

Ausgangspunkt



- Art und Umfang des Schadensersatzes nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB.
- Differenzhypothese: Betroffene so zu stellen, wie sie ohne den Verstoß stünden
- Schaden: Differenz zwischen dem Kartellpreis und dem fiktiven Wettbewerbspreis (unter Wettbewerbsbedingungen)

Ausgangspunkt



- Wie bestimmt man diesen Schaden?
- § 33 Abs. 3 GWB a.F. oder § 33a Abs. 3 S. 1 GWB n.F.

§ 33a Abs. 3 S. 1 GWB Schadensersatzpflicht

(3) Für die Bemessung des Schadens gilt § 287 der Zivilprozessordnung.

§ 287 ZPO Schadensermittlung; Höhe der Forderung

"Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen."

§ 287 ZPO Schadensermittlung; Höhe der Forderung

"Die Vorschriften des Absatzes 1 Satz 1, 2 sind bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch in anderen Fällen entsprechend anzuwenden, soweit unter den Parteien die Höhe einer Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen."

Keine strengen Anforderungen



 es genügt eine erhebliche, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung

Jedenfalls: Mindestschaden



- bei Lücken oder Unklarheiten, keine Versagung des Ersatzes
 - Tatrichter muss beurteilen, ob die Schätzung eines Mindestbetrages möglich ist ("pflichtgemäßes Ermessen")
 - Schätzung nur zu unterlassen, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte völlig in der Luft hinge ("Willkür"), BGH, Urt. v. 15.10.2019, VI ZR 377/18 m.w.N.



"Methodenkritik"



- jedes Gutachten mit anderem Schaden
- Gutachten z.T. wider jeder Lebenserfahrung
 - "Null-Gutachten": Warum Bußgeldrisiko und Kosten des Verhaltens (15 Jahre), wenn kein Effekt?



AT.39824 - Trucks, C(2017) 6467 final, Rn. 180 (Scania)

– "How do we all get this year's totally messed up price level raised up again?"



- "[Das Gericht] wird daher zu erwägen haben, sich … unmittelbar der Ermittlung … der Höhe eines etwaigen Schadens der Klägerin zuzuwenden.
- Im Rahmen der ihm insoweit zukommenden
 Schätzungsbefugnis steht dem Tatrichter und damit auch dem Berufungsgericht ein erheblicher methodischer Spielraum zu …"

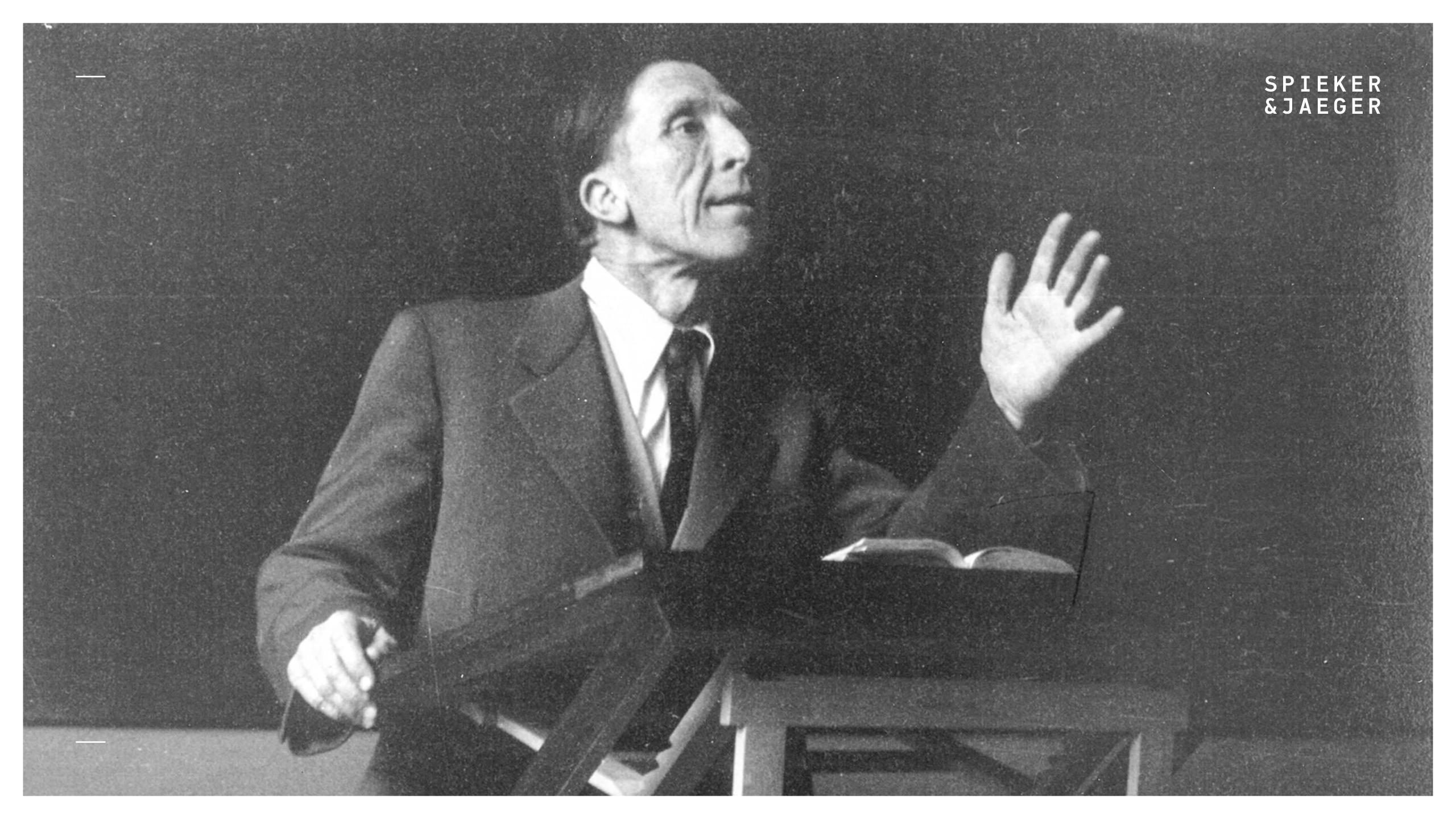
BGH, Urt. v. 13.04.2021, KZR 19/20, Tz. 53

- "... die Feststellung, [der Schadenshöhe ist] ... vom Tatrichter unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu treffen ...
- [Der Tatrichter muss], da Preise und Preisniveau unter nicht manipulierten Marktbedingungen ... hypothetisch sind, dabei sämtliche Umstände in den Blick nehmen, die Bedeutung für die Abschätzung haben können, wie sich das Marktgeschehen ohne die Kartellabsprache wahrscheinlich entwickelt hätte."

Schadensschätzung



- Darlegung der relevanten Anknüpfungstatsachen (Indizien) und sodann deren Bewertung
- kein einziger entscheidender Wertungsgesichtspunkt;
 Zusammenschau der Indizien



Wilburg und das bewegliche System

- "eine Auswahl an Gesichtspunkten, die … um den Vorrang streiten. Aus allen leuchtet ein Stück Wahrheit hervor und doch ist es nicht allen gelungen, das Schadensrecht ganz und zugleich in den richtigen Grenzen zu erfassen."
- sachgerechte Lösung: Berücksichtigung der bedeutsamen Gesichtspunkte entsprechend ihrer jeweiligen Stärke in Wechselwirkung zu den anderen Kriterien
- komparative Sätze vom Typus "je ... desto"



Basiswertung



- keine Beliebigkeit: Basiswertung als "fester Ausgangsund Vergleichspunkt"
- Selbstständigkeitspostulat
 - Unternehmen müssen selbst bestimmen, welche Unternehmenspolitik sie auf dem Markt betreiben
 - Preissetzungs/-senkungsspielraum muss eigenbestimmt sein

Basiswertung

"[J]eder Unternehmer [hat] selbständig zu bestimmen, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt, ... [D]ieses Selbständigkeitspostulat steht jeder ... Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht."

- EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Slg. 1975, 1663, "Suiker Unie"



Indiz Marktabdeckung



- flächendeckendes Kartell versagt der Marktgegenseite **Ausweichmöglichkeit** auf Kartellaußenseiter
- Je größer die Marktabdeckung des Kartells ist, desto eher war das Kartell wirksam und desto eher verursachte es einen höheren (kartellbedingten) Preis am Markt.

Coppik/Heimeshoff, S. 69, a.A. (?) Hell-mann/Schliffke, WuW 1373601., S. 12

Indiz Ausweichmöglichkeiten



- funktionelle Austauschbarkeit (Fusionskontrolle)
- kein anderes Produkt, größerer Spielraum für Preiserhöhungen
- Ein Kartell führt umso eher zu (kartellbedingt) überhöhten Preisen am Markt, desto eher die kartellierte Ware oder Dienstleistung aus Sicht der Marktgegenseite nicht durch eine andere Ware oder Dienstleistung ersetzt werden kann.

Indiz Dauer



- langer Zeitraum, hoher Preissetzungsspielraum
 - alles andere wäre kaufmännisch sinnlos
 - Verfolgung durch die Kartellbehörden & Bußgeld

Coppik/Heimeshoff, S. 70; a.A. (?) Hell-mann/Schliffke, WuW 1373601., S. 10

Indiz Dauer



 Je länger eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise andauerte, desto eher war das Kartell wirksam und desto eher verursachte es einen höheren (kartellbedingten)
 Preis am Markt.

Indiz Preissensibilität der Abnehmer



- Kann der höhere Preis am Markt durchgesetzt werden? ("Misstrauensprinzip")
- Erhöhten zeitgleich und abrupt die Preise steigt das Entdeckungsrisiko

Coppik/Heimeshoff, S. 73

Indiz Preissensibilität der Abnehmer



 Je stärker Abnehmer Preise kontrollieren und preissensibel sind, desto weniger war das Kartell wirksam und desto weniger verursachte es einen höheren (kartellbedingten) Preis am Markt.

Indiz Kartelldisziplin



- organisiertem Kartell fällt es leichter, Kartelldisziplin einzufordern und zu halten
- keine abweichenden günstigeren Angebote erhöhen den Preissetzungsspielraum
- Je eher Kartellbeteiligte also aus der Kartelldisziplin ausscheren, etwa weil das Kartell nur einen geringen Organisationsgrad aufweist, desto weniger war das Kartell wirksam und desto weniger verursachte es einen höheren (kartellbedingten) Preis am Markt.

Zusammenschau Regressionsanalyse

- "Vergleichsmarktanalysen, … stellen einen solchen zu berücksichtigenden Umstand mit indizieller Bedeutung dar."
 - BGH, Urt. v. 13.04.2021, KZR 19/20, Tz. 66

Zusammenschau Regressionsanalyse

- "[D]as Berufungsgericht … durfte sie dementsprechend im Rahmen seiner Gesamtwürdigung sämtlicher für und gegen einen Schadenseintritt sprechenden Indizien nicht ohne tragfähige Begründung unberücksichtigt lassen."
 - BGH, Urt. v. 13.04.2021, KZR 19/20, Tz. 71

Zusammenschau Regressionsanalyse

- kein komparatives Merkmal
- die benannten Indizien gehen darin auf



Gesamtmodell



- Der von einer kartellrechtswidrigen Verhaltensweise verursachte Schaden i.S.v. § 287 ZPO ist umso höher,
 - je größer die Marktabdeckung der Kartellbeteiligten war,
 - je eher die kartellierte Ware oder Dienstleistung aus Sicht der Marktgegenseite nicht durch eine andere Ware oder Dienstleistung ersetzt werden kann,
 - je länger die kartellrechtswidrige Verhaltensweise andauerte,
 - je weniger die Marktgegenseite preissensibel ist,
 - je stärker die Kartellbeteiligten organisiert waren und daher Kartelldisziplin herrschte.

Gesamtmodell



 Der Tatrichter kann für die Bewertung der vorgenannten Indizien eine Regressionsanalyse (Datengrundlage, Methode und Ergebnis) heranziehen.



Konkreter Betrag

 erhebliche, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit

Metastudien und Datensätze

- Metastudien und Studien mit Datensätzen (BGH, Urt. v. 19.05.2020, KZR 8/18 Schiene VI) als Wertung zulässig
- Tendenzen, Trendaussagen, Spannbreiten und Korridore
- Variante 1: Aussagen zu Tendenzen, Trendaussagen,
 Spannbreiten und Korridoren von kartellbedingten
 Preisaufschlägen für die jeweiligen Indizien

Konkrete Erhebungen



- Variante 2: Konkrete Analysen (und Betrag) zu einzelnen Indizien, aber Offenlegung der Gewichtung
 - diese Gewichtung obliegt dem Richter und nicht dem Gutachter

Qualität der Gutachten



- "Schadensgutachten, die … bemüht sind, so wenig Informationen wie nur irgend möglich preiszugeben.
- Nachweis reduziert sich auf die bloße Aussage des klägerseitig [sic!] beauftragten Sachverständigen, es sei ein Schaden in der angegebenen Höhe entstanden.
- Damit können die Anforderungen eines Schadensnachweises aber schon per se nicht erfüllt werden, denn zunächst einmal müssen ... das Gericht und ... betroffenen Parteien ... in die Lage versetzt werden, die behauptete Schadensforderung nachzuvollziehen und zu überprüfen."
 - Coppik/Heimeshoff, S. 38

OLG Celle, Urt. v. 12.08.2021, 13 U 120/16



– "Denn auch der Sachverständige wird [den Schaden], nur aufgrund einer sachverständigen Bewertung der gegebenen Anknüpfungstatsachen und einem darauf beruhenden Schluss von den vorliegenden Indizien auf die unter Beweis gestellte Haupttatsache beantworten können."

§ 287 ZPO Schadensermittlung; Höhe der Forderung

Die Vorschriften des Absatzes 1 Satz 1, 2 sind bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch in anderen Fällen entsprechend anzuwenden, soweit unter den Parteien die Höhe einer Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen.

Bedeutung des streitigen Teils der Forderung

- Variante 2 ist teuer
- verhindert die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen
- Variante 1 ist preiswert:
 - keine Datenforensik
 - keine umfangreichen Berechnungen
 - Zeitersparnis = Kostenersparnis

Bedeutung des streitigen Teils der Forderung

- Variante 3: Mindestschadensvermutung (Ungarn, Lettland, Rumänien)
- Variante 4: Behörde gibt Schaden an (Kronzeugen vs. "Winterscheidt-Faktor")

