

## **Schadensnachweis und -ermittlung in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung**

Insbesondere zur Rolle und Funktion von „Parteiexperten“ und  
gerichtlichen Sachverständigen

**Rüdiger Harms, Januar 2015**

# Problematik

*„Eine **große Schwierigkeit**, auf die Gerichte und Parteien bei Schadensersatzklagen stoßen, besteht in der **Ermittlung des Schadensumfangs**. Die Ermittlung stützt sich auf einen Vergleich der aktuellen Lage der Kläger mit der Lage, in der sie sich befinden würden, wäre es nicht zu einer Zuwiderhandlung gekommen. Die auf Hypothesen gestützte Beurteilung der vermutlichen Entwicklung der Marktbedingungen und der Interaktionen der Marktteilnehmer ohne die Zuwiderhandlung wirft oftmals **komplexe und spezifische wirtschaftliche und wettbewerbsrechtliche Fragen** auf. Gerichte und Parteien sehen sich in verstärktem Maße damit konfrontiert und müssen sich mit den verfügbaren Methoden und Techniken zur Lösung dieser Fragen befassen.“*

(Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Rn. 3)

*„**In der Praxis bereitet vor allem die konkrete ökonomische Berechnung des durch einen Wettbewerbsverstoß verursachten Schadens Schwierigkeiten.**“*

(BKartA, Diskussionspapier: Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven, S. 20)

# Rechtlicher Rahmen

## ■ **Beweiswürdigung und Beweismaß (§ 286 Abs. 1 ZPO):**

- *Beweiswürdigung*: Richter entscheidet nach freier Überzeugung, ob eine tatsächliche Behauptung wahr ist oder nicht
- *Beweismaß*: Richter darf sich mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Sicherheit begnügen, der Zweifeln Schweigen gebietet, auch ohne sie völlig auszuschließen (= sehr hohe objektive Wahrscheinlichkeit)

## ■ **Sonderfall Schadensschätzung (§ 287 Abs. 1 S. 1 und 2 ZPO):**

*„Ist [...] streitig, **ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse 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.“*

- Absenkung des Beweismaßes
- Aber: keine Schätzung im „luftleeren Raum“:
  - Greifbare und schlüssige Anhaltspunkte, die eine Schätzung ermöglichen
  - Größenordnung der klägerischen Vorstellungen in Form eines Mindestbetrages

# Europarechtliche Überlagerung/Ergänzung (I)

- **Richtlinie 2014/104/EU zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen (RL):**
  - Ermittlung des Schadensumfangs (Art. 17 RL):

„(1) Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass weder die Beweislast noch das Beweismaß für die Ermittlung des Schadensumfangs die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die **nationalen Gerichte** gemäß den nationalen Verfahren **befugt sind, die Höhe des Schadens zu schätzen**, wenn erwiesen ist, dass ein Kläger einen Schaden erlitten hat, es jedoch praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig ist, die Höhe des erlittenen Schadens aufgrund der vorhandenen Beweismittel genau zu beziffern.

(2) Es wird **vermutet, dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen**. Der Rechtsverletzer hat das Recht, diese Vermutung zu widerlegen.

(3) Die Mitgliedstaaten gewährleisten bei Verfahren über Schadensersatzklagen, dass eine **nationale Wettbewerbsbehörde** auf Antrag eines nationalen Gerichts diesem nationalen Gericht **bei der Festlegung der Höhe des Schadensersatzes behilflich sein kann**, wenn die nationale Wettbewerbsbehörde dies für angebracht hält.“

## Europarechtliche Überlagerung/Ergänzung (II)

- Abwälzung des Preisaufschlags und Recht auf vollständigen Schadensersatz (Art. 12 Abs. 5 RL):

*„Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass nationale Gerichte gemäß den nationalen Verfahren **befugt sind zu schätzen, welcher Teil eines Preisaufschlags weitergegeben wurde.**“*

- Leitlinien für nationale Gerichte bei *pass-on*-Berechnung (Art. 16 RL):

*„Die Kommission gibt für die nationalen Gerichte **Leitlinien** dazu heraus, **wie der Teil des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags zu schätzen ist.**“*

- Noch ist die EU-Kommission hier nicht tätig geworden
- Vorschriften zur Offenlegung von Beweismitteln (Art. 5-7 RL; diese stehen hier nicht weiter im Fokus)

# Europarechtliche Überlagerung/Ergänzung (III)

---

## ■ Ergänzende Guidelines der EU-Kommission zur Schadensberechnung:

- Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs
- Praktischer Leitfaden, insb. zu Methoden und Techniken:
  - Vergleichsmethoden (zeitlich, räumlich, sachlich):
    - Einzeldaten
    - Durchschnittswerte
    - Interpolation und einfache Anpassung
    - Regressionsanalyse
  - Simulationsmodelle
  - Kosten- und finanzgestützte Analysen
  - Andere Methoden
- Vorgaben der EU-Kommission sind sehr genereller Natur und bedürfen im konkreten Einzelfall der Ausfüllung durch die Praxis

# Praktische Umsetzung (I)

---

## ■ **Abstrakte Studien (Connor/Lande, Oxera, etc.)**

- Kläger macht eine bestimmte kartellbedingte Preisüberhöhung geltend und beruft sich auf eine abstrakte Studie
- Problematik:
  - Abstrakte Studien *eignen sich nicht* für die Schadensbestimmung im konkreten Einzelfall (andere Märkte, andere Marktbedingungen, andere Produkte, spezifische Vereinbarungen)
  - Studien kommen selbst zu dem Ergebnis, dass Kartelle häufig gar keinen oder allenfalls einen marginalen Effekt zeitigen
  - Kein Konsens unter Ökonomen hinsichtlich durchschnittlicher kartellbedingter Preisüberhöhungen; unterschiedliche Studien kommen zu gänzlich unterschiedlichen Ergebnissen
  - Abstrakte Studien fußen häufig auf fraglicher Datengrundlage, insb. auf Schätzungen von Journalisten oder Politikern
  - Studien, in denen Kartelle keinen preiserhöhenden Effekt gezeitigt haben, werden häufig nicht veröffentlicht („*publication bias*“)

# Praktische Umsetzung (II)

## ■ „Durchschnittspreismethode“

- Kläger beruft sich zur Bestimmung einer kartellbedingten Preisüberhöhung anhand ausgewählter Rechnungen auf die Differenz zwischen Durchschnittspreisen während der Kartellphase und Durchschnittspreisen vor oder nach der Kartellphase (ggf. werden „Sicherheitsabschläge“ miteinbezogen)
- Problematik:
  - Ggf. fehlende Vergleichbarkeit aufgrund heterogener und hochspezifizierter Güter

*„Es kann angemessen sein, Formen von Durchschnittswerten oder andere Formen der Datenaggregation zu verwenden, immer vorausgesetzt, dass Gleiches mit Gleichem verglichen wird.“*

(EU-Kommission, Praktischer Leitfaden, Rn. 66)

- Durchschnittsbetrachtung erfasst ggf. starke Schwankungen innerhalb der Zeiträume (aufgrund gänzlich anderer Faktoren als dem Kartell) nicht
- Vielfach fehlende bzw. nicht ausreichende Datengrundlage (Verwendung bloß vereinzelter, nicht repräsentativer Stichpunkte, etwa einiger weniger Rechnungen)



# Praktische Umsetzung (III)

---

## ■ Regressionsmodelle

- Kläger beruft sich zur Bestimmung einer kartellbedingten Preisüberhöhung auf ein Regressionsmodell, welches er mit den ihm verfügbaren Daten „füttert“
- Im Grundsatz anerkannte Methode (vgl. etwa EU-Kommission, Praktischer Leitfaden, Rn. 69 ff. sowie BKartA, Diskussionspapier: Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven, S. 23 ff.)
- Mögliche Schwierigkeiten:
  - Nichtberücksichtigung relevanter Faktoren, z.B.:
    - *Angebotsseite*: Kostenentwicklungen, z.B. häufig bei Material und Arbeit
    - *Nachfrageseite*: unterschiedliches Käuferverhalten, unterschiedlich ausgeprägte Nachfragemacht
    - individuelle Produktspezifikationen, die sehr preissensibel sein können
  - Nicht ausreichende Datengrundlage

# Rolle der Sachverständigen (I)

„Parteiexperte“



Gerichtlicher  
Sachverständiger

## Rolle:

- Wird von einer Partei beauftragt
- Unterstützt die jeweilige Partei bei der „Substantiierung“, d.h. Untermauerung und Konkretisierung ihres Vortrags (≠ Beweismittel)
  - *Klägerseite*: Ökonomische und statistische Fundierung des Klägervortrags zum Schaden (vgl. die zuvor angesprochenen Ansätze)
  - *Beklagte*: Hilfe bei Ausarbeitung der „Verteidigungslinie“; Widerlegung des Gutachtens des klägerischen „Parteiexperten“

## Rolle:

- Gericht prüft zunächst den Vortrag der Parteien
- Bei streitigem Parteivortrag zur Höhe einer etwaigen kartellbedingten Preisüberhöhung wird das Gericht aufgrund i.d.R. fehlender eigener Fachkunde einen eigenen Sachverständigen bestellen, der sich mit dem gegenläufigen Parteivorbringen und insbesondere den vorgelegten Gutachten der „Parteiexperten“ auseinandersetzt

# Rolle der Sachverständigen (II)

- **§ 404a ZPO als zentrale Norm für den gerichtlichen Sachverständigen:**

„(1) Das Gericht hat die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten und kann ihm für Art und Umfang seiner Tätigkeit Weisungen erteilen.

(2) Soweit es die Besonderheit des Falles erfordert, soll das Gericht den Sachverständigen vor Abfassung der Beweisfrage hören, ihn in seine Aufgabe einweisen und ihm auf Verlangen den Auftrag erläutern.

**(3) Bei streitigem Sachverhalt bestimmt das Gericht, welche Tatsachen der Sachverständige der Begutachtung zugrunde legen soll.**

**(4) Soweit es erforderlich ist, bestimmt das Gericht, in welchem Umfang der Sachverständige zur Aufklärung der Beweisfrage befugt ist, inwieweit er mit den Parteien in Verbindung treten darf und wann er ihnen die Teilnahme an seinen Ermittlungen zu gestatten hat.**

(5) Weisungen an den Sachverständigen sind den Parteien mitzuteilen. Findet ein besonderer Termin zur Einweisung des Sachverständigen statt, so ist den Parteien die Teilnahme zu gestatten.“

# Rolle der Sachverständigen (III)

## ■ § 404a ZPO und die Gewinnung der Datengrundlage:

- Gericht schreibt dem gerichtlichen Sachverständigen grundsätzlich vor, welche Tatsachen er zugrunde zu legen hat

*„Sache allein des Gerichts ist es, den Sachverhalt festzustellen, der rechtlich zu beurteilen ist. Der Sachverständige ist der Gehilfe des Richters bei dieser Beurteilung, er muß also die tatsächlichen Feststellungen seiner Beurteilung zugrunde legen, die das Gericht getroffen hat.“*

(st. Rspr. seit BGHZ 207, 213)

- In Betracht kommen dabei aufgrund des „Beibringungsgrundsatzes“ allein solche Tatsachen, die die Parteien (und mittelbar ihre „Parteiexperten“) vorgetragen haben
  - Relevante Daten i.d.R. verteilt auf Kläger- und Beklagtenseite
  - Aber: Parteien können nicht gezwungen werden, für eine „richtige“ Entscheidung relevante Daten offenzulegen:
    - *Klägerseite*: Kläger wollen zwar i.d.R. Daten bereitstellen, diese sollen aber ggf. nicht den Beklagten gegenüber offengelegt werden (etwa zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen)
    - *Beklagtenseite*: Beklagte wollen Daten i.d.R. ebenfalls nicht offenlegen

## Rolle der Sachverständigen (IV)

---

- Grundsätzlich vermittelt § 404a ZPO dem gerichtlichen Sachverständigen keine eigene „Ermittlungsbefugnis“
- Ausnahmen:
  - aus eigener Ermittlung erlangte Tatsachen werden durch ordnungsgemäße Beweisaufnahme nachträglich bestätigt oder
  - aus eigener Ermittlung erlangte Tatsachen sind zwischen den Parteien unstreitig geworden
- Hinsichtlich der v.a. taktischen Frage der Offenlegung von Daten durch die Parteien sind zwei wesentliche Aspekte zu berücksichtigen:
  1. Das Gericht kann die Parteien nicht dazu zwingen, die für eine „richtige“ Entscheidung wesentlichen Daten offenzulegen (weder das nationale Recht noch Art. 5-7 RL sehen eine unmittelbare Anordnungsbefugnis des Gerichts vor, das Gericht kann aber negative Schlussfolgerungen aus der Nichtvorlage ziehen)
  2. Daten, die nicht gegenüber allen Beteiligten – d.h. sowohl dem Gericht als auch dem Prozessgegner – zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Prozessgegners (Art. 6 EMRK, Art. 103 Abs. 1 GG) und des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung offengelegt wurden, dürfen nicht verwertet werden

# Richterliche Kontrolle und Endentscheidung

- Jedes Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen muss durch den Richter im Rahmen der Entscheidungsfindung selbstständig nachvollzogen und kritisch gewürdigt werden; der Richter muss von Ergebnis und Begründung überzeugt sein

*„Eine dem Rechtsstaatsprinzip genügende Urteilsgrundlage fehlt jedoch, wenn der Richter einem Sachverständigengutachten, dessen Befundtatsachen bestritten sind, ohne nähere Prüfung dieser Tatsachen folgt und sich ohne weiteres darauf verläßt, daß die vom Sachverständigen zugrunde gelegten [...] Feststellungen richtig sind. Auch den Parteien wird auf diese Weise die Möglichkeit abgeschnitten, an einer Überprüfung mitzuwirken. Es wird ihnen dadurch verwehrt, gegebenenfalls die tatsächlichen Grundlagen und somit die Tauglichkeit des Gutachtens zur Streitentscheidung zu erschüttern. **Das führt im Ergebnis dazu, daß nicht der Richter [...], sondern der Sachverständige die tatsächlichen Urteilsgrundlagen feststellt.**“*

(BVerfG, NJW 1995, 40)

- Der Richter ist zudem auch verpflichtet

*„die **wesentlichen tatsächlichen Grundlagen**, an die die Schlussfolgerungen eines Gutachtens anknüpfen, und die Art dieser Folgerungen wenigstens **insoweit im Urteil mitzuteilen, als dies zum Verständnis** des Gutachtens und zur Beurteilung seiner gedanklichen Schlüssigkeit [...] **erforderlich ist.**“*

(BGH, NJW 1959, 780)

# Fragen?

Rüdiger Harms  
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP  
Theodor-Heuss-Ring 9  
50668 Köln  
Tel.: +49 221 800 400  
[www.clearygottlieb.com](http://www.clearygottlieb.com)  
[rharms@cgsh.com](mailto:rharms@cgsh.com)

NEW YORK  
WASHINGTON  
PARIS  
BRUSSELS  
LONDON  
MOSCOW  
FRANKFURT  
COLOGNE  
ROME  
MILAN  
HONG KONG  
BEIJING  
BUENOS AIRES  
SÃO PAULO  
ABU DHABI  
SEOUL

CLEARY GOTTLIEB STEEN & HAMILTON LLP

[www.clearygottlieb.com](http://www.clearygottlieb.com)