

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 320

**Schadensschätzung
bei Kartellverstößen –
Was kann das Kartellrecht
vom Zivilrecht lernen?**

Die Analyse zweier zivilrechtlicher Schadensphänomene

Von

Okan Isikay



Duncker & Humblot · Berlin

OKAN ISIKAY

Schadensschätzung bei Kartellverstößen –
Was kann das Kartellrecht vom Zivilrecht lernen?

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 320

Schadensschätzung bei Kartellverstößen – Was kann das Kartellrecht vom Zivilrecht lernen?

Die Analyse zweier zivilrechtlicher Schadensphänomene

Von

Okan Isikay



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D61

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-18103-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58103-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Ein besonderer Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater Prof. Dr. Rupprecht Podszun. Zunächst habe ich ihm zu verdanken, dass durch ihn mein Interesse am Kartellrecht überhaupt entfacht wurde, was schlussendlich zu dieser Arbeit geführt hat. Darüber hinaus möchte ich mich für die große Freiheit bei der Anfertigung der Arbeit und dem offenen Ohr für alle Arten von Fragen bedanken.

Ein weiterer Dank gilt Prof. Dr. Nicola Preuß für die Übernahme des Zweitgutachtens mit dem daran verbundenen Interesse an dieser Arbeit. Von den Anmerkungen hat die Arbeit vor Drucklegung profitiert.

Zudem möchte ich mich bei Dr. Alex Petrasincu und RiLG Dr. Gerhard Klumpe bedanken, die mir einen wertvollen Einblick in die praktische Handhabung des Kartellschadensrechts gewährt haben. Von diesem Einblick habe ich beim Verfassen dieser Arbeit ungemein profitiert.

Ein Dank gilt auch meiner Familie für die Unterstützung bei der Anfertigung dieser Arbeit.

Ein weiterer Dank gilt Patricia Perrey und Dr. Manuel Schmutzler für geduldiges Korrekturlesen und die damit verbundenen wertvollen Anregungen.

Die Arbeit hat Rechtsprechung und Gesetzesvorhaben bis zum Juni 2020 berücksichtigt. Darüber hinausgehende Entwicklungen und Planungen konnten für die Druckfassung nicht mehr berücksichtigt werden.

Düsseldorf, im Juni 2020

Okan Isikay

Inhaltsverzeichnis

A. Grundlagen	13
I. Einführung	13
II. Forschungsfrage und Ziel der Arbeit	13
III. Problem der Schadensberechnung	14
1. Ökonomische Schwierigkeit der Vorhersage wettbewerblicher Entwicklungen	15
2. Rechtliches Bestimmungsdefizit	18
a) Ansatz beim Preiswettbewerb	19
aa) Preiserhöhung und Schadensweiterreichung	20
bb) Preisschirmeffekte	23
cc) Mengeneffekte	25
dd) Nachlaufeffekte	28
b) Ansatz beim Nichtpreiswettbewerb	29
c) Einfluss der Richtlinie	30
3. Zwischenfazit	31
IV. Relevanz	31
1. Praktische Bedeutung	31
a) Durch Kartelle verursachte Schäden	31
b) Rechtliche Relevanz	32
2. Anhaltender Diskurs	39
3. Rechtspolitik	41
4. Fazit	44
V. Methodik	44
1. Vergleichsgegenstand	45
a) Immaterielle Schäden	45
b) Entgangener Gewinn	48
2. Vergleichbarkeit	50
a) Immaterielle Schäden	50
b) Entgangener Gewinn	51
3. Gang der Untersuchung	52
VI. Stand der Forschung	52

B. Vergleichende Analyse zivilrechtlicher Schadensfälle	56
I. Die Schätzungsbefugnis nach § 287 ZPO als Kernelement der Schadensbestimmung?	56
1. Ausgangslage für die Schadensbestimmung	57
a) Bei der Geltendmachung von Kartellschäden	57
b) Bei der Geltendmachung immaterieller Schäden: Billigkeit	58
c) Bei der Geltendmachung von entgangenem Gewinn: § 252 S. 2 BGB ...	62
aa) Materiellrechtlicher Ansatz	62
bb) Prozessualer Ansatz	63
2. Anwendung des § 287 ZPO	64
a) Bei der Geltendmachung von Kartellschäden	65
b) Bei der Geltendmachung immaterieller Schäden	67
c) Bei der Geltendmachung von entgangenem Gewinn	68
II. Funktionen	69
1. Ersatz Kartellschäden	69
a) Ausgleich	70
aa) Systematisches Zusammenspiel	70
bb) Inhalt des Ausgleichs	71
cc) Entgang von Nutzungen als Schaden?	71
dd) Zwischenergebnis	72
b) Durchsetzung des Wettbewerbsrechts	72
aa) Grundgedanken	73
bb) Einordnung für die Schadensbestimmung	74
cc) Zwischenergebnis	74
2. Ersatz immaterieller Schaden	75
a) Ausgleich	75
aa) Subjektiver Ansatz	77
bb) Kritik am subjektiven Ansatz	79
cc) Objektiver Ansatz	80
dd) Kritik am objektiven Ansatz	81
ee) Kombiniertes Ansatz	81
ff) Kritik an der kombinierten Herangehensweise	84
gg) Zwischenergebnis	85
b) Genugtuung	85
aa) Verbot der Berücksichtigung von Straffunktionen im Zivilrecht	86
(1) Historisch	86
(2) Funktionell	89
(3) Verfassungsrechtliche Vorbehalte	93
(4) Zwischenergebnis	96

bb) Einordnung der Genugtuung	96
(1) Genugtuung als Strafe?	96
(2) Wahrer Bedeutungsgehalt	97
(3) Fazit	99
c) Prävention	99
aa) Gründe für die Notwendigkeit eines Präventionszwecks	100
bb) Kritik	104
cc) Bedeutung der Prävention in ihrer Handhabung	108
dd) Zwischenergebnis	111
3. Ersatz entgangenen Gewinns	112
III. Hilfestellungen	112
1. Im Kartellrecht	112
a) Berücksichtigung des Verletzergewinns	112
b) Offenlegungsansprüche	115
aa) Zweck	115
bb) Aspekte bei der Geltendmachung dieser Ansprüche	116
cc) Sanktionen bei fehlender Offenlegung	117
dd) Unionskonformität des Ausschlusses von Kronzeugenerklärungen und Vergleichen	117
c) Durch die Gerichte	119
aa) Sekundäre Darlegungslast	119
bb) Für die Schadensabwälzung (<i>passing-on</i>)	119
cc) Kartellbetroffenheit	120
dd) Preissteigernde Wirkung von Kartellen und Kartellbefangenheit	121
ee) Einschränkungen durch den BGH für Preissteigerung und Kartellbe- fangenheit	123
ff) Starke Preisanstiege als Indiz und Durchschnittspreise	125
gg) Kartelldauer und Reichweite	125
hh) Schadenshöhe	126
ii) Bedeutung von kartellbehördlichen Entscheidungen	126
jj) Preisschirmeffekte	127
d) Ökonomische Hilfestellungen: Berechnungsmodelle	128
aa) Vergleichsmarktmodelle	129
bb) Simulationsmodelle	134
cc) Kostenmethode	135
dd) Finanzgestützte Methoden	136
ee) Kritische Anmerkungen zu ökonomischen Modellen	137
ff) Zwischenergebnis	140
2. Bei immateriellen Schäden	141
a) Bezifferung	141

b) Festsetzungsmöglichkeiten	142
c) Schmerzensgeldtabellen	143
d) Zu berücksichtigende (Bemessungs-)Kriterien	146
aa) Art und Intensität der Schädigung	147
bb) Ausgangslage und Besonderheiten des Geschädigten	148
cc) Verschulden	149
dd) Vermögensverhältnisse der Beteiligten	151
ee) Berücksichtigung von Haftpflichtversicherungen und Prozessverhalten	154
(1) Bestehen einer Haftpflichtversicherung	155
(2) Prozessverhalten	156
ff) Präventions Gesichtspunkte	156
gg) Zwischenergebnis	157
3. Beim entgangenen Gewinn	157
a) Hilfestellungen durch die Gerichte	157
aa) Grundvorgaben	158
bb) Risikoverteilung bei Beweisarmut	159
cc) Durchschnitts- und Mindestschadensschätzung	159
dd) Rechtfertigung für die Vereinfachungen (Verursachergedanke)	160
ee) Anmahnung der Tatgerichte	161
ff) Eingrenzungen durch die Rechtsprechung	162
gg) Verschiedene Erfahrungssätze	162
b) Doppelte Möglichkeit der Schadensberechnung	163
aa) Herleitung und Bedeutung der abstrakten Schadensberechnung	164
bb) Anwendung der abstrakten Schadensberechnung/Schadenspauschalisierung	168
cc) Kritik an der abstrakten Schadensberechnung/Schadenspauschalisierung	170
dd) Zwischenergebnis	172
IV. Schlussfolgerungen	172
1. Prozessuale Ausgangslage	172
a) Unterschiedliche Wirkungen des § 287 ZPO	173
b) Potential für das Kartellschadensrecht	174
2. Funktionen	175
a) Ausgleich in der Masse als Ziel	175
b) Genugtuung für das Kartellrecht	175
c) Prävention als bemessungsrelevanter Faktor?	175
3. Hilfestellungen	177
a) Orientierung an schadensrelevanten Kriterien	177
b) Schaffung kartellspezifischer Präjudizsammlungen	178
c) Prozessuale Bezifferungs- und Festsetzungsmöglichkeiten	178

d) Erfahrungssätze für das Kartellrecht	179
e) Geringere Anforderungen an eine Prognose	179
f) Mindestschadensschätzung	180
g) Die Betonung des Verursachergedankens bei der Lösungsfindung	180
h) Anderer Umgang mit ökonomischen Gutachten	181
i) Geringere Exaktheit bei der Schadensbestimmung	181
C. Umzusetzende Vorschläge für die Zukunft	183
I. Übernahme und Ausbau von Erfahrungssätzen	183
1. Für den positiven Schaden	184
2. Für die stärkere Berücksichtigung des Mengeneffekts	185
3. Für die Schadensweiterreichung	186
4. Für mittelbar Geschädigte	186
5. Zwischenfazit	186
II. Erweiterung von Vermutungen für den Prozess	187
1. Quantitative Schadensvermutung	187
a) Mehrwert einer solchen Vermutung	190
b) Schädliche Anreize	191
c) Komplikationen mit der Kompensation	193
d) Prozessrisiko zu Lasten der Schädiger und Handhabung durch Richter ...	195
e) Entgegenstehen der Richtlinie	196
f) Ausreichende Typizität?	197
g) Zwischenfazit	200
2. Schadensvermutung für entgangenen Gewinn bei Weiterreichung	200
3. Vermutung für die Dauer von Nachlaufeffekten	201
4. Vermutung für den Beginn von Preisschirmeffekten	202
III. Orientierung an kartellschadensspezifischen Kriterien	204
IV. Schaffung kartellspezifischer Präjudiz-/Schätzungssammlungen	210
V. Exkurs: Einführung von <i>hot-tubbing</i> -Verfahren und <i>pre-trial</i> -Verfahren	212
D. Ausblick	217
I. Einschätzung der aktuellen Situation im Kartellschadensrecht	217
II. Aufgaben für die Zukunft	218
E. Thesenartige Zusammenfassung der Ergebnisse	220
Literaturverzeichnis	222
Stichwortverzeichnis	237

A. Grundlagen

I. Einführung

Das Kartellrecht setzt die Rahmenbedingungen für den Wettbewerb. Es ist von verschiedenen Verhaltensnormen geprägt, welche die Beziehungen der einzelnen Akteure zueinander regeln sollen. Ihm kommt eine ordnende Funktion zu, um den Erfolg der Marktakteure basierend auf ihren Aktionen zu gewährleisten.¹ Diese Funktion erschöpft sich nicht in der Benennung und Untersagung von Verstößen, sondern erstreckt sich auf verschiedene Sanktionsmechanismen. Neben der Verhängung von Bußgeldern gehört zu diesen Mechanismen mittlerweile der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch durch Private. Die Berechnung der Schäden, die durch Verstöße gegen das Kartellrecht entstehen, stellt nicht nur Ökonomen, sondern auch Rechtssetzer und Rechtsanwender immer noch vor gewaltige Herausforderungen und ist essentiell für die Interessenwahrung der Kartellopfer.

Schwierige Schadensberechnungen sind nicht allein dem Kartellschadensrecht vorbehalten. Vielmehr finden sich im klassischen Zivilrecht ebenfalls Schadensfälle wie entgangener Gewinn oder immaterielle Schäden, die Schwierigkeiten im Bereich der Schadensbestimmung und -schätzung aufweisen. Dort ist diese Problematik jedoch weit weniger gravierend. Das Anliegen dieser Arbeit ist es, diesen Unterschied nachzuvollziehen und herauszuarbeiten.

II. Forschungsfrage und Ziel der Arbeit

Die Untersuchung soll zeigen, inwiefern im Zivilrecht vorgefundene Grundsätze und Lösungen bei der Schadensbestimmung für das Kartellschadensrecht genutzt werden können.

Es soll aufgezeigt werden, dass das Zivilrecht Anhaltspunkte bietet, um die Schadensschätzung bei Kartellverstößen und dadurch die Situation der Geschädigten zu verbessern.

Die Forschungsfrage beinhaltet folgende Aspekte:

- Was kann das Kartellrecht für die Schätzung von Schäden vom Zivilrecht lernen?
- Welche Ansätze verfolgt das Zivilrecht zur Lösung schwieriger Schadensfälle?

¹ *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, S. 116f.

- Wie werden Probleme bei der Berechnung gehandhabt?
- Welche Funktionen werden bei der Schadenbestimmung verfolgt?
- Welche gesetzlichen und gerichtlichen Hilfestellungen gibt es für die Schadensbestimmung im Kartellschadensrecht? Welche Hilfestellungen bestehen für die Schadensbestimmung bei immateriellen Schäden und beim entgangenen Gewinn?
- Welche Erkenntnisse oder Grundgedanken können dem Zivilrecht für das Kartellrecht und der dortigen Berechnung der Schäden und der Durchsetzung der Rechte entnommen werden?

III. Problem der Schadensberechnung

Die Ermittlung der Nachteile, des Schadens, für die anderen Marktteilnehmer trifft auf Schwierigkeiten. Die entscheidende Frage und das Kernproblem ist, wie die Markt- und Preisentwicklung ohne das Kartell verlaufen wäre.² Eine Berechnung von Kartellschäden kann immer nur auf einer hypothetischen Basis erfolgen, bei der die Ausgangslagen mit und ohne Zuwiderhandlung (kontrafaktisches Referenzszenario) gegenübergestellt werden.³ Nur aus diesem Vergleich lassen sich die nachteilhaften Wirkungen ermitteln.

Eine exakte Vorhersage der Markt- und Preisentwicklung ohne Existenz des Kartells und damit der Marktpreise ist wegen der Dynamik des Wettbewerbs nicht möglich.⁴ Jedes Verhalten im Markt und jede Verfälschung des Wettbewerbs löst Reaktionen einer Vielzahl von Marktakteuren aus, da diese ihr Verhalten nicht vollkommen isoliert ausrichten, sondern auf anderes Verhalten im Markt reagieren. Die Gleichung Kartellverstoß gleich Schaden muss überdies nicht in allen Fällen aufgehen. Ausnahmsweise können Kartelle sogar vorteilhaft sein (*second best*-Theorem, auch Gegengiftthese genannt).⁵

Neben diese bereits theoretisch bestehende Schwierigkeit der Bestimmung tritt die der praktischen Ermittlung und des Nachweises der hypothetischen Entwicklung.

² *Fuchs*, in: Remien (Hrsg.), Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, 2012, S. 55, 91.

³ *Kommission*, Mitteilungen zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen, 2013, S. 1 Rn. 3.

⁴ *Kommission*, Mitteilungen zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen, 2013, S. 2 Rn. 9; *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, WRP 2012, S. 173, 175; *Geilmann/Rummel*, WuW 2017, S. 233, 233; vgl. *Vollrath*, NZKart 2013, S. 434, 440; *Ellger*, FS Möschel 2011, S. 191, 201; *Bulst*, in: Remien (Hrsg.), Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, 2012, S. 117, 127.

⁵ *Aberle*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1992, S. 30; *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 1999, S. 69; *Schwalbe*, NZKart 2017, S. 157, 158, 163; vgl. *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2013, S. 12 f.; *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1967, S. S. 149 ff.; vgl. *Liefmann*, in: Barnikel (Hrsg.), Theorie und Praxis der Kartelle, 1972, S. 67, 89 f.

Die Problematik um Kartellschäden resultiert sowohl aus ökonomischen wie rechtlichen Aspekten.

1. Ökonomische Schwierigkeit der Vorhersage wettbewerblicher Entwicklungen

Zum Verständnis der ökonomischen Schwierigkeiten ist es nötig die Eigenart des Wettbewerbs zu erwähnen. Die Ermittlung der Kartellschäden setzt die Bestimmung des kontrafaktischen Szenarios voraus. Dieses ist dabei nichts anderes als ein Versuch, die hypothetische Wettbewerbs- und Marktentwicklung darzustellen.

Hierbei müssen Schwierigkeiten auftreten, da bereits aus der Eigenart des Wettbewerbs Bestimmungsdefizite resultieren. Diese Defizite werden dargestellt, um die theoretische Schwierigkeit dieser Bestimmung zu verdeutlichen.

Wettbewerb beschreibt eine Situation auf dem Markt, in der Unternehmen miteinander rivalisieren und Konsumenten die Möglichkeit haben, zwischen verschiedenen Anbietern zu wählen.⁶ Eine exakte und erschöpfende Definition gestaltet sich schwierig, da die Facetten des Wettbewerbs genau wie jene der Freiheit zu zahlreich und vielschichtig sind, um sie perfekt zu formulieren.⁷ Die Begriffe des Wettbewerbs und der Freiheit sind eng verflochten.⁸ Der Wettbewerb ist ein sich vollziehender dynamischer Prozess von Vorstoß und Verfolgung (um die Gunst der anderen Marktakteure, insbesondere Konsumenten), sodass es sich um einen Prozess der Machtentstehung und des Machtabbau handelt.⁹ Je dynamischer der jeweilige Wettbewerbsprozess ist – sodass Vorsprunggewinne schneller aufgezehrt werden –, umso stärker ist die Wettbewerbsintensität auf dem jeweiligen Markt.¹⁰

⁶ Vgl. *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2013, S. 3 f.; vgl. *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 2018, S. 60 f. und 194 f.; vgl. *Olsen*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1995, S. 13 f.; vgl. *Aberle*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1992, S. 13.

⁷ *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2013, S. 3; *Schulz*, Wettbewerbspolitik, 2003, S. 1; vgl. *Herzina*, Wettbewerbspolitik, 1999, S. 31.

⁸ *Schulz*, Wettbewerbspolitik, 2003, S. 1; *Aberle*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1992, S. 13; vgl. *Herzina*, Wettbewerbspolitik, 1999, S. 82.

⁹ *Olsen*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1995, S. 69; *Schmidt/Binder*, Wettbewerbspolitik im internationalen Vergleich, 1996, S. 15; *Schulz*, Wettbewerbspolitik, 2003, S. 3 und 8; *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2013, S. 77 f.; *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1967, S. 35; *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 120 f.

¹⁰ *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 2013, S. 77; *Aberle*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1992, S. 34; *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1967, S. 38 f. und 41.