



Drei Gutachten für einen Prozess? Bestimmung der Schadenshöhe im Kartellrecht

Rechtsanwalt Dr. Jochen Bernhard
Würzburg, 27. September 2013

A. STATUS QUO: MOSAIKSTEINE

Grundsatz: Kompensationsprinzip

EuGH, Urt. v. 6.11.2012,
Rs. C-199/11 – *Kommission/Otis*

„Jedermann [kann] Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht.“

§ 33 Abs. 3 GWB

„Wer einen Verstoß nach Abs. 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. [...] Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden.“

Einschränkung: Schätzung ausreichend

EuGH, Urt. v. 27. 1.2000,
Rs. C-104/89 – *Mulder*

„Der Gerichtshof hat insoweit wirtschaftliche Tätigkeiten zu bewerten, die zum großen Teil hypothetischen Charakter besitzen. Er verfügt daher wie die nationalen Gerichte über einen weiten Beurteilungsspielraum.“

KG Berlin, Urt. v. 1.10.2009 –
Berliner Transportbeton

„Fehlt es an ausreichenden Grundlagen für eine genaue Berechnung des wettbewerbsgemäßen Preises, hat das Gericht den wettbewerbsgemäßen Preis gemäß § 287 ZPO zu schätzen.“

OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.5.2008 –
Zementkartell (NZB abgewiesen)

Ein unbezifferter Klageantrag zu § 33 GWB ist hinreichend bestimmt.

Schadensumfang

EuGH, Urt. v. 6.6.2013, Rs.
C-J053/11 – *BWB/Donauchemie*

„[Art. 101 AEUV ermöglicht es] den Personen, denen aufgrund dieses Verstoßes ein Schaden entstanden ist, dessen vollständigen Ersatz zu verlangen, der nicht nur den positiven Schaden (damnum emergens), sondern auch den entgangenen Gewinn (lucrum cessans) und die Zahlung von Zinsen umfasst.“

BGH, Urt. v. 28.6.2011 – *ORWI*

„Die Annahme, die Klägerin könne Ersatz des Schadens verlangen, der ihr aus dem Erwerb kartellbedingt übersteuerten Papiers der Beklagten bei R. entstanden ist, begegnet im Ergebnis keinen Bedenken. [...]

Zudem bleiben die direkten Abnehmer stets berechtigt, als Schaden den entgangenen Gewinn geltend zu machen, der ihnen durch einen etwaigen kartellbedingten Nachfragerückgang entstanden ist.“

Anscheinsbeweis für Kartellschäden?

EuGH, Urt. v. 6.6.2013, Rs.
C-J053/11 – *BWB/Donauchemie*

„Mangels einer einschlägigen
Regelung der Union obliegt es der
innerstaatlichen Rechtsordnung
der einzelnen Mitgliedstaaten, die
Verfahrensmodalitäten für Klagen
zu regeln, die den Schutz der dem
Einzelnen aus der unmittelbaren
Wirkung des Unionsrechts
erwachsenden Rechte
gewährleisten sollen.“

OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013 –
Feuerwehrfahrzeuge

„Im Wege eines ersten Anscheins-
beweises ist davon auszugehen, dass
das Bestehen des Quotenkartells zu
insgesamt höheren Preisen geführt
hatte“

EIN MOSAIKSTEIN FEHLT!

B. DER „LEITFADEN“

- **Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten verhindert „Durchgriff“ auf nationales Zivilprozessrecht**
- **Praktischer Leitfaden v. 13.6.2013 ist unverbindlich**
- **ABER: Effektivitätsprinzip und Äquivalenzprinzip sind verbindlich!**
- **Zielsetzung: Hilfestellung für mitgliedstaatliche Gerichte und Parteien**
- **Hauptadressat des Leitfadens: Richter (nicht Anwälte oder Ökonomen!)**

- „Disclaimer“ I: Nur Schätzungen möglich – Ergebnisse bilden nur Näherungswerte
- „Disclaimer“ II: Keine zwingende „Richtigkeit“ einer bestimmten Methode
- „Disclaimer“ III: Auch keine Zuordnung einer bestimmten Berechnungsmethode zu bestimmten Fallkonstellationen
- „Disclaimer“ IV: Methoden können sich im Lauf der Zeit verändern; Leitfaden kann an Aktualität verlieren
- „Disclaimer“ V: Leitfaden ist nicht umfassend

Inhalte (I): Grundlagen

- Ausgangspunkt: Differenzhypothese/But-for-Analyse
(Comparison with the identical situation but for the infringement)
- Ersatzfähige Schadenspositionen:
 - Preisaufschlag / Preisabschlag
 - entgangener Gewinn (Mengeneffekt)
 - Zinsen
- Schaden entsteht nur, soweit er nicht auf andere Marktteilnehmer abgewälzt wurde (passing-on defence nur bzgl. Preisaufschlag und NICHT bzgl. entgangenem Gewinn!)

Inhalte (II): „Einfache Methoden“

- Zeitliche Vergleichsmarktmethoden (derselbe Markt)
 - Vorher – Während
 - Vorher – Nachher
 - Vorher – Während – Nachher
- Räumliche Vergleichsmarktmethode (verschiedene Märkte)
- Sachliche Vergleichsmarktmethode (verschiedene Märkte)
- Kombination („Differenz der Differenz-Methode“)

Inhalte (III): Methoden für Experten

- Regressionsanalyse = Ermittlung der Korrelation einer Zielvariable (i.d.R. Produktpreis) mit Kartellrechtsverstoß und anderen Faktoren (Rohstoffkosten, Nachfrageschwankung etc.)
- Simulationsmodelle = Abbildung des hypothetischen Wettbewerbsverhaltens bei Zugrundelegung bestimmter Annahmen
- Kostengestützte und finanzgestützte Methoden
- Kombinationen (ACHTUNG!)

Inhalte (IV): Sonderfälle

- Fehlende Vergleichsparameter bei Verhinderung des Markteintritts
=> Schätzung zu erwartender Gewinnspannen „in einigen Fällen möglich“
 - Bemessung zukünftiger Verluste (= entgangene Gewinne) nach erfolgreicher Marktverdrängung
=> Prognostizierter Zeitraum für erneuten Markteintritt als Ansatzpunkt für „Ersatz entgangener Gewinne nach den mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften“
 - Verlustausgleich in Nach-Phase eines Kampfpmissbrauchs
=> „nicht immer höhere Preise, sondern auch qualitative Einschnitte“
- => Schadensberechnung bleibt hier oftmals faktisch unmöglich

C. HYPOTHESEN: WAS WÄRE WENN...

... die Gerichte die nach dem Leitfaden genaueste Methode heranziehen wollten:

- Richter müsste Schadensberechnung i.d.R. durch Dritten (Gutachter) vornehmen lassen
- Kläger würden Privatgutachten vorlegen, um ggf. höheren Schaden darlegen zu können
- Beklagte würden ebenfalls Privatgutachten vorlegen, um ggf. niedrigen Schaden darlegen zu können.

=> Drei Gutachten für einen Prozess!

... es den Leitfaden nicht gäbe:

- LG Dortmund, Urt. v. 1.4.2004 (Vitaminkartell):
„Anknüpfungspunkt für die Schadensschätzung ist der **nach** Beendigung des Preiskartells einsetzende prozentuale Preisverfall.“
- KG Berlin, Urt. v. 1.10.2009 (Berliner Transportbeton):
„[Es] sind insbesondere die Durchschnittspreise **vor** und **nach** Einsetzen des Kartells sowie **während** des Kartellzeitraums heranzuziehen, ferner die Preise für gleiche Produkte auf Märkten außerhalb des **räumlichen** Geltungsbereichs des Kartells.“
- OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.6.2010 (Selbstdurchschreibepapier):
„Ein Vergleich mit einem Preis, der auf räumlich benachbarten Märkten mit funktionierendem Wettbewerb gezahlt wurde, kommt im Streitfall nicht in Betracht, [...] denn das Kartell erstreckte sich auf das gesamte Gebiet der Gemeinschaft und des EWR. Eine Schadensermittlung kann jedoch an den **Feststellungen der Kommission zu den im Kartellvereinbarten und durchgeführten Preiserhöhungen** ansetzen“.

- BGH, Urt. v. 28.6.2011 (ORWI):
„Das Berufungsgericht könnte etwa feststellen, wie hoch der jeweils niedrigste Preis für die jeweiligen Papierqualitäten war, der innerhalb eines angemessenen **Zeitraums** von beispielsweise einem Jahr nach Beendigung des Kartells berechnet wurde.“
- OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013 (Feuerwehrfahrzeuge):
„Hinsichtlich der Höhe des Schadens haben die Parteien [...] vereinbart, dass der Auftragnehmer 15 % der Abrechnungssumme an den Auftraggeber zu zahlen hat, es sei denn dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird. [...] Soweit die Beklagte auf das Privatgutachten von Frau Prof. ... [...] und den Umstand verweist, dass der Aufbaupreis der Beklagten im **Nachkartellzeitraum** [durchschnittlich] um 23,67 % gestiegen sei, belegt dies nicht, dass der Klägerin kein Schaden [aufgrund des konkreten Geschäfts] entstanden ist“.

=> Klare gerichtliche Präferenz in D für zeitliche Vergleichsmarktmethode

... der Leitfaden verbindlich wäre:

- Rechtsfehlerhaftes Urteil bei Verwendung der (im Vergleich zur Regressionsanalyse laut Leitfaden weniger genauen) zeitlichen Vergleichsmarktanalyse?
- Richterliche Schadensschätzung ist unzulässig, wenn sie aus Mangel an Anhaltspunkten keinen ausreichenden Realitätsbezug hätte, im Ergebnis mangels greifbarer Anhaltspunkte also völlig in der Luft hängen würde
- Kein Verstoß gegen Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip

D. ALTERNATIVE HERANGEHENSWEISEN

Vertragliche Pauschalschadensersatzklauseln als fehlender Mosaikstein?

- In Einkaufsbedingungen vereinbarte Klausel über Pauschalschadensersatz führt zu Beweislastumkehr (OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013 – *Feuerwehrfahrzeuge*)
- Beklagter muss nachweisen können, dass Schaden im Einzelfall tatsächlich niedriger war als in Klausel vorgesehen
- Bloßer Vergleich indizierter Durchschnittspreise (während/nach) mit dem Kaufpreis im Einzelfall i.d.R. nicht als Gegenbeweis geeignet

Gesetzliche Schadensvermutung als gangbare Alternative?

- Im ungarischen Recht: Widerlegliche Vermutung für Preiserhöhung i.H.v. 10 %
- Britisches Department for Business Innovation and Skills (BIS) schlägt widerlegliche Vermutung i.H.v. 20 % vor (Government response, January 2013)
- Schadensvermutung auch im deutschen Recht?
=> Regelungen zu Zinshöhe (§ 288 BGB, § 104 ZPO i.V.m. § 247 BGB, § 352 HGB) enthalten eine gesetzliche Schadensvermutung!

E. FAZIT

- Leitfaden schärft **Verständnis** für Berechnungsmethoden, aber reduziert oder erhöht nicht die Mindestanforderungen an die Schadensersatzberechnung
- Leitfaden führt nicht zu befürchteter „**Gutachtenschlacht**“
- Leitfaden legitimiert (auch ungenaue) **Vergleichsmarktmethoden** als geeignete Schadensberechnungsgrundlagen für Schätzung von Kartellschäden nach § 33 GWB i.V.m. Art. 101 AEUV
- Gerichtliche Praxis der Schadensberechnung im Kartellrecht wird sich in Deutschland durch den Leitfaden **nicht** wesentlich ändern

Hinweis

Die in dieser Präsentation enthaltenen Informationen dienen lediglich als allgemeiner Leitfaden, sie stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Sie sind deshalb nicht für sich genommen als Grundlage wirtschaftlicher Entscheidungen geeignet.

Obgleich diese Präsentation sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen.

Dr. Jochen Bernhard



E-Mail: jochen.bernhard@menoldbezler.de
Tel.: (+49) 7 11/8 60 40 611

- Kartellrecht
- Europäisches Beihilfenrecht
- Compliance