

Dr. iur. Thomas S. Müller, Rechtsanwalt

Die *Passing-on Defense* im schweizerischen Kartellzivilrecht

Unter besonderer Berücksichtigung
des amerikanischen, europäischen und
deutschen Rechts

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungen	XIX
Literatur	XXV
Materialien	XLI
Einleitung	1
1. Kapitel: Grundlagen	3
§ 1 Vorbemerkungen und Vorfragen	3
I. Die Kartellrechtsdurchsetzung als Ausgangslage	3
II. Offene Fragen zur Schadensabwälzung	5
1. Das Problem der Schadensabwälzung	5
2. Regelungsmöglichkeiten der <i>Passing-on Defense</i>	6
§ 2 Prävention von Kartellrechtsverletzungen	9
I. Ökonomische Grundlagen	9
1. Steigerung der sozialen Wohlfahrt	9
2. Vollkommene Konkurrenz	10
3. Monopolsituation	12
4. Negative Auswirkungen der Monopolsituation	14
a) Verlust der allokativen Effizienz	14
b) <i>Overcharge</i> respektive <i>Monopoly Transfer</i>	15
c) Verhältnis zwischen <i>Monopoly Transfer</i> und <i>Deadweight Loss</i>	16
d) Weitere nachteilige Auswirkungen der Monopolsituation	17
5. Ergebnis	18
II. <i>Optimal Deterrence Doctrine</i>	20
1. Modell von BECKER	20
2. Modell von LANDES	21
a) <i>Monopoly Transfer</i> und <i>Deadweight Loss</i>	21
b) Berücksichtigung der Verfolgungskosten sowie eines Multiplikators	23
3. Weiterentwicklung des Modells von LANDES	24
4. Folgerungen aus der <i>Optimal Deterrence Doctrine</i> für die Sanktionsberechnung	25
a) Steuerungsfunktion der Sanktion	25
b) Verletzerertrag als Bemessungsgrundlage	25
c) Entgangener Gewinn des Geschädigten als Bemessungsgrundlage	26
5. Die Suche nach der effizientesten Durchsetzungsinstanz	28
a) Allgemein	28
b) Behördliche versus private Kartellrechtsdurchsetzung	28
c) Die effizientesten Privatkläger	29

d) Kartellrechtsdurchsetzung durch Konkurrenten	32
III. Ergebnisse	32
1. Grundsatz	32
2. Keine einheitliche Theorie	32
3. Prävention vor Kompensation	33
4. Folgerung für die Regelung der <i>Passing-on Defense</i>	34
§ 3 Die Schadensabwälzung	35
I. Einleitung	35
II. Ökonomische Untersuchung der Schadensabwälzung	36
1. Darstellung der Schadensabwälzung	36
2. Elastizität der Nachfrage	37
3. Elastizität des Angebots	38
4. Verfügbarkeit von Substitutionsgütern	39
5. Fixkosten versus variable Kosten	40
6. Zeitfaktoren	40
III. Schadensabwälzung ist die Regel	41
§ 4 Kompensation der einzelnen Marktstufen	42
I. Einleitung	42
II. Direktabnehmer	43
1. Schadensberechnung gestützt auf die Preisdifferenz	43
a) Berechnungsmethoden	43
b) Vorteile	45
c) Nachteile	45
2. Preisdifferenz und entgangener Gewinn für nicht abgenommene Produkte	46
a) Berechnungsmethode	46
b) Vorteile	47
c) Nachteile	47
3. Berücksichtigung der Schadensabwälzung bei der Berechnung gemäss Preisdifferenz	48
a) Berücksichtigung	48
b) Berechnungsmethode	49
c) Ergebnis	52
4. Schadensberechnung anhand der geschäftsgewinnbezogenen Differenzmethode	52
a) Berechnungsmethode	52
b) Vorteile	54
c) Nachteile	54
5. Berechnung anhand des Verletzergewinns	55
III. Folgeabnehmer	56
1. Allgemein	56
2. Schadensberechnung	58
a) Bestimmung der Schadensabwälzung	58
b) Vergleichsmarktkonzepte auf Stufe der Folgeabnehmer	59

3.	Schadenspauschalisierung	60
a)	Vorschlag von BULST	60
b)	Kritik	60
c)	Ergebnis	62
4.	Entgangener Gesamtgewinn	63
IV.	Endabnehmer im Besonderen	64
1.	Berechnung	64
2.	Pauschalisierung	64
a)	Coupon und Preisnachlass	64
b)	Mindestentschädigungssumme	65
c)	Pauschalisierung mittels Faktor	66
3.	Kein Schadenersatz für Konsumverzicht	67
V.	Ergebnisse	67
1.	Schwierige Realisierung des Kompensationszwecks	67
2.	Regelung der <i>Passing-on Defense</i>	68
2. Kapitel:	Die <i>Passing-on Defense</i> im amerikanischen Recht	71
§ 5	Grundsätze des amerikanischen Antitrustrechts	71
I.	Gesetzliche Grundlagen	71
II.	Zweck des amerikanischen Antitrustrechts	74
§ 6	Durchsetzung der Kartellrechtsansprüche	76
I.	Bundesebene	76
1.	Private Durchsetzung	76
a)	Allgemeines	76
b)	Verfahren	77
2.	Durchsetzung durch die Behörden	78
a)	Durch das US Department of Justice	78
b)	Durch die Federal Trade Commission	78
II.	Staatenebene	79
1.	Private Durchsetzung	79
2.	Durchsetzung durch den Attorney General	80
§ 7	Anspruchsvoraussetzung nach dem Clayton Act	80
I.	Allgemein	80
II.	Die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen nach § 4 Clayton Act	82
1.	<i>Any Person</i>	82
2.	<i>Injury to Business or Property</i>	82
3.	<i>By Reason of anything forbidden in the Antitrust Laws</i>	83
a)	<i>Causation</i>	84
b)	<i>Antitrust Injury</i>	84
c)	<i>Standing</i>	85
d)	Verhältnis zwischen <i>Antitrust Injury</i> und <i>Standing</i>	87
III.	Schadenersatz	87
1.	Berechnung	87
2.	Verdreifachung und pönale Funktion	90

§ 8	Die <i>Passing-on Defense</i> auf Bundesebene	91
I.	Entscheide vor <i>Hanover Shoe</i> und <i>Illinois Brick</i>	91
II.	<i>Hanover Shoe</i>	93
	1. <i>Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corporation</i>	93
	a) Argumentation der Parteien	93
	b) Schadensberechnung durch das Gericht	94
	c) Ungewisser Zusammenhang zwischen Monopolpreis und Weiterverkaufspreis	94
	d) Vermeiden von lang andauernden und komplizierten Prozessen	95
	e) Mangelnde Effektivität der Schadenersatzklagen	95
	f) Übervorteilung des Monopolisten	95
	g) Ausnahmen	96
	2. Würdigung von <i>Hanover Shoe</i>	96
III.	<i>Illinois Brick</i>	97
	1. <i>Illinois Brick Co. et al. v. Illinois et al.</i>	97
	a) Sachverhalt und Entscheidung des Supreme Courts	97
	b) Gleiche Regel für die beklagten Rechtsverletzer und die klagenden Direktabnehmer	99
	c) Vermeidung von aufwendigen Gerichtsverfahren	99
	d) Prävention vor Kompensation	100
	e) Gefahr der Mehrfachhaftung des Rechtsverletzers	101
	f) Ausnahmen	101
	g) Dissens	102
	2. Hintergrund der Entscheidung	103
§ 9	Kritik der Lehre an <i>Illinois Brick</i>	105
I.	Allgemein	105
II.	Zustimmende Kommentatoren	105
III.	Ablehnende Kommentatoren	108
IV.	Weiterentwicklung von <i>Illinois Brick</i>	110
	1. Allgemein	110
	2. Ausnahmen zu <i>Illinois Brick</i>	111
	a) <i>Kansas v. UtiliCorp United, Inc.</i>	111
	b) <i>Kritik an UtiliCorp</i>	114
	3. Von der Schadensberechnung zum <i>Standing</i>	115
	a) <i>Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters und Blue Shields</i>	115
	b) <i>Lower Lake Erie Iron Ore Antitrust Litigation</i>	116
	c) Einordnung von <i>Illinois Brick</i> im Lichte der behandelten Entscheide	118
§ 10	<i>Illinois Brick Repealer Statutes</i> in den Bundesstaaten	119
I.	<i>Illinois Brick Repealer Statutes</i>	119
II.	Mehrfachhaftung als Folge der <i>Illinois Brick Repealer Statutes</i> ?	123
	1. Lehrmeinungen	123

2.	Würdigung	125
III.	<i>Class Action</i> zur Durchsetzung der Klagen der Folgeabnehmer	125
1.	Voraussetzungen der Zertifizierung	125
a)	Grundsätze	125
b)	Ablehnung der Regressions- und der Inzidenzanalyse	126
c)	Ausnahme: Erleichterung der Voraussetzungen durch Gesetz und Rechtsprechung	128
2.	Zwischenergebnis	129
IV.	Schadensberechnung im Besonderen	131
1.	Schadensberechnung auf der Stufe Direktabnehmer	131
2.	Schadensberechnung auf der Stufe Folgeabnehmer	131
V.	Behandlung der <i>Passing-on Defense</i>	133
1.	Vermeidung von Mehrfachhaftung durch Gesetzesbestimmungen	133
2.	Zulassung der <i>Passing-on Defense</i> durch das Gesetz	135
3.	Zulassung der <i>Passing-on Defense</i> durch die Rechtsprechung	138
4.	Zulassung der <i>Passing-on Defense</i> unklar	138
VI.	Ergebnis	139
§ 11	Revisionsvorschläge der <i>Passing-on Defense</i>	142
§ 12	Erkenntnisse aus der amerikanischen Regelung	144
3. Kapitel:	Die <i>Passing-on Defense</i> im Europäischen Recht	147
§ 13	Grundsätze des Europäischen Wettbewerbsrecht	147
I.	Materiellrechtliche Bestimmungen	147
II.	Unmittelbare Anwendbarkeit des Kartellrechts	147
III.	Private Durchsetzung des Kartellrechts	148
1.	Die EG-Kartellrechtsverordnung Nr. 1/2003	148
2.	Private Schadenersatzklagen	150
3.	Zweck des europäischen Wettbewerbsrechts und der privaten Schadenersatzklagen	152
4.	Bedeutung der privaten Schadenersatzklagen	154
IV.	Schadenersatzanspruch aus dem Gemeinschaftsrecht	155
1.	Staatshaftungs-Rechtsprechung	155
2.	Ausführungen von Generalanwalt VAN GERVEN zum Wettbewerbsrecht	156
3.	Art. 81 EGV als eigenständige Anspruchsgrundlage	158
4.	Lehrmeinungen zur Anspruchsgrundlage	159
a)	Courage Entscheid als Begründung einer gemeinschaftsrechtlichen Anspruchsgrundlage	159
b)	Courage Entscheidung begründet keine europäische Anspruchsgrundlage	160
5.	Eigene Würdigung der <i>Courage</i> Entscheidung	161
6.	Ergebnis	165

§ 14 Anforderungen des Gemeinschaftsrechts an den wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzanspruch	167
I. <i>Jedermann</i> Formulierung der <i>Courage</i> Entscheidung	167
1. Beschränkung von <i>Courage</i> auf die Mitglieder der Kartellabsprache	167
2. Wörtliche Auslegung von <i>Courage</i>	168
II. Direktabnehmer	168
1. Grundsatz	168
2. Schadensberechnung	169
a) Grundsatz der Totalreparation	169
b) Zulässigkeit eines exemplarischen Schadenersatzes	172
3. Berücksichtigung der Schadensabwälzung	173
a) Verweis auf Rechtsprechung über die Haftung der Gemeinschaft und die Rückerstattungsfälle	173
b) Übertragung dieser Rechtsprechung auf das Kartellrecht	175
c) Ergebnis für die <i>Passing-on Defense</i>	177
III. Folgeabnehmer	179
1. Grundsatz	179
2. Grundsätzlicher Einschluss der Folgeabnehmer in den Schutz von Art. 81 EG	181
IV. Endabnehmer im Besonderen	184
V. Ergebnis	185
§ 15 Regelungsvorschläge der <i>Passing-on Defense</i>	187
I. Grünbuch und Arbeitspapier der Europäischen Kommission	187
II. Die Regelungsvorschläge im Einzelnen	190
1. Option 21	190
2. Option 22	191
3. Option 23	193
4. Option 24	194
§ 16 Erkenntnisse aus der europäischen Regelung	196
4. Kapitel: Die <i>Passing-on Defense</i> im deutschen Recht	201
§ 17 Einleitung	201
§ 18 Gerichtsentscheide zur Frage der Schadensabwälzung	202
I. Gerichtsentscheide	202
1. Entscheidung des LG Mannheim vom 11. Juli 2003	202
2. Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 28. Januar 2004	205
3. Weitere Gerichtsentscheide	207
a) Entscheidung des LG Mainz vom 15. Januar 2004	207
b) Entscheidung des LG Dortmund vom 1. April 2004	207
II. Kritik der Lehre an den Gerichtsentscheiden	208

§ 19 Die 7. GWB-Novelle	211
I. Allgemeine Neuerungen der 7. GWB-Novelle	211
1. Regelung der kartellrechtlichen Deliktsansprüche	211
2. Zweck der kartellrechtlichen Deliktsansprüche	213
II. Aufgabe des Schutzgesetzprinzips	215
1. Regelung unter dem GWB a.F.	215
2. Heutige Regelung nach der 7. GWB-Novelle	216
3. Auswirkung auf die Klagelegitimation der Folgeabnehmer	217
III. Einführung der Regelung der <i>Passing-on Defense</i> ?	218
1. Gesetzgebungsverfahren	218
2. Behandlung der <i>Passing-on Defense</i> in der Lehre	220
a) Allgemein	220
b) Für eine Zulassung der <i>Passing-on Defense</i>	221
c) Für eine Ablehnung der <i>Passing-on Defense</i>	223
§ 20 Erkenntnisse aus der deutschen Regelung	224
5. Kapitel: Die <i>Passing-on Defense</i> im schweizerischen Recht	227
§ 21 Einleitung	227
§ 22 Grundlagen des heutigen Kartellrechts	228
I. Verfassungsartikel	228
II. Auslegung des Zweckartikels	228
1. Verhinderung von volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen	228
2. Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung	230
§ 23 Instrumente zur Erreichung des Zwecks	232
I. Verfassungsmässige Grundlage	232
II. Verwaltungsrechtliche Instrumente	234
III. Zivilrechtliche Instrumente	236
1. Allgemeines	236
2. Abwehr- und Feststellungsansprüche	237
a) Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche	237
b) Feststellungsanspruch	237
3. Wiedergutmachungsansprüche	239
4. Anspruch auf Gewinnherausgabe	239
§ 24 Prävention- oder Kompensationszweck des Kartellzivilrechts	240
I. Relevanz der Frage für die Regelung der <i>Passing-on Defense</i>	240
II. Entwicklung des Kartellzivilrechts	241
1. Kartellgesetzgebung vor der Revision 1995	241
2. Kartellrechtsrevision 1995	243
a) Allgemeine Änderungen	243
b) Stärkung des Kartellverwaltungsrechts	245
c) Verweis auf das Obligationenrecht im Kartellzivilrecht	246

3.	Kartellrechtsrevision 2003	248
a)	Kartellzivilrechtliche Bestimmungen bleiben unverändert	248
b)	Verwaltungssanktion zur Umsetzung des Präventionsziels	249
c)	Verweise auf Art. 27 Abs. 1 und auf Art. 97 Abs. 2 BV im Ingress des Kartellgesetzes	251
III.	Ergebnisse	252
1.	Für den Kompensations- und den Präventionszweck	252
2.	Für die <i>Passing-on Defense</i>	253
§ 25	Kreis der Anspruchsberechtigten	253
I.	Voraussetzungen der Ansprüche gemäss Kartellrecht	253
1.	Klageberechtigung nach Art. 12 Abs. 1 KG	253
2.	Behinderung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs	254
a)	Die Behinderung	254
b)	In der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs	256
3.	Behinderung durch eine unzulässige Wettbewerbs- beschränkung	258
a)	Unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG	258
b)	Unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unter- nehmens nach Art. 7 KG	259
II.	Ergebnisse	261
1.	Anspruchsberechtigung der Direktabnehmer	261
2.	Anspruchsberechtigung der Folgeabnehmer	262
3.	Konsumenten	263
a)	Anspruch aus Art. 12 Abs. 1 KG	263
b)	Anspruch aus Art. 41 OR	266
c)	Anspruch aus Art. 62 OR	269
d)	Ergebnis	269
III.	Ergebnis für die Regelung der <i>Passing-on Defense</i> im Besonderen	272
§ 26	<i>Passing-on Defense</i> beim Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung	274
I.	Lehrmeinungen zur Behandlung der <i>Passing-on Defense</i>	274
1.	Behandlung der <i>Passing-on Defense</i> unter dem Titel der Schadensentstehung	274
2.	Behandlung der <i>Passing-on Defense</i> unter dem Titel der Vorteilsanrechnung	276
3.	Behandlung der <i>Passing-on Defense</i> sowohl unter dem Titel der Schadensentstehung wie der Vorteilsanrechnung	277
4.	Würdigung	280
II.	Zum Anspruch aus unerlaubter Handlung	281
III.	Schaden	282
1.	Schadensbegriff	282
2.	Differenzhypothese	282
a)	Begriff	282

b) Vergleich von Einzelpositionen und nicht des Gesamtvermögens	283
3. Konkrete Schadensberechnung	284
a) Grundsatz der konkreten Schadensberechnung	284
b) Abstrakte Schadensberechnung	285
4. Schadensbeweis	286
a) Beweislastverteilung	286
b) Schadensbestimmung nach freiem richterlichen Ermessen	286
5. Schadensberechnung im Kartellrecht	289
a) Allgemein	289
b) Berechnung anhand der Preisdifferenz	290
c) Zeitpunkt der Schadensberechnung	292
d) Vorteilsanrechnung	293
e) <i>Passing-on Defense</i> als Aspekt der Vorteilsanrechnung	294
f) Zwischenergebnis	297
g) Vermeidung der Mehrfachhaftung	298
h) <i>Passing-on Defense</i> und Schadenminderung	300
i) Berücksichtigung des entgangenen Gewinns	301
j) Berechnung anhand des entgangenen Gesamtgewinns	304
k) Schadenersatzbemessung	306
IV. Übrige Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs	308
1. Widerrechtlichkeit	308
a) Allgemein	308
b) Die Frage des Reflexschadens	309
c) Zur Kritik am weiten Kreis der Anspruchsberechtigten durch Einschluss der Folgeabnehmer	311
2. Kausalität	312
3. Verschulden	314
4. Verjährung	315
V. Genugtuung	317
VI. Ergebnis	318
§ 27 <i>Passing-on Defense</i> beim Anspruch auf Gewinnherausgabe	319
I. Der Gewinnherausgabeanspruch im Kartellrecht	319
II. Voraussetzung des Anspruchs nach dem Obligationenrecht	320
1. Auftragslosigkeit	320
2. Erfordernis der Eigennützigkeit	320
3. Bösgläubigkeit	321
III. Übertragung des Gewinnherausgabeanspruchs aufs Kartellzivilrecht	321
1. Frage der Eigennützigkeit des Eingriffs	321
2. Frage des Verschuldenserfordernisses	322
3. Lösungsvorschläge in der Literatur	322
IV. Auslegung des Verweises im Kartellrecht	325
1. Historische Auslegung	325
2. Kartellrechtsrevision 1995	327

3. Analoger Verweis im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	328
V. Einordnung des Gewinnherausgabeanspruchs im Kartellrecht	328
VI. Ergebnis	329
6. Kapitel: Zusammenfassung und Würdigung	333