



# **Beweismaßstäbe für Kartellschäden im Kontext der 9. GWB-Novelle**

**Ökonomische Herausforderungen**

**Dr. Philipp Schliffke**

**12. Januar 2017**

**Friedrich-Ebert-Damm 311 · 22159 Hamburg  
Fon +49 40 64 55 77 90 · Fax +49 40 64 55 77 33**

**Rond Point Schumann, Box 5 · 1040 Brüssel · Belgien  
Fon +32 2 234 78 59 · Fax +32 2 234 79 11**

**info@lademann-associates.com · www.lademann-associates.com**



## Ausgangsthese und Kontext

### Ausgangsthese

- **Auswirkungen für Ökonominnen hängen am eigenen Rollenverständnis**
  - „Schadenschätzerin“: Anwendung quantitativer Methoden zur Bestimmung der Höhe
  - „Beraterin“: (Quantitative) Argumentationsentwicklung im juristischen Kontext

### Kontext

- § 33 a Abs. 2 Satz 1 GWB i. d. F. der 9. GWB-Novelle  
**„Es wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht“**
  
- § 33 c Abs. 2 Satz 1 GWB i. d. F. der 9. GWB-Novelle  
**„Dem Grunde nach wird zugunsten eines mittelbaren Abnehmers vermutet, dass der Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde, wenn“ ... (verkürzt)**
  - Wettbewerbsverstoß
  - Schaden auf 1. Stufe (siehe Schadensvermutung)
  - Bezug kartellierter Ware (auch weiterverarbeitet)



# Ökonomin als Schadensschätzerin



## Ökonomin als Schadensschätzerin

### ■ Vermutung Schadenseintritt

- Jede Bestimmung eines hypothetischen Szenarios muss eine Schätzung sein
- Ob ist, wenn Höhe (robust) größer Null
- Ob als (juristische) Formalie zur Eröffnung der Schätzbefugnis nach § 287 ZPO

### ■ Vermutung Schadensabwälzung

- Schadensnachweis nach dem Ausschlussprinzip: Gibt es eine Preisdifferenz, die nicht durch kartellunabhängige Faktoren (Technik, Kosten, Nachfrage, Wettbewerb) zu erklären ist?
- Bei indirekten Schäden sind „nur“ die Produktvariationen, Kosten-, Nachfrage- und Wettbewerbseinflüsse mehr als einer Marktstufe zu berücksichtigen
- Also: Abwälzung ist, wenn Höhe auf nachgelagerter Stufe (robust) größer Null
- Annahme des Ob erneut als Formalie zur Eröffnung der Schätzbefugnis nach § 287 ZPO

### ■ Praktisch könnten die Regeln zur Offenlegung von Daten (§ 33 g und 89 b GWB i. d. F. der 9. GWB Novelle) eine erhebliche Auswirkung haben, aber das glauben wir erst, wenn die ersten Daten eintreffen, oder herausgegeben werden müssen...

### ■ Keine methodischen Auswirkungen für „Schadensschätzerin“ und Datenzugang abzuwarten



# Ökonomin als Beraterin: Schadensvermutung



## Ökonomin als Beraterin: Schadensvermutung I

- **Frage: Was ist die Vermutungsregel, bzw. was genau ist nun zu widerlegen?**
  - Vermutungsregel als empirische These, dass der Schaden größer Null ist?
  - Vermutungsregel als stochastische Aussage, die auf Realisation überprüft wird?
  - Vermutungsregel als nicht empirische Aussage, die um empirisches Ergebnis ergänzt wird?
  
- **Interpretationsoptionen implizieren verschiedene Hypothesen, die die Ökonomin testen muss**
  - „nicht empirische Aussage“ impliziert keine Hypothese bzgl. eines Schadens
  - „empirische These“ eines Schadens größer Null erfordert Gegenbeweis NICHT größer Null
  - „stochastische Aussage“ lässt sowohl empirische Thesen „größer Null“ oder „gleich Null“ zu
  - Welche Konstellationen erlauben Feststellung „Ob = ja“ aber „Höhe = 0“ (Präjudiz des Ob)?
  - Welche Konstellationen erlauben Verteidigung durch reinen Angriff des Klägervortrags?
  
- **Bisheriger Anscheinsbeweis als „stochastische Aussage“ oder „nicht empirische Aussage“**
  - Verteilung von Schäden inkl. Null mit Erwartungswert größer Null (vgl. Inderst/Thomas, S. 125)
  - Praktisch „Checkliste“ nicht empirischer Faktoren (ebd., ab Seite 123)
  - Anscheinsbeweis kann erbracht werden, ohne einen einzigen Preis analysiert zu haben
  - Für „Höhe“ gilt die Hypothese „gleich Null“ (positiver Schaden muss gezeigt werden)



## Ökonomin als Beraterin: Schadensvermutung II

- **Begründung zu § 33 a Abs. 2 legt Auslegung analog zum Anscheinsbeweis (AB) nahe**
  - Also: Keine unmittelbare „empirische These“, dass der Schaden größer Null ist
  - Aber, stochastische Interpretation AB lässt empirische These zu (Erfahrungswert größer Null)
  - ➔ Änderung des Beweisstandards? Widerlegung nur durch Zeigen NICHT größer Null?
  
- **Achtung: Ein Beweis „NICHT größer Null“ lässt sich in der Regel (ökonomisch) nicht erbringen**





## Ökonomin als Beraterin: Schadensvermutung III

- **Gegenbeweisanforderung „NICHT größer Null“ kann nicht sein**
  - Sonst „widerlegliche Vermutung“ streng genommen nicht widerleglich
  - Widerspruch zwischen Standards zu Ob und Höhe (bei Höhe: insignifikant = Null)
  - Gegenbeweis (mindestens) bei „insignifikantem“ (nicht robustem) Effekt
  
- **Gleichwohl ggf. erhebliche Änderungen bei stochastischer Interpretation der Vermutungsregel:**
  - Stochastische Interpretation ist „empirisch“ und erfordert daher empirischen Gegenbeweis
  - Ohne empirischen Gegenbeweis kann nicht sinnvoll gelten „Ob = ja“ aber „Höhe = 0“
  - Jede empirische Interpretation erfordert im Prinzip einen Mindestschaden  $> 0$  (außer insign.)
  - Reines Angreifen des Vortrags der Klägerin dann ggf. nicht mehr hinreichend
  
- **Fragwürdig, ob empirische Interpretation der Schadensvermutung vom Gesetz abgedeckt ist, denn explizit gilt die Vermutung nicht für die Höhe, auch nicht für irgendeine Höhe**
  - Ungeachtet dessen sicher ein erhebliches klägerisches Interesse an empirischer Interpretation
  - Studien à la Connor, Oxera, etc. (und Formulierung) legen empirische Interpretation auch nahe
  - Für Ökonomin als Beraterin also spannend, ob sich die (Gegen-)Beweismaßstäbe ändern
  - Für Ökonomin als Ökonomin wohl „nicht empirische Interpretation“ am sinnvollsten



# Ökonomin als Beraterin: Weiterwälzung



## Ökonomin als Beraterin: Vermutung Weiterwälzung I

- **Sinn und Zweck ist die Vereinfachung des „Kausalitätsnachweises“ der Weiterwälzung**
  - Im datentechnischen Idealfall nicht erforderlich
  - Praktisch potenziell erhebliche Vereinfachung für indirekte Kläger
  - Kausaler Schaden wird ggf. auch bei erheblicher Schätzunsicherheit anerkannt
  
- **Erste Frage: Ist eine Kausalitätsvermutung ökonomisch zu rechtfertigen?**
  
- **Praktisch jedes ökonomische Marktmodell enthält die Grenzkosten (variable Kosten) als strikt positiven Einflussfaktor auf den (Gleichgewichts-)Marktpreis**
  - Preis- und Mengenwettbewerb
  - Homogene und differenzierte Güter
  - Kapazitätsschranken ja oder nein

→ Jede (nicht punktuelle) Erhöhung der Grenzkosten führt (theoretisch) zu einer Preiserhöhung
  
- **Die Aussage ist unabhängig davon, ob ein Gut weiterverarbeitet wurde, und inkludiert grds. „marktorientierte“ Preissetzungen (Nachfragefunktion fließt in die Preisbildung ein).**
  
- **Ökonomisch ist eine widerlegliche Vermutungsregel, jedenfalls außerhalb von Fixkosten und sehr kurzen Kartellen, zu rechtfertigen (vgl. auch RBB-Studie, z. B. RN 123)**



## Ökonomin als Beraterin: Vermutung Weiterwälzung II

- Jedoch (lernt die Ökonomin): Kausalität ist nicht gleich „adäquate Kausalität“!
- These: **Ökonomische Kausalität zunehmend als (juristisch) adäquate Kausalität anerkannt**
  - Praktiker schreiben zwar z. B. zur ökonomischen Preisfindung Sätze wie „..., executives are wise NOT to use this approach“ (Smith (2012), Pricing Strategy, South-Western, S. 36) und
  - obige Aussagen sind Gleichgewichtsaussagen, obwohl Märkte nie wirklich im GGW sind, aber
  - Märkte tendieren zum Gleichgewicht und Praktiker können diesen Kräften nicht entkommen
  - Preisreaktion jedenfalls in gewisser Weise vorhersehbar bzw. zu erwarten
  - nach Neuregelung des GWB offenbar hinreichend für adäquate Kausalität
  - Zudem Konsistent zur Anerkennung von Ersatzansprüchen aus Umbrella-Schäden
- **Zweite Frage: Gelten die ORWI-Kriterien noch, die gegen eine adäquate Kausalität sprechen?**
  - Z. B. noch im HUK-Urteil des LG Düsseldorf vom November 2015 (RN 221) Verweis auf „besondere Marktstellung“ und „kaufmännische Leistungen“ des direkten Abnehmers
  - Aus ökonomischer Sicht sind die „Marktstellung“ und „kaufmännische Leistung“ bereits im Marktpreis enthalten und (trotzdem) führt ein Kostenanstieg kausal zu einem Preisanstieg
  - Nach ORWI demnach ökonomische Kausalität nicht zwingend auch adäquate Kausalität
  - Schon (sinngemäß) gehört in Settlements: ORWI ist tot!



## Ökonomin als Beraterin: Vermutung Weiterwälzung III

- **Frage: Welche Implikation hat § 33 c Abs. 3 bzw. wie ist er zu verstehen?**
  - „Die Vermutung einer Schadensabwälzung nach Absatz 2 findet keine Anwendung, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Preisaufschlag nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde.“
  - „glaubhaft machen“: ???
  
- **„nicht vollständig“ ist der (einigermaßen gut abgrenzbare) ökonomische Regelfall**
  - 100% Weitergabe in theoretischen Randfällen (z. B. vollständiger Wettbewerb)
  - 100% Weitergabe (ggf. über 100%) in praktischen Sonderfällen (Cost-Plus, Preisgleitklauseln)
  - 100% Weitergabe in Verhandlungen: „caution... to avoid presuming full pass-on“ (RBB, RN 692)
  - Über 100% Weitergabe: „likely to be a rather exceptional scenario“ (RBB, RN 665, FN 358)
  - Außerhalb dieser Fälle Weitergabe zumindest " $\epsilon$ “, (sehr kleine Zahl) unter 100%
  
- **Kombination aus § 33 c Abs. 2 und 3 wahlweise „merkwürdig“ oder „Hintertür“**
  - Richtig: tatsächliche Preisfindung ist so komplex, dass kein Fall pauschal auszuschließen ist
  - Auch: Abwälzung größer Null ist mehr Regelfall als Abwälzung kleiner 100%
  - Aber: umfangreiche Anknüpfungspunkte, um Vermutung auszuhebeln
  - Kehrt ORWI zurück, wenn „glaubhaft machen“ gelingt?
  - Welcher Maßstab gilt für adäquate Kausalität im Kontext der Weiterwälzung?



## Fazit



## Fazit

- **Neuregelungen sind aus Sicht der Ökonomin „toll“**
  - Verstärkte Berücksichtigung ökonomischer Zusammenhänge
  - Über Datenzugang mehr Möglichkeiten für robuste Analyse
  - Annäherung an Bestimmung tatsächlicher Schäden nach „Regeln der Kunst“
  
- **Aber: Jedenfalls kurzfristig erhebliche Unsicherheiten für „Beraterin“**
  - Ökonomin bleibt Ökonomin, Juristin definiert Kontext
  - Aber effektives Zusammenspiel erfordert wechselseitiges Verständnis
  - Gute Beraterin weis intuitiv, was Kundin (inkl. Juristin) benötigt
  - Aktuell viele Fragen, insbesondere im Kontext der Weiterwälzung

# Danke!