

FRANZISKA WEBER

Der Kartellschaden

Beiträge zum Kartellrecht



Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

15



Franziska Weber

Der Kartellschaden

Eine rechtsvergleichende und rechtsökonomische
Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der
Mengeneffekte entlang einer Kartellabsatzkette

Mohr Siebeck

Franziska Weber, geboren 1985; 2008–2012 Doktorandin, EDLE (European Doctorate in Law and Economics)-Programm der Universitäten Rotterdam, Hamburg und Bologna; 2012 Promotion (Doppelabschluss: Erasmus Universität Rotterdam und Universität Bologna); 2012–2013 Post-doctoral researcher an der Erasmus Universität Rotterdam; 2013–2020 Juniorprofessorin für Zivilrecht und Law & Economics an der Universität Hamburg; seit 2020 Associate Professor in Law and Economics (mit Tenure Track zur Professur) an der Erasmus Universität Rotterdam; 2021 Habilitation; seit 1.8.2021 Lehrstuhlinhaberin Law and Economics an der Erasmus Universität Rotterdam.

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 418838334.

Gefördert durch das Forschungsprogramm Behavioural Approaches to Contract and Tort (BACT) der Erasmus School of Law/Erasmus Universität Rotterdam.

ISBN 978-3-16-160706-6 / eISBN 978-3-16-160707-3

DOI 10.1628/978-3-16-160707-3

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Das vorliegende Buch wurde am 6. Mai 2020 an der Universität Hamburg als Habilitation vorgelegt und bildet damit im Rahmen des erfolgreich absolvierten Habilitationsverfahrens den Abschluss meiner Juniorprofessur für Zivilrecht und Law & Economics. Mein Dank gilt in allererster Linie meiner ‚Habilmutter‘ Prof. Dr. Astrid Stadler für ihre großartige Erstbetreuung. Du bist mir in vielerlei Hinsicht ein Vorbild! Bei Prof. Dr. h. c. Marian Paschke und Prof. Dr. Peter Mankowski möchte ich mich herzlich für die Gutachten und die Unterstützung bedanken. Mein Dank gilt zudem dem gesamten Habilitationsausschuss.

Meine Forschungsarbeiten führte ich primär an der Universität Hamburg durch. Zum Zwecke der Rechtsvergleichung absolvierte ich verschiedene Forschungsaufenthalte: Ich bedanke mich bei Prof. Dr. Willem H. van Boom sowie dem gesamten Fachbereich für Zivilrecht der Universität Leiden, wo ich die Forschungsarbeiten zum niederländischen Recht unterstützt durch ein 6-monatiges Stipendium der DFG vom 1.4.2019–30.9.2019 durchführen konnte, für den bereichernden Austausch sowie die „gastvrijheid“. Die Forschungsarbeiten zum spanischen Recht wurden durch ein 6-monatiges Stipendium des DAAD unterstützt, dank dessen ich vom 1.10.2019–31.3.2020 an der Universität Pompeu Fabra Barcelona auf Einladung von Prof. Dr. Carlos Ignacio Gómez Ligüerre zugegen sein konnte. Dem Fachbereich Zivilrecht sowie weiteren Kartellrechtsinteressierten der Universität Pompeu Fabra Barcelona gilt mein Dank für den regen Austausch zu dogmatischen und ökonomischen Fragen und die sehr herzliche Aufnahme. Im Jahr 2019 erhielt ich zudem ein Visiting Scholarship-Stipendium der niederländischen königlichen Akademie der Wissenschaften KNAW und konnte so kartellrechtliche Forschungsarbeiten an der Erasmus Universität Rotterdam durchführen. Ich bedanke mich herzlich bei meinem seit vielen Jahren treuen und vorbehaltlosen Förderer Prof. Dr. Michael Faure für die Einladung nach Rotterdam und beim Rotterdam Institute of Law and Economics dafür, dass es immer ein wenig mein akademisches Zuhause blieb – und seit Juni 2020 ja auch wieder in Vollzeit ist! Das Forschungsprogramm Behavioural Approaches to Contract and Tort Law (BACT) der Erasmus School of Law leistete dankenswerterweise einen Druckkostenzuschuss zu diesem Buch. Ebenso tat es die DFG (Projektnummer: 418838334). Über die Jahre konnte ich zudem viele bereichernde Gespräche mit internationalen Kartellrechtsexperten führen. Für Hinweise zum ökonomischen Kapitel §2 bedanke ich mich bei Prof. Dr. Gerd Mühlheuß, Em. Prof. Dr. Roger van den Bergh und Em. Prof.

Dr. Thomas Eger. Die Literatur ist auf dem Stand von April 2020 – seither wurden nur punktuell Entscheidungen ergänzt.

Mein wichtigster Dank gilt meiner fantastischen Familie und ihrer Unterstützung in allen Lebenslagen. Ingrid, du bist einfach eine wunderbare Mutter. Julietta, es gibt keine bessere kleine Schwester als dich. Mein Vater Nikolaus hätte diesen, meinen ultimativen juristischen Kampf, sicher gern bis zum erfolgreichen Ende miterlebt und hatte ihn zu meinem Masterabschluss schon vorausschauend bebildert. Hamburg verlasse ich nun nicht nur mit einem Buch, sondern vor allem mit dem tollsten Partner, den ich mir zu finden hätte wünschen können. Mil gràcies Adrià, dass du immer für mich da bist und für alle abenteuerlichen Ideen zu begeistern bist.

Rotterdam, im August 2021

Franziska Weber

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Verzeichnis der Abkürzungen	XVII
Verzeichnis der Abbildungen	XIX
§1 Einleitung.....	1
A. <i>Anliegen der Untersuchung</i>	1
B. <i>Abgrenzung des Themas</i>	4
I. Herausarbeitung des Analyseobjekts	4
1. Das Kartelldeliktsrecht als europäisches Sonderdeliktsrecht und seine Durchsetzung.....	4
2. Eine erste Auswahl	5
a) Auswahl der Zuwiderhandlung	5
b) Fokus Geschädigtenseite.....	5
c) Eingrenzung möglicher Geschädigter	5
d) Die Zielvorgabe vom „vollständigen Schadensersatz“	5
e) Beschränkung auf Individualklagen	6
3. Mengeneffekte entlang einer kartelleigenen Absatzkette als besondere Herausforderung	6
a) Rudimentäre unionsrechtliche Vorgaben als Herausforderung für die Mitgliedstaaten	7
b) Erkenntnisgewinn durch Rechtsvergleichung	7
c) Die ökonomische Analyse	9
C. <i>Plan der Untersuchung im Überblick</i>	10
§2 Ökonomie des Kartellschadens.....	11
A. <i>Einführung</i>	11
B. <i>Die Ökonomie des Kartellschadens</i>	12
I. Ökonomische Grundlagen	12
1. Positive und normative Analyse des Rechts	12
a) Positive Analyse	12
b) Normative Analyse	13
2. Der Rückgriff auf ein Verhaltensmodell	15
a) Der Homo Oeconomicus	16
b) Die Herausforderung ‚Verhaltensökonomik‘.....	17

3.	Marktversagen als notwendige Eingriffsvoraussetzung	19
a)	Vollkommener Wettbewerb	19
b)	Varianten des Marktversagens	20
aa)	Öffentliche Güter	21
bb)	Asymmetrische Information	21
cc)	Externalitäten	22
dd)	Marktmacht	22
II.	Grundannahmen und Einschränkungen	22
1.	Grundannahmen	22
a)	Gewinnmaximierung	22
b)	Die Angebotsfunktion	24
c)	Die Nachfragefunktion	25
d)	Das Konkurrenzmarktgleichgewicht	25
2.	Einschränkungen	27
a)	Ausgangspunkt Allokationseffizienz	27
b)	Auswahl des Preiskartells	28
c)	Auswahl der Schadenskomponenten	29
d)	Auswahl der Geschädigten	29
III.	Kartell und Markt	30
1.	Die Bedeutung der Nachfragefunktion	30
2.	Monopol	31
3.	Kartell	32
4.	Schaden durch Marktmacht	33
a)	Beim Monopol	33
b)	Beim Kartell	35
5.	Das Kontrafaktum – der alternative Markt	37
IV.	Der Kartellschaden – Entstehung	39
1.	Schäden innerhalb der kartelleigenen Absatzkette	40
a)	Gesamtbetrachtung der Schadenspositionen	40
aa)	Vertiefung: Der Zusammenhang von Kartellvereinbarung und Preisaufschlag	43
bb)	Vertiefung: Der Zusammenhang von Preisaufschlag und Abwälzung	52
cc)	Vertiefung: Der Zusammenhang von Abwälzung und Mengeneffekt	61
2.	Schäden außerhalb der kartelleigenen Absatzkette	69
a)	Kartellteilnehmer	69
b)	Wettbewerber	70
c)	Preisschirmkläger	70
d)	Zuliefererkette	70
e)	Weitere	70
3.	Ergebnis	71
V.	Der Kartellschaden – Analyserahmen für seine Geltendmachung	73
1.	Die Rechtsdurchsetzung	74
2.	Zielsetzung	75
a)	Ökonomische Zielsetzungen	75
aa)	Abschreckung	75

bb) Entschädigung	77
cc) Interaktion	77
b) Zielvorgabe aus der Richtlinie	79
aa) Abschreckung	79
bb) „Vollständiger Schadensersatz“	80
c) Auswahl	80
3. Ökonomische Kriterien für ein anreizkompatibles Schadensregime ..	81
a) Rationale Apathie	81
b) <i>Frivolous lawsuits</i>	82
c) Informationsasymmetrie	82
4. Ergebnis und Einschränkungen	84
C. <i>Schluss</i>	85
§3 Unionsrechtliche Vorgaben zum Kartellschaden	87
A. <i>Einleitung</i>	87
B. <i>Unionsrechtliche Vorgaben zum Kartellschaden</i>	88
I. Aus der EuGH-Rechtsprechung vor Erlass der Richtlinie	88
1. Der Schadensersatzanspruch	89
2. Zum Offenlegungsanspruch im Zusammenhang mit Schadensersatzklagen	95
II. Sekundärrechtliche Ausgestaltung des europäischen Kartellrechts	97
1. Das einschlägige Sekundärrecht vor Erlass der Richtlinie	97
a) Behördliche Durchsetzung	97
b) Private Durchsetzung	99
2. Die Kartellschadensersatzrichtlinie	101
a) Zum Gesetzgebungsverfahren	102
b) Zielsetzung	104
c) Anwendungsbereich	105
d) Zeitliche Geltung	106
e) Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht	106
f) Aktivlegitimation	107
g) Passivlegitimation	109
h) Die Maßgabe vom vollständigen Schadensersatz	111
i) Umsetzungsspielraum für weitere Anspruchsvoraussetzungen ...	113
aa) Verschulden	114
bb) Kausalzusammenhang	115
j) Allgemeines zur Schätzkompetenz	116
k) Spezielle beweisrechtliche Vorgaben für die einzelnen Schadenskomponenten	117
aa) Zum (vermuteten) Preisaufschlag	118
bb) Zur Schadensabwälzung	122
(1) Der Abwälzungseinwand	128
(2) Die Weiterwälzungsvermutung	132
cc) Zum Mengeneffekt	135
l) Offenlegung von Beweismitteln	138

m) Wirkung einer Zuwiderhandlungsentscheidung	142
n) Verjährung	143
o) Kollektiver Rechtsschutz	144
3. Leitfäden zur Richtlinie	147
a) Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden 2013	147
b) Pass-on Study 2016	151
c) Europäische Kommission, Leitlinien 2019	152
4. <i>Ex post</i> EuGH-Rechtsprechung	153
5. Sekundärrecht seit Erlass der Richtlinie	156
a) <i>Ex post</i> (erneute) Stärkung der öffentlich-rechtlichen Dimension	156
b) Kollektiver Rechtsschutz	157
III. Kurzer Blick in das US-amerikanische Recht	157
C. <i>Ökonomische Analyse der unionsrechtlichen Vorgaben</i>	160
I. Kritische Würdigung der gewählten Beweiserleichterungen je Schadenskomponente	160
1. Die Vermutung des Preisaufschlags	161
2. Die Schadensabwälzung	162
a) Der Abwälzungseinwand	162
b) Die Weiterwälzungsvermutung	162
c) Inkohärenzen	164
3. Die Vernachlässigung des Mengeneffekts	165
4. Vernachlässigung der Nutzeneinbuße der Endverbraucher	168
II. Auswirkungen des gewählten Regimes auf die Anreize der beteiligten Parteien	169
1. Der mittelbare Abnehmer	169
a) (Abgewalzter) Preisaufschlag	169
b) Mengeneffekt	173
2. Der unmittelbare Abnehmer	176
a) Preisaufschlag	176
b) Mengeneffekt	177
3. Der Kartellteilnehmer	178
a) Verhalten gegenüber dem mittelbaren Abnehmer	179
b) Verhalten gegenüber dem unmittelbaren Abnehmer	181
III. Ergebnis	182
D. <i>Schluss</i>	183
§4 Vorbemerkung zu den Länderstudien	185
§5 Deutschland	187
A. <i>Einleitung</i>	187
B. <i>Kartellzivilverfahren in Zahlen</i>	188
C. <i>Evolution des Kartelldeliktsrechts im Lichte der Umsetzung der Richtlinie</i>	190
I. Einleitende Ausführungen zum Beweisrecht	192
II. Schadensersatzanspruchsgrundlage	199

1.	Vor Umsetzung der Richtlinie	199
2.	Anpassungsbedarf	200
3.	Nach Umsetzung der Richtlinie	200
III.	Zuwiderhandlung	201
IV.	Aktivlegitimation	202
1.	Vor Umsetzung der Richtlinie	202
2.	Anpassungsbedarf	208
3.	Nach Umsetzung der Richtlinie	209
V.	Rechtswidrigkeit	212
VI.	Verschulden	212
VII.	Die Maßgabe vom vollständigen Schadensersatz	213
1.	Vor Umsetzung der Richtlinie	213
2.	Anpassungsbedarf	213
3.	Nach Umsetzung der Richtlinie	214
VIII.	Kausalzusammenhang	215
IX.	Schätzkompetenz	219
1.	Vor Umsetzung der Richtlinie	219
2.	Anpassungsbedarf	225
3.	Nach Umsetzung der Richtlinie	227
X.	Preisaufschlag	227
1.	Vor Umsetzung der Richtlinie	227
2.	Anpassungsbedarf	232
3.	Nach Umsetzung der Richtlinie	234
XI.	Schadensabwälzung	238
1.	Einwand der Schadensabwälzung	238
a)	Vor Umsetzung der Richtlinie	238
b)	Anpassungsbedarf	250
c)	Nach Umsetzung der Richtlinie	255
2.	Weiterwälzungsvermutung	257
a)	Vor Umsetzung der Richtlinie	257
b)	Anpassungsbedarf	260
c)	Nach Umsetzung der Richtlinie	262
XII.	Mengeneffekt	265
1.	Vor Umsetzung der Richtlinie	265
2.	Anpassungsbedarf	272
3.	Nach Umsetzung der Richtlinie	273
XIII.	Offenlegung von Beweismitteln	275
1.	Vor Umsetzung der Richtlinie	276
2.	Anpassungsbedarf	279
3.	Nach Umsetzung der Richtlinie	280
XIV.	Wirkung einer Zuwiderhandlungsentscheidung	286
1.	Vor Umsetzung der Richtlinie	286
2.	Anpassungsbedarf	288
3.	Nach Umsetzung der Richtlinie	288
XV.	Überblick über weitere Bewältigungsstrategien der ökonomischen Herausforderungen	289
1.	Quellen ökonomischen Sachverständs	289

a) Gutachtertätigkeit	289
b) Hilfestellung durch die Wettbewerbsbehörden	292
2. Zweistufige Verfahren	292
D. <i>Ökonomische Analyse des deutschen Kartellschadensrechts</i>	295
I. Kritische Würdigung der Beweiserleichterungen je Schadenskomponente	295
1. Die Schadensvermutung	295
2. Schadensabwälzung	297
a) Der Abwälzungseinwand	297
b) Weiterwälzungsvermutung	298
c) Inkohärenzen	299
3. Der Mengeneffekt	300
II. Auswirkungen des gewählten Regimes auf die Anreize der beteiligten Parteien	301
1. Der mittelbare Abnehmer	301
a) (Abgewalzter) Preisaufschlag	301
b) Mengeneffekt	303
2. Der unmittelbare Abnehmer	306
a) Preisaufschlag	306
b) Mengeneffekt	308
3. Der Kartellteilnehmer	309
a) Verhalten gegenüber dem mittelbaren Abnehmer	309
b) Verhalten gegenüber dem unmittelbaren Abnehmer	311
IV. Ergebnis	312
E. <i>Schluss</i>	314
§6 Niederlande	315
A. <i>Einleitung</i>	315
B. <i>Kartellzivilverfahren in Zahlen</i>	316
C. <i>Evolution des Kartelldeliktsrechts im Lichte der Umsetzung der Richtlinie</i> ...	317
I. Einleitende Ausführungen zum Beweisrecht	318
II. Schadensersatzanspruchsgrundlage	323
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	323
2. Anpassungsbedarf	325
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	325
III. Zuwiderhandlung	325
IV. Aktivlegitimation	325
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	325
2. Anpassungsbedarf	328
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	328
V. Rechtswidrigkeit	328
VI. Verschulden	329
VII. Maßgabe vom vollständigen Schadensersatz	329
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	329

2. Anpassungsbedarf	330
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	330
VIII. Kausalzusammenhang	330
IX. „Relativität“	335
X. Schätzkompetenz	338
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	338
2. Anpassungsbedarf	344
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	344
XI. Preisaufschlag	345
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	345
2. Anpassungsbedarf	347
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	347
XII. Schadensabwälzung	348
1. Einwand der Schadensabwälzung	348
a) Vor Umsetzung der Richtlinie	348
b) Anpassungsbedarf	361
c) Nach Umsetzung der Richtlinie	363
2. Weiterwälzungsvermutung	365
a) Vor Umsetzung der Richtlinie	365
b) Anpassungsbedarf	365
c) Nach Umsetzung der Richtlinie	366
XIII. Mengeneffekt	366
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	366
2. Anpassungsbedarf	370
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	371
XIV. Offenlegung von Beweismitteln	372
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	372
2. Anpassungsbedarf	377
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	379
XV. Wirkung einer Zuwiderhandlungsentscheidung	380
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	380
2. Anpassungsbedarf	381
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	381
XVI. Überblick über weitere Bewältigungsstrategien der ökonomischen Herausforderungen	381
1. Quellen ökonomischen Sachverständs	381
a) Gutachtertätigkeit	381
b) Hilfestellung durch die Wettbewerbsbehörden	383
2. Zweistufige Verfahren	384
D. <i>Ökonomische Analyse des niederländischen Schadensrechts</i>	386
I. Kritische Würdigung der ökonomischen und juristischen Handhabe der Schadenskomponenten	386
1. Die Schadensvermutung	386
2. Schadensabwälzung	387
a) Abwälzungseinwand	387
b) Weiterwälzungsvermutung	387
c) Inkohärenzen	388

3. Der Mengeneffekt	388
II. Auswirkungen des gewählten Regimes auf die Anreize der beteiligten Parteien	389
1. Der mittelbare Abnehmer	389
a) (Abgewalzter) Preisaufschlag	389
b) Mengeneffekt	391
2. Der unmittelbare Abnehmer	393
a) Preisaufschlag	393
b) Mengeneffekt	394
3. Der Kartellteilnehmer	394
a) Verhalten gegenüber mittelbaren Abnehmern	394
b) Verhalten gegenüber unmittelbaren Abnehmern	395
III. Ergebnis	396
E. <i>Schluss</i>	396
§7 Spanien	399
A. <i>Einleitung</i>	399
B. <i>Kartellzivilverfahren in Zahlen</i>	400
C. <i>Evolution des Kartelldeliktsrechts im Lichte der Umsetzung der Richtlinie</i> ...	401
I. Einleitende Ausführungen zum Beweisrecht	404
II. Die Schadensersatzanspruchsgrundlage	408
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	408
2. Anpassungsbedarf	412
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	412
III. Zuwiderhandlung	413
IV. Aktivlegitimation	413
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	413
2. Anpassungsbedarf	415
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	415
V. „Antijuridicidad“	415
VI. Verschulden	418
VII. Maßgabe vollständiger Schadensersatz	419
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	419
2. Anpassungsbedarf	420
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	421
VIII. Kausalzusammenhang	421
IX. Schätzkompetenz	426
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	426
2. Anpassungsbedarf	429
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	429
X. Preisauflschlag	437
1. Vor Umsetzung der Richtlinie	437
2. Anpassungsbedarf	441
3. Nach Umsetzung der Richtlinie	442

XI.	Schadensabwälzung	443
1.	Abwälzungseinwand	443
a)	Vor Umsetzung der Richtlinie	443
b)	Anpassungsbedarf	452
c)	Nach Umsetzung der Richtlinie	453
2.	Weiterwälzungsvermutung	454
a)	Vor Umsetzung der Richtlinie	454
b)	Anpassungsbedarf	455
c)	Nach Umsetzung der Richtlinie	455
XII.	Mengeneffekt	457
1.	Vor Umsetzung der Richtlinie	457
2.	Anpassungsbedarf	464
3.	Nach Umsetzung der Richtlinie	464
XIII.	Offenlegung von Beweismitteln	466
1.	Vor Umsetzung der Richtlinie	466
2.	Anpassungsbedarf	468
3.	Nach Umsetzung der Richtlinie	469
XIV.	Wirkung einer Zuwiderhandlungsentscheidung	473
1.	Vor Umsetzung der Richtlinie	473
2.	Anpassungsbedarf	474
3.	Nach Umsetzung der Richtlinie	474
XV.	Überblick über weitere Bewältigungsstrategien der ökonomischen Herausforderungen	476
1.	Quellen ökonomischen Sachverständs	476
a)	Gutachtertätigkeit	476
b)	Hilfestellung durch die Wettbewerbsbehörden	478
2.	Zweistufige Verfahren	478
D.	<i>Ökonomische Analyse des spanischen Schadensrechts</i>	479
I.	Kritische Würdigung der ökonomischen und juristischen Handhabe der Schadenskomponenten	479
1.	Die Schadensvermutung	479
2.	Schadensabwälzung	480
a)	Abwälzungseinwand	480
b)	Weiterwälzungsvermutung	481
c)	Inkongruenzen	481
3.	Der Mengeneffekt	481
II.	Auswirkungen des gewählten Regimes auf die Anreize der beteiligten Parteien	482
1.	Der mittelbare Abnehmer	483
a)	(Abgewalzter) Preisaufschlag	483
b)	Mengeneffekt	485
2.	Der unmittelbare Abnehmer	486
a)	Preisauflschlag	486
b)	Mengeneffekt	487
3.	Der Kartellteilnehmer	487
a)	Verhalten gegenüber mittelbaren Abnehmern	487
b)	Verhalten gegenüber unmittelbaren Abnehmern	488

III. Ergebnis	488
<i>E. Schluss</i>	489
§ 8 Schluss	491
Verzeichnis der Fachbegriffe	515
Literaturverzeichnis	521
Sachregister	569

Verzeichnis der Abkürzungen

A	Angebot
A. H.	Antecedentes de Hecho/Tatbestand
ABl.	Amtsblatt
ACM	Autoriteit Consument en Markt/niederländische Wettbewerbsbehörde
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGCM	Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/italienische Wettbewerbsbehörde
AP	Audiencia Provincial/spanisches Berufungsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BT	Bundestag
BOE	Boletín Oficial del Estado/spanisches Amtsblatt
BW	Burgerlijk Wetboek/niederländisches BGB
CC	Código Civil/spanisches BGB
csqn	<i>conditio sine qua non</i>
DK	Durchschnittskosten
e	Preiselastizität
ECLI	<i>European Case Law Identifier</i>
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWSA	Europäische Wirtschafts- und Sozialausschusses
F. D.	Fundamentos de Derecho/Entscheidungsgründe
GE	Grenzerlös
GK	Grenzkosten
GS	Groene Serie (niederländischer Kommentar)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HR	Hoge Raad/Oberster Gerichtshof der Niederlande
JORF	Journal officiel de la République française/französisches Amtsblatt
K	Kosten
KG	Kammergericht
KGe	Kartellgewinn
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KR	Konsumentenrente

KTR	Kartellrente
LCD	Ley de Competencia Desleal/spanisches UWG
LDC	Ley de Defensa de la Competencia/spanisches GWB
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil/spanische ZPO
LG	Landgericht
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial/spanisches GVG
M	Menge
M ^A	Menge bei Abwälzung
M ^K	Konkurrenzmarktmenge
M ^{KT}	Kartellmenge
M ^M	Monopolmenge
MR	Monopolistenrente
M ^{UW}	Menge bei unvollkommenem Wettbewerb
Mw	Mededingingswet/niederländisches GWB
N	Nachfrage
NCC	<i>Netherlands Commercial Court</i>
NCCA	<i>Netherlands Commercial Court of Appeal</i>
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit/niederländische Wettbewerbsbehörde
NWV	Nettowohlfahrtsverlust
OLG	Oberlandesgericht
P	Preis
P ^A	Preis bei Abwälzung
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i>
P ^K	Konkurrenzmarktpreis
P ^{KT}	Kartellpreis
P ^M	Monopolpreis
PR	Produzentenrente
P ^{UW}	Preis bei unvollkommenem Wettbewerb
RD	real decreto-ley/königliches Gesetzesdekret
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering/niederländische ZPO
S	Sanktion
SK	Stückkosten
Slg	Sammlung der Rechtsprechung
Stb	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden/niederländisches Amtsblatt
T&C	Tekst & Commentaar (niederländischer Kommentar)
TB	Tätigkeitsbericht
TC	Tribunal Constitucional/spanisches Verfassungsgericht
TS	Tribunal Supremo/Oberster Gerichtshof Spaniens
U	Urteil
UW	Unvollkommener Wettbewerb
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
W ^A	Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung
W ^V	Wahrscheinlichkeit der Verurteilung
ZPO	Zivilprozessordnung

Verzeichnis der Abbildungen

Abb. 1	Produktionskosten/Anbieter	24
Abb. 2	Nachfragefunktion	25
Abb. 3	Konkurrenzmarktgleichgewicht	26
Abb. 4	Preiselastizität der Nachfrage	31
Abb. 5	Preis- und Mengenanpassungen beim Monopolisten	34
Abb. 6	Preis- und Mengenanpassungen bei einem Kartell.	35
Abb. 7	Beispielhafter Markt mit unvollkommenem Wettbewerb.	38
Abb. 8	Preisauflschlag, Schadensabwälzung und Mengeneffekt	41
Abb. 9	Verteilung des Preisauflschlags.	48
Abb. 10	Ergebnisse zu kartellbedingten Preisauflschlägen	50
Abb. 11	Pass-on- und Mengeneffekt	62
Abb. 12	Marktgleichgewicht	64
Abb. 13	Beispielhafter Markt mit unvollkommenem Wettbewerb.	64

§ 1 Einleitung

A. Anliegen der Untersuchung¹

Kartellschäden stellen eine besondere Herausforderung für das Schadensrecht dar.² Dies gilt generell für den Kartellschaden im Ganzen und für die Mengeneffekte entlang der Absatzkette im Besonderen.³ Für eine Definition des Mengeneffekts ist das Zusammenspiel aus den drei Schadenskomponenten Preisaufschlag⁴ (als direkte Folge einer kartellrechtlichen⁵ Zuwiderhandlung), Abwälzung⁶ und Mengeneffekt beachtlich. Die Dynamik gestaltet sich folgendermaßen: Kartellabnehmer, die ein kartelliertes Produkt für kommerzielle Zwecke nutzen, wälzen regelmäßig den (gezahlten) Preisaufschlag auf die nächste Absatzstufe ab. Preiserhöhungen führen generell zu Absatzzrückgängen, aufgrund derer Abnehmern in aller Regel Gewinn entgeht. Der Mengeneffekt bezeichnet den Betrag, den man erhält, wenn man den Gewinn, den ein Abnehmer in einem Szenario, in dem es zu kartellbedingten

¹ §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB); Artikel und Erwägungsgründe ohne Bezeichnung sind solche der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 vom 5.12.2014, S. 1–19 (Kartellschadensersatzrichtlinie bzw. Richtlinie).

² Das Schadensrecht in Kartellzivilverfahren nach Umsetzung der Richtlinie wird als das Herausforderndste unter den Schadensregimen betrachtet, vgl. *Peña López*, La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: Un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia, mediante las que se transpone la Directiva 2014/104/UE (La responsabilidad civil por daños a la libre competencia), 2018, S. 13 im Vorwort von *Carrasco Perera*.

³ Die Berechnung des Kartellschadens entlang der Absatzkette ist komplex. Dies gilt insbesondere für den Mengeneffekt, vgl. *Schwalbe* NZKart 5 (2017), 157, 158, 160; RBB Economics/Cuatrecasas Gonçalves Pereira (2016) Study on the Passing-on of Overcharges, Europäische Kommission (Pass-on Study 2016), S. 12ff.; *Weitbrecht* NZKart 6 (2018), 106, 108; *Durand/Williams* ERA Forum 2017, 79; *Niels/Noble*, in: Hüschelrath/Schweitzer (Hrsg.), Public and private enforcement of Competition Law in Europe, 2014, S. 127; *Kosicki/Cabill* The Antitrust Bulletin 51 (2006), 599, 600; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 7, 34, 71 f., 440; zu Beweisschwierigkeiten für den Mengeneffekt in Deutschland, vgl. *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 572; vgl. weitere Nachweise im Laufe der Untersuchung.

⁴ Die Begriffe Preisaufschlag und Preisüberhöhungsschaden werden vorliegend synonym verwendet. Auch der Ausdruck „Preiseffekt des Kartells“ ist gleichbedeutend.

⁵ Es wird durchgehend der Begriff Kartellrecht verwendet, der gleichbedeutend mit dem Begriff Wettbewerbsrecht ist.

⁶ Alternativ spricht man vom *pass-on* bzw. *passing-on*.

Preiserhöhungen (und damit Abwälzungen) kommt, macht, mit dem Gewinn, den er in einem Szenario ohne Kartell erwirtschaftet hätte, vergleicht. Der Mengeneffekt bezeichnet also Gewinneinbußen der Abnehmerseite aufgrund eines der (eigenen) Preiserhöhung geschuldeten Nachfragerückgangs.⁷

Im Hinblick auf Mengeneffekte gibt es eine deutliche Forschungslücke.⁸ Die entstehenden Schadensposten können erheblich sein.⁹ Es überzeugt aus ökonomischer Sicht nicht, im Rahmen von Kartellzivilverfahren nur den Preisaufschlag zu betrachten.¹⁰ Auch das reine Zusammenspiel aus Preisaufschlag und Abwälzung greift zu kurz. Die Relevanz des Mengeneffekts steht außer Frage. Die vorliegende Untersuchung analysiert das kartellrechtliche Schadensregime im Hinblick auf die drei genannten Schadenskomponenten aus rechtsvergleichender und rechtsökonomischer Sicht, wobei der Komponente ‚Mengeneffekt‘ ein besonderer Stellenwert zukommt. Der Mengeneffekt lässt sich nicht in Isolation betrachten – es ist unerlässlich für die Herleitung seiner Entstehung auch auf die kartellbeding-

⁷ In diesem Sinne soll der Begriff Mengeneffekt vorliegend verwendet werden. Aus juristischer Sicht handelt es sich im Grunde um entgangenen Gewinn bzw. *lucrum cessans*; auch die Terminologie Mengenschaden findet sich in der juristischen Literatur, vgl. dazu ausführlich §2 IV.1.a).cc). Den ‚entgangenen Gewinn‘ der Endverbraucher, die keine kommerzielle Aktivität verfolgen, bezeichnet man typischerweise als (ihre) Nutzeneinbuße bzw. allgemeiner als Wohlfahrtsverlust. Die Endverbraucher stehen vorliegend nicht im Vordergrund.

⁸ Die bisherige Entscheidungspraxis und die Literatur, sowie die Richtlinie und das GWB (auch nach der 9. GWB-Novelle) konzentrieren sich stark auf den Preisüberhöhungsschaden, vgl. *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 7; *Schwalbe* NZKart 5 (2017), 157, 158; *Pass-on Study* 2016, S. 12ff.; *Weitbrecht* NZKart 6 (2018), 106, 108; *Durand/Williams* ERA Forum 2017, 79; *Verboven/van Dijk* JIndEc 7 (2009), 457; *Stock*, Der Schadensnachweis bei Hardcore-Kartellen, 2016; auch aus ökonomischer Sicht hatte sich die Debatte lange auf den Preisaufschlag fokussiert, vgl. *Noble/Lauer* CLPD 4 (2018), 30: Erst in den letzten Jahren verschiebt sich dieser Fokus hin zu *pass-on* und Mengeneffekt; *Claasen/Seegers*, in: *Strand/Bastidas Venegas/Iacovides* (Hrsg.), EU competition litigation: Transposition and first experiences of the new regime, 2019, S. 25: „In any event, claimants should be ready to show and quantify potential volume effects to offset a passing-on defence when potentially raised by defendants“.

⁹ *Pass-on Study* 2016, S. 12; *Basso/Ross* JIndEc 58 (2010), 895 legen den substanziellen Anteil dar – der reine Blick auf den Preisaufschlag führt zu einer Unterschätzung der Kosten (S. 896); ohne Berücksichtigung des Mengeneffekts werden die Kartellschäden in der Regel unterschätzt, vgl. *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 440; *van der Veer/Lofaro* The CPI Antitrust Journal 2010, 2, 4: „By contrast, in a downstream market characterized by imperfect competition, the output effect can be very significant“; *Noble/Lauer* CLPD 4 (2018), 30, 37: „in many cases not be of negligible magnitude“.

¹⁰ *Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: *Ashton* (Hrsg.), Competition damages actions in the EU: Law and Practice, ²2018, S. 407; Europäische Kommission (2019), Mitteilung der Kommission – Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags (Europäische Kommission, Leitlinien 2019), S. 47: Die Schätzung des Mengeneffekts sei genauso wichtig wie die Schätzung des durch die Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts, andernfalls komme es zu einer Unterschätzung des tatsächlichen Schadensumfangs; *Han/Schinkel/Tuinstra* ACLE Working Paper Series 2008–08, S. 18; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 8: Es sei verfehlt, den Preisüberhöhungsschaden als Prototypen anzusehen, vielmehr löse ein Wettbewerbsverstoß regelmäßig eine Kette von Reaktionen aus; zur Relevanz des Mengeneffekts aus ökonomischer Sicht allgemein, vgl. *van der Veer/Lofaro* The CPI Antitrust Journal 2010, 2.

te Preiserhöhung und Fragen der Abwälzung einzugehen.¹¹ Interdisziplinäre Forschung ist überdies zwingend, denn eine Schadensposition muss sowohl ökonomisch fundiert sein, als auch juristisch einklagbar ausgestaltet werden. Sie ist bei weitem noch nicht die Regel.¹² Die Übersetzungsleistung von ökonomischen Einsichten für die Handhabe von Kartellzivilverfahren ist noch stark ausbaufähig.¹³ Dies gilt auch gerade für belastbare Nachweisstandards und ein auf die Schadenskomponenten abgestimmtes schlüssiges Konzept der Beweisforderungen.¹⁴ Hier setzt das Forschungsvorhaben an. Es verfolgt das Ziel, die stärkere Reflektion ökonomischer Einsichten im Zivilprozessrecht im Hinblick auf den Kartellschaden und insbesondere auf den Mengeneffekt voranzutreiben. Dazu gilt es zum einen die ökonomische Fundierung der Schadensposten in Augenschein zu nehmen, aber auch die Effektivität von Kartellschadensersatzklagen insgesamt zu betrachten. Es erfolgt im Grunde eine rechtsdogmatische Einordnung ökonomischer Einsichten und eine anreizbasierte Wirkungsanalyse. Das Beweisrecht ist dabei von herausragender Bedeutung.

¹¹ Zum Gesamtschaden, der durch ein Kartell entsteht, vgl. Kapitel §2.

¹² Für rein juristische Forschungsarbeiten, vgl. *Fritzsche* NZKart 5 (2017), 581; *Fritzsche* NZKart 5 (2017), 630; *Stomper* WuW 2016, 410; *Wijckmans, Frank* et al, *The EU Private Damages Directive – practical insights* (The EU Private Damages Directive), 2016; für rein ökonomische Forschungsarbeiten, vgl. *Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: *Ashton/Henry* (Hrsg.), *Competition damages actions in the EU*, 2013; *Durand/Williams* ERA Forum 2017, 79; *Schwalbe* NZKart 5 (2017), 157; folgende Arbeiten verfolgen einen interdisziplinären Ansatz, stammen aber aus der Zeit vor Umsetzung der Richtlinie: *Hüschelrath* et al (Hrsg.), *Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen*, 2012; *Inderst/Thomas*, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2015; unter Berücksichtigung der Richtlinie nun die Neuauflage letzteren Werkes *Inderst/Thomas*, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2018.

¹³ *Pass-on Study* 2016, S. 13, 37; findet in der Praxis bisher kaum Beachtung laut *Inderst/Thomas*, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2018, S. 450; dieses Anliegen verfolgen auch *Hüschelrath* et al (Hrsg.), *Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen*, 2012; *Inderst/Thomas*, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2015 und *Inderst/Thomas*, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2018; auf europäischer Ebene sind eine Reihe von Studien verfügbar, die zunehmend die unterschiedlichen Schadenskomponenten differenzieren: *Ashurst* (2004) „Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules“ – comparative report, prepared by *Waelbroeck, Slater, Even-Shoshan* (Ashurst study 2004); *Renda, Andrea* et al (2007) *Making Antitrust Damage Actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenario*, Report for the European Commission (2007 report); *Oxera* (2009), *Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts* (Oxera report 2009); Europäische Kommission (2013) *Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des AEUV* (Arbeitsunterlage) (Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden 2013); *Pass-on Study* 2016; Europäische Kommission, Leitlinien 2019.

¹⁴ *Inderst/Thomas*, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2018, S. 9.

B. Abgrenzung des Themas

I. Herausarbeitung des Analyseobjekts

1. Das Kartelldeliktsrecht als europäisches Sonderdeliktsrecht und seine Durchsetzung

Das Kartellrecht auf mitgliedstaatlicher sowie Unionsebene zeichnet sich traditionell durch eine starke öffentlich-rechtliche Dimension in der Rechtsdurchsetzung aus. Neben der Europäischen Kommission selbst,¹⁵ werden die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten aktiv. Man spricht von „behördlicher Durchsetzung“.¹⁶ Während diese Dimension also erprobt ist, befindet sich eine weitere, komplementäre Dimension seit einigen Jahren im Umbruch – die privatrechtliche Durchsetzung (auch: private Durchsetzung¹⁷). Diese Entwicklung begründet sich im Fallrecht des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH). Zuletzt erhielt die private Durchsetzung starken Auftrieb durch die Kartellschadensersatzrichtlinie. Die Richtlinie kodifiziert einige der vom EuGH entwickelten Prinzipien, konkretisiert diese durch materiell-rechtliche und prozessuale Vorgaben und schafft so ein Sonderdeliktsrecht.¹⁸ Dieses bildet das zu untersuchende Rechtsgebiet der vorliegenden Analyse. Konkreter geht es um die Durchsetzungsdimension, um Kartellschadensersatzklagen. Die Richtlinie betrifft die Schnittstelle aus materiellem Recht und Zivilprozessrecht. Erst im Zusammenspiel von materiellen und prozessualen Regelungen gelingt es, die Wirkung privater Schadensersatzklagen zu greifen.¹⁹ Die Regelungen wirken komplementär. Insofern stehen ausgewählte materiell- sowie prozessrechtliche Vorgaben im Hinblick auf Kartellschadensersatzklagen im Vordergrund dieser Untersuchung. Auf die behördliche Durchsetzung wird im Rahmen der Analyse nur insoweit eingegangen, wie sie für die privatrechtliche Durchsetzung von direkter Relevanz ist. Als Nebenschauplatz erfolgt im Rahmen der Analyse zugleich eine Einbettung des in Rede stehenden Sonderdeliktsrechts in die jeweiligen nationalen deliktsrechtlichen Haftungsregime.

¹⁵ Die Europäische Kommission kann laut Artikel 23 der Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1–25 (Verordnung 1/2003), die die Befugnis zur Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV regelt, Geldbußen verhängen.

¹⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union COM(2013) 404 final (Richtlinienvorschlag), S. 2.

¹⁷ Richtlinienvorschlag, S. 2.

¹⁸ *Odudu/Sanchez-Graells*, in: Giliker (Hrsg.), *Research Handbook on EU Tort Law*, 2017.

¹⁹ *Franck*, *Marktordnung durch Haftung*, 2016, S. 10f.

2. Eine erste Auswahl

a) Auswahl der Zuwiderhandlung

Die vorliegende Analyse untersucht die ökonomischen und juristischen Facetten von Schadensersatzansprüchen in der Folge einer Kartellabsprache, genauer einer Preisabsprache.²⁰ Die Ergebnisse haben darüber hinaus Aussagekraft für *Hard-core*-Kartelle im Allgemeinen. Eine Vielzahl der Einsichten ist für Marktmissbrauchsfälle ebenfalls zutreffend.

b) Fokus Geschädigtenseite

Das vorliegende Vorhaben fokussiert sich auf die Geschädigtenseite und lässt daher spannende Detailfragen der Passivlegitimation (inkl. der Privilegierung von Kronzeugen und kleinen und mittleren Unternehmen [KMUs]) außen vor. Im Rahmen der Analyse der Gesamtanreizsituation in Kartellzivilverfahren wird aber durchaus auf das Verhalten der Kartellteilnehmer eingegangen.

c) Eingrenzung möglicher Geschädigter

Eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht führt zu einer Vielzahl von Geschädigten innerhalb und außerhalb der Absatzkette eines Kartells.²¹ Die Richtlinie fokussiert sich auf die Geschädigten entlang der kartelleigenen Absatzkette. Nach dem System der Richtlinie macht jede Absatzstufe ihren Schaden eigenständig geltend. Dies gilt vom unmittelbaren Abnehmer bis hin zum Endverbraucher. Für die vorliegende Untersuchung stehen die unmittelbaren (auch direkten) und mittelbaren (auch indirekten) Abnehmer entlang der kartelleigenen Absatzkette im Vordergrund. Die Ebene der Endverbraucher wird basierend auf der Auswahl der zu betrachtenden Schadenskomponenten weitestgehend ausgeklammert.

d) Die Zielvorgabe vom „vollständigen Schadensersatz“

Die Kartellschadensersatzrichtlinie macht einige konkrete materiell- und prozessrechtliche Vorgaben zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Ihre Hauptzielsetzung ist der „vollständige Schadensersatz“²² für alle Geschädigten eines Kartellrechtsverstößes. Dieser umfasst den Ersatz der eingetretenen Vermögenseinbuße und des entgangenen Gewinns, zuzüglich der Zahlung von Zinsen (Art. 3 [2] S. 2).

²⁰ So verfahren auch *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 15; dies ist die typischste Kartellvariante, vgl. *Rüggeberg*, in: Ruiz Peris (Hrsg.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: Proyecto europeo „Training of National Judges in EU Competition Law“*, 2018, S. 267.

²¹ Geschädigte Abnehmer werden ab Kapitel §2.V. vorrangig auch als Anspruchsteller oder Kläger bezeichnet. Die Kartellteilnehmer haben die Rolle der Schädiger inne und werden im weiteren Verlauf zur Beklagtenseite bzw. zu Anspruchsgegnern.

²² Vgl. Erwägungsgrund 3 ff. sowie Art. 1 (1) S. 1 und Art. 3. In den Erwägungsgründen werden weitere sekundäre Ziele genannt.

Ausgangspunkt bildet dabei die Differenzhypothese. Diese Zielsetzung soll daher die Messlatte für die vorliegende Untersuchung bilden, wobei Zinsen nicht vertieft behandelt werden. Die Richtlinie betrachtet primär das Zusammenspiel aus den drei Schadenskomponenten Preisaufschlag, Abwälzung und Mengeneffekt. Aus der Perspektive eines jeglichen Abnehmers gesprochen ist danach der Endbetrag aus einer Berechnung des (gezahlten) Preisaufschlags abzüglich der Abwälzung und zuzüglich des daraus resultierenden Mengeneffekts ersatzfähig.²³ Darum wird es vorliegend gehen.

e) *Beschränkung auf Individualklagen*

Die Richtlinie regelt die kollektive Rechtsdurchsetzung nicht. Die vorliegende Untersuchung fokussiert sich daher auf Individualklagen. Dadurch dass sie einige ihrer Schwächen aufdeckt, wird eine Teilaussage über das Potenzial von kollektiver Rechtsdurchsetzung (oder alternativer Mechanismen) getroffen.

Der Forschungswinkel lautet somit wie folgt: Die Untersuchung nimmt die Frage in den Blick, inwieweit ein Abnehmer eines Preiskartells (unmittelbar oder mittelbar, mit Ausnahme der Endverbraucher) im Hinblick auf die drei Schadenskomponenten – Preisaufschlag, Abwälzung und Mengeneffekt – erfolgreich seinen vollständigen Schadensersatzanspruch geltend machen kann. Innerhalb dieses Forschungswinkels gilt folgendes Hauptaugenmerk.

3. *Mengeneffekte entlang einer kartelleigenen Absatzkette als besondere Herausforderung*²⁴

In einer typischen Abnehmerkette eines Kartells gibt es mehrere Wertschöpfungsebenen und es kommt potenziell verschiedentlich zu Mengeneffekten. Kartellschäden werden unterschätzt, wenn der Mengeneffekt nicht berücksichtigt wird.²⁵ Juristisch findet er dennoch bisher kaum Beachtung.²⁶ Davon bildet auch die Richtlinie keine Ausnahme.

²³ Ab Kapitel §2 wird dies verkürzt durch die Summe aus ‚A+B+C‘ dargestellt werden, wobei A = Preisaufschlag, B = Abwälzung und C = Mengeneffekt.

²⁴ Die ausführliche Herleitung wird in Kapitel §2 vorgenommen.

²⁵ Dies gilt in der Regel, vgl. *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2018, S. 354, 440; Europäische Kommission, Leitlinien 2019, S. 23: wenn rein der abgewälzte Betrag abgezogen wird; vgl. dazu ausführlich Kapitel §2.

²⁶ Pass-on Study 2016, S. 13; *Verboven/van Dijk* JIndEc 7 (2009), 457, 458; dies ist auch das Ergebnis der folgenden europaweiten Studien: *Laborde* Concurrences N° 1 2017, 36; *Laborde* Concurrences N° 4 2017, 1; *Laborde* Concurrences N° 1 2019, 1, 6, 8; für das deutsche Recht: *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, 306f.; *Meessen*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht, 2011, S. 403; *Parcu/Rossi*, in: *Parcu/Monti/Botta* (Hrsg.), Private enforcement of EU Competition Law: The impact of the Damages Directive, 2018, S. 72; inzwischen gilt: *Noble/Lauer* CLPD 4 (2018), 30, 37: „that it is becoming more widely accepted that volume effects should be routinely quantified in ordinary damages calculations“; *Heinze* ZEuP 2 (2020), 281, 301 ff.

a) Rudimentäre unionsrechtliche Vorgaben als Herausforderung für die Mitgliedstaaten

Die Richtlinie regelt nicht alle der drei ausgewählten Schadenskomponenten samt Beweiserleichterungen²⁷ gleichermaßen ausführlich. Während Preisaufschlag und Abwälzung mit mehreren gezielten Vorschriften bedacht werden, sind die Vorgaben mit Blick auf den Mengeneffekt minimal.²⁸ Es wird lediglich festgelegt, dass der vollständige Schadensersatz den entgangenen Gewinn mitumfasst (Art. 3) und dass dieser Ersatzanspruch unbeschadet einer Abwälzung besteht und einklagbar ist (in Art. 12 [3]). Damit obliegt die Darlegungs- und Beweislast der Klägerseite.²⁹ Diese rudimentäre Herangehensweise lässt größere Anreizinkompatibilitäten auf Klägerseite erwarten, die wiederum die Beklagtenseite begünstigen könnten. Die Richtlinie sieht zudem einen Abwälzungseinwand für Kartellteilnehmer vor. Entsprechend wird aus Geschädigtensicht – man stelle sich der Veranschaulichung halber einmal vor, dass die Abnehmer jeweils eine vollständige Abwälzung vornehmen und sich Preisaufschlag und abgewalzter Betrag somit entsprechen – die dadurch möglicherweise einzig verbleibende Schadenskomponente Mengeneffekt an Bedeutung gewinnen müssen. Dies reflektiert die Richtlinie nicht. Es wird insgesamt nicht sachgerecht auf die Zielvorgabe vom vollständigen Schadensersatz hingearbeitet. Aus ökonomischer Sicht ist die Entscheidung des Unionsgesetzgebers, Mengeneffekte nur untergeordnet zu berücksichtigen, inkohärent.³⁰

Gerade für den Mengeneffekt gilt: Ohne konkrete Beweiserleichterungen für seine Geltendmachung, denn explizit sieht die Richtlinie solche nicht vor, sind die Klageanreize auf Klägerseite gering und bringen das Erreichen des Richtlinienziels in Gefahr. In seiner Zurückhaltung gibt der Unionsgesetzgeber die Verantwortung dafür, ein effektives Schadensregime in den einzelnen Rechtsordnungen zu implementieren, weitgehend in die Hände der Mitgliedstaaten. Dazu lässt er ihnen auch einen abgesteckten Umsetzungsspielraum.

b) Erkenntnisgewinn durch Rechtsvergleichung

Daher ergibt sich ein Bedarf an rechtsvergleichender Forschung, um der Frage nachzugehen, wie verschiedene Länder die Kartellschadensersatzrichtlinie umsetzen und insbesondere wie sie im Rahmen ihres Umsetzungsspielraums den Ersatzanspruch im Hinblick auf den Mengeneffekt beweisrechtlich erleichtern. Für den

²⁷ Der Begriff soll hier im Sinne von *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, ²³2018, §286, Rn.9 als Überbegriff verwendet werden: „Hinter dem Begriff Beweiserleichterung können sich verschiedene Ansätze verbergen, die darauf abzielen, dem Beweisführer den Beweis zu erleichtern.“ Dazu zählen Absenkungen des Beweismaßes, Beweisregeln sowie die Umkehr der Beweislast. Offenlegung wird separat behandelt.

²⁸ *Galle* NZKart 4 (2016), 214, 220; *Weber* NZKart 6 (2018), 13; vgl. dazu ausführlich Kapitel §3.

²⁹ Es handelt sich um eine separat einklagbare Schadensposition, vgl. *Ebers*, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 606.

³⁰ Dazu vertieft in Kapitel §2.

Ländervergleich wurden neben Deutschland die Niederlande sowie Spanien ausgewählt.

Als primäres Auswahlkriterium für die zu betrachtenden Mitgliedstaaten gilt die Anzahl der durchgeführten Kartellzivilverfahren: Deutschland und die Niederlande gelten einhellig (neben England) bereits vor Umsetzung der Richtlinie als die ‚attraktivsten‘ Rechtsordnungen für die private Kartellrechtsdurchsetzung.³¹ Auch die spanische Rechtsordnung erfreut sich einiger Beliebtheit.³² Ein zweites Auswahlkriterium ist das Vorhandensein von höchstrichterlicher Rechtsprechung zum Kartellschaden. In allen drei Ländern ist die Schadensabwälzung im Kartellrecht bereits vor Umsetzung vom jeweils höchsten Gericht thematisiert worden, zweimal unter Berücksichtigung des Mengeneffekts und einmal ohne seine Berücksichtigung: Unter den europäischen Mitgliedstaaten hatten vor Umsetzung der Richtlinie nur Deutschland und Spanien auf höchstgerichtlicher Ebene den Mengeneffekt der Kartellabnehmer behandelt. In Deutschland äußerte sich der Bundesgerichtshof (BGH) im Fall *ORWI* im Jahr 2011 zur Thematik von Abwälzung und Mengeneffekt.³³ In Spanien sind es die zwei Urteile des spanischen Obersten Gerichtshofs *Tribunal Supremo* (TS) bezüglich des Zuckerkartells.³⁴ In den Niederlanden positionierte sich der *Hoge Raad* (HR) im Jahr 2016 ebenfalls zum Abwälzungseinwand.³⁵ Dabei wurde der Mengeneffekt jedoch nicht thematisiert. Zuletzt spielte auch die geographische Nord-Süd-Komponente bei der Auswahl eine Rolle.

³¹ Das gilt für die Niederlande sogar noch stärker als für Deutschland; OECD, Relationship between public and private antitrust enforcement. Note by the Secretariat. 11.6.2015; *Fanoy/Raats* Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk 2013, 266; *Lierop/Pijnacker Hordijk*, Preadvies, 2007, S. 88: Praktiker halten Deutschland, England, Frankreich und die Niederlande 2007 für interessante Rechtsordnungen; Europäische Kommission (2013), Commission staff working document – Impact assessment report – Damages actions for breach of the EU antitrust rules – Accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, SWD(2013) 203 final, 11.6.2013 (Europäische Kommission, Impact assessment report 2013), S. 19: England, gefolgt von Deutschland und den Niederlanden; *Petrasinu* CLPD 4 (2018), 14: ist Deutschland gemeinsam mit dem Vereinigten Königreich und den Niederlanden eine der „top three jurisdictions in Europe for private antitrust enforcement“; im Lichte des Brexit wurde von einem detaillierten Rechtsvergleich mit England Abstand genommen; *Houdijk/Schäfers* Onderneming en Financiering 23 (2015), 44, 45 nennt die Niederlande, Deutschland und England; letztere seien noch fortschrittlicher als die Niederlande; *Drijber* Ondernemingsrecht 124 (2016), 620, nennt ebenfalls die drei Länder; *Rusu/Looijestijn-Clearie* WuW 2017, 374, 378: „[...] the Dutch private enforcement system was quite solid prior to the adoption of the Directive. It is no surprise that the Netherlands was, and still is, regarded as one of the preferred European jurisdictions when it comes to litigating on matters relating to damages claims connected to competition law infringements“; zu den Vorzügen der Niederlande, vgl. *Möhlmann/Fidder/Schreiber* Concurrences 2019, 208, 209.

³² *Marcos Fernández* GCLR 182 (2013), 167; *Hitchings/Malo/Loras* Concurrences – Revue des droits de la concurrence 2015, 25, 28; *Rodger*, The empirical data part 1: Methodology, case-law, courts and processes, S. 94.

³³ BGH Urteil vom 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145.

³⁴ TS Urteil vom 8.6.2012, ECLI: ES:TS:2012:5462 und TS Urteil vom 7.11.2013, ECLI:ES:TS:2013:5819.

³⁵ HR Urteil vom 8.7.2016, ECLI: NL:HR:2016:1483; in der mitgliedstaatlichen Praxis ist es

Die drei Länder sind für den Rechtsvergleich ausgewählt in der Erwartung, dass sie das Potenzial bergen, dass sich im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie eine effektive Ausgestaltung der auf europäischer Ebene nur rudimentär bedachten Schadensersatzklagen mit Blick auf den Mengeneffekt entwickelt bzw. entsprechende Entwicklungen angestoßen werden. Es wird erwartet, dass von den vorgefundenen Lösungen und Lösungsansätzen auch andere Mitgliedstaaten profitieren können werden.

c) Die ökonomische Analyse

Die ökonomische Analyse ist an zwei Stellen der Untersuchung bedeutsam:

Im Kartellrecht steht die Sinnhaftigkeit der Ökonomie generell außer Frage.³⁶ So besteht die erste Herausforderung darin, den ökonomischen Begriff des Kartellschadens unter die rechtlichen Kategorien des Kartellschadensersatzes zu fassen.³⁷ Daher ist dem rechtsvergleichenden Teil der Untersuchung eine ökonomische Durchleuchtung des Kartellschadens in der Marktdynamik vorgeschaltet, die eine fundierte Auswahl und ein vertieftes Verständnis der relevantesten Schadenspositionen ermöglicht. So kann im weiteren Verlauf eine kritische Analyse im Hinblick auf Beweiserleichterungen je Schadenskomponente erfolgen.

Zum zweiten werden die rechtsvergleichende und die rechtsökonomische Analyse miteinander verzahnt. Methodisch handelt es sich um die etablierte Vorgehensweise in ‚comparative competition law and economics‘.³⁸ Im Rahmen des Rechtsvergleichs werden verschiedene Lösungen untersucht. Zur Bewertung der unterschiedlichen juristischen Vorgehensweisen dient die ökonomische Analyse des Rechts, die die Anreize der verschiedenen Beteiligten im Schadensersatzprozess betrachtet. Hierzu wird ein rechtsökonomischer Analyserahmen festgelegt. Er ermöglicht eine positive Verhaltensanalyse der verschiedenen Akteure *in puncto* Rechtsdurchsetzung.³⁹ Der Mengeneffekt ist ökonomisch fundiert. Die Frage ist daher vielmehr, ob seine erfolgreiche Geltendmachung in den verschiedenen Rechtsordnungen der Zielsetzung der Richtlinie entsprechend erreicht wird. Dabei kommen neben Beweiserleichterung weitere materiell- und prozessrechtliche Vorgaben insbesondere *in puncto* Offenlegung zum Tragen.

insgesamt bisher kaum zu einer Behandlung des Abwälzungseinwands gekommen, Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 602.

³⁶ Cooter/Ulen, Law & Economics, ⁶2016, S. 1.

³⁷ Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 6; ebenfalls treffend formuliert Franck AcP 216 (2016), 336, auf S. 336 es gelte, „ökonomische Befunde in haftungsrechtliche Kategorien zu übersetzen“.

³⁸ van den Bergh/Camesasca, European Competition Law and Economics – a comparative perspective, ²2006; van den Bergh (Hrsg.), Comparative Competition Law and Economics, 2017.

³⁹ Die Ökonomie kann für die Vorhersage der Effekte von Rechtsregeln nutzbar gemacht werden, vgl. Cooter/Ulen, Law & Economics, ⁶2016, S. 3. Statt von ökonomischer Analyse des Rechts kann synonym von Rechtsökonomie bzw. Law & Economics gesprochen werden.

C. Plan der Untersuchung im Überblick

Die Untersuchung bietet die Gelegenheit zu einer umfassenden rechtsdogmatischen, rechtsvergleichenden sowie rechtsökonomischen Betrachtung des Kartellschadensrechts. Zunächst werden die drei ausgewählten Schadenskomponenten sowie ihre Interdependenzen ökonomisch hergeleitet und fundiert (Kapitel §2). Von der Marktdynamik, innerhalb derer die Schadenspositionen entstehen, wird die Perspektive anschließend hin zur Prozessdynamik verlagert, bei der es um die juristische Geltendmachung der entstandenen Schäden geht. Es wird ein rechtsökonomischer Analyserahmen für die Bewertung der rechtlichen Vorgaben ausgestaltet, der in den Folgekapiteln zur Anwendung kommt, um die Qualität der Anreize für Schadensersatzklagen im Hinblick auf die unterschiedlichen Schadenskomponenten zu offenbaren. Anschließend wird die Kartellschadensersatzrichtlinie, die die privatrechtliche Durchsetzung ebendieser Schadenskomponenten ausgestaltet, im Detail analysiert (Kapitel §3). Es gilt, die unionsrechtlichen Vorgaben gründlich zu inventarisieren und die Anforderungen an die Mitgliedstaaten und den gegebenen juristischen Spielraum bei der Umsetzung der Richtlinie zunächst allgemein abzuschätzen, um so eine Auswahl der besonders relevanten Vorgaben zu ermöglichen (zusammengefasst in Kapitel §4). Daraufhin wird die Umsetzung der Richtlinie in drei ausgewählten Mitgliedstaaten (Deutschland, Niederlande und Spanien) rechtsvergleichend untersucht (Kapitel §§5–7). Im Anschluss an die juristische Untersuchung erfolgt jeweils eine zweiteilige ökonomische Analyse: In einem ersten Teil wird der Einklang der für die verschiedenen Schadenskomponenten vorherrschenden Beweiserleichterungen mit dem ökonomischen Fundament abgeglichen. Im zweiten Teil geht es um die Anreizsituation im Schadensersatzprozess im Hinblick auf die ausgewählten Schadenskomponenten. Diese ökonomische Analyse dient zur Bewertung der vorgefundenen Lösungen. Mit ihrer Hilfe können Anreizinkompatibilitäten aufgedeckt werden. Als Maßstab dient dabei die Zielvorgabe der Richtlinie: Es geht also um eine Betrachtung der Effektivität kartellrechtlicher Schadensersatzklagen in ausgewählten Mitgliedstaaten mit Blick auf die Erreichung des Richtlinienziels vollständiger Schadensersatz. Dabei gilt ein besonderes Augenmerk den Mengeneffekten. So wird es im Endeffekt möglich, dank einer interdisziplinären Perspektive zu antizipieren, ob das in der Richtlinie intendierte Verhalten erreicht und entsprechend die Zielsetzung der Richtlinie verwirklicht wird. Kapitel §8 schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse.

§2 Ökonomie des Kartellschadens

A. Einführung

Das vorliegende Kapitel dient primär der Illustration des ökonomischen Begriffs des Kartellschadens. Dazu beginnt es mit einer kurzen Einführung in die Ökonomie, wobei die Darstellung ihrer Relevanz für die Analyse des Rechts, die Erläuterung des ökonomischen Verhaltensmodells sowie die Ausdifferenzierung der Marktversagensproblematik die Schwerpunkte bilden. Es erfolgt eine Positionierung zur Verhaltensökonomie im kartellrechtlichen Kontext. Anschließend wird die Existenz des Kartellrechts im Allgemeinen ökonomisch begründet – und mit ihr die Notwendigkeit seiner erfolgreichen Durchsetzung. Es wird eine Reihe von klassischen Annahmen für die weitere ökonomische Untersuchung getroffen. Am Kapitelende wird ein Analyserahmen aufgestellt, auf dessen Basis die rechtlichen Vorgaben zur Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen bewertet werden können.

Im Kern geht es in diesem Kapitel um eine ökonomische Ausdifferenzierung des Schadens, der durch ein Kartell entsteht. Dazu werden zunächst der Marktmechanismus und seine Behinderung durch eine Kartellvereinbarung erläutert. Auf diese Weise werden Schadenspositionen wirtschaftswissenschaftlich hergeleitet und aufgezeigt. Die Zwischenbeziehungen zwischen einzelnen Schadenskomponenten werden vertieft betrachtet. Zentral steht dabei das Objekt der Studie – der (kartellbedingte) Schaden entlang der kartelleigenen Absatzkette unter besonderer Berücksichtigung der Mengeneffekte. Der Kartellschaden wird in aller Ausführlichkeit erläutert. Die ökonomischen Zusammenhänge zwischen Kartell und Preisaufschlag, Preisauflage und Abwälzung sowie Abwälzung und Mengeneffekt werden herausgestellt. Das Kapitel beschreibt die Marktgegebenheiten und wie sie die Entstehung verschiedener Schadenspositionen beeinflussen im Detail, hat es aber nicht zum Ziel, die einschlägigen ökonomischen Berechnungsmethoden zu erläutern.¹ Es geht darum, ein Grundverständnis für ökonomische Einsichten zu schaffen.

Ausgehend von der Marktdynamik, innerhalb derer der Kartellschaden entsteht, erfolgt anschließend der Perspektivenwechsel hin zur Prozessdynamik und zu Fragen einer erfolgreichen Geltendmachung der entstandenen Schäden. Um die

¹ Insoweit wird dem Ansatz von *Hellwig*, in: Basedow (Hrsg.), *Private enforcement of EC Competition Law*, 2007, S. 128 gefolgt.

rechtlichen Vorgaben in den Folgekapiteln (zum Unionsrecht sowie in den ausgewählten Mitgliedstaaten) bewerten zu können, wird zum Abschluss des Kapitels ein rechtsökonomischer Analyserahmen für Kartellzivilverfahren aufgestellt.

B. Die Ökonomie des Kartellschadens

I. Ökonomische Grundlagen

In einem ersten Schritt werden einige ökonomische Grundlagen eingeführt.² Generell hält die Ökonomik eine wissenschaftliche Theorie zur Vorhersage der Effekte und Auswirkungen von Rechtsregeln bereit.³ Sie bietet zudem das Instrumentarium für eine empirische Überprüfung.

1. Positive und normative Analyse des Rechts

Die ökonomische Analyse des Rechts unterteilt sich in eine positive und eine normative Variante. Die positive Analyse des Rechts betrachtet die den Rechtsregeln immanente Anreizstruktur und dient dazu, das Verhalten der Rechtsadressaten vorhersagbar zu machen.⁴ Die normative Analyse des Rechts gibt Empfehlungen dazu, wie eine Rechtsordnung gestaltet sein sollte. Dazu wird analysiert, ob durch bestehendes Recht ökonomisch effiziente Zustände erreicht werden bzw. wie das Recht ausgestaltet werden muss, um solche zu erreichen.

a) Positive Analyse

Im Rahmen einer positiven Analyse werden im Grunde Verhaltensanalysen durchgeführt, bei denen die Anreizwirkung des Rechts im Mittelpunkt steht.⁵ Überprüft man die durch das Recht gesetzten Anreize, lässt sich sein Effekt, seine Wirkung, ableiten – *ex post* sowie *ex ante*. Ein Ökonom betrachtet vereinfacht ausgedrückt jegliche Sanktion wie einen Preis.⁶ Erhöht man die Sanktion für einen Rechtsverstoß, wird das Verhalten, welches zu diesem Rechtsverstoß führen würde, ökonomisch betrachtet ‚verteuert‘. Diese Verteuerung führt dazu, dass die Rechtsadressaten in der Folge ihr Verhalten ändern und weniger dieser nun ‚teureren‘

² Für eine Vertiefung sei auf einige Law & Economics-Standardwerke verwiesen: Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012; Cooter/Ulen, Law & Economics, ⁶2016; Shavell, Foundations of economic analysis of law, 2004.

³ Cooter/Ulen, Law & Economics, ⁶2016, S. 3.

⁴ Paces/Visscher, in: van Klink/Taekema (Hrsg.), Law and method. Interdisciplinary research into law, 2011, S. 89f.

⁵ van Klink/Taekema (Hrsg.), Law and method. Interdisciplinary research into law, 2011, S. 89.

⁶ Cooter/Ulen, Law & Economics, ⁶2016, S. 3; Cooter CLR 84 (1984), 1523 verweist allerdings auch auf Unterschiede zwischen Preisen (Entschädigung für die Kosten erlaubter Handlungen) und Sanktionen (Abschreckung verbotener Handlungen).

Rechtsverstöße begehen.⁷ Diese sogenannten „impliziten Preise“⁸, mit denen das Recht ein bestimmtes Verhalten belegt, lassen sich mithilfe ökonomischer Instrumente beobachten oder auch vorhersagen. Eine Analyse kann also zum einen *ex post* auf der Basis tatsächlich verfügbarer Daten geschehen. Gerade im Hinblick auf Gesetzgebungsverfahren ist aber auch eine hypothetische *ex ante* Analyse zielführend.

Vom Ansatzpunkt her geht man innerhalb der Forschungsrichtung der ökonomischen Analyse des Rechts also nicht davon aus, dass Individuen von Natur aus rechtstreu sind; Rechtsbefolgung lässt sich nicht *per se* aus Moral oder aus Pflichtbewusstsein ableiten.⁹ Die Fragen, inwieweit soziale Normen, Moralvorstellungen etc. die Wirkung einer bestimmten Rechtsregel verstärken bzw. wie die Interaktion sich genau gestaltet, finden innerhalb der Rechtsökonomie aber ebenfalls Beachtung.¹⁰ Zweifelsohne überzeugt es einen Rechtsökonom nicht, dass Normen verfassungsmäßig zustande gekommen sind und „weiterer Begründung weder bedürftig noch fähig“.¹¹ Im Kern geht es innerhalb der ökonomischen Analyse des Rechts in ihrer positiven Variante um die Untersuchung der Auswirkungen von Rechtsregeln auf das Verhalten der Rechtsadressaten (und damit der Gesellschaft).

b) Normative Analyse

Bei der normativen Variante der ökonomischen Analyse des Rechts hingegen geht es darum, effiziente Vorschriften auszuarbeiten. In ihrer normativen Variante steht die ökonomische Analyse im Einklang mit der generellen Kernfrage der Wirtschaftswissenschaften, nämlich der Frage danach, wie die knappen Ressourcen einer Gesellschaft so eingesetzt werden können, dass ein möglichst hoher Grad an Bedürfnisbefriedigung erreicht wird.¹² Die normative Analyse stellt einen bedeutsamen Teilbereich innerhalb der Rechtsökonomie dar.¹³ Änderungen des Rechtsrahmens werden anhand ihres Einflusses auf die Allokationseffizienz bewertet.¹⁴ Allokationseffizienz bezeichnet eine bestimmte Güterzuordnung innerhalb einer Gesellschaft. Konkreter versteht sich darunter ein Zustand, bei dem global ausgedrückt kein Gesellschaftsmitglied mehr besser gestellt werden kann, ohne dass mindestens ein Gesellschaftsmitglied schlechter gestellt wird.¹⁵ Ein Synonym zur Allokationseffizienz ist die „Pareto-Optimalität“ oder „Pareto-

⁷ Cooter/Ulen, Law & Economics, ⁶2016, S. 3.

⁸ Cooter/Ulen, Law & Economics, ⁶2016, S. 3.

⁹ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XXXIV.

¹⁰ Vgl. zur Interaktion mit Moral, *Shavell*, Foundations of economic analysis of law, 2004, S. 608ff.; zu „social norms“, vgl. *Kerkmeester*, in: Boudewijn/de Geest (Hrsg.), Encyclopedia of Law and Economics. Vol. I: The History and Methodology of Law and Economics, 2000, S. 385 ff.

¹¹ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XXXIV.

¹² Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XXXIII.

¹³ *Towfigh*, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Economic methods for lawyers, 2015, S. 28.

¹⁴ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XXXIX. In der empirischen Literatur wird oft eine Veränderung des Bruttosozialprodukts gemessen, es gibt aber auch alternative Indikatoren.

¹⁵ *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S. 4f.; vgl. dazu auch *Behrens*, Europäisches Markttöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 115.

Effizienz¹⁶. Allokationseffizienz und Gerechtigkeit sind zwei ganz unterschiedliche Kriterien, jedoch muss zwischen ihnen nicht notwendigerweise ein eklatanter Widerspruch bestehen.¹⁷ Im Idealfall koinzidieren sie.¹⁸ Effizienz und eine ungerechte Verteilung sind an vielen Stellen vereinbar.¹⁹ Eine durchweg ineffiziente Gesellschaft ist andererseits zweifelsohne ungerecht. Das Konzept der Allokationseffizienz stößt auf vielerlei Kritik.²⁰ So steht innerhalb der Ökonomie die Verteilungsgerechtigkeit als weiteres Ziel neben dem der Allokationseffizienz.²¹ Klassischerweise findet diese Umverteilung in einem zweiten Schritt statt – nachdem ‚der Kuchen zunächst so groß wie möglich gebacken wurde‘. Dieser zweite Schritt wird nicht immer als ökonomisch sinnvoll verstanden, denn mit jeder Umverteilungsmaßnahme gehen Transaktionskosten einher und somit Effizienzverluste. Kein Rechtsökonom würde fordern, dass sich Rechtsregeln ausschließlich am Effizienzziel orientieren sollten.²² Zur Erreichung höherrangiger Ziele müssen auch nach führender Ansicht in der Rechtsökonomie Effizienzverluste hingenommen werden.²³ Die Allokationseffizienz bietet nur eine Perspektive auf das Recht.²⁴ Sie ist gegenüber anderen Zielen der Rechtsordnung abzuwägen.

¹⁶ Pareto Manual of Political Economy, 1906; im Unterschied dazu wird bei der Kaldor-Hicks-Effizienz eine Verrechnung der Kosten und Nutzen für die Gesellschaft durchgeführt. Die ‚Gewinner‘ müssen die ‚Verlierer‘ im Ergebnis entschädigen können und dabei einen Nettutzen übrigbehalten. Die Entschädigung der ‚Verlierer‘ ist dabei nur eine gedankliche, theoretische Möglichkeit und für die Erfüllung des Kriteriums nicht erforderlich. Dieses Kriterium findet bei Politikbewertung (z. B. in *impact assessments* oder Gesetzesbegründungen) klassischerweise Verwendung, vgl. Hicks The Economic Journal 49 (1939), 696; Kaldor The Economic Journal 49 (1939), 549; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 13 ff. zum engen Anwendungsbereich des Pareto-Kriteriums; die „Pareto-Effizienz“ wird typischerweise in drei Teileffizienzen unterteilt, nämlich die effiziente Produktion, den effizienten Konsum und die effiziente Produktionsstruktur, vgl. ebd., S. 15 ff.; Towfigh/Petersen (Hrsg.), Economic methods for lawyers, 2015, S. 30; auch das Kaldor-Hicks-Kriterium ist kritikfähig, vgl. ebd., S. 31; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 25 ff.; kritisch dazu, die Kosten und Nutzen für die verschiedenen Individuen in einer Gesellschaft mithilfe der Zahlungsbereitschaft zu messen, Towfigh, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Economic methods for lawyers, 2015, S. 31; zu den Bemessungsschwierigkeiten, vgl. auch Paccès/Visscher, in: van Klink/Taekema (Hrsg.), Law and method. Interdisciplinary research into law, 2011, S. 92.

¹⁷ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XXXIX.

¹⁸ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 18.

¹⁹ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XL.

²⁰ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 19 f.; Towfigh, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Economic methods for lawyers, 2015, S. 30; Paccès/Visscher, in: van Klink/Taekema (Hrsg.), Law and method. Interdisciplinary research into law, 2011, S. 90 f.

²¹ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XL, 18 f.: Dabei ist es von Vorteil, die unterschiedlichen Ziele durch unterschiedliche Maßnahmen anzustreben; Cooter/Ulen, Law & Economics, ⁶2016, S. 4 erläutern, dass nicht alle Ökonomen sich auch diesem Ziel verschrieben: „While almost all economists favor changes that increase efficiency, some economists take sides in disputes about distribution and others do not take sides.“

²² Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XXXIX; Paccès Hamburg Law Review 2015, 57, 67.

²³ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XL.

²⁴ Inwiefern Effizienz als Rechtsprinzip gelten kann wird analysiert von Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, ⁴2015.

Was die Beziehung der positiven und der normativen Dimension untereinander angeht, kann man sich die normative Analyse als zweiten auf die positive Analyse folgenden Schritt vorstellen. Zunächst gilt es, Erkenntnisse über das tatsächliche Verhalten von Individuen in bestimmten Situationen zu erlangen. Anschließend kann dieses Wissen dazu genutzt werden, eine Steuerung vorzunehmen. Dabei ergibt sich dann die Richtung aufgrund der ökonomischen Zielsetzung der Allokationseffizienz. *Towfigh* bezeichnet die normative Dimension in diesem Lichte als „ultimate objective“.²⁵

Mit der normativen Frage, wie eine Rechtsstruktur im Hinblick auf das Ziel der Allokationseffizienz beschaffen sein sollte, setzt sich die vorliegende Arbeit nur am Rande auseinander. Zwar ist die Zielsetzung der Allokationseffizienz bedeutsam für die Durchdringung der kartellbedingten Schadenskomponenten und bei der Herleitung der Notwendigkeit eines Markteingriffs durch das Kartellrecht. Sie bildet somit eine wichtige Grundlage für die folgende Analyse. Im Kern geht es in diesem Forschungsvorhaben dann aber um die tatsächlichen Verhaltensanreize, die für Geschädigte im Hinblick auf die Durchsetzung der kartellbedingten Schadensersatzansprüche gesetzt werden. Diese werden im Lichte der Zielsetzung der Richtlinie überprüft.

2. Der Rückgriff auf ein Verhaltensmodell

Innerhalb der ökonomischen Analyse des Rechts stehen die Einsichten zum Marktmechanismus und zum wirtschaftlichen Verhalten einzelner Wirtschaftssubjekte (Anbieter, Nachfrager) aus der Mikroökonomie zentral.²⁶ Für eine Verhaltensanalyse stellt sich die Frage nach der genauen Vorgehensweise. Hier ist insbesondere die Entscheidung über das Verhaltensmodell grundlegend, um auf dieser Basis individuelles Verhalten zu antizipieren. Dass man innerhalb der ökonomischen Analyse so viel Wert auf den Einzelnen legt, ergibt sich aus dem ihr eigenen Ansatz des methodologischen Individualismus.²⁷ Danach steht die Beobachtung individuellen Verhaltens im Vordergrund. Die Ergebnisse lassen in ihrer Gesamtheit aggregiert Rückschlüsse auf das gesellschaftliche Verhalten zu. So können Verhaltensmuster aufgedeckt werden. Der Blick wird auf das durchschnittliche Verhalten von Individuen, die mit der gleichen Situation konfrontiert werden, gelenkt.²⁸

²⁵ *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Economic methods for lawyers*, 2015, S. 28.

²⁶ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XXXVIIIff. Zu den Weiterentwicklungen und Einsichten unterschiedlicher Schulen, was die Wettbewerbspolitik angeht, vgl. *van den Bergh*, in: *van den Bergh* (Hrsg.), *Comparative Competition Law and Economics*, 2017; vgl. Ausführungen zur Allokationseffizienz im hiesigen Kapitel unter B.II.2.a).

²⁷ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XXXVf., 46 f.; *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Economic methods for lawyers*, 2015, S. 18 f.

²⁸ *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Economic methods for lawyers*, 2015, S. 19.

a) *Der Homo Oeconomicus*

Das Grundmodell der Neoklassik ist der Homo Oeconomicus, dessen Verhalten durch externe Restriktionen und individuelle Präferenzen bestimmt wird.²⁹ Individuelle Präferenzen führen zu einem persönlichen Ranking der für eine Entscheidung vorliegenden Alternativen. Restriktionen begrenzen dabei den individuellen Handlungsspielraum. Die Präferenzen werden aus methodischen Gründen als relativ stabil und ‚von innen gegeben‘, inhärent, angenommen.³⁰ Restriktionen können hingegen von außen beeinflusst werden, etwa durch Gesetzesreformen. Der Homo Oeconomicus verhält sich strikt rational, wenn er seine Optionen in eine Rangfolge bringt.³¹ Rationalwahl setzt eine vollständige, transitive, unabhängige und widerspruchsfreie Präferenzenbildung des Individuums im Hinblick auf alle Möglichkeiten voraus. Hieraus ergibt sich eine Rangfolge der Alternativen.³² Indem das Individuum die am höchsten bewertete Möglichkeit, die bei gegebenen Restriktionen erreichbar ist, wählt, maximiert es seinen Nutzen.³³ Die Nutzenfunktion eines Individuums bildet seine Wohlfahrt ab. Sie kann sich aus vielerlei Faktoren zusammensetzen.³⁴ Ein klassischer Maßstab ist die Zahlungsbereitschaft.³⁵ Das Referenzmodell des Rationalverhaltens geht auf *Neumann/Morgenstern* zurück.³⁶ Der Homo Oeconomicus in seiner Ausgangsvariante verfolgt außerdem strikt seine eigenen Interessen ohne die Interessen anderer zu berücksichtigen.³⁷ Das ist die Aussage des Eigennutzenaxioms. Gleichsam gilt er als vollständig informiert. Es haben sich inzwischen modernere Varianten des Homo Oeconomicus herausgebildet, die die verschiedenen Annahmen teilweise modernisieren.³⁸

²⁹ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 95 ff.; *Kirchgässner*, Homo oeconomicus: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, ⁴2013, S. 13 ff.; *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2009, S. 25; *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 120 f.; vgl. die Ausführungen in *Weber/Schäfer* Der Staat 56 (2017), 1, 4 ff.

³⁰ *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), Economic methods for lawyers, 2015, S. 29: the „inner utility function“.

³¹ *Ulen*, in: *Bouckaert/de Geest* (Hrsg.), Encyclopedia of Law & Economics: Vol. 1, 2000, S. 790 ff.; *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), Economic methods for lawyers, 2015, S. 21.

³² *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 95 ff.

³³ *Schmidtchen* CSLE Diskussionsbeitrag 2000–03, S. 2; ähnlich *Kirstein*, in: *Minthe* (Hrsg.), Neues in der Kriminalpolitik. Konzepte, Modelle, Evaluation; Kriminologie und Praxis, 2003, S. 49 ff.

³⁴ *Shavell*, Foundations of economic analysis of law, 2004, S. 596.

³⁵ *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), Economic methods for lawyers, 2015, S. 22; *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 115; zu den Schwächen mit Blick auf den abnehmenden Grenznutzen, vgl. *Pacces/Visscher*, in: *van Klink/Taekema* (Hrsg.), Law and method. Interdisciplinary research into law, 2011, S. 92.

³⁶ *Neumann/Morgenstern*, Theory of games and economic behavior, 1944.

³⁷ *Kirchgässner*, Homo oeconomicus: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, ⁴2013, S. 47 ff. zum Eigennutzenaxiom.

³⁸ *Kirchgässner*, Homo oeconomicus: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, ⁴2013. Die rechtsökonomische Forschung nimmt entsprechend unterschiedliche Modelle als Ausgangspunkt.

Bei der Prognose über die Wirkung von Rechtsnormen wird also unterstellt, dass Individuen ihren eigenen Nutzen verfolgen.³⁹ Zudem gilt die klassische Grundannahme der Wirtschaftswissenschaften, nämlich die der Knappheit. Während die Bedürfnisse der Menschen im Grunde unbegrenzt sind, sind die zur Bedürfnisbefriedigung zur Verfügung stehenden Mittel sehr wohl begrenzt.⁴⁰ Die individuellen Bedürfnisse müssen nicht materieller Art sein, sie können auch immaterieller Art sein.⁴¹ Ob dieser Knappheit müssen sich Individuen ständig entscheiden, weshalb genau dieses Verhalten zu beobachten ist und im Endeffekt Aufschluss über die Wirkungsweise verschiedener Rechtsregeln gibt.⁴²

Die Homo Oeconomicus-Annahme gehört zu den „wichtigsten und umstrittensten“⁴³ der Wirtschaftswissenschaft. Unter den Kritikern des ökonomischen Verhaltensmodells ist insbesondere auf die Forschungsergebnisse aus dem Bereich der Verhaltensökonomik hinzuweisen, die das Modell in bis *dato* ungekannter Weise in Frage stellen.⁴⁴

b) Die Herausforderung ‚Verhaltensökonomik‘

Neue Forschungsergebnisse aus dem Bereich der Verhaltensökonomik stellen verschiedene der Annahmen des Verhaltensmodells auf die Probe.⁴⁵ Innerhalb der Verhaltensökonomik wird ökonomische mit psychologischer Forschung verbunden, woraus der Anspruch rührt, dass sie Aufschluss über das tatsächliche menschliche Verhalten geben kann. Den vorangegangenen Verhaltensmodellen steht sie kritisch gegenüber. Die Kritik an der Rationalwahl ist nicht neu. Bereits in den 1950er Jahren formulierte *Simon* eine einflussreiche Kritik, in dem er das Konzept der eingeschränkten Rationalität (*bounded rationality*) prägte.⁴⁶ Individuen sind danach nicht in der Lage im Hinblick auf die Unsicherheiten ihrer Umwelt alle möglichen Konsequenzen ihrer Entscheidungen vorherzusehen. Zeit und Wissen sind begrenzt. Daher beschränken die Individuen sich bei der Informationsverarbeitung.⁴⁷ *Simon* spricht daher nicht von Nutzenmaximierung sondern von *satisficing*. Individuen ranken nicht alle Alternativen. Sie sind Satisfizierer, keine Maximierer. Dadurch erreichen sie ein zufriedenstellendes und kein maximierendes Ergebnis.⁴⁸ Die Theorie der *bounded rationality* wurde vor und somit unabhängig

³⁹ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 52012, S. XXXV.

⁴⁰ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 52012, S. 45.

⁴¹ Towfigh, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), *Economic methods for lawyers*, 2015, S. 19.

⁴² Veljanovski, *Economic principles of law*, 2007, S. 23 erläutert dies für Kriminelle. Der Serienkiller oder der Psychopath wird sich nicht abschrecken lassen; dazu auch Paccès/Visscher, in: van Klink/Taekema (Hrsg.), *Law and method. Interdisciplinary research into law*, 2011, S. 88.

⁴³ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 52012, S. 46.

⁴⁴ Weber/Schäfer *Der Staat* 56 (2017), 1.

⁴⁵ Vgl. dazu auch Weber/Schäfer *Der Staat* 56 (2017), 1, 7ff.

⁴⁶ *Simon*, *Models of man*, 1957, S. 196ff.; *Simon* *AER* 49 (1959), 253.

⁴⁷ Gigerenzer/Selten, in: Gigerenzer/Selten (Hrsg.), *Bounded rationality, the adaptive toolbox*, 2001, S. 4.

⁴⁸ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 52012, S. 103.

von der Verhaltensökonomik geschaffen.⁴⁹ Sie geht weniger drastisch, aber doch schon ein ganzes Stück weit in eine ähnliche Richtung.

Mit der Verhaltensökonomik erhielt das neoklassische Verhaltensmodell seit den 1970er Jahren noch deutlichere Kritik. Die Forschungsarbeiten zeigen Verhaltensanomalien auf. In der Konsequenz verhalten sich Individuen mitunter systematisch nicht rational.⁵⁰ Beispielsweise tendieren Individuen dazu, die nahe Zukunft zu stark abzudiskontieren, sie sind bewiesenermaßen in vielen Situationen übermäßig optimistisch und ihr Verhalten kann durch *framing* beeinflusst werden.⁵¹ Diese Erkenntnisse hebeln die Rationalverhaltensannahme aus. Individuen sind zudem fair und nicht nur an ihrem Eigennutzen interessiert. Verhaltensökonomien forschen empirisch mithilfe von Online- und Laborexperimenten, sowie Feldversuchen. Sie lieferten zahlreiche Teilerkenntnisse über tatsächliches Verhalten. Vieles ist aber weiterhin ungewiss.⁵² Die Kenntnis ist noch lückenhaft; die Schlussfolgerungen aus einzelnen konkreten Experimenten lassen sich nicht bedingungslos verallgemeinern.⁵³ Zusammengefasst werden mithilfe empirischer Studien Rückschlüsse auf tatsächliches, mitunter systematisch von rationalen Grundsätzen abweichendes, individuelles Verhalten gezogen.⁵⁴

Aus den verhaltensökonomischen Forschungsergebnissen werden die unterschiedlichsten Schlüsse mit Blick auf ihren Stellenwert gezogen.⁵⁵ Auch gibt es innerhalb der Ökonomie gegenläufige Einschätzungen dazu, inwieweit bestimmte Effekte auch durch Rationalwahl erklärt werden können und nicht außerhalb dieses Modells liegen.⁵⁶ Es mag auch alternative Erklärungen für ein bestimmtes Verhalten geben – einmal auf Basis der Rationalwahl und einmal auf Basis eines verhaltensökonomischen Modells.⁵⁷ Im Idealfall greift die ökonomische Analyse

⁴⁹ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 52012, S. 104.

⁵⁰ Weiterführend zu den automatisierten Prozessen sowie der Unterscheidung von System 1 und 2, Kahneman, Thinking, fast and slow, 2011.

⁵¹ Schnellenbach, in: Klinck/Riesenhuber (Hrsg.), Verbraucherleitbilder: Interdisziplinäre und europäische Perspektive, 2015, S. 62 ff.; zur Selbstüberschätzung: Tversky/Kahneman Science 185 (1974), 1124; zum *framing*: Tversky/Kahneman American Psychologist 39 (1984), 341; zu den wichtigsten *biases* und Heuristiken, vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 52012, S. 105 ff.

⁵² Schnellenbach, in: Klinck/Riesenhuber (Hrsg.), Verbraucherleitbilder: Interdisziplinäre und europäische Perspektive, 2015, S. 64 f.

⁵³ Vandenberghe, in: Geest (Hrsg.), Contract Law and Economics, 2011, S. 421; Alemanno/Sibony, Nudge and the law: A European perspective, 2015.

⁵⁴ Verhaltensökonomische und experimentelle Forschung dazu, weshalb Individuen sich rechtskonform verhalten, findet sich beispielweise in Kahneman/Knetsch, Jack L., Thaler, Richard H. JoB 59 (1986), 285; Tyler, Why people obey the law, 2006; Ariely, The honest truth about dishonesty: How we lie to everyone – especially ourselves, 2012.

⁵⁵ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 52012, S. 110: Das Spektrum reicht von einer Zurückweisung des Homo Oeconomicus-Modells bis hin zur Bedeutungsabspaltung der Verhaltensökonomik.

⁵⁶ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 52012, S. 111 ff.; Paces/Visscher, in: van Klink/Taekema (Hrsg.), Law and method. Interdisciplinary research into law, 2011, S. 102.

⁵⁷ Chetty AER 105 (2015), 1, 21, zur „model uncertainty“ (auf S. 27).

nach aktuellem Stand der Wissenschaft auf Rationalwahl oder verhaltensökonomische Einsichten zurück, je nachdem, welche Theorie die Verhaltenswirkungen einer Rechtsregel besser vorhersagt.⁵⁸ Das ist eine theoretisch eindeutige Zuordnung, die praktisch schwer umsetzbar ist. Der Konsens innerhalb der Disziplin ist es momentan, das Homo Oeconomicus-Modell noch nicht aufzugeben.⁵⁹ Begründet wird dies damit, dass die Übertragung von Forschungsergebnissen aus Labor-Experimenten – denen die Ergebnisse zu großen Teilen entstammen – auf die Realität bisher nicht ohne weiteres machbar ist.⁶⁰ Aus *ad hoc* Aussagen lässt sich noch keine neue Theorie menschlichen Verhaltens erzeugen.⁶¹ Die Testergebnisse sind in der Regel situationsabhängig und nicht allgemeingültig.⁶² Oft fehlt es an der Verzahnung und Verallgemeinerung.⁶³ Es ist auch beispielsweise noch zu klären, inwieweit die Anomalien durch Lernprozesse überwunden werden können.⁶⁴ Es ist noch nicht ausreichend erforscht, wie verschiedene Anomalien miteinander interagieren.⁶⁵ Teilweise wird die Systematik der Abweichung angezweifelt. Für die Rechtsökonomik bedeutet dies, dass das Homo Oeconomicus-Modell derzeit noch nicht ersetzt, aber doch angereichert werden muss durch die Erkenntnisse aus der Verhaltensökonomik.⁶⁶

3. Marktversagen als notwendige Eingriffsvoraussetzung

Die neoklassische Preistheorie untersucht die Preisbildung auf Märkten im Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage. Ein Eingriff in einen Markt ist allein bei Marktversagen gerechtfertigt. Ausgangspunkt bildet dabei klassischerweise die Modellvorstellung vom „vollkommenen Wettbewerb“.⁶⁷

a) Vollkommener Wettbewerb

Dieser Modellmarkt zeichnet sich durch eine Reihe von starken Annahmen aus. Darunter sind insbesondere zu nennen: die Rationalitätsannahme, Homogenität

⁵⁸ Cooter/Ulen, *Law & Economics*, 62016, S. 51.

⁵⁹ Towfigh, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), *Economic methods for lawyers*, 2015, S. 27; Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 52012, S. 141.

⁶⁰ Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 52012, S. 113; Rühl, in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 22013, S. 220: Laut Rühl ist es unklar, wie „belastbar“ die Ergebnisse sind.

⁶¹ Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 52012, S. 115; Paces/Visscher, in: van Klink/Taekema (Hrsg.), *Law and method. Interdisciplinary research into law*, 2011, S. 102; Behrens, *Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht*, 2017, S. 155.

⁶² Towfigh, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), *Economic methods for lawyers*, 2015, S. 28.

⁶³ Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 52012, S. 115.

⁶⁴ Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 52012, S. 140.

⁶⁵ Gigerenzer *Review of Philosophy and Psychology* 2015, 361, 362.

⁶⁶ Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 52012, S. 116.

⁶⁷ Auch „vollkommener Markt“ genannt bzw. „vollkommene Konkurrenz“; auch wenn Märkte in der Realität selten so funktionieren, ist es dennoch die Aufgabe des Rechts auf diesen Zustand hin zu wirken, vgl. van den Bergh/Camesasca, *European Competition Law and Economics – a comparative perspective*, 22006, S. 19ff.

der Güter (d. h. Nachfrager entscheiden nicht auf der Basis von Qualitätsunterschieden, sondern rein auf der Basis von Preisunterschieden), Anbieter sind Preisnehmer und können nur die Menge anpassen, sie haben einen kleinen Marktanteil, keine Marktmacht auf Nachfragerseite, Anbieter und Nachfrager haben vollständige Informationen, Transaktionskosten sind gleich Null, Marktein- und Marktaustritt ist leicht möglich.⁶⁸ Ein Markt, auf dem vollkommener Wettbewerb herrscht, stellt die Allokationseffizienz sicher – die soziale Wohlfahrt wird maximiert.⁶⁹ Der Gleichgewichtspreis und die Gleichgewichtsmenge stellen sich im Schnittpunkt der Angebots- und der Nachfragefunktionen durch den Marktmechanismus ein.⁷⁰ Der Markt ist im Gleichgewicht. Er wird „geräumt“.⁷¹ Alle Tauschgewinne werden ausgeschöpft.⁷² Ein solcher Markt funktioniert (allokations-)effizient und ein Eingriff ist aus ökonomischer Sicht weder erforderlich noch wünschenswert. In der Realität sind diese Bedingungen nicht zu erfüllen,⁷³ jedoch dient die Theorie vom vollkommenen Wettbewerb als Referenzrahmen.

b) Varianten des Marktversagens

Ausgehend vom Modell des vollkommenen Wettbewerbs gebietet die Ökonomie, in einen Markt nur bei Marktversagen einzugreifen.⁷⁴ Die klassischen Varianten des Marktversagens sind in der Summe vier.⁷⁵ Ihnen ist gemein, dass der Marktmechanismus beeinträchtigt wird und sich ein (allokations-)effizientes Marktgleichgewicht nicht automatisch einstellt. Neben den klassischen Varianten sehen manche Autoren zusätzliche Fälle von Marktversagen als bedeutsam an. Ein potenzieller weiterer Fall von Marktversagen ist beispielsweise die sogenannte „behavioural market failure“.⁷⁶ Danach sollen das Vorliegen einer Heuristik oder einer kognitiven Verzerrung einen gesetzgeberischen Eingriff rechtfertigen. Betrachten wir nun die klassischen Varianten.

⁶⁸ *van den Bergh/Camesasca*, European Competition Law and Economics – a comparative perspective, ²2006, S. 20; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 231 f.

⁶⁹ *van den Bergh/Camesasca*, European Competition Law and Economics – a comparative perspective, ²2006, S. 21. Eine Pareto-Verbesserung ist nicht mehr möglich. Um ein Individuum besser zu stellen, würde ein anderes Individuum notwendigerweise schlechter gestellt. Dies ist das erste Wohlfahrtstheorem.

⁷⁰ *Arrow/Debreu* *Econometrica* 22 (1954), 265; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 58; die Angebotsfunktion der Anbieterseite entspricht ihrer Grenzkostenfunktion, vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S. 5.

⁷¹ *van den Bergh/Camesasca*, European Competition Law and Economics – a comparative perspective, ²2006, S. 29.

⁷² *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S. 19.

⁷³ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. XXXVIII; *Cooter/Ulen*, Law & Economics, ⁶2016, S. 38. Es ist ein Extrem, vgl. *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 231 – das andere ist das Monopol.

⁷⁴ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 78 f.

⁷⁵ *Cooter/Ulen*, Law & Economics, ⁶2016, S. 38.

⁷⁶ *Bar-Gill* NULR 98 (2004), 1373.

aa) Öffentliche Güter

Eine erste Variante des Marktversagens sind ‚öffentliche Güter‘.⁷⁷ Diese zeichnen sich durch zwei Eigenschaften aus: Ihre Nicht-Rivalität sowie ihre Nichtausschließbarkeit. Weder wird also der Nutzenwert des einzelnen dadurch beeinflusst, dass andere das Gut gleichzeitig mitbenutzen, noch ist es möglich, andere von der Nutzung auszuschließen. Ein Beispiel ist die innere Sicherheit eines Landes. Insbesondere da es nicht möglich ist, diejenigen, die nicht für die Nutzung zahlen, das Gut aber gleichsam mitnutzen würden, von der Nutzung auszuschließen, bildet sich kein Markt für öffentliche Güter.⁷⁸ Sie geben Anreize zu sogenanntem Trittbrettfahrerverhalten – die Aussicht auf die Möglichkeit, das Gut kostenlos mitnutzen zu können, wenn andere es kaufen. Einen weiteren Kostenpunkt für ein Unternehmen stellt die Selektion von zahlenden und nicht-zahlenden Nutzern dar.⁷⁹ Ohne einen Eingriff in den Markt wird eine zu geringe Menge dieser Güter angeboten.⁸⁰ Daher bilden sie eine erste Form von Marktversagen ab.

bb) Asymmetrische Information

Das Marktversagen in Form der ‚asymmetrischen Information‘ bezieht sich auf einen Informationsunterschied zwischen zwei Parteien, welcher im Extremfall zu Marktversagen führen kann.⁸¹ Es ist hier beispielsweise an einen Verbrauchervertrag zu denken.⁸² *Akerlof* hat dies anschaulich formuliert und erhielt dafür den Nobelpreis.⁸³ Aufgrund von einer Informationsasymmetrie, nämlich einem Informationsdefizit bei einer der Vertragsparteien, herrscht Qualitätsunsicherheit. Angenommen diese Informationsasymmetrie besteht auf Nachfragerseite, dann beeinflusst diese Qualitätsunsicherheit die Zahlungsbereitschaft der Nachfrager. Sie sind nur bereit einen Durchschnittspreis für ein Gut zu zahlen. Dadurch kommt es zu einer adversen Selektion, bei der die Anbieter hochwertigerer Produkte als der Durchschnittsqualität, die nicht den entsprechenden Preis erhalten, ihre Produkte vom Markt nehmen. So kommt es zu einer Abwärtsspirale, einem *race to the bottom*. Die schlechtest mögliche Qualität setzt sich am Markt durch.⁸⁴ *Akerlof* veranschaulicht dies am Beispiel des Gebrauchtwagenmarktes, auf dem sich die Wagen schlechter Qualität – die *lemons* – durchsetzen.

⁷⁷ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 79f.

⁷⁸ *Cooter/Ulen*, Law & Economics, ⁶2016, S. 41.

⁷⁹ *Cooter/Ulen*, Law & Economics, ⁶2016, S. 41.

⁸⁰ *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S. 16.

⁸¹ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 80f.; *Rühl*, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, ²2013, S. 229.

⁸² *Cooter/Ulen*, Law & Economics, ⁶2016, S. 41.

⁸³ *Akerlof* QJE 84 (1970), 488; vgl. eine Zusammenfassung bei *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 370f.

⁸⁴ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 371.

cc) *Externalitäten*

Auf Märkten werden Güter durch Austausch effizient zugeordnet. Bei ihren Austauschgeschäften kommen die Marktakteure für alle Kosten auf und profitieren vom gesamten Nutzen.⁸⁵ Manchmal wird aber ein Marktteilnehmer, der außerhalb dieser Beziehung steht, beeinträchtigt. Bei einer negativen Externalität berücksichtigt der Preis eines Gutes nicht alle gesellschaftlichen Kosten, die durch ein Verhalten erzeugt werden (z. B. unberücksichtigte Umweltverschmutzung durch die Produktion eines Gutes). Es findet keine Internalisierung, keine Kompensation in den privaten Kosten-Ertragsrechnungen statt.⁸⁶ Die verfälschten Produktpreise spiegeln die Knappheitsverhältnisse der Ressourcen nicht korrekt wieder. Berücksichtigt ein Marktteilnehmer nur seine privaten Kosten und nicht die zusätzlich entstehenden gesamten sozialen Kosten, ist der Preis zu niedrig und es wird zu viel von diesem Produkt produziert.⁸⁷ Diese Effekte müssen nicht negativer, sondern können auch positiver Natur sein.⁸⁸ In letzterem Fall wird ein zusätzlicher gesellschaftlicher Nutzen nicht im Preis reflektiert.

dd) *Marktmacht*

Die vierte klassische Variante lautet Marktmacht.⁸⁹ Marktmacht bedeutet im Grunde nichts anderes als das Vorhandensein eines Preissetzungsspielraums auf Anbieterseite.⁹⁰ Das Kartellrecht ist aus ökonomischer Sicht grob gesagt gerechtfertigt, um für Konkurrenz auf Märkten zu sorgen.⁹¹ Dazu gleich mehr.

II. Grundannahmen und Einschränkungen

1. Grundannahmen

a) *Gewinnmaximierung*

Es erscheint besonders weitreichend, die verhaltensökonomischen Erkenntnisse auf das Verhalten von Unternehmen zu übertragen. Denn es überzeugt doch gerade, dass Unternehmen rational vorgehen.⁹² Das ist der Fall für Unternehmen auf

⁸⁵ Cooter/Ulen, *Law & Economics*,⁶2016, S. 39.

⁸⁶ Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*,⁵2012, S. 81; Paces/Visscher, in: van Klink/Taekema (Hrsg.), *Law and method. Interdisciplinary research into law*, 2011, S. 95.

⁸⁷ Schwalbe/Zimmer, *Kartellrecht und Ökonomie*,²2011, S. 16.

⁸⁸ Cooter/Ulen, *Law & Economics*,⁶2016, S. 39.

⁸⁹ Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*,⁵2012, S. 79.

⁹⁰ Schwalbe/Zimmer, *Kartellrecht und Ökonomie*,²2011, S. 53; Inderst/Thomas, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*,²2018, S. 445: Die Gewinnmarge eines Unternehmens steht stellvertretend für seine Marktmacht.

⁹¹ Paces/Visscher, in: van Klink/Taekema (Hrsg.), *Law and method. Interdisciplinary research into law*, 2011, S. 94; weiterführende Literatur, vgl. Mankiw/Taylor, *Microeconomics*,⁴2017, S. 262 ff.

⁹² van den Bergh, in: van den Bergh (Hrsg.), *Comparative Competition Law and Economics*,

allen Absatzstufen. Auf Basis der Rationalwahl wählt jedes Unternehmen unter verschiedenen Alternativen jeweils diejenige, die den höchsten unternehmerischen Gewinn ergibt. Das Ziel jedes Unternehmens ist entsprechend die Gewinnmaximierung.⁹³ Dazu gilt es, zu optimieren. Mathematisch ausgedrückt ist das Maximum der Gewinnfunktion zu berechnen.⁹⁴ In einfachen Worten: Die Bedingung der Gewinnmaximierung wird erfüllt, wenn der Erlös aus dem Verkauf einer weiteren Einheit eines Gutes (= Grenzerlös) den Grenzkosten selbigen Gutes, also den Herstellungskosten dieser weiteren Einheit, entspricht.⁹⁵ An dieser Stelle trifft der gewinnmaximierende Unternehmer die Entscheidung, keine weitere Einheit zu produzieren. Der Gewinn wird maximiert. Alle Unternehmen streben den Punkt an, an dem der Grenzerlös gleich den Grenzkosten ist. Wenn der Preis die Grenzkosten übersteigt, sollte eine weitere Produkteinheit angeboten werden. Solange der zusätzliche Erlös über den zusätzlichen Kosten liegt, steigt der Gewinn. Ist dem nicht so, sollte also kein weiteres Gut angeboten werden. Als Voraussetzung dafür, dass eine weitere Produkteinheit angeboten wird, müssen also (mindestens) die Herstellungskosten dieser weiteren Produkteinheit erwirtschaftet werden. Die gewinnmaximierende Menge liegt dort, wo die Grenzkostenfunktion und die Grenzerlösfunktion sich treffen.

Mit Blick auf die verhaltensökonomischen Erkenntnisse kann man sich verschiedene Gründe vorstellen, warum ein Unternehmen weniger anfällig ist, was kognitive Verzerrungen angeht.⁹⁶ Unternehmen profitieren beispielsweise von Skalenerträgen bei der Informationsbeschaffung und können dafür auf Experten zurückgreifen. Ein irrational agierendes Unternehmen wird durch ein rational agierendes vom Markt verdrängt. Unternehmen sind sogenannte *repeat player*, sie treten also wiederholt am Markt auf.⁹⁷ Die kollektive Entscheidungsfindung, denn selten trifft ein einzelner die Entscheidung für ein Unternehmen allein, kann einige Verzerrungen beheben.⁹⁸ Allgemeiner ausgedrückt werden möglicherweise auftretende Irrationalitäten mit einer hohen Wahrscheinlichkeit durch den Marktmechanismus korrigiert.⁹⁹ Auch können sie im Entscheidungsfindungsprozess des Unter-

2017, S. 69f., 80: Er diskutiert die Stärken und Schwächen dieser Herangehensweise; so auch 2007 report, S. 55.

⁹³ *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Economic methods for lawyers*, 2015, S. 24; *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, ⁶2016, S. 12. Eine Einführung findet sich gleichsam in jedem mikroökonomischen Lehrbuch.

⁹⁴ *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Economic methods for lawyers*, 2015, S. 24.

⁹⁵ *Schwalbe/Zimmer*, *Kartellrecht und Ökonomie*, ²2011, S. 5; *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, ⁶2016, S. 26f.

⁹⁶ *van den Bergh*, in: *van den Bergh* (Hrsg.), *Comparative Competition Law and Economics*, 2017, S. 80; *van den Bergh* *JCLE* 9 (2013), 203, 209f.

⁹⁷ *van den Bergh* *JCLE* 9 (2013), 203, 211; dazu auch *Weber/Schäfer* *Der Staat* 56 (2017), 1, 31.

⁹⁸ *van den Bergh* *JCLE* 9 (2013), 203, 211. Andererseits könnte sie auch zu ganz eigenen Verzerrungen führen.

⁹⁹ *van den Bergh* *JCLE* 9 (2013), 203, 210.

nehmens korrigiert werden. Zu einem gewissen Grad ist es noch unklar, inwieweit die Verzerrungen existieren und inwieweit sie in der Marktdynamik überdauern.¹⁰⁰

Aus den genannten Gründen wird also klassisch das gewinnmaximierende Unternehmen als Ausgangspunkt genommen. Mit dem erläuterten Forschungsstand im Hinterkopf kann man sich diese Entscheidung auch als eine erste Stufe vorstellen. Die Auswahl der Zielvorgabe der Gewinnmaximierung ermöglicht eine konsistente Analyse. (Mögliche) Einsichten aus der Verhaltensökonomik werden zunächst ausgeklammert. Das erarbeitete Ergebnis ist aber offen für sinnvolle Anreicherungen durch die Verhaltensökonomik, so ihre Zeit reif ist.¹⁰¹

b) Die Angebotsfunktion

Zur Vereinfachung gilt die Annahme, dass alle anbietenden Unternehmen die gleichen, konstanten Grenzkosten haben.¹⁰² Der Kostenzuwachs für die Produktion einer zusätzlichen Produkteinheit ist damit aus Sicht jedes Anbieters konstant. Es entsprechen sich damit auch Grenzkosten (GK) und Durchschnittskosten (DK). Die Produktionstechnologie gilt ebenfalls als gegeben und ist für alle Anbieter gleich. Es fallen keine Fixkosten der Produktion an. Damit lassen sich die Produktionskosten eines jeden Anbieters als lineare Funktion abbilden:

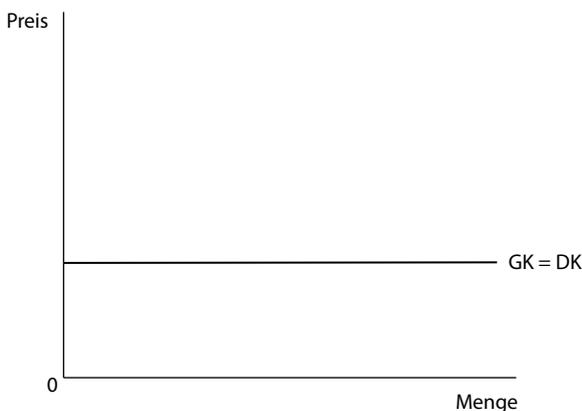


Abb. 1 Produktionskosten/Anbieter

Es gibt eine Vielzahl dieser Anbieter. Sie alle produzieren ein homogenes Gut.

¹⁰⁰ van den Bergh JCLE 9 (2013), 203, 211.

¹⁰¹ van den Bergh JCLE 9 (2013), 203.

¹⁰² Es wird Hellwig, in: Basedow (Hrsg.), Private enforcement of EC Competition Law, 2007, S. 128 gefolgt.

c) Die Nachfragefunktion

Es wird weiter von einer fallenden linearen Nachfragefunktion ausgegangen:

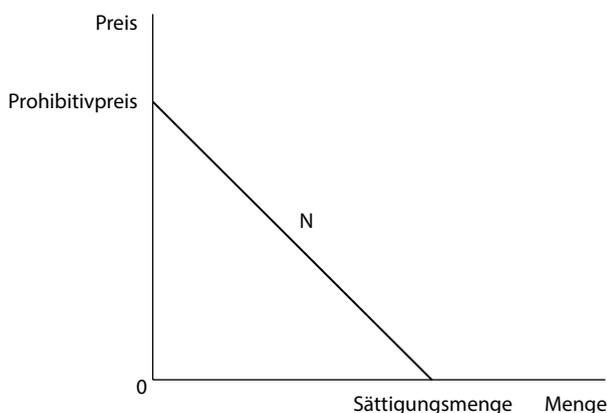


Abb. 2 Nachfragefunktion

Der Verlauf der Nachfragefunktion hängt von den Präferenzen, vom Einkommen und von der Anzahl der Konsumenten ab.¹⁰³ In der Regel wird bei höheren Preisen eine geringere Menge eines Gutes nachgefragt, daher hat die Nachfragefunktion einen fallenden Verlauf.¹⁰⁴ Der ökonomische Zusammenhang lautet: Bei einem Preisanstieg sinkt *ceteris paribus* die Nachfrage und bei einer Preissenkung steigt *ceteris paribus* die Nachfrage an.¹⁰⁵ Man kann die Nachfragefunktion auch als die marginale Zahlungsbereitschaft der Konsumenten bezeichnen.¹⁰⁶ Zum Prohibitivpreis wird nicht eine Einheit konsumiert. Die Sättigungsmenge bezeichnet die nachgefragte Menge zum Nullpreis.

d) Das Konkurrenzmarktgleichgewicht

Es wird mit einem Modell des *Bertrand*-Wettbewerbs gearbeitet.¹⁰⁷ Dies bedeutet, dass auf einem Markt Preiswettbewerb herrscht, bei dem sich die Anbieter also jeweils preislich unterbieten. Der Preis ist ihre strategische Variable. Das Ergebnis (Marktgleichgewicht) bei vollkommenem Wettbewerb korrespondiert mit dem beim

¹⁰³ Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S. 55.

¹⁰⁴ Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S. 5; Durand/Williams ERA Forum 2017, 79, 83; Harris/Sullivan JPLR 1979, 269, 285f. erläutert dies ebenfalls. Eine Ausnahme bilden die *Veblen*-Güter, bei denen die Nachfrage trotz eines Preisanstiegs ansteigt.

¹⁰⁵ Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 31 f.

¹⁰⁶ Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S. 5.

¹⁰⁷ Das Modell geht zurück auf *Joseph Bertrand*. In seiner einfachsten Form wurde es als Duopol entwickelt. Klassischerweise gilt die Annahme von homogenen Gütern; vorliegend gibt es eine Vielzahl von Anbietern (ein Oligopol); zum Preiswettbewerb vgl. auch Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 233.

Bertrand-Wettbewerb.¹⁰⁸ Die Anbieter konkurrieren sich aufgrund ihrer konstanten und gleichen Grenzkosten auf ebendiese herunter. Die Nachfrager treffen (bei homogenen Gütern) ihre Kaufentscheidung allein auf Basis des Preises. Daher entspricht sich das allokativergebnis bei vollkommenem Wettbewerb und *Bertrand*-Wettbewerb. Das Marktgleichgewicht stellt sich im Schnittpunkt mit der Nachfragefunktion wie folgt ein (im Folgenden Konkurrenzmarktgleichgewicht genannt):

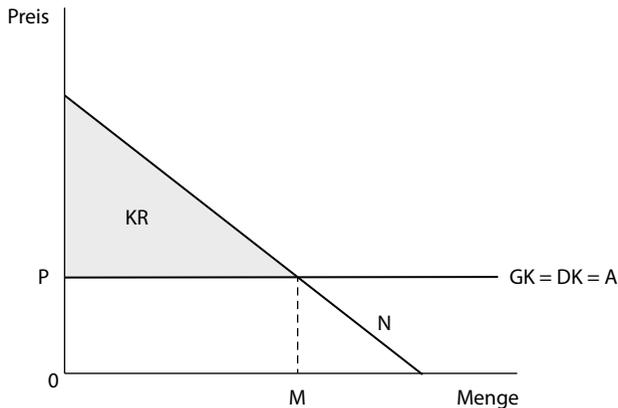


Abb. 3 Konkurrenzmarktgleichgewicht

¹⁰⁸ Hellwig, in: Basedow (Hrsg.), Private enforcement of EC Competition Law, 2007, S. 128: „correspond“; zusätzlich schreibt er auf S. 129: „[...] correspond to a normative standard that assesses prices in relation to costs or in relation to the prices that would prevail under ‚perfect competition.‘“ – dabei bezieht er sich auf *Bertrand*-Wettbewerb; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 40: Unter der Annahme, dass Unternehmen in einem Markt ein homogenes Produkt herstellen, keinen Kapazitätsbeschränkungen unterliegen, mit konstanten und gleichen Stückkosten produzieren und der Wettbewerbsparameter der Preis ihres Produktes ist, führt das *Nash*-Gleichgewicht zur gleichen Menge und zum gleichen Preis wie im Fall des vollkommenen Wettbewerbs, da die Unternehmen dann einen Preis verlangen, der ihren Grenzkosten entspricht. Der Grund, weshalb der *Bertrand*-Wettbewerb bevorzugt wird, liegt darin, dass zwischen der Annahme gleicher konstanter Grenzkosten (eine zur Veranschaulichung zwingende Annahme) und dem Modell vom vollkommenen Wettbewerb Konfliktpotenzial besteht. Daher soll in dieser Untersuchung mit dem (ergebnisgleichen) Modell vom *Bertrand*-Wettbewerb gearbeitet werden; leicht abweichender Ansatz *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2018, S. 231: Das Modell vom vollständigen Wettbewerb dient als „Benchmark“ für das in der Regel realistischere Modell vom *Bertrand*-Oligopolmodell mit differenzierten Gütern; weniger explizit *Haucap/Stühmeier* WuW 2008, 413, 417: „Die Annahme, dass unter Wettbewerb jedoch Grenzkostenpreise gesetzt werden, gilt lediglich für das idealtypische Modell vollständiger Konkurrenz, auf vollkommen bestreitbaren Märkten und im Extremfall des sog. *Bertrand*wettbewerbs mit homogenen Produkten.“, S. 421: „[...] Sind die Grenzkosten konstant und herrscht vollkommener Wettbewerb [...]“; *Pass-on Study 2016*, z. B. auf S. 189: „perfectly competitive industry, firms have constant marginal costs of production“, das heißt „the industry supply curve is flat“; *RBB Economics (2014)*, „Cost pass-through: theory, measurement, and potential policy implications“, a report prepared for the Office of Fair Trading (*RBB Economics 2014 report*), S. 56: „polar cases of perfect competition and monopoly“ (auf den S. 73 ff. wird der *Bertrand*-Wettbewerb separat betrachtet). Insgesamt sind nicht alle einschlägigen Autoren gleichsam explizit im Hinblick auf die Annahmen. Auch Europäische Kommission, Leitlinien 2019, S. 58 spricht von „vollkom-

Der Verlauf der Nachfragefunktion wurde bereits erläutert.¹⁰⁹ Da alle Anbieter die gleichen Grenzkosten haben, lässt sich die Angebotsfunktion im Endeffekt als horizontale Gerade abbilden.¹¹⁰ Die soziale Wohlfahrt besteht in einem derartigen Konkurrenzmarktgleichgewicht alleinig aus der Konsumentenrente (KR), denn die Anbieter erwirtschaften ja nur ihre Grenzkosten.¹¹¹ Es gibt keine Produzentenrente (PR). Die Konsumentenrente errechnet sich aus der gesamten Zahlungsbereitschaft der Nachfragerseite abzüglich des tatsächlich gezahlten Produktpreises (dies ergibt das Dreieck ‚KR‘). Mit anderen Worten ist aus Anbietersicht die Differenz zwischen Preis und Grenzkosten gleich Null. Die gesamte Tauschrente verbleibt also bei den Nachfragern.¹¹² Die Null-Gewinn-Bedingung liest sich für das ungeübte Auge zunächst verwunderlich. In die Grenzkosten ist allerdings der kalkulatorische Unternehmerlohn miteinberechnet.¹¹³ Entsprechend erwirtschaftet ein Unternehmen unter dieser Bedingung den Normalgewinn. Es erwirtschaftet nicht mehr als bei normaler Kapitalverzinsung.¹¹⁴ Im Ergebnis rentiert sich eine Marktteilnahme für ein Unternehmen auch, ohne dass eine Produzentenrente erwirtschaftet wird. In dem hier erläuterten Sinne sollen die Begriffe ‚Konkurrenzmarktgleichgewicht‘, sowie ‚Konkurrenzmarkt‘, ‚Konkurrenzmarktpreis‘ und ‚Konkurrenzmarktmenge‘ im weiteren Verlauf verwendet werden.¹¹⁵

2. Einschränkungen

a) Ausgangspunkt Allokationseffizienz

Die betrachtete Zielsetzung ist die Allokationseffizienz. Dabei handelt es sich um einen Zustand optimaler Güterzuordnung. Die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt wird maximiert. Im Konkurrenzmarktgleichgewicht wird dieses Ziel erfüllt.

menem Wettbewerb“ als Referenzfall; auch beim langfristigen Marktgleichgewicht bei vollständiger Konkurrenz wird im Übrigen die Angebotsfunktion als horizontale Gerade abgebildet.

¹⁰⁹ Vgl. im hiesigen Kapitel unter B.II.c).

¹¹⁰ Nach *Hellwig*, in: Basedow (Hrsg.), *Private enforcement of EC Competition Law*, 2007, S. 129.

¹¹¹ In anderen Modellen unterteilt sich die soziale Wohlfahrt in KR und PR (so z. B., wenn die Annahme einer steigenden Angebotskurve gilt).

¹¹² *Haucap/Stübmeier* WuW 2008, 413, 415.

¹¹³ *Schwalbe/Zimmer*, *Kartellrecht und Ökonomie*, 2011, S. 20.

¹¹⁴ *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in *Fuchs/Weitbrecht*, *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung*, 2019, Fn. 51: „Die Nullgewinn-Bedingung, die bei vollkommenem Wettbewerb langfristig erfüllt ist, bedeutet nicht, dass die Unternehmen keine Gewinne im buchhalterischen Sinne erwirtschaften.“; *Behrens*, *Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht*, 2017, S. 121.

¹¹⁵ Wie in Fn. 108 angedeutet arbeiten einige Autoren direkt mit dem Begriff des vollständigen Wettbewerbs. Die ökonomischen Feinheiten werden zu Illustrationszwecken vernachlässigt bzw. nicht weiter problematisiert. Wichtig ist für das Verständnis des Konkurrenzmarktgleichgewichts für die weitere Untersuchung Folgendes: Es geht im Extremfall um eine Situation, bei der die Anbieter rein ihre Grenzkosten erwirtschaften, also keine Produzentenrente einfahren.

Würde man im Übrigen Abstand von der Annahme der konstanten Grenzkosten nehmen und sie steigen lassen, erhielte man eine steigende Angebotskurve.

Es gibt zwei weitere Effizienzformen: Produktionseffizienz und dynamische Effizienz.¹¹⁶ Bei der Bewertung der effizienten Produktion sind die Produktionsfaktoren zu beachten.¹¹⁷ Eine effiziente Produktion zeichnet sich dadurch aus, dass ein Unternehmen bei gegebener Technologie jeden Output mit dem geringstmöglichen Einsatz von Inputfaktoren erzeugt. Eine alternative Betrachtung ist die, dass eine „vorgegebene Produktionsmenge mit den geringstmöglichen Kosten hergestellt wird“.¹¹⁸ Sowohl die Allokationseffizienz als auch die Produktionseffizienz sind statische Konzepte.¹¹⁹ Über diese statische Variante hinausgehend werden in der modernen Wirtschaftstheorie zunehmend dynamische Effekte berücksichtigt.¹²⁰ Das Konzept der dynamischen Effizienz erfasst kurz gesagt die Verbesserung des *Know-how*, den technischen Fortschritt und die Entwicklung und Einführung neuer Güter.¹²¹ Dynamische Modelle sind notwendigerweise komplex. Da die Existenz der meisten der Kosten bzw. die Höhe ihrer Effekte auch in der Wirtschaftstheorie umstritten sind und die durch Ineffizienzen entstehenden Kosten praktisch kaum zu ermitteln sind,¹²² sollen sie in der weiteren Betrachtung vernachlässigt werden. Es wird der allgemeinen Konvention folgend allein aus Sicht der Allokationseffizienz argumentiert.

b) Auswahl des Preiskartells

In der ökonomischen sowie in der juristischen Literatur gibt es keine abschließende Definition des Kartellbegriffs.¹²³ Es soll daher mit dem unionsrechtlichen Begriff gearbeitet werden. Ein Kartell ist danach

„eine Absprache oder eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter durch Verhaltensweisen wie unter anderem die Festsetzung oder Koordinierung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäfts-

¹¹⁶ Dazu auch *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2018, S. 43 ff.; *Haucap/Stühmeier* WuW 2008, 413, 423; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 8f.

¹¹⁷ *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 8.

¹¹⁸ *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 8.

¹¹⁹ *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 9. Sie sind mit der Vorgabe der vollständigen Konkurrenz im Grunde vereinbar, allerdings ist dies weniger eindeutig bei der Produktionseffizienz, vgl. ebd., S. 20.

¹²⁰ Allerdings ist sie schwierig zu bemessen, vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 10.

¹²¹ *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 9. Mit der Annahme bzw. Zielvorgabe der vollständigen Konkurrenz gibt es nur wenige Berührungspunkte, vgl. ebd., S. 20f. Die Effekte hängen darüber hinaus von der Art des Wettbewerbs ab. Vorliegend wurde die Produktionstechnologie als gegeben, sowie die Produktionskosten als gleichbleibend angenommen.

¹²² *Haucap/Stühmeier* WuW 2008, 413, 424.

¹²³ *Hüschelrath/Schweitzer*, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, 2012, S. 19. Auch sind die Herangehensweisen unterschiedlich: Während es einerseits bei den Ökonomen um eine Definition über das Marktergebnis geht – dass nämlich ein Preis über dem Wettbewerbspreis liegt – fokussieren sich Juristen andererseits auf die Frage, ob *de facto* eine Absprache stattgefunden hat, vgl. *Motta*, Competition policy, 2004, S. 138.

bedingungen, auch im Zusammenhang mit den Rechten des geistigen Eigentums, die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten, die Aufteilung von Märkten und Kunden einschließlich Angebotsabsprachen, Ein- und Ausfuhrbeschränkungen oder gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbsschädigende Maßnahmen“.¹²⁴

Aus ökonomischer Sicht lässt sich zunächst herausstellen, dass nicht alle Absprachen gleich schädlich sind.¹²⁵ Als besonders wettbewerbsschädlich gelten *Hardcore*-Kartelle.¹²⁶ Sie sind im Grunde in der europäischen Definition des Kartellbegriffs enthalten. Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit dem Paradebeispiel – dem Preiskartell.¹²⁷ Die Marktbeeinflussung durch die Kartellteilnehmer – bzw. in einigen Beispielen wird zur Veranschaulichung auch der Monopolist gewählt werden – geschieht über Preissetzung (und nicht bzw. nur indirekt über Mengeneinsparungen).

c) Auswahl der Schadenskomponenten

Das vorliegende Kapitel steigt bei einer breiten Darstellung des Kartellschadens ein. Anschließend folgt eine Fokussierung und vertiefte Betrachtung der drei für das Unionsrecht relevantesten Schadenskomponenten ‚Preisaufschlag‘, ‚Abwälzung‘ und insbesondere ‚Mengeneffekt‘. Ihrem Zusammenspiel gilt das Hauptaugenmerk der Untersuchung, Zinsen werden dabei nicht vertieft behandelt.

d) Auswahl der Geschädigten

Für die Absatzkette wird zur Vereinfachung angenommen, dass es einen unmittelbaren Abnehmer, einen mittelbaren Abnehmer und den Endverbraucher gibt. Unmittelbare sowie mittelbare Abnehmer nutzen das kartellierte Produkt für kommerzielle Zwecke.¹²⁸ Der Endverbraucher wird für die Darstellung des Ge-

¹²⁴ Art. 2 Nr. 14.

¹²⁵ *Hüschelrath/Schweitzer*, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), *Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen*, 2012, S. 19; *Motta*, *Competition policy*, 2004, S. 137 ff.; Absprachen zwischen Wettbewerbern über Kernbeschränkungen fallen stets unter das europäische Kartellverbot – Preisabsprachen gehören dazu.

¹²⁶ *Hüschelrath/Schweitzer*, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), *Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen*, 2012, S. 19.

¹²⁷ *Inderst/Thomas*, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2018, S. 15 fokussieren sich ebenfalls auf ein Preiskartell.

¹²⁸ Ähnlich offen bei *Hellwig*, in: Basedow (Hrsg.), *Private enforcement of EC Competition Law*, 2007, S. 134: „[...] the cartel members are selling to other firms that use the good in question as an input into their own production [...]“. Es gibt vielfältige kommerzielle Zwecke, die vorliegend nicht ausdifferenziert werden: In *Harris/Sullivan* JPLR 1979, 269 wird angenommen, dass es „own production, distribution, or service functions which are then sold“ sein können, S. 279. Ein *pass-on* ist sowohl bei purem Weiterverkauf, als auch bei der Weiterverarbeitung eines Gutes bzw. wenn dieses allgemeiner als Input in der eigenen Produktion genutzt wird, relevant vgl. *Inderst/Thomas*, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2018, S. 295; bei einer reinen Weiterveräußerung „übersetzt“ sich die Reduktion der nachgefragten Menge direkt in den eigenen Absatzrückgang, ebd., S. 35; die ökonomische Literatur greift zum Teil nur bestimmte Fallkonstellationen heraus, vgl. *Kosicki/Cabill* *The Antitrust Bulletin* 51 (2006), 599, 600: „we consider the case of a

samtschadens entlang der Absatzkette zunächst berücksichtigt, für die vertiefte stufenweise Betrachtung und den weiteren Verlauf der Analyse dann aber ausgeklammert.¹²⁹

Unter Maßgabe dieser Annahmen und Einschränkungen sollen im weiteren Verlauf die Verhaltensanreize im Marktgeschehen sowie im Prozessgeschehen in verschiedenen Konstellationen aufgezeigt und analysiert werden.

III. Kartell und Markt

Es folgt die Herleitung der ökonomischen Rechtfertigung des Kartellrechts als Eingriff in einen Markt. Vorangestellt seien einige Ausführungen zur Nachfragefunktion. Zur Veranschaulichung soll zunächst beispielhaft das Monopol herausgegriffen werden. Anschließend werden die Einsichten zu Kartellen vertieft. Im Anschluss daran werden die ökonomischen Einsichten mit Blick speziell auf die verschiedenen Komponenten des Kartellschadens noch einmal vertieft und, insoweit vorhanden, empirisch untermauert. So wird das Objekt der vorliegenden Studie fundiert und definiert. Gleichsam wird die Relevanz der interdisziplinären Betrachtung herausgearbeitet.

1. Die Bedeutung der Nachfragefunktion

Bei Marktmacht ist ein Preissetzungsspielraum gegeben, allerdings wird auch dieser durch den Verlauf der jeweiligen Nachfragefunktion determiniert.¹³⁰ Es wurde bereits gezeigt, dass die Nachfragefunktion typischerweise einen fallenden Verlauf nimmt.¹³¹ Nachfragefunktionen können dabei aber mehr oder weniger steil verlaufen. Der Verlauf bzw. die Preiselastizität gibt an, wie stark die Nachfrage bei einer Preiserhöhung abnimmt.¹³² Die Nachfrage ist typischerweise preiselastisch.¹³³ Je steiler die Nachfragefunktion verläuft, desto weniger preiselastisch ist die Nachfrage. Als Extremfall gilt ein strikt vertikaler Verlauf der Funktion, der gleichbedeutend mit einer gänzlich preisunelastischen Nachfrage ist. Andererseits bildet ein gänzlich horizontaler Verlauf eine vollkommen preiselastische Nachfrage ab.

firm that indirectly purchases an input the price of which has been artificially increased (e. g., citric acid), and then uses that input to manufacture another product that is sold to retailers (e. g., soft drinks)“.

¹²⁹ Vgl. weiterführende Hinweise in Kapitel § 1.

¹³⁰ Vgl. dazu im hiesigen Kapitel unter B.IV.a).

¹³¹ Vgl. dazu im hiesigen Kapitel unter B.II.c).

¹³² *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S.24f.: z. B. senkrecht vollkommen unelastisch; horizontal vollkommen elastisch.

¹³³ *Mankiw/Taylor*, Microeconomics, ⁴2017, S.56ff. zu den grundlegenden Berechnungsmöglichkeiten. Für eine vereinfachte Betrachtung, vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, ⁵2012, S. 50 ff.; *Haucap/Stühmeier* WuW 2008, 413, 420: „Es geht also um die Reduktion bei der nachgefragten Menge des Endproduktes multipliziert mit der Preis-Kosten-Spanne. Dieser Ausdruck ist bestenfalls null (wenn es überhaupt keinen Nachfragerückgang trotz Preisanstieg gibt), typischerweise ist er aber negativ.“

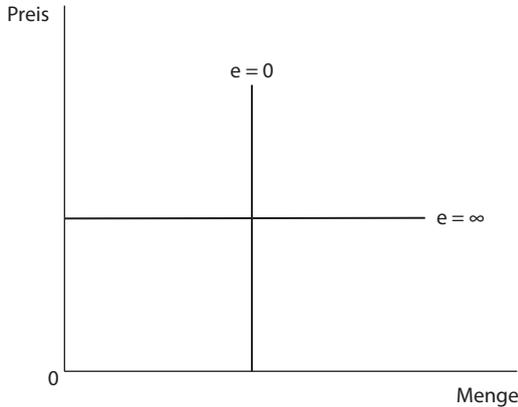


Abb. 4 Preiselastizität der Nachfrage

Verschiedene Faktoren beeinflussen diese Preiselastizität (e). Ein klassischer Faktor ist das Vorhandensein von Substituten, aber es gibt viele mehr. Im Lichte einer fallenden Nachfragekurve berechnet jeder Anbieter bei der Festlegung des Preises, dass eine Preiserhöhung die Marge pro verkaufte Einheit erhöht, aber gleichzeitig die abgesetzte Menge absenkt.¹³⁴ Man kann den Vorgang auch als eine Abwägung einer höheren Gewinnspanne mit Blick auf den Kundenstamm und einer verlorenen Gewinnspanne mit Blick auf die Nachfrager, die vom Kauf Abstand nehmen, bezeichnen.¹³⁵ Generell steigt der Gewinn, der zusätzlich erwirtschaftet werden kann, bei sinkender Preiselastizität der Nachfrage, denn umso weniger Kunden werden vom Kauf Abstand nehmen. Handelt es sich bei der erhöhten Marge pro Einheit nur um eine geringe Erhöhung, wiegt der Nachfragerückgang typischerweise weniger schwer.¹³⁶

2. Monopol

Der Monopolist sieht sich alleinig der gesamten Nachfrage am Markt gegenüber. Er kann somit jeden Punkt auf der (fallenden) Nachfragefunktion realisieren.¹³⁷ Hier kann er jede beliebige Preis-Mengenrelation durchsetzen.¹³⁸ Er betreibt Gewinnmaximierung. Anders als ein Anbieter auf einem Konkurrenzmarkt berücksichtigt der Monopolist, dass er einen höheren Preis erzielen kann, wenn er eine geringere Menge anbietet.¹³⁹ Ein Monopolist kann auf zweierlei Weisen agieren: Er kann

¹³⁴ Inderst/Thomas NZKart 6 (2018), 158, 160.

¹³⁵ van der Veer/Lofaro The CPI Antitrust Journal 2010, 2.

¹³⁶ Inderst/Thomas NZKart 6 (2018), 158, 160.

¹³⁷ Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S. 22.

¹³⁸ Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 232. Er agiert somit in Abhängigkeit von den Konsumenten.

¹³⁹ Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S. 23; Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 232f.

entweder einen bestimmten Preis für ein Produkt fordern, der dann abhängig von der Nachfragefunktion zu einer bestimmten Menge führt.¹⁴⁰ Alternativ kann er eine bestimmte Menge produzieren. Der Preis wird sich dann derart bilden, dass genau die hergestellte Menge abgesetzt werden kann. So beeinflusst er den Preis entweder direkt oder indirekt. Für die weitere Argumentation wird die (anschauliche) direkte Preissetzung als Ausgangspunkt genommen. Der Monopolist setzt also einen Preis, der über den Grenzkosten liegt.¹⁴¹ Anders als bei einem Anbieter auf einem Konkurrenzmarkt unterscheiden sich aus Sicht des Monopolisten Preis und Grenzerlös.¹⁴² Seine Gewinnmaximierungsstrategie lautet Grenzerlös gleich Grenzkosten, wobei der Grenzerlös nicht dem Konkurrenzmarktpreis entspricht. Daher endet er bei seiner Maximierungsstrategie (Grenzkosten = Grenzerlös) nicht im sozialen Optimum. Setzte ein Anbieter auf einem Konkurrenzmarkt diesen ‚Monopolpreis‘, würde er die Nachfrager an die Wettbewerber verlieren.

In der Realität lassen sich die Wettbewerbsintensitäten auf Märkten als ein Kontinuum aus Konkurrenzmarkt und Monopol abbilden. Beide Extrema gilt es für die Erläuterungen zum Kartellschaden zur Hand zu haben.

3. Kartell

Ein Kartell ersetzt die Ungewissheit des Marktes durch eine Absprache.¹⁴³ Dadurch bestimmt sich der Preis nicht mehr allein durch die Marktdynamik. Besonders eindeutig, aber gleichzeitig auch exemplarisch, ist der Fall einer Preisabsprache. Durch die gemeinsame Strategie können die Kartellteilnehmer ihren Gesamtgewinn maximieren.¹⁴⁴ Es überzeugt, dass Kartelle „letztlich als künstlich geschaffene Monopole charakterisiert werden können“.¹⁴⁵ Nicht immer ist ihre Marktmacht aber so weitgehend wie die eines Monopols. Zur Veranschaulichung kann man sich auch bei einem Kartell mit umfassender Marktmacht vorstellen, dass es diesem gelingt, den Monopolpreis zu berechnen und zu setzen. In der Folge entscheiden sich die Nachfrager, die ob des äquivalenten Preises indifferent sind in Bezug darauf, wo sie nachfragen, in der Theorie zu gleichen Teilen bei den verschiedenen Kartell-

¹⁴⁰ *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 22.

¹⁴¹ *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 25; *van den Bergh/Camesasca*, European Competition Law and Economics – a comparative perspective, 2006, S. 23; *Motta*, Competition policy, 2004, S. 40.

¹⁴² *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 23; *Hüschelrath/Schweitzer*, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, 2012, S. 22.

¹⁴³ *Hüschelrath/Schweitzer*, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, 2012, S. 20.

¹⁴⁴ *Hüschelrath/Schweitzer*, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, 2012, S. 20; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2018, S. 15 ff.

¹⁴⁵ *Hüschelrath/Schweitzer*, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, 2012, S. 21; ähnlich *Bolotova* JEBO 70 (2009), 321, 322.

teilnehmern zu konsumieren.¹⁴⁶ Statt sich auf einem Konkurrenzmarkt auf ihre Grenzkosten herunter zu konkurrieren, bestimmen sie den Preis durch eine Kartellabsprache.

4. Schaden durch Marktmacht

a) Beim Monopol

Es folgt eine erste Aufschlüsselung des Schadens in einer direkten Anbieter-Nachfrager-Beziehung. Zur Verdeutlichung soll zunächst wieder vom Monopolisten ausgegangen werden und sein Verhalten soll mit dem der Anbieterseite am Konkurrenzmarkt kontrastiert werden: Der Gewinn des Monopolisten wird durch die Nachfragefunktion determiniert.¹⁴⁷ Es ergeben sich zwei bedeutsame Effekte durch seine Preispolitik: Zum ersten hat die Preiserhöhung zur Folge, dass der Monopolist für jede verkaufte Produkteinheit einen höheren Preis erzielt. Das ist gleichbedeutend damit, dass jeder Nachfrager, der das Produkt erwirbt, einen höheren als den in Abwesenheit von Marktmacht am Markt herrschenden Preis zahlt. Hier geschieht eine Umverteilung des Vermögens zu Gunsten des Monopolisten – auch „Transfer“¹⁴⁸ genannt. Die Konsumentenrente wird geschmälert um genau so viel, wie die Monopolistenrente erhöht wird.¹⁴⁹ Ökonomisch betrachtet handelt es sich hierbei um eine Umverteilung, die die soziale Wohlfahrt, die Gesamtwohlfahrt, unbeeinflusst lässt. Daher wird sie als allokatonsneutral bezeichnet.¹⁵⁰ Es geschieht aber nicht nur das. Erhöht sich der Preis bedingt durch Marktmacht, wird dadurch im Vergleich zu einem Konkurrenzmarkt eine geringere Menge angeboten. Daher führt die Preissetzung des Monopolisten zu einer ineffizienten Allokation.¹⁵¹ Die Gesamtwohlfahrt erleidet durch die Preispolitik des Monopolisten einen Schaden – den Nettowohlfahrtsverlust, auch „Deadweight loss“.¹⁵² Durch die Verteuerung gibt es eine Reihe von Nachfragern, die das Produkt zum Monopolpreis nicht (mehr) kaufen. Aufgrund der monopolbedingten Preiserhöhung können oder wollen sie das Gut nicht erwerben. Die ökonomische Ineffizienz – die Allokationsproblematik – bezieht sich allein auf diese Nachfrager, welche ein Gut auf-

¹⁴⁶ Alternativ könnten die Kartellteilnehmer nach ihren Berechnungen auch aufteilen, wer welche Menge produziert. Wiederum würden diese Mengen dann im ‚Kartellpreis‘ reflektiert.

¹⁴⁷ *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S. 23.

¹⁴⁸ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 33.

¹⁴⁹ Im Vergleich mit dem Konkurrenzmarktgleichgewicht zu den vorliegend getroffenen Annahmen entsteht überhaupt erst eine Produzentenrente.

¹⁵⁰ *Haucap/Stübmeier* WuW 2008, 413, 416. Konsumenten- wird in Produzentenrente umgewandelt – an der Summe ändert sich nichts.

¹⁵¹ *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, ²2011, S. 53.

¹⁵² *Paccès/Visscher*, in: van Klink/Taekema (Hrsg.), Law and method. Interdisciplinary research into law, 2011, S. 94; zu Details und Hinweisen auf weiterführende Literatur mit Blick auf die genaue Zusammensetzung dieses Dreiecks, vgl. *van den Bergh/Camesasca*, European Competition Law and Economics – a comparative perspective, ²2006, S. 24; grundlegend: *Harberger* AER 44 (1954), 77.

grund einer Preiserhöhung nicht mehr erwerben können oder wollen.¹⁵³ Aufgrund überteuerter Güter herrschen am Markt falsche Preise, welche – da der Preis die Nachfrage bedingt – zu falschen Produktmengen führen. Die Produktmenge auf einem monopolistischen Markt ist geringer als die Konkurrenzmarktmenge. Der Monopolist setzt weniger ab und die Nachfragerseite konsumiert entsprechend weniger.¹⁵⁴ Der Monopolist wird den Preis so lange erhöhen, bis eine weitere Verknappung der Ausbringungsmenge den positiven Preiseffekt gerade überkompensiert.¹⁵⁵ Die Grafik zeigt diesen Zusammenhang. Die Grenzkosten sind konstant und lassen sich daher als horizontale Gerade abbilden. Diese Darstellung nimmt den Konkurrenzmarktpreis (P^K) als Vergleichsszenario zum Monopolpreis (P^M). P^K ist hier gleichbedeutend damit, dass die soziale Wohlfahrt ohne Monopol gänzlich der Konsumentenrente entspricht:

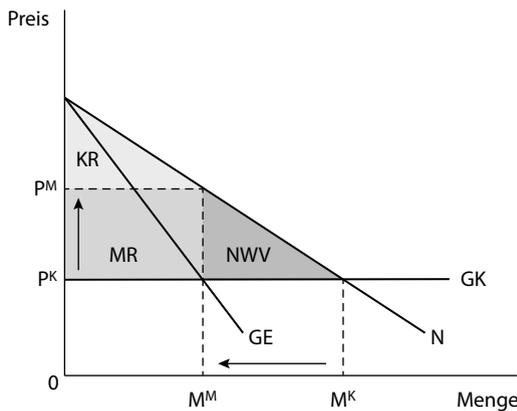


Abb. 5 Preis- und Mengenanpassungen beim Monopolisten

Statt im Schnittpunkt von GK und N, wo sich P^K einstellen würde, veranschlagt der Monopolist einen höheren Preis (P^M). Damit geht eine geringere Menge (M^M) einher. So generiert er Rente (Monopolistenrente = MR), nämlich in dem er einen Teil der Konsumentenrente abgreift – diese hatte auf dem Konkurrenzmarkt das gesamte Dreieck ausgemacht. Die Konsumentenrente schmälert sich durch die Preiserhöhung. Hinzu kommt der Nettowohlfahrtsverlust (NWV), den der Monopolist nicht abgreift. Im Konkurrenzmarktgleichgewicht besteht die soziale Wohlfahrt rein aus der Konsumentenrente. Entsprechend trifft der Schaden durch den Netto-

¹⁵³ Hüschelrath/Schweitzer, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), Schadensermittlung und Schadenersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, 2012, S. 23: Der Transfer ist aus Sicht der Wohlfahrt unbedenklich. Für Schadensersatzklagen sind die Transfers durchaus beachtlich.

¹⁵⁴ Zu den Details vgl. im hiesigen Kapitel unter B.IV.1.a)bb).

¹⁵⁵ Hüschelrath/Schweitzer, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), Schadensermittlung und Schadenersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, 2012, S. 22.

wohlfahrtsverlust allein die Nachfragerseite. Ein Monopol führt folglich nicht zu Allokationseffizienz.¹⁵⁶

b) Beim Kartell

Mit Blick auf Kartelle ergibt sich eine vergleichbare Dynamik. Die folgende Grafik verdeutlicht die beiden Schadenskomponenten. Zur Vereinfachung wird zunächst wiederum davon ausgegangen, dass es nur eine Käuferebene gibt, das Kartell also direkt an die Endabnehmer verkauft (es besteht wiederum eine direkte Anbieter-Nachfrager-Beziehung):¹⁵⁷

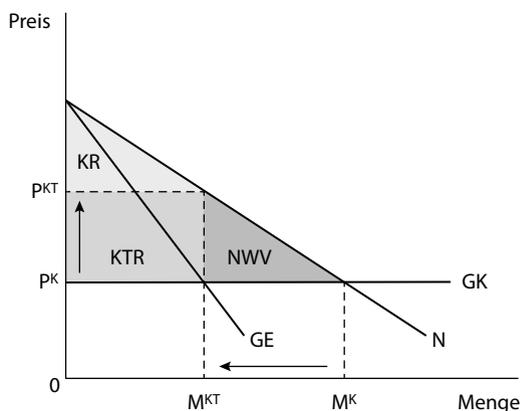


Abb. 6 Preis- und Mengenanpassungen bei einem Kartell

Die Fläche KTR (= Kartellrente) bezeichnet den Schaden aus der Preiserhöhung für die Abnehmerseite, der durch die preisaufschlagsbedingte Umverteilung entsteht.¹⁵⁸ Dies ist also der zusätzliche Gewinn des Kartells, der nicht notwendigerweise bzw. aus Sicht des Kartells nur im Idealfall an den Monopolpreis heranreicht. Der Preisaufschlag und der Mehrerlös des Kartells decken sich. Die Fläche NWV bezeichnet wiederum den gesellschaftlichen Schaden aufgrund des durch die Preis-

¹⁵⁶ Cooter/Ulen, *Law & Economics*, 62016, S. 38; Schwalbe/Zimmer, *Kartellrecht und Ökonomie*, 2011, S. 25 – auch die Produktionseffizienz ist gefährdet (dazu auf S. 26).

¹⁵⁷ Die Grafik basiert auf Inderst/Thomas, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2018, S. 31.

¹⁵⁸ Inderst/Thomas, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2018, S. 31f.; Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, in: Fuchs/Weitbrecht, *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung*, 2019, Rn. 12; Haucap/Stühmeier *WuW* 2008, 413, 415f.; Niels/Noble, in: Hüschelrath/Schweitzer (Hrsg.), *Public and private enforcement of Competition Law in Europe*, 2014, S. 126ff.; Maier-Rigaud/Schwalbe, in: Ashton (Hrsg.), *Competition damages actions in the EU: Law and Practice*, 2018, S. 404ff.; Hinten-Reed/Wandschneider, in: Stancke/Weidenbach/Lahme (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, 2017, Rn. 1007ff. Eine alternative Terminologie für die beiden Schadenspositionen ist die der „betriebswirtschaftlichen“ und der „volkswirtschaftlichen“ Schäden, vgl. Haucap/Stühmeier *WuW* 2008, 413, 414. Ihre Beziehung ist nicht monoton, denn findet allein ein Vermögenstransfer statt, geht für die soziale Wohlfahrt nichts verloren.

erhöhung bedingten Nachfragerückgangs. Auf den Nutzenwert des Dreiecks – einen Teil ihrer Konsumentenrente – haben die Nachfrager verzichtet.¹⁵⁹ Es bildet also den Wohlstand ab, der aufgrund der Preiserhöhung nicht geschaffen wurde.¹⁶⁰ Dieser Schaden wird nicht umverteilt, sondern gänzlich von den Nachfragern getragen.¹⁶¹ Er wird auch als ein nicht ausgeschöpfter Tauschgewinn bezeichnet.¹⁶² Aus den vorangegangenen Erläuterungen erschließt sich auch die Argumentation, dass der Schaden eines Kartells sich nicht durch den aufgrund des Kartells zusätzlich erwirtschafteten Gewinn darstellen lässt. Der soziale Schaden geht immer darüber hinaus.¹⁶³ Es gibt keine überzeugenden ökonomischen Argumente dafür, einer der Schadenspositionen – Umverteilung bzw. Wohlfahrtsverlust – gegenüber der anderen den Vorrang einzuräumen.¹⁶⁴

Die Wohlfahrtsverluste aufgrund eines Kartells sind *a priori* identisch wie beim Monopol.¹⁶⁵ Gleichsam ist die Analogie unvollkommen.¹⁶⁶ Bei einem Kartell kommen noch zusätzliche gesellschaftliche Kosten hinzu:¹⁶⁷ Darunter sind die Kosten

¹⁵⁹ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2018, S. 33; *Hellwig*, in: Basedow (Hrsg.), Private enforcement of EC Competition Law, 2007, S. 130 nennt die Effekte auf Nachfragerseite „allocative“ und „distributive“.

¹⁶⁰ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2018, S. 33.

¹⁶¹ *Hüschelrath/Schweitzer*, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, 2012, S. 24: Zusammenfassend kann man sagen, dass Kartelle also die Gesamtwohlfahrt und dabei insbesondere die Konsumentenrente negativ beeinträchtigen; *Haucap/Stühmeier* WuW 2008, 413, 416: Er geht der Gesellschaft unwiederbringlich verloren. Zur Frage der Nutzeneinbuße der Endverbraucher lässt sich weiter ausführen, vgl. ebd., S. 421: Für den Allokationseffekt müssten im Prinzip „drei Optionen unterschieden werden. Erstens kann der Konsument das Gut von Kartellaußenseitern beziehen, zweitens kann er das Gut durch eine weniger präferierte Alternative substituieren, und drittens kann er ganz auf den Kauf verzichten. Der allokative Effizienzverlust hängt auch hier wieder von der Anzahl der Kartellmitglieder und der Außenseiter ab, da den Nachfragern durch den sog. *Umbrella Effect* auch dadurch ein Schaden entstehen kann, dass die Kartellaußenseiter in Reaktion auf den höheren Kartellpreis auch ihren (nicht kartellierten) Preis erhöhen“; *Oxera report 2009*, S. 100: „When there are no second-best alternative products, or these products are substantially inferior to the cartelised product, customers bear a loss equal to, or close to, the triangle“; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2018, S. 34, 71 f.: Es ist bedeutsam, inwieweit es Substitute gibt, wie die Wertschätzung der Nachfrager für diese ist und ob es bei Kartellaußenseitern zu Preisschirmeffekten kommt.

¹⁶² *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in Fuchs/Weitbrecht, Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, 2019, Rn. 12.

¹⁶³ Dazu *Oxera report 2009*, S. 98 ff.; *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in Fuchs/Weitbrecht, Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, 2019, § 7, Rn. 13 f.

¹⁶⁴ *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in Fuchs/Weitbrecht, Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, 2019, Rn. 14; *Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: Ashton (Hrsg.), Competition damages actions in the EU: Law and Practice, 2018, S. 407.

¹⁶⁵ *Camesasca/Warren/van den Bergh*, in: van den Bergh (Hrsg.), Comparative Competition Law and Economics, 2017, S. 187.

¹⁶⁶ *Hüschelrath/Schweitzer*, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, 2012, S. 24.

¹⁶⁷ *Hüschelrath/Schweitzer*, in: Hüschelrath et al (Hrsg.), Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen: Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen, 2012, S. 24 mwN: Sie könnten höher sein als der Effekt am Markt; *Camesasca/Warren/van den Bergh*, in:

zu nennen, die mit der Aufrechterhaltung des Kartells verbunden sind – Kampf gegen Außenseiter, Kontrolle abweichenden Verhaltens von Kartellteilnehmern etc. – sowie mit der Aufrechterhaltung des Interessengleichlaufs, welcher die Basis für die Kartellvereinbarung bildet. Es ist weiterhin für die Gesamtbetrachtung bedeutsam, wie viele andere Akteure es auf dem Markt, auf dem das Kartell agiert, gibt.¹⁶⁸ Der Kartellpreis entspricht nicht immer dem ‚Idealfall‘ des Monopolpreises, denn nicht allen Kartellen gelingt es, wie ein gewinnmaximierender Monopolist zu agieren.¹⁶⁹ Ein Kartell eliminiert den Wettbewerb nicht notwendigerweise gänzlich, sondern schädigt ihn mitunter nur.¹⁷⁰

5. Das Kontrafaktum – der alternative Markt

Um den Schaden, der durch die Preissetzung aufgrund von Marktmacht geschehen konnte, zu definieren, ist es von Bedeutung, den Markt zu definieren, wie er sich ohne Vorhandensein des Monopols bzw. des Kartells dargestellt hätte. Die wesentliche Annahme, die für das kontrafaktische Szenario getroffen werden muss, betrifft die Wettbewerbsintensität ohne Kartell.¹⁷¹ Zur Veranschaulichung wurde der Preis in den vorangegangenen Abschnitten mit dem (extremen) Konkurrenzmarktpreis verglichen. Dies ist nicht realistisch. Als besondere Herausforderung ist die Berechnung eines alternativen Szenarios ohne die kartellbedingte Preiserhöhung rein hypothetisch. Die Preise und Mengen, die sich ohne ein Kartell ergeben hätten, müssen ermittelt werden.¹⁷² Es kann auf zeitliche, räumliche bzw. sachliche Vergleichsmärkte oder Kombinationen zurückgegriffen werden.¹⁷³ Andernfalls muss der Vergleichsmarkt mittels ökonomischer Modelle simuliert werden. Die Simulationmethode kann auch zur Ergänzung hinzugezogen werden. Einem kontrafak-

van den Bergh (Hrsg.), *Comparative Competition Law and Economics*, 2017, S. 187; mit der Anzahl der Kartellteilnehmer kommt es zu einem Kostenanstieg, *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 95; *Bolotova JEBO* 70 (2009), 321, 322; zu den Faktoren, die ein erfolgreiches Kartell begünstigen, vgl. *Rüggeberg*, in: Ruiz Peris (Hrsg.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE: Proyecto europeo „Training of National Judges in EU Competition Law“*, 2018, S. 264 ff.

¹⁶⁸ *Camasca/Warren/van den Bergh*, in: van den Bergh (Hrsg.), *Comparative Competition Law and Economics*, 2017 erläutert dies. Dazu vertieft im hiesigen Kapitel unter B.IV.1.a)aa).

¹⁶⁹ *Niels/Noble*, in: Hüscherlath/Schweitzer (Hrsg.), *Public and private enforcement of Competition Law in Europe*, 2014, S. 126.

¹⁷⁰ *Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: Ashton (Hrsg.), *Competition damages actions in the EU: Law and Practice*, ²2018, S. 404.

¹⁷¹ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 228. Die gängigsten Modelle sind das der vollständigen Konkurrenz, Oligopolmodelle mit Preis- bzw. Mengenwettbewerb (*Bertrand-* bzw. *Cournotwettbewerb*) und Auktionsmodelle, vgl. S. 228 ff. Eine Anpassung an die jeweiligen Marktgegebenheiten ist jeweils möglich; dazu konkreter vgl. auch *Inderst/Schwalbe WuW* 2012, 122. Die Auswahl des Vergleichsmarkts beeinträchtigt die Schadenshöhe natürlich stark. Eine besondere, zu unterscheidende Phase sind zudem die Nachwirkungen eines Kartells, vgl. *Durand/Williams ERA Forum* 2017, 79, 87 ff.

¹⁷² *Inderst/Schwalbe WuW* 2012, 122, 123.

¹⁷³ *Inderst/Schwalbe WuW* 2012, 122, 125.

tischen Szenario, das von einem intensiven Wettbewerb ausgeht, wohnt ob seiner realitätsferne eine Tendenz inne, den kartellbedingten Preisaufschlag zu überschätzen.¹⁷⁴ Auch sollte das ausgewählte Modell die Möglichkeit einer Verhaltenskoordination, die nicht kartellrechtlich zu ahnden ist, nicht grundsätzlich ausschließen.¹⁷⁵ Man muss sich vor Augen halten, dass das Konkurrenzmarktmodell ein für die weitere Analyse wenig zielführender Extremfall ist.¹⁷⁶ In der Realität wird der tatsächliche, kontrafaktische Preis irgendwo zwischen den Extrema aus Konkurrenzmarkt und Monopol (vollkommener Ausschluss des Wettbewerbs) liegen – insofern herrscht ‚unvollkommener Wettbewerb‘.¹⁷⁷

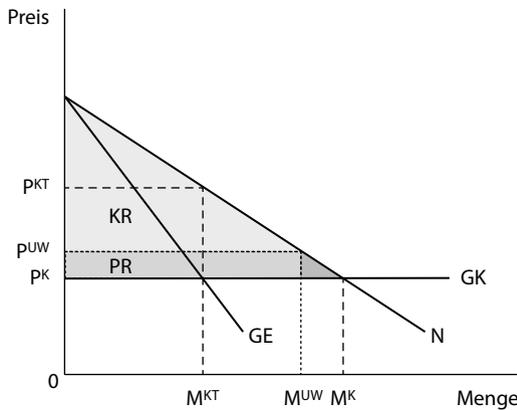


Abb. 7 Beispielhafter Markt mit unvollkommenem Wettbewerb

Das Szenario des unvollkommenen Wettbewerbs (UW) ist vorliegend als kurz gestrichelte Linie eingezeichnet. Anbieter, die auf solch einem Markt agieren, können einen gewissen Einfluss auf die Preise nehmen. Sie können dadurch Gewinnmargen (= Produzentenrente) erwirtschaften.¹⁷⁸ Die Produzentenrente ist in der Gra-

¹⁷⁴ Inderst/Schwalbe WuW 2012, 122, 132: Dies kann jedoch im Sinne der Abschreckung gewünscht sein. Auf den weiteren Absatzstufen erscheint es auch nicht das ideale Szenario, denn so würde beispielsweise der Mengeneffekt unterschätzt. Unter den vorliegenden Annahmen *in puncto* Konkurrenzmarkt haben die Anbieter, wie im hiesigen Kapitel unter B.IV.1.a)cc) noch näher erläutert werden wird, ja keine Gewinnmargen und entsprechend kann sich kein Mengeneffekt einstellen. Dieses Szenario ist nicht realistisch.

¹⁷⁵ Inderst/Schwalbe WuW 2012, 122, 131.

¹⁷⁶ Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, ²2018, S. 454: Der vollkommene Wettbewerb als Extremfall dürfte in der Praxis in Reinform nicht relevant sein; ebd., S. 231: dient der Veranschaulichung; Hellwig, in: Basedow (Hrsg.), Private enforcement of EC Competition Law, 2007, S. 132 hinterfragt, ob die Verwendung dieses Modells richtig ist; dazu auch Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 215.

¹⁷⁷ Auch kartellrechtskonform agierende Unternehmen haben auf realen Märkten einen Spielraum, höhere Preise als ihre Grenzkosten anzusetzen, vgl. Franck, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 532, 538, 557.

¹⁷⁸ Wiederum gilt die Annahme konstanter (gleicher) Grenzkosten. Dies ist, wie noch zu zei-

fik als Rechteck PR abgebildet. In so einem Fall besteht die soziale Wohlfahrt also nicht wie im Extremfall rein aus der Konsumentenrente,¹⁷⁹ sondern setzt sich aus Konsumenten- sowie Produzentenrente zusammen. Das kleine Dreieck stellt wiederum einen Nettowohlfahrtsverlust dar. Ein derartiges Marktverständnis ergibt ein realistisches kontrafaktisches Szenario.

Es würde zu weit führen, die Auswahlkriterien für das kontrafaktische Szenario und die Berechnungsmethoden des Kartellschadens in diesem Buch in Gänze auszuführen.¹⁸⁰ Der Fokus gilt den verschiedenen Faktoren, die das Ausmaß des Kartellschadens determinieren.¹⁸¹ Es wird untersucht, wie ökonomisch fundiert die Zusammenhänge zwischen den einzelnen Schadenskomponenten sind und welche Einsichten der Verallgemeinerung fähig sind. Diese Analyse bildet die Basis für die Auswahl der passenden Berechnungsmethode, die in einem zweiten Schritt erfolgt.

Im nächsten Abschnitt soll aufgezeigt werden, wie sich der Kartellschaden darstellt, wenn es mehrere Wertschöpfungsebenen gibt. Daraus ergeben sich die Einzelheiten des Schadens, wenn er sich über verschiedene Absatzstufen verteilt. Diese Kenntnis ist für die vertiefte Durchdringung des Kartellschadens entlang der Absatzkette unerlässlich.

IV. Der Kartellschaden – Entstehung

Im Folgenden soll der Kartellschaden, wie er sich entlang der Absatzkette darstellt, ökonomisch genauer ausdifferenziert werden. Der Blickwinkel der Richtlinie auf die kartelleigene Absatzkette dient bei dieser Fokussierung als Auswahlkriterium. Es soll aufgezeigt werden, wie gesichert die ökonomischen Erkenntnisse zu den verschiedenen Komponenten des Kartellschadens der kartelleigenen Absatzkette sowie ihrer Interdependenzen sind. Für den Gesamtzusammenhang werden auch darüber hinaus gehende Schadenspositionen, zu denen ein Kartellverstoß führt, kurz dargestellt. Sie stehen aber nicht im Fokus der weiteren Untersuchung.

Kartellschäden entstehen innerhalb und außerhalb der eigenen Absatzkette. Der ökonomische Gesamtschaden erstreckt sich innerhalb und außerhalb der eigenen Absatzkette auf Folge-, Vor- und Nebenmärkte.

gen sein wird, äußerst relevant für die Frage, ob sich ein Mengeneffekt einstellen kann. Denn dazu müssen Anbieter zunächst Gewinnmargen erwirtschaften. Diese können dann durch eine (eigene) Preiserhöhung in Abhängigkeit von verschiedenen Faktoren beeinträchtigt werden und so zum Mengeneffekt führen.

¹⁷⁹ Beim Beispiel des Konkurrenzmarkts (vgl. Abb. 3), war ja im Gegensatz dazu das gesamte Dreieck hellgrau ausgefüllt.

¹⁸⁰ Weiterführend dazu: *Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: Ashton (Hrsg.), *Competition damages actions in the EU: Law and Practice*, 2018, S. 427 ff.; *Hinten-Reed/Wandschneider*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, 2017, Rn. 1047 ff.

¹⁸¹ *Hellwig*, in: Basedow (Hrsg.), *Private enforcement of EC Competition Law*, 2007, S. 128. Diese gälte es anschließend mit der vorzugswürdigen Methode abzugleichen und zu berechnen.