfassung zu den Grundlagen der Rechtsdurchsetzung	16
Kapitel 2 Art. 81 EG im System der EG – Wettbewerbsregeln	18
A. Überblick über die EG – Wettbewerbsregeln	18
I. System der EG-Wettbewerbsregeln	18
II. Zweck der EG-Wettbewerbsregeln	20
1. Allgemeiner Zweck der Wettbewerbsregeln	20
2. Weiterer Zweck der EG-Wettbewerbsregeln	22
B. Art. 81 EG	23
I. Allgemeines	23
II. Struktur von Art. 81 EG	24
1. Verbotstatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG	24
a. Tatbestandsmerkmale	24
b. Verhältnis zum Kartellrecht der Mitgliedstaaten	26
2. Freistellungstatbestand des Art. 81 Abs. 3 EG	27
a. Freistellungsvoraussetzungen	27
b. Rechtsnatur	28
aa. Altes System der VO 17	28
bb. Neues System der VO 1/03	29
c. Gruppenfreistellung	31
d. Auswirkungen des Systemwechsels	32
3. Rechtsfolgen	34
III. Verschiedene Arten der Wettbewerbsbeschränkung	35

1.	Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen	35
a.	Horizontale Kernbeschränkungen	36
aa.	Gesellschaftlicher Schaden	37
bb.	Geschädigte	39
cc.	Vorteil der Normadressaten	41
dd.	Zugang zu Informationen	41
ee.	Zusammenfassung zu den horizontalen Kernbeschränkungen	42
b.	Sonstige horizontale Wettbewerbsbeschränkungen	43
2.	Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen	45
a.	Vertikale Kernbeschränkungen	46
aa.	Arten vertikaler Kernbeschränkungen	47
bb.	Folgen vertikaler Kernbeschränkungen	48
b.	Sonstige vertikale Wettbewerbsbeschränkungen	49
aa.	Arten sonstiger vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen	50
bb.	Folgen sonstiger vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen	50
3.	Zusammenfassung zu den Arten der Wettbewerbsbeschränkung	51

Kapitel 3 Durchsetzung von Art. 81 EG 53

A. Bedeutung des Durchsetzungssystems für Art. 81 EG 53

B. Öffentliche Durchsetzung von Art. 81 EG 55

I.	Verfahren	56
1.	Anwendbares Recht und Zuständigkeit	56
2.	Verfahrensablauf und Verteidigungsrechte des Normadressaten	58
a.	Verfahrensgrundsätze	58
b.	Verfahrensaufbau	59
c.	Verfahrensrechtliche Schutzrechte des Normadressaten	59
3.	Informationsmittel der Kommission	61
a.	Beschwerden	62
b.	Leniency-Anträge	63
c.	Austausch von Informationen	65
aa.	Informationsaustausch im ECN	65
bb.	Informationsaustausch mit sonstigen Wettbewerbsbehörden	66
cc.	Informationsaustausch mit den mitgliedstaatlichen Gerichten	67
d.	Ermittlungsbefugnisse der Kommission	67
aa.	Informationsrechte	68
bb.	Nachprüfungsbefugnisse	68
cc.	Enquêtebefugnis	69
4.	Zusammenfassung zum Verfahren der öffentlichen Durchsetzung	70
II.	Sanktionen	71
1.	Verhaltenspflichten	71
a.	Feststellung und Abstellung der Zuwiderhandlung	71
b.	Bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit	72
c.	Verpflichtungszusagen	73
d.	Einstweilige Maßnahmen	73
2.	Geldbußen	74
a.	Voraussetzungen	75

b.	Adressat	76
c.	Berechnung	77
aa.	Höchstgrenze	77
bb.	Berechnungsmaßstäbe	78
(1)	Leitlinien zur Geldbußenberechnung	78
(2)	Leniency-Regelung	80
cc.	Zinsen	81
d.	Verjährung	81
3.	Sonstige Sanktionen der Kommission	81
4.	Sonstige Sanktionen in anderen Rechtsordnungen	82
a.	Vorteilsabschöpfung	82
b.	Strafrechtliche Sanktionen	83
c.	Sanktionen gegen die Entscheidungsträger	85
5.	Zusammenfassung zu den Sanktionen der öffentlichen Durchsetzung	86
III.	Gerichtliche Überprüfung	86
IV.	Zusammenfassung zur öffentlichen Durchsetzung von Art. 81 EG	88
C.	Private Durchsetzung von Art. 81 EG	88
I.	Nichtigkeit der Vereinbarung	90
1.	Voraussetzungen	90
2.	Berechtigte	90
3.	Wirkung	91
4.	Prozessualer Rahmen	92
5.	Zusammenfassung zur Sanktion der Nichtigkeit	93
II.	Schadensersatz	93
1.	Anspruchsgrundlage	93
a.	Gemeinschaftsrecht	94
b.	Mitgliedstaatliches Recht	95
2.	Anspruchsberechtigte	96
a.	Wettbewerber der Beteiligten	97
b.	Marktgegenseite	98
aa.	Direkte Abnehmer	99
bb.	Indirekte Abnehmer	100
c.	Beteiligte des Wettbewerbsverstoßes	103
d.	Verbände	105
3.	Anspruchsvoraussetzungen	105
a.	Verstoß gegen Art. 81 EG	106
b.	Kausaler Schaden	106
c.	Rechtswidrigkeit und Verschulden	107
4.	Anspruchsinhalt	108
a.	Schadensberechnung	109
aa.	Differenzhypothese	109
(1)	Hypothetischer Wettbewerbspreis	109
(2)	Entgangener Gewinn	111
bb.	Berücksichtigung des Vorteils des Normadressaten	112
cc.	Überkompensatorische Ansprüche	114
b.	Passing-on	115

c.	Mitverschulden.....	118
d.	Zinsen	118
e.	Verjährung.....	119
5.	Anspruchsgegner	120
6.	Prozessualer Rahmen.....	122
a.	Zuständiges Gericht	123
b.	Mehrere Kläger	124
aa.	Geltende Rechtslage	124
bb.	Reformüberlegungen	126
	(1) US-amerikanische class action.....	126
	(2) Reformvorschläge auf europäischer Ebene.....	127
cc.	Musterverfahren.....	128
c.	Beweisregeln	129
aa.	Grundsatz.....	129
bb.	Bestehende Erleichterungen	130
	(1) Beweislast für Freistellungsvoraussetzungen	131
	(2) Tatbestandswirkung anderer Entscheidungen.....	131
	(3) Schadensberechnung	133
cc.	Weitergehende Beweiserleichterungen	134
d.	Zivilprozessuale Informationsmittel	136
aa.	Zivilprozessuale Aufklärungspflichten.....	136
bb.	Zusammenarbeit mit der Kommission	137
	(1) Privater Durchsetzungsagent – Kommission	138
	(2) Zivilgericht – Kommission.....	139
	(3) Anzeigesystem?.....	141
	(4) Zusammenfassung zur Zusammenarbeit mit der Kommission... ..	142
e.	Kostentragungsregeln.....	143
7.	Zusammenfassung zur Sanktion des Schadensersatzes.....	145
III.	Sonstige Instrumente der privaten Durchsetzung.....	146
1.	Unterlassung und Beseitigung	146
2.	Vorteilsabschöpfung durch Verbände	148
3.	Ungerechtfertigte Bereicherung.....	149
IV.	Zusammenfassung zur privaten Durchsetzung von Art. 81 EG.....	150

Kapitel 4 Ökonomische Theorie der Rechtsdurchsetzung 151

A.	Allgemeine ökonomische Theorie der Rechtsdurchsetzung	151
I.	Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts (Institutionenökonomik).....	151
II.	Annahmen.....	153
1.	Methodologischer Individualismus	153
2.	Homo oeconomicus	153
3.	Informationen.....	154
4.	Risikoeinstellung	156
III.	Ökonomisches Modell der Verhaltenssteuerung.....	157
1.	Verhaltensentscheidung von Individuen.....	157
2.	Privater Nutzen aus dem Normverstoß.....	158
3.	Private Kosten des Normverstoßes	159

a.	Erwarteter Sanktionswert	159
b.	Kosten der Begehung	160
4.	Verhaltenssteuerung durch Abschreckung	160
a.	Modell der Verhaltensentscheidung	161
b.	Einfluss des Rechtssystems	161
c.	Zweck der Sanktion in der ökonomischen Theorie	163
5.	Zusammenfassung zur Verhaltenssteuerung	163
IV.	Ökonomisches Modell der optimalen Rechtsdurchsetzung	164
1.	Optimale Rechtsdurchsetzung	164
a.	Berücksichtigung der gesellschaftlichen Durchsetzungskosten	165
b.	Modell der optimalen Rechtsdurchsetzung	166
c.	Bestimmung des optimalen Durchsetzungsniveaus	167
d.	Zusammenfassung zur optimalen Durchsetzung	168
2.	Gesellschaftliche Kosten des Normverstoßes	169
a.	Direkte Kosten des Normverstoßes	169
b.	Kosten der Durchsetzung	170
aa.	Aufdeckung	171
(1)	Existenz von unmittelbar Geschädigten	171
(2)	Verheimlichung des Normverstoßes	172
bb.	Verfolgung	173
(1)	Direkte Kosten der Verfolgung	174
(2)	Fehlerkosten	176
(a)	Arten der Fehler	177
(b)	Kosten fehlerhafter Entscheidungen	178
(aa)	Verringerte Abschreckungswirkung	178
(bb)	Risikotragung und Vermeidungsverhalten	179
(cc)	Anreiz der Durchsetzungsgagenten	180
(dd)	Höhe der Fehlerkosten	180
cc.	Sanktionierung	181
(1)	Monetäre Sanktionen	182
(2)	Non-monetäre Sanktionen	183
c.	Sonstige Kosten	184
d.	Zusammenfassung zu den gesellschaftlichen Kosten des Normverstoßes	185
3.	Erreichen der optimalen Durchsetzung	185
a.	Instrumente des Durchsetzungssystems	185
b.	Optimale Kombination von Sanktion und Überführungswahrscheinlichkeit	186
4.	Zusammenfassung zum ökonomischen Modell der optimalen Rechtsdurchsetzung	188
B.	Ökonomische Theorie der öffentlichen und privaten Durchsetzung	188
I.	Öffentliche Durchsetzung	188
1.	Allgemeine Charakteristika der öffentlichen Durchsetzung	189
a.	Bestimmung des Durchsetzungsniveaus	189
aa.	Zielsetzung des Gesetzgebers	189
bb.	Zielsetzung des Durchsetzungsorgans	190
(1)	Eigennützige Ziele	190

(2) Kontrolle des Durchsetzungsorgans.....	192
b. Flexibilität des Durchsetzungssystems	193
aa. Bestimmung des Durchsetzungsniveaus	194
bb. Ermessen	194
2. Charakteristika der öffentlichen Durchsetzung von Art. 81 EG durch die Kommission	195
a. Bestimmung des Durchsetzungsniveaus bei der öffentlichen Durchsetzung von Art. 81 EG.....	196
aa. Verhältnis von Kommission und Rat/Parlament	196
bb. Verhältnis der Kommission als Organ zu ihren Mitarbeitern	199
b. Flexibilität der öffentlichen Durchsetzung von Art. 81 EG.....	200
3. Funktionen der öffentlichen Durchsetzung	200
a. Abschreckungsfunktion.....	200
b. Weitere Funktionen	201
4. Zusammenfassung zur öffentlichen Durchsetzung.....	202
II. Private Durchsetzung	202
1. Charakteristika der privaten Durchsetzung	202
a. Nutzenmaximierende Durchsetzung	203
aa. Private Kosten der Rechtsdurchsetzung	203
bb. Privater Nutzen der Rechtsdurchsetzung.....	204
cc. Private optimale Durchsetzung.....	205
(1) Konzentration auf die privaten Kosten und Nutzen	205
(2) Folgen	206
b. Einfluss des Durchsetzungssystems.....	207
aa. Sanktion	207
bb. Ausgestaltung des Verfahrensrechts.....	209
cc. Existenz von Alternativen	210
(1) Beschwerde zur Wettbewerbsbehörde	210
(2) Free-riding	211
c. Zusammenfassung zu den Charakteristika der privaten Durchsetzung.....	211
2. Funktionen der privaten Durchsetzung.....	212
a. Individualschutzfunktion.....	212
b. Ausgleichsfunktion	212
c. Abschreckungsfunktion.....	214
d. Ergänzung und Kontrolle der öffentlichen Durchsetzung	215
3. Zusammenfassung zur privaten Durchsetzung.....	216

Kapitel 5 Vergleich der öffentlichen und privaten Durchsetzung von Art. 81 EG..... 217

A. Eignung des rechtsökonomischen Ansatzes	217
I. Eignung für die Analyse der Rechtsdurchsetzung im Allgemeinen	217
II. Eignung für die Analyse der Durchsetzung von Art. 81 EG.....	218
1. Annahmen.....	218
2. Bestimmbarkeit der relevanten Werte	220

B. Anwendung der ökonomischen Theorie der Rechtsdurchsetzung auf die öffentliche und private Durchsetzung von Art. 81 EG	221
I. Abschreckungswirkung der Durchsetzungsform	221
1. Sanktion	222
a. Höhe des Sanktionswerts	223
aa. Öffentliche Durchsetzung.....	224
bb. Private Durchsetzung.....	226
(1) Kompensatorischer Schadensersatzanspruch.....	226
(a) Verhältnis von Schaden und Vorteil.....	226
(b) Berücksichtigung des Vorteils.....	228
(2) Überkompensatorischer Schadensersatzanspruch.....	228
(a) Wirkung	229
(b) Diskussion.....	229
(c) Würdigung	231
b. Berücksichtigung der relevanten Faktoren	233
aa. Private Durchsetzung.....	233
bb. Öffentliche Durchsetzung.....	234
c. Adressat der Sanktion	235
aa. Unternehmen.....	236
bb. Entscheidungsträger innerhalb der Unternehmen	236
(1) Gesteigerte Abschreckungswirkung.....	237
(2) Anreiz zur Informationspreisgabe.....	238
(3) Sanktionsform	238
d. Zusammenfassung zur Sanktion	240
2. Überführungswahrscheinlichkeit	240
a. Ausreichender Anreiz für die öffentliche Durchsetzung	241
aa. Anreizstruktur der öffentlichen Durchsetzungsorgane.....	241
bb. Ausreichende Durchsetzungsressourcen	242
b. Ausreichender Anreiz für die private Durchsetzung.....	243
aa. Alternativen zur eigenen Rechtsdurchsetzung	243
(1) Beschwerde	243
(2) Free-riding.....	246
(3) Zusammenfassung zu den Alternativen zur eigenen Rechtsdurchsetzung.....	247
bb. Verhältnis von privaten Kosten und Nutzen der Rechtsdurchsetzung.....	247
(1) Niedriger Sanktionswert.....	248
(a) Ausgestaltung und Grenzen der Sanktion.....	248
(b) Zahlungsfähigkeit des Normadressaten	250
(c) Streuschäden	250
(d) Vollständige Durchsetzung.....	251
(2) Private Kosten der Rechtsdurchsetzung.....	252
(a) Private Informationskosten	253
(b) Verheimlichungsfähigkeit des Wettbewerbsverstoßes	254
(c) Komplexität.....	254
(d) Vergeltungsmaßnahmen	256
(e) Verfahrensregeln.....	257

3.	Zusammenfassung zur Abschreckungswirkung	259
II.	Gesellschaftliche Kosten der Durchsetzung.....	261
1.	Relative Kosten der Durchsetzung	261
a.	Kostensensibilität	262
b.	Verfahrensanforderungen.....	263
c.	Tatbestandsmerkmale.....	264
aa.	Öffentliche Durchsetzung.....	265
bb.	Private Durchsetzung.....	265
d.	Beweisregeln	267
aa.	Öffentliche Durchsetzung.....	267
bb.	Private Durchsetzung.....	267
	(1) Tatbestandswirkung	268
	(2) Freistellungsvoraussetzungen.....	269
	(3) Schaden	269
	(4) Weitergehende Beweiserleichterungen	270
	(5) Zusammenfassung zu den Beweisregeln	271
e.	Anzahl der Durchsetzungsagenten	271
aa.	Öffentliche Durchsetzung.....	272
	(1) Dezentrale Durchsetzung	272
	(2) Skaleneffekte	273
bb.	Private Durchsetzung.....	274
	(1) Anspruchsberechtigung.....	276
	(2) Verfahrensrecht	276
f.	Zusammenfassung zu den relativen Kosten der Durchsetzung	278
2.	Informationskosten	279
a.	Nutzung bereits vorhandener Informationen	279
aa.	Private Durchsetzung.....	280
bb.	Öffentliche Durchsetzung.....	281
b.	Beschaffung der Informationen.....	281
aa.	Private Durchsetzung.....	282
	(1) Benötigte Informationen	282
	(2) Informationsmittel bei der privaten Durchsetzung	283
	(a) Allgemeine Informationsquellen	284
	(b) Zivilprozessuale Aufklärungspflichten.....	284
	(c) Ausweitung der Aufklärungspflichten.....	285
	(aa) US-amerikanisches Discovery-Verfahren	285
	(bb) Reformüberlegungen auf europäischer Ebene	287
	(d) Verwendung von Informationen der Kommission	289
	(3) Zusammenfassung zu den Informationsmitteln bei der privaten Durchsetzung.....	291
bb.	Öffentliche Durchsetzung.....	292
	(1) Leniency-Regelung	292
	(2) Ermittlungsbefugnisse der Kommission	294
	(3) Sonstige Informationsmittel	295
c.	Zusammenfassung zu den Informationskosten	295
3.	Fehlerkosten.....	296
a.	Missbräuchliche Durchsetzungsaktivitäten.....	296

aa.	Öffentliche Durchsetzung.....	297
bb.	Private Durchsetzung.....	297
	(1) Einfluss der Sanktion	298
	(2) Einfluss der Verfahrensregeln.....	299
cc.	Zusammenfassung zu den missbräuchlichen Durchsetzungsaktivitäten	300
b.	Unbewusste Fehler	301
aa.	Komplexität der Norm.....	301
bb.	Qualifikation der Entscheidungsträger	303
	(1) Qualifikation der Durchsetzungsagenten	304
	(a) Private Durchsetzung.....	304
	(b) Öffentliche Durchsetzung.....	305
	(2) Qualifikation der Gerichte.....	305
	(a) Private Durchsetzung.....	306
	(b) Öffentliche Durchsetzung.....	307
4.	Zusammenfassung zu den gesellschaftlichen Kosten der Durchsetzung	307
C.	Ergebnis des Vergleichs der Durchsetzungsformen bei Art. 81 EG.....	308
I.	Sanktion.....	308
II.	Mittel der Informationsgewinnung.....	309
III.	Anzahl der Durchsetzungsagenten	311
IV.	Anreizstruktur und Fehlerkosten	312
D.	Rechtspolitische Schlussfolgerungen aus dem Vergleich der Durchsetzungsformen bei Art. 81 EG.....	313
I.	Unverzichtbarkeit der öffentlichen Durchsetzung	313
II.	Weitere Verstärkung der öffentlichen Durchsetzung statt Ausweitung der privaten Durchsetzung.....	314
III.	Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer	316
IV.	Vorteilsabschöpfung.....	317
Kapitel 6	Zusammenspiel der öffentlichen und privaten Durchsetzung von Art. 81 EG	319
A.	Kombination von öffentlicher und privater Durchsetzung	319
I.	Notwendigkeit der Kombination	319
	1. Funktionen der privaten Durchsetzung.....	320
	2. Auswirkungen der Funktionen der privaten Durchsetzung.....	321
II.	Ausgestaltung der Kombination.....	321
B.	Auswirkungen der Kombination.....	322
I.	Höhere Sanktion	322
II.	Höhere Überführungswahrscheinlichkeit.....	323
III.	Höhere Durchsetzungskosten	324
IV.	Wechselwirkungen zwischen den Durchsetzungsformen	325
	1. Positive Wechselwirkungen.....	325
	2. Negative Wechselwirkungen	326
C.	Optimales Zusammenspiel.....	327

I.	Ausnutzen komparativer Vorteile	328
1.	Verwendung ausschließlich einer Durchsetzungsform	328
2.	Einfluss des Durchsetzungssystems	330
II.	Reduzierung der Kosten der kombinierten Durchsetzung	331
1.	Einheitliches Durchsetzungsverfahren	331
2.	Gemeinsame Nutzung von Informationen.....	332
a.	Informationstransfer von privater zur öffentlichen Durchsetzung.....	333
b.	Informationstransfer von öffentlicher zur privaten Durchsetzung.....	333
aa.	Zusammenarbeit Kommission – Zivilgerichte	334
bb.	Tatbestandswirkung.....	334
cc.	Sonstiger Informationstransfer	335
III.	Minimierung der negativen Wechselwirkungen	336
1.	Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung	336
a.	Reduzierung des Schadensersatzanspruchs	337
b.	Beschränkung der gesamtschuldnerischen Haftung	337
2.	Beschränkung des Informationstransfers.....	338
a.	Beschränktes Akteneinsichtsrecht.....	339
b.	Beschränkte Zusammenarbeit mit den Zivilgerichten	340
c.	Beschränkte Tatbestandswirkung.....	340
3.	Zusammenfassung zur Minimierung der negativen Wechselwirkungen.....	341
D.	Ergebnis zum Zusammenspiel der Durchsetzungsformen bei Art. 81 EG.....	341
E.	Rechtspolitische Schlussfolgerungen für das Zusammenspiel von privater und öffentlicher Durchsetzung bei Art. 81 EG	342
I.	Förderung der eigenständigen privaten Durchsetzung	342
II.	Begrenzung der zivilrechtliche Haftung von Informanten.....	344