

### Zur Schätzung des Kartellschadens

Thiede, Thomas

Veröffentlichungsversion / Published Version

**Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:**

Thiede, T. (2020). Zur Schätzung des Kartellschadens. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht : NZKart*, 12, 657-661. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-85813-6>

**Nutzungsbedingungen:**

*Dieser Text wird unter einer CC BY-NC Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:*  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.de>

**Terms of use:**

*This document is made available under a CC BY-NC Licence (Attribution-NonCommercial). For more information see:*  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>

- dene Märkte zu unterscheiden. Diese umfassen den Markt zur Bereitstellung von Ladeinfrastrukturen durch Ladesäulenbetreiber (Charge-Point-Operator – CPO) sowie den Markt zur Bereitstellung von Ladestrom, auf dem (teilweise) vertikal integrierte CPO, häufig aber spezielle Servicedienstleister (Elektromobilitätsserviceprovider – EMSP) tätig sind.
- 3) Zur Beurteilung der Substituierbarkeit sowohl der Ladeinfrastrukturen als auch der Lademöglichkeiten kommt es maßgeblich auf die Sicht der Ladesäulennutzer an. Unterschiedliche Ladeleistungen, die Bereitstellung von Gleich- oder Wechselspannung sowie Ladepunkte an öffentlichen und halb-öffentlichen Standorten sind aus der Sicht rationaler Durchschnittsverbraucher bei Anlegung des heutigen Standes der Technik austauschbar. Spontane, subjektive Bedürfnisse der Ladesäulennutzer, die die Auswahlmöglichkeiten im konkreten Einzelfall einschränken, können nach den allgemeinen Grundsätzen der Marktabgrenzung im Einzelkundenbereich, die die Wettbewerbsverhältnisse als Ganzes typisierend betrachten, nicht berücksichtigt werden.
  - 4) In geografischer Hinsicht sind die Wettbewerbsbedingungen in Deutschland hinreichend homogen, sodass für die Zwecke einer abstrakt-generellen Marktanalyse ein bundesweiter Markt für die Bereitstellung von Ladestrom abzugrenzen ist. Hierbei ist der sogenannte Kettensubstitutionseffekt als Folge der Überschneidung der Einzugsbereiche der Ladepunkte sowie der durch die EMSP betriebenen Ladeservicenetze zu beachten, wodurch zugleich eine indirekte Beeinflussung der Preise stattfindet. Bestehende geringe Unterschiede hinsichtlich der Preise und Verfügbarkeit von Ladesäulen zwischen ländlichen und städtischen Gebieten sind Ausdruck wettbewerbskonformer Gestaltungsspielräume innerhalb des relevanten Marktes. Eine räumliche Abgrenzung anhand geografisch begrenzter Einzugsgebiete, wie sie das Bundeskartellamt bei der Zusammenschlusskontrolle bei Tankstellen angelegt hat, ist zwar geeignet, die Wettbewerbssituation einzelner individualisierter Ladepunkte zu beschreiben. Der massive und wachsende Wettbewerbsdruck, der von sich überschneidenden Einzugsbereichen der Ladepunkte ausgeht, darf aber bei der wettbewerblichen Würdigung als ausgleichender Faktor nicht unterschätzt werden.
  - 5) Die Marktbedingungen für die Bereitstellung von Ladeinfrastrukturen und von Ladestrom an Ladepunktnutzer führen weder zurzeit noch in absehbarer Zukunft zu verfestigten Machtstrukturen i.S.v. § 18 GWB. Die aktuellen Anbieter befinden sich in einer Defensivposition, da sie auf eine Amortisation ihrer Investitionen angewiesen sind, während aus der Sicht der Verbraucher ein Überangebot besteht, da diese in aller Regel häufig auch auf private Lademöglichkeiten zurückgreifen können. Gleichzeitig stehen Ladepunktbetreiber unter einem erheblichen aktuellen und potentiellen Wettbewerb durch konkurrierende Bestands- und Planladepunkte im jeweiligen Einzugsgebiet, EMSP wiederum durch konkurrierende Ladesystembetreiber.
  - 6) Mangels strukturell bedingter Marktzutrittschranken und unter Berücksichtigung der Senkung von Markteintrittskosten durch Fördermaßnahmen für öffentliche und private Ladepunkte besteht entgegen der Ansicht der Monopolkommission kein Bedarf für eine sektorspezifische Regulierung von Ladepunkten, weder auf der Ebene der Infrastrukturbereitstellung noch der nachgelagerten Bewirtschaftung zur nutzerspezifischen Ladestromabgabe. Die Ladesäulenverordnung mit ihren technischen Normierungsvorgaben und der Pflicht zur Zulassung punktuellen Stromladens trägt zu einer ausgeglichenen Wettbewerbssituation bei. Im Zusammenspiel mit den energierechtlichen Anschluss- und Zugangspflichten der Netzbetreiber (§ 17, 20 EnWG) wird so verhindert, dass ein Marktmachttransfer aus dem natürlichen Stromnetzmonopol in den Ladepunktbetrieb stattfindet. Gefahren für den Wettbewerb könnten nur im Falle einer diskriminierenden Vergabe öffentlicher Wegeflächen entstehen, denen aber durch eine effektive Anwendung des Vergabe- und Wettbewerbsrechts begegnet werden kann. ■

Dr. Thomas Thiede, LL. M., Dortmund\*

## Zur Schätzung des Kartellschadens

Kühnen hat vor knapp einem Jahr seine Überlegungen zur Schätzung der Kartellschadensersatzhöhe in dieser Zeitschrift veröffentlicht (NZKart 2019, 515). Das Landgericht Dortmund (NZKart 2020, 612) greift in einer jüngeren Entscheidung diese Ausführungen auf und schätzt – soweit ersichtlich – als erstes deutsches Gericht den kartellbedingten Preisaufschlag nach § 287 ZPO.<sup>1</sup> Dies bietet Anlass, die Überlegungen Kühnens nachzuzeichnen und anhand der praktischen Umsetzung des Landgerichts Dortmund behutsam weiterzuentwickeln.

### I. Einführung

Das Wesensmerkmal der kartellrechtswidrigen Verhaltensweise ist die Informationsasymmetrie zwischen den Kartellbeteiligten und den Abnehmern kartellierter Güter. Diese Abnehmer wissen nicht um den konkreten Kartellrechtsver-

stoß; nur die Kartellbeteiligten haben das Wissen über ihr Verhalten in der Vergangenheit.

Allein im *follow on*-Fall verschiebt sich diese Informationsasymmetrie zumindest ein wenig zu Lasten der Kartellbeteiligten und zugunsten ihrer Abnehmer. Haben die Kartellbehörden den Verstoß gegen das Kartellrecht ermittelt, erfahren Abnehmer (oft erstmals), für welche Ware oder Dienstleistung ein kartellbedingt überhöhter Preis gezahlt

\* Dr. Thomas Thiede ist Rechtsanwalt bei Spieker & Jaeger Partnerschaftsgesellschaft mbB in Dortmund, Universitätslektor an der Karl-Franzens-Universität Graz und Lehrbeauftragter an der Ruhr-Universität Bochum. Der Autor dankt Frau Anita Langner für umsichtige Hilfe bei der Erstellung des Manuskripts.

<sup>1</sup> LG Dortmund, Urt. v. 30.9.2020, 8 O 115/14 (Kart), NZKart 2020, 612 – *Schienenkartell (Schadensschätzung)*. Siehe hierzu auch den Beitrag von Hornkohl, in diesem Heft, S. 661 und von Nuys/Huerkamp/Eckenroth, in diesem Heft, S. 666.

wurde. Was die Abnehmer – und zuweilen selbst die Kartellbeteiligten – nicht wissen, ist, wie hoch der von den Abnehmern erlittene Schaden tatsächlich ist. Auch wenn die Grundsätze der Bußgeldbemessung denklösig nahelegen, dass Kartellbehörden wenigstens im Grundsatz den kartellbedingten Schaden ermitteln, findet sich diese Angabe doch kaum je in einem Bußgeldbescheid.<sup>2</sup>

Diese Informationsasymmetrie zwischen Kartellanten und Abnehmer schlägt sich in der rechtlichen Beurteilung an (wenigstens) zwei durch den Abnehmer darzulegenden und zu beweisenden Tatbestandsmerkmalen eines Kartellschadensersatzanspruches nieder. Während sich sowohl der EuGH als auch der BGH jüngst recht intensiv der Kartellbetroffenheit und -befangenheit widmeten, geben *Kühnens* Ausführungen und das anlassgebende Urteil des LG Dortmund einen wichtigen Impuls für die verbleibende Frage der Bemessung der Schadenshöhe.

## II. Die Unzulänglichkeit der Gutachten

Um die Höhe des Schadens zu ermitteln, werden derzeit vor deutschen Gerichten hunderte, wenn nicht sogar tausende, ökonomische Gutachten vorgelegt. Es ist dabei sicher kein Geheimnis, dass diese Gutachten nicht nur zeitaufwendig, sondern in erster Linie teuer sind. Dieser Zeit- und Kostenaufwand ergibt sich dadurch, dass die Gutachter die Informationsasymmetrie nicht durchbrechen können. Auch den Gutachtern ist die konkrete kartellrechtswidrige Verhaltensweise unbekannt. Daher bedarf es regelmäßig nicht nur der Datenforensik, sondern auch der Auswertung anhand verschiedener methodischer Prämissen.

Sowohl Datenforensik als auch ökonomische Auswertung gelingen dabei recht unterschiedlich gut. Während bei Juristen jedoch der Stehsatz von den zwei Juristen und den drei Meinungen in Ansehung der letztendlich einen Entscheidung durch das Gericht keine Auswirkungen hat, finden sich in den ökonomischen Gutachten oft ganz gravierende Abweichungen bei völlig vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen.

Sind die Gutachten jedoch nicht verlässlich, stellt sich die Frage, ob man diese überhaupt braucht. Schließlich ist die Schadensschätzung für den Instanzrichter in anderen Rechtsgebieten ein ganz alltäglicher Vorgang. Gerichten ist es unbenommen, nach § 287 ZPO einen Schaden dann schlicht zu schätzen, wenn ausreichende Anknüpfungstatsachen für eine solche Schätzung vorgetragen wurden. Den vorbeschriebenen Gedanken führte *Kühnen* in seinem 2019 in dieser Zeitschrift erschienenen Beitrag aus.<sup>3</sup> Die Kammer des LG Dortmund greift nun diesen literarischen Vorstoß des Vorsitzenden seines Obergerichtes auf und referiert die jeweiligen Bedenken. Da es in der Sache müßig erscheint, die von *Kühnen* identifizierten Mängel nach dem LG Dortmund nun noch ein drittes Mal zu referieren, sei *nota bene* auf die Übertragbarkeit der Überlegungen jenseits des Schienenkartelles verwiesen. So dürfte etwa die Vergleichsmarktmethode bei dem LKW-Kartell schlicht daran scheitern, dass es mit Blick auf wohl umfassende Marktabdeckung des Kartells in Europa ausgeschlossen scheint, einen vergleichbaren Markt überhaupt nur zu finden. Der europäische Markt scheidet in räumlicher Hinsicht aus. Sowohl der US-amerikanische als auch der japanische Markt scheinen aufgrund der dort verwendeten Fahrzeuge und gesetzli-

chen Vorgaben nicht vergleichbar. Der chinesische Markt ist wenigstens staatsbeeinflusst, wenn nicht sogar staatlich vollständig kontrolliert.

## III. Schadensschätzung

Können jedoch Gutachter kein Ergebnis liefern oder sind diese Ergebnisse dem Vorwurf der Beliebigkeit ausgesetzt, liegt es umso näher, den Schaden schlicht zu schätzen. Hierfür bedarf es zunächst der Darlegung der relevanten Anknüpfungstatsachen und sodann deren Bewertung.<sup>4</sup> Es liegt auf der Hand, dass bei der Vielgestaltigkeit der Anknüpfungstatsachen nicht ein einzelnes Element herausgegriffen werden kann, das sodann alleinige Relevanz für die Schadensschätzung hätte.

### 1. Grundlagen des beweglichen Systems

*Wilburg* sah sich zur Mitte des letzten Jahrhunderts mit dem insofern vergleichbaren Problem im materiellen Schadensersatzrecht konfrontiert. Die zu dieser Zeit entwickelten Lehren boten, so *Wilburg*, „eine Auswahl an Gesichtspunkten, die teils miteinander verwoben sind, teils unabhängig ... 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.“<sup>5</sup> *Wilburg* erkannte, dass es nahezu keinen Bereich gab, der nur mit einer zugrundeliegenden Wertung hinreichend erklärt werden konnte. Eine sachgerechte Lösung konnte nach *Wilburg* vielmehr nur dadurch erreicht werden, dass die als bedeutsam erkannten Gesichtspunkte entsprechend ihrer jeweiligen Stärke in Wechselwirkung zu den anderen Kriterien Berücksichtigung fänden. Diese Interaktion der Kriterien bildete *Wilburg* sodann in Form komparativer Sätze vom Typus „je ... desto“ ab und ergänzte diese um eine Grundwertung als „festen Ausgangs- und Vergleichspunkt“.<sup>6</sup> Die Ausgestaltung einer Rechtsregel ergibt sich dieser Theorie folgend aus dem beweglichen Zusammenspiel der verschiedenen Gesichtspunkte, indem sie in ihrem Zusammenhang untereinander und im Verhältnis zu einer Grundwertung beurteilt werden.

Die Ausgestaltung eines beweglichen Systems ist für den Juristen dabei in der Sache nichts Ungewöhnliches. Die Technik des beweglichen Abwägens gehört gleichsam zum Handwerkszeug des Juristen, der sie schon in den ersten Semestern seines Studiums etwa im Rahmen der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit zu beherrschen lernt. Ohne dass es als solches identifiziert wird, findet sich das bewegliche System in zahlreichen Rechtssätzen, der Entscheidungspraxis und in der einschlägigen Literatur des Kartellrechts, so unter anderem auch in dem eingangs angesprochenen Aufsatz von *Kühnen*.

2 Ausnahmen insoweit bei OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.6.2010, 6 U 118/05, Tz. 49, BeckRS 2011, 26582; LG Dortmund, Urt. v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart – *Vitaminpreise*, WuW 2004, 1182, Tz. 20 = LSK 2004, 500191; KG Berlin, Urt. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart, WuW 2010, 189 = BeckRS 2009, 88509, Tz. 58, 62; KG Berlin, Urt. v. 1.10.2009, 2 U 17/03 Kart – *Transportbeton*, BeckRS 2009, 88782, Tz. 72.

3 NZKart 2019, 515 ff.

4 Greger, in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 287 Rn. 2, 4.

5 *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts, S. 26.

6 Vgl. *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, S. 101 ff. sowie *F. Bydlinksi*, Juristische Methode und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 531 ff.; *ders.*, Bewegliches System und juristische Methodenlehre, in *F. Bydlinksi/Krejci/Schilcher/V. Steininger* (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 30.

## 2. Grundwertung

Dieser Methode folgend bedarf es zunächst der Analyse, worin die Grundwertung besteht und welche Elemente einer Schadensschätzung sodann sachgerecht sind.<sup>7</sup>

*Kühnen* hat überzeugend dargetan, dass im Grundsatz der kartellbedingt erweiterte Preissetzungsspielraum und dessen Ausnutzung in Form einer Preisanhebung die elementare Grundwertung einer Schadensschätzung im Kartellschadensersatz bildet. Kartellbeteiligte handelten kartellrechtswidrig, weil sie sich von der Umsetzung einen wirtschaftlichen Erfolg versprechen, den sie ohne die verbotene Verhaltenskoordination nicht glauben erzielen zu können.<sup>8</sup>

## 3. Elemente

Ist somit die Grundwertung mit der kartellbedingten Erweiterung des Preissetzungsspielraumes gewonnen, gilt es geeignete Elemente zu finden, die dies auch sachgerecht abbilden.

Das wohl offenkundigste Element ist dabei die Marktabdeckung des jeweiligen Kartells. Handeln nur wenige Beteiligte kartellrechtswidrig und bleibt so ein erheblicher Restwettbewerb im Markt, änderte sich ihr Preissetzungsspielraum kaum, weil die Marktgegenseite auf die Angebote der Kartellaußenseiter ausweichen kann. Das Gegenteil ergibt sich indes bei einer hohen Marktabdeckung. Ein flächendeckendes Kartell, an dem sich alle Wettbewerber beteiligen, versagt demgegenüber der Marktgegenseite diese Ausweichmöglichkeit auf Kartellaußenseiter, sodass sich eine höhere Wirksamkeit und sohin ein größerer Preissetzungsspielraum ergibt. Je größer die Marktabdeckung des Kartells ist, desto eher war das Kartell wirksam und desto eher verursachte es einen höheren (kartellbedingten) Preis am Markt.

Angesprochen ist damit bereits der Aspekt der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite, der auch gesondert als weiteres Element etwa für jene Fälle erfasst werden kann, in denen das kartellierte Produkt oder die kartellierte Dienstleistung anderweitig substituiert werden kann. Ein solches Element der funktionellen Austauschbarkeit der kartellierten Ware oder Dienstleistung knüpft seinem Grundgedanken nach an das aus der Fusionskontrolle bekannte Bedarfsmarktkonzept an. Für den hiesigen Zweck sicherlich stark vereinfacht, sind nach dem Bedarfsmarktkonzept dem jeweils relevanten Markt alle Waren oder Dienstleistungen zuzurechnen, die aus der Sicht der jeweiligen Marktgegenseite nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfes austauschbar sind. Kann die Ware oder Dienstleistung nicht ersetzt werden, gehört diese Ware oder Dienstleistung zum jeweiligen Markt. Dieser Gedanke ist für den hier verfolgten Zweck so heranzuziehen, dass ein Kartell umso eher zu (kartellbedingt) überhöhten Preisen am Markt führt, desto eher die kartellierte Ware oder Dienstleistung aus Sicht der Marktgegenseite nicht durch eine andere Ware oder Dienstleistung ersetzt werden kann. Können Abnehmer schlicht auf ein anderes Produkt ausweichen und bestehen sohin Bedarfsdeckungsalternativen, ist der kartellbedingte Preiserhöhungsspielraum begrenzt. Bestehen diese Alternativen nicht, werden die Abnehmer zur Deckung ihres Bedarfs von den kartellbeteiligten Unternehmen beziehen müssen, was den Kartellbeteiligten einen größeren Spielraum für Preiserhöhungen verschafft.

Die Dauer des Kartellrechtsverstößes lässt sich mit Blick auf die Grundwertung unproblematisch als weiteres Element erfassen. Es verstieße gegen schon grundlegende und ökonomi-

sche Denkgesetze, wenn eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise über einen langen Zeitraum beibehalten werden würde, jedoch keinen Preissetzungsspielraum eröffnete und daher schon kaufmännisch sinnlos wäre. Die Beibehaltung verstieße wohl auch gegen die kriminelle Vernunft: Warum sollten sich Kartellbeteiligte der Verfolgung durch die Kartellbehörden oder gar Strafverfolgung aussetzen und ein erhebliches Bußgeld und andere Sanktionen riskieren, wenn sie hierin keinen Vorteil für sich erblickten? Ohnedies dürften wiederum direkte Auswirkungen auf den kartellbedingten Preissetzungsspielraum zu verzeichnen sein. Ein hinreichend lang betriebenes Kartell schränkt nachhaltiger und wirksamer den Wettbewerb ein und erweitert somit den Preissetzungsspielraum der Kartellbeteiligten. Je länger eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise andauerte, desto eher war das Kartell wirksam und desto eher verursachte es einen höheren (kartellbedingten) Preis am Markt.

Sind mit der Marktabdeckung, der funktionellen Austauschbarkeit der kartellierten Ware oder Dienstleistung und der Dauer des Kartellrechtsverstößes drei Elemente bestimmt, die sich aus der Schaffung eines erweiterten Preissetzungsspielraumes herleiten, gilt es im Sinne einer ausgewogenen Lösung auch jene Elemente zu berücksichtigen, die in ihrer Herleitung gegen eine Weiterung und gegen eine Wirksamkeit sprechen.

Da die wirksame Erweiterung des Preissetzungsspielraumes denklogisch voraussetzt, den höheren Preis am Markt auch durchsetzen zu können, gilt es zunächst, die Preissensibilität der Abnehmer zu berücksichtigen. Die zugrunde liegende Überlegung lässt sich am ehesten mit einem „Misstrauensprinzip“ abbilden: Erhöhten alle Kartellanten womöglich zeitgleich die Preise für ihre Produkte erheblich, steigerte sich auch ihr Entdeckungsrisiko, weil die jeweiligen Abnehmer eine solche gleichsam uniforme Preiserhöhung ebenfalls in erheblicher Höhe bemerken und nicht hinnehmen würden. Müssen die Kartellbeteiligten daher davon ausgehen, dass die Abnehmer Preise einer strikten Kontrolle unterziehen, werden sie die kartellbedingte Preiserhöhung geringer veranschlagen, als bei einer weniger strengen oder gänzlich fehlenden Preisüberprüfung. 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.

Schließlich sind gegen die Wirksamkeit das Element des Organisationsgrades des Kartells und die damit einhergehende Kartelldisziplin zu berücksichtigen. Einem höchstgradig organisierten Kartell wird es ungleich leichter fallen, Kartelldisziplin einzufordern und zu halten und so zu verhindern, dass Kartellbeteiligte abweichende günstigere Angebote an Erwerber machen. Der gewonnene Preissetzungsspielraum wäre anderenfalls verloren. Je eher Kartellbeteiligte also aus der Kartelldisziplin ausscheren, etwa weil das Kartell nur

7 Vgl. zur Methode *B.A. Koch*, in H. Koziol/B. C. Steininger (Hrsg.), *European Tort Law* 2001, 2002, S. 545; *ders.*, in Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber (Hrsg.), *Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen*, 2014, S. 29; vgl. *Wilburg*, *Zusammenspiel der Kräfte beim Aufbau des Schuldrechts*, AcP 163 (1964) S. 246 ff.; *F. Bydliński*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, S. 529 ff.; *Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl. 1983, S. 74; *H. Koziol*, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, 2010, Rdn. 1/27; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991, S. 469; *Thiede*, in Helland/S. Koch (Hrsg.), *Nordic and Germanic Legal Methods*, 2014, S. 369.

8 *Kühnen*, NZKart 2019, 515, 518.



einen geringen Organisationsgrad aufweist, desto weniger war das Kartell wirksam und desto weniger verursachte es einen höheren (kartellbedingten) Preis am Markt. Jedenfalls im *follow on*-Fall lassen sich Informationen zum Organisationsgrad des Kartells zumeist unproblematisch aus den behördlichen Ausführungen entnehmen. Anders liegt es aber bei der Kartelldisziplin. Die Erfahrungen aus den bisherigen Kartellschadensersatzverfahren lehren, dass kaum je Informationen hierzu vorliegen, weil deren Aufdeckung für die Kartellbeteiligten etwa aus spieltheoretischen Ansätzen kaum sinnvoll ist. Den Abnehmern fehlen derartige Angaben schon mit Blick auf die Informationsasymmetrie; die Abnehmer wissen schon kaum um die kartellrechtswidrige Verhaltensweise noch darum, ob sich die Kartellbeteiligten hieran hielten. Vor diesem Hintergrund können die Elemente des Organisationsgrades und der damit verbundenen Kartelldisziplin etwa durch eine Veränderung der Marktanteile im Kartellzeitraum abgebildet werden. Das Ausscheren aus der Kartelldisziplin durch einzelne Kartellbeteiligte kann nur dazu dienen, weitere von der Absprache nicht umfasste Umsätze zu generieren und die Marktstellung und damit vor allem den Marktanteil auszubauen. Fehlt es also an der Kartelldisziplin, verändern sich zwangsläufig die Marktanteile der Kartellanten. Je eher sich also Marktanteile der Kartellbeteiligten auf dem sachlich und räumlich erfassten Markt verändern, desto eher war das Kartell unwirksam und desto weniger verursachte es einen höheren (kartellbedingten) Preis am Markt.

Alle vorgenannten Gesichtspunkte können in einem beweglichen Gesamtmodell zusammengefasst werden: Der von einer kartellrechtswidrigen Verhaltensweise verursachte Schaden i.S.v. § 287 ZPO ist umso höher, je größer die Marktdeckung 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.<sup>9</sup>

Die genannten Gesichtspunkte können auch – unter Offenlegung der Grundwertung – folgendermaßen ausgedrückt werden: Die Schätzung eines Kartellschadens i.S.v. § 287 ZPO bestimmt sich danach, ob die Kartellbeteiligten durch ihre kartellrechtswidrige Verhaltensweise ihren Preissetzungsspielraum erweitern und dies in Form einer Preisanhebung ausnutzen konnten. Die Erweiterung des Preissetzungsspielraumes und die damit verbundene Preisanhebung bestimmt sich anhand der Marktdeckung, der Austauschbarkeit der kartellierten Ware oder Dienstleistung, der Dauer der kartellrechtswidrigen Verhaltensweise, der Preissensibilität der Marktgegenseite und dem Grad der Organisation und der damit einhergehenden Kartelldisziplin.

#### IV. Bestimmung des konkreten Betrages

Ogleich sich die Kammer im anlassgebenden Urteil der vorstehenden Abwägung unter Verweis auf *Kühnen* bedient, greift sie zur konkreten Bestimmung des Betrages – neben anderen Plausibilisierungsansätzen – auf eine vereinbarte Kartellschadensersatzklausel der Parteien zurück. Dieser Rückgriff auf die Klausel ist etwa durch *Rinnen/Wandschneider* kritisiert worden, weil die Wirksamkeit solcher Klauseln schon zweifelhaft wäre und Kartellbeteiligte die Ausnutzung des Preissetzungsspielraumes nicht an mögli-

chen Vertragsstrafen ausrichteten, sondern an der Entdeckungswahrscheinlichkeit. Zudem würde bei einer gleichsam singulären Inbezugnahme auf die vereinbarte Klausel übergangen, dass Kartellbeteiligte nur Vertragsstrafen akzeptierten müssten, die deutlich unterhalb des Mehrerlöses liegen, weil dieser neben der Vertragsstrafe auch die erwarteten Bußgelder „decken“ müsse.<sup>10</sup>

Mit der Kritik an den Plausibilisierungsversuchen ist für die Fortentwicklung des Kartellschadensersatzrechtes in der Sache wenig gewonnen. Ohnedies braucht es schon nicht eines solchen Rückgriffes auf die entsprechende Klausel oder der weiteren Plausibilisierung. Die Methode des beweglichen Systems ermöglicht aus sich selbst heraus eine Schätzung, weil es nach § 287 ZPO für eine Schätzung nicht der richterlichen Überzeugung bedarf, sondern eine erhebliche, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit genügt.

Die von der Kammer erwähnten Metastudien und Studien beruhen ihrerseits letztlich auf entsprechende Datensätze, die zwar durchaus gleichsam holzschnittartige Ergebnisse zu Tage fördern können, aber auch weitaus feinere Schlüsse und vor allem Tendenzen, Tendaussagen, Spannbreiten und Korridore zulassen. Vor diesem Hintergrund und auch mit Blick auf die oben angeführte Kritik der Gutachten wäre es also denkbar, Gutachter mit dem konkreten Einzelfall nur insoweit zu befassen, als dass Aussagen zu Tendenzen, Tendaussagen, Spannbreiten und Korridoren von kartellbedingten Preisaufschlägen in Ansehung der jeweiligen Elemente und des jeweils betroffenen sachlichen, räumlichen und zeitlichen Marktes getroffen werden sollen.<sup>11</sup> Dergestalt entstünden im Zeitablauf mit Schmerzensgeldtabellen vergleichbare Kartellschadenstabellen, deren Anwendung zugleich, und dies ist zu betonen, aufgrund der Abwägung im Rahmen der jeweiligen Elemente Einzelfallgerechtigkeit garantiert, weil die konkrete Verknüpfung von Element, Sachverhalt und Datenpunkt im bekanntgegebenen Korridor durch das erkennende Gericht vorgenommen würde.

So wäre es beispielhaft denkbar, dass ein Gutachter für den jeweiligen sachlichen, räumlich und zeitlich einschlägigen Markt bei einer vollständigen Marktdeckung eine Spannweite von 20-25% kartellbedingten Preisaufschlag; für eine 10 Jahre, also lang andauernde, kartellrechtswidrige Verhaltensweise eine Spannweite von 5-10% kartellbedingten Preisaufschlag; für die fehlende funktionelle Austauschbarkeit eine Spannweite von 60-70% kartellbedingten Preisaufschlag; für eine fehlende Preissensibilität der Abnehmer, einen hohen Organisationsgrad und eine hohe Kartelldisziplin bzw. unveränderten Marktanteil der Kartellbeteiligten jeweils einen kartellbedingten Preisaufschlag von 15-30% ausführt. Das erkennende Gericht kann auf Grundlage dieser

9 *E contrario* gilt: Der von einer kartellrechtswidrigen Verhaltensweise verursachte Schaden i.S.v. § 287 ZPO ist umso niedriger, je kleiner die Marktdeckung der Kartellbeteiligten war, je eher die kartellierte Ware oder Dienstleistung aus Sicht der Marktgegenseite durch eine andere Ware oder Dienstleistung ersetzt werden kann, je kürzer die kartellrechtswidrige Verhaltensweise andauert, je stärker die Marktgegenseite preissensibel ist, je weniger die Kartellbeteiligten organisiert waren und daher weniger Kartelldisziplin herrschte.

10 *Rinnen/Wandschneider*, im folgenden Heft.

11 Der Versuch der Eingrenzung liegt zahlreichen Untersuchungen zugrunde, exemplarisch etwa *Boyer/Kotchoni*, How much do cartels overcharge? 47 *Review of Industrial Organization* (2015) 2, 119 ff. und *Smuda*, Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law, ZEW Discussion Paper No. 12-050 (2012), 6 ff.; *ders.*, 10 *Journal of Competition Law & Economics* 2013, 67; *Coppik/Heimeshoff*, Praxis der Kartellschadensermittlung, WuW 2020, 584, 588; *Rinnen/Wandschneider*, im folgenden Heft.

Korridore die Abwägung sodann einzelfallgerecht vornehmen, indem es seine konkrete Abwägung in Ansehung des Sachverhaltes offenlegt und mit jeweils einem Prozentsatz in der für das jeweilige Element gutachterlich ausgeführten Bandbreite verknüpft.

Der erfreuliche Nebeneffekt einer dergestalt durchaus reduzierten gutachterlichen Befassung läge darin, dass Gutachter nicht nur von den zeitaufwendigen, datenforensischen Tätigkeiten entlastet wären, sondern auch nicht mehr für jeden Erwerbssachverhalt im Einzelnen umfangreiche Berechnungen angestellt werden müssten, weil es letztlich in allererster Linie darum ginge, Bandbreiten für bekannte kartellrechtliche Elemente auszuführen. Diese Zeitersparnis ginge mit einer Kostenersparnis einher, die beiden Parteien eines Kartellschadensersatzverfahrens nützlich sein dürfte.

## V. Darlegungs- und Beweislast

Die vorgeschlagene bewegliche Ausgestaltung der Schadensschätzung hat keinerlei Auswirkung auf die Darlegungs- und Beweislast. Diese trifft nach wie vor den Kläger. Die einzige Vereinfachung liegt darin, dass dieser Kläger kein ökonomisches Gutachten vorlegen, sondern zu den aufgezeigten Elementen substantiiert vortragen muss. Gelingt dies, trifft die Beklagten die Last des substantiierten Gegenvortrages, was etwa mit Blick auf die Kartelldisziplin nicht ohne Berücksichtigung ihres kartellbedingten Sonderwissens bleiben kann. Denn schon nach dem Wortlaut des § 138 Abs. 1 ZPO haben die Parteien ihre Erklärung über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.

## VI. Resümee

Mit der vorstehenden beweglichen Bestimmung des Kartellschadens wird im Grunde keine wesentliche Neuerung des Kartellschadensersatz- oder gar Zivilprozessrechtes vorgeschlagen, sondern lediglich die Arbeit von Kühnen und das Urteil des LG Dortmund aufbereitet und um den Gedanken der Berücksichtigung ökonomischen Wissens ergänzt.

Gegen eine solche bewegliche Ausgestaltung wird oft ein recht stereotypes Gegenargument der Gefährdung der Rechtssicherheit bemüht. Allerdings dürfte nachgerade das Gegenteil zutreffend sein. Eine rechtssicherheitsgewährende Vorhersehbarkeit ist nur dann gegeben, wenn die Gerichte zu den für ihre Schadensbemessung relevanten Faktoren und ihrem jeweiligen Gewicht jeweils klar ausführen können und sich nicht etwa auf vermeintlich zutreffende Plausibilisierungen zurückziehen müssen, weil ihnen die Offenlegung der Abwägung verwehrt ist. Das Ansprechen und Abwägen der relevanten Elemente macht die Schadensbemessung vorhersehbar. Schließlich ist gerade aus der Perspektive des Zivilprozessrechtes, ganz konkret mit Blick auf § 287 ZPO, ein bewegliches System als methodischer Ansatz ganz besonders geeignet, weil die Norm gerade eine erhebliche, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit voraussetzt. Die weitere Einschränkung dieser Wahrscheinlichkeit durch Ausführungen des erkennenden Gerichts zu den Elementen, verbunden mit gutachterlichem ökonomischem Sachverstand, der diese Wahrscheinlichkeiten in Form von Korridoren der jeweiligen Elemente abbildet, dient so viel eher der Rechtssicherheit, als dass es diese in Frage stellt. ■

Lena Hornkohl, Luxemburg\*

# Freie Schätzung der Kartellschadenshöhe nach § 287 ZPO – Eine Reaktion auf jüngste Entwicklungen

Das LG Dortmund hat jüngst zum ersten Mal eine von Kühnen entwickelte, neue Methode zur Schätzung von Kartellschäden über § 287 ZPO nach freier Überzeugung in der Praxis angewandt.<sup>1</sup> Ein Mindestschaden lässt sich danach unter Zuhilfenahme der aus dem Bußgeldbescheid zu entnehmenden Umständen des Kartellverstoßes sowie allgemeiner Studien zu Kartellschäden schätzen. Der vorliegende Aufsatz untersucht die Methode auf ihre Vereinbarkeit mit schadens- und europarechtlichen sowie zivilprozessualen Grundlagen.

## I. Einleitung

Schadensberechnungen im Kartellrecht sind kompliziert. Die Berechnung eines konkreten, kausalen Schadens in einer bestimmten Höhe ist die Hauptherausforderung im Kartellschadenersatzprozess. Die Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie<sup>2</sup> hat zu Erleichterungen geführt. Dazu zählt z.B. die Schadensvermutung in § 33 a Abs. 2 GWB. Einige Rechtsordnungen, wie in Ungarn, Lettland und Rumänien, sehen darüber hinaus sogar gesetzliche Vermutungen eines bestimmten Kartellaufschlags vor.<sup>3</sup> Die Literatur empfahl auch in Deutschland ähnliche Instrumente.<sup>4</sup> Dem ist der Gesetzgeber nicht gefolgt. Dennoch erlaubt das deutsche Recht weiterhin über einen klarstellenden Verweis in § 33 a

Abs. 3 GWB die Schadensschätzung nach § 287 ZPO. Die Geltendmachung von Anknüpfungstatsachen für die Schätzung ist jedoch ebenfalls mit einem großem Aufwand verbunden. Für die verschiedenen in Betracht kommenden Me-

\* Lena Hornkohl, LL.M. (College of Europe) ist Research Fellow am Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law.

1 LG Dortmund, Urt. v. 30.9.2020, 8 O 115/14 (Kart), NZKart 2020, 612 – *Schienenkartell (Schadensschätzung)*. Siehe hierzu auch den Beitrag von Thiede, in diesem Heft, S. 657 und von Nuys/Huerkamp/Eckenroth, in diesem Heft, S. 666.

2 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. EU 2014 L 349/1 (im Folgenden: Kartellschadenersatzrichtlinie).

3 Das ungarische Gesetz § 88/C Abs. 6 i.d.F. vom 23.3.2009 (abrufbar unter <https://mkogy.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a0900014.TV>) lautet übersetzt: „Für eine nicht unerhebliche Verletzung des Wettbewerbsrechts wird vermutet, dass dies zu einem Preisaufschlag von 10% durch die Rechtsverletzer geführt hat.“, vgl. Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332, 334.

4 Zur Mindestschadensvermutung Makatsch/Mir, EuZW 2015, 7, 8; Weitbrecht, WuW 2015, 959, 968 f.; Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332, 334; zur Mindestschadensschätzung Kersting/Preuß, Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie (2014/104/EU) – Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, 1. Aufl. 2015, Rn. 58 ff.; Kersting/Podszun/Kersting, 1. Aufl. Kap. 7, Rn. 40.