

Erfurt, 29.01.2013\MM
D26/2-13
Unser Zeichen: 466/09N26

**„Lademann & Associates GmbH - Wettbewerbstag 2013 am
30.01.2013 in Hamburg“**

**„Kooperative Regulierung von Schadensfällen - Die rechtliche
Perspektive“**

Es gilt das gesprochene Wort

1. Ausgangssituation

Die rechtliche Perspektive für die Entscheidung über die Bereitschaft, kooperativ bei der Schadensregulierung anlässlich kartellwidrigen Verhaltens mit den Betroffenen zusammenzuarbeiten, hat sich für den Anwalt in Wahrnehmung der Interessen seines kartellbelasteten Mandanten an der gegebenen Sach- und Rechtslage im Anblick bevorstehender Regressansprüche Geschädigter zu orientieren.

a.)

Liegt ein bestandskräftiger Bußgeldbescheid vor, so kommt gemäß § 33 Abs. 4 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) den Feststellungen wegen der in dieser Vorschrift normierten Bindungswirkung besondere Bedeutung zu. Auf den Punkt gebracht stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang auf der Grundlage des Bußgeldbescheids von Geschädigten geltend gemachten Schadensfällen noch Einwände dem Grunde nach entgegengesetzt werden können. Das setzt die Beantwortung der Frage voraus, was denn von der Bindungswirkung eines Bußgeldbescheides erfasst ist.

Die zuletzt gestellte Frage stellt sich besonders vor dem Hintergrund des Inhalts und der Art und Weise der vom Bundeskartellamt im Rahmen eines Bußgeldbescheids getroffenen Feststellungen. Die inhaltliche Gestaltung des Bußgeldbescheids orientiert das Bundeskartellamt nach den von mir gemachten Erfahrungen sehr stark daran, ob es sich letztendlich um ein durch ein sog. Settlement besiegeltes gütliches Verfahren oder aber um ein auch nach Erlass des Bußgeldbescheids streitig gebliebenes Kartellverfahren handelt. Im erstgenannten Fall geht das Bundeskartellamt für die Feststellung des Kartellverstoßes nicht im einzelnen im Sinne der Aufzählung von Schadensfällen zur Vorbereitung der Realisierung von Schadenersatzansprüchen Geschädigter auf diese ein, sondern begnügt sich damit, im Ergebnis zusammenfassend den Kartellverstoß hinreichend zu belegen. Selbst dann, wenn beispielhaft Fälle aufgeführt sind, verzichtet das Bundeskartellamt auf den Nachweis im Sinne eines konkreten Schadens. Mangels hinreichender Präzisierung kann sich die Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB in diesen Fällen nur auf die grundsätzliche Feststellung erstrecken, dass durch das Verhalten des bebußten Unternehmens dem Kreis von Betroffenen gegenüber ein kartellwidriges Verhalten - in dem vom Unterzeichner in Betracht gezogenen Verfahren durch die Lieferung von Feuerwehrfahrzeugen an Kommunen - vorgelegen hat.

Dieses Ergebnis einer nur beschränkten Bindungswirkung erscheint auch vor dem Hintergrund angezeigt, dass das Bundeskartellamt in der Ermittlung des Sachverhalts und der von ihm zu treffenden Feststellungen, gemessen an den Erfordernissen im Rahmen justiziell ausgeprägter Verfahren wie Strafverfahren und Zivilverfahren, weitgehend frei ist. Das Bundeskartellamt besitzt alle Möglichkeiten, um die Instrumentarien auch eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens bis hin zu Durchsuchungsbeschlüssen einzusetzen, ohne jedoch einer Überprüfung seiner Erkenntnisse zu unterliegen. Insoweit steht § 33 Abs. 4 GWB in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und möglicherweise auch zum grundrechtlich geschützten Recht auf den

gesetzlichen Richter (Art. 1, 101 Abs. 1 Satz 1 GG). Soweit nämlich eine gerichtliche Tatsachenfeststellung im Anwendungsbereich der Bindungswirkung an eine kartellbehördliche Entscheidung unterbleibt, sind auch die zivilprozessualen Beweisregelungen außer Kraft gesetzt und das Prinzip der Entscheidung in richterlicher Unabhängigkeit zumindest geschwächt. Dies ist bei der Auslegung des § 33 Abs. 4 GWB zu berücksichtigen und spricht grundsätzlich gegen eine Bindungswirkung, die über die vom Wortlaut vorgesehene Feststellung des Verstoßes hinausgeht. Auch der Art und Weise der Erhebung der Tatsachen durch das Bundeskartellamt muss daher bei der Frage des Inhalts der Bindungswirkung - quantitativer wie auch qualitativer Art - Bedeutung beigemessen werden.

Andererseits ist die Bedeutung der Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB nach der Rechtsprechung und erkennbar gewordenen Praxis der Gerichte, auch weil im Einzelnen schwer voraussehbar, nicht zu unterschätzen. Das gilt sowohl für den Nachweis der haftungsbegründenden wie auch für die haftungsausfüllenden Tatsachen, sprich maßgeblichen Feststellungen zur Schadenshöhe.

Schließlich ist bei der allgemeinen Betrachtung der Sach- und Rechtslage noch darauf zu verweisen, dass für Schadensfälle vor dem 01.07.2005, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der 7. GWB-Novelle es fragwürdig sein kann, ob die Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB sich auch auf die Fälle erstreckt, die zwar von einem Bußgeldbescheid nach diesem Zeitpunkt erfasst werden, tatbestandlich jedoch vor diesem Zeitpunkt lagen.

b.)

Für die Entscheidung, ob ein Unternehmen sich an einer kooperativen Regulierung von Schadensfällen beteiligt, ist die Einschätzung der Erfolgsaussichten möglicher Schadenersatzklagen dem Grunde und der Höhe nach in Betracht zu ziehen, und zwar sowohl mit Blick auf gesetzliche

Schadenersatzansprüche, sprich § 33 Abs. 4 GWB, 823 BGB i. V. m. Art. 81 EGV - jetzt Art. 101 AEUV und Art. 82 EGV - jetzt Art. 102 AEUV - oder um vertragliche Schadenersatzansprüche, insbesondere unter Bezug auf Wettbewerbsklauseln in den „Zusätzlichen Geschäftsbedingungen“ der ausschreibenden Kommunen gemäß Nr. 7 des Vergabehandbuchs des Bundes (Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen) handelt.

Hierzu nun im Einzelnen:

2. a. Gesetzliche Schadenersatzansprüche nach §§ 33 Abs. 3 GWB, 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1 GWB, Art. 81, 82 EGV - Vertrag, Art. 101, 102 AEUV, 830 BGB

Für diese Ansprüche lässt sich die Sach- und Rechtslage wie folgt beschreiben:

Die Darlegungs- und Beweislast für die haftungsbegründenden Tatsachen eines Schadenersatzanspruchs im Sinne der vorstehend genannten Anspruchsgrundlagen obliegt im Rahmen der üblichen prozessualen Gegebenheiten den Geschädigten. Den danach gegebenen Voraussetzungen genügt jedenfalls nicht, allein auf einen Bußgeldbescheid Bezug zu nehmen, wenn in diesem nicht im Einzelnen konkrete Schadensfälle festgestellt sind. In diesem Fall hilft auch der Verweis auf die Bindungswirkung des Bußgeldbescheides nach § 33 Abs. 4 GWB nicht weiter.

Allerdings greifen in diesen Fällen Darlegungs- und Beweiserleichterungen nach den Regeln des sog. Anscheinsbeweises. Es kommt dann zu den Fragen von Schadenseintritt und Kausalität für den auf der Grundlage von § 33 Abs. 3 GWB vorgehenden Kläger zu einer Beweiserleichterung nach den Vorschriften des Anscheinsbeweises. In der Frage des Schadenseintritts (des „ob“ der Entstehung eines Schadens) stellt die Rechtsprechung keine hohen

Anforderungen an den Beweis. Im Hinblick darauf, dass der Zweck eines Kartells der Verbesserung der eigenen Gewinnsituation und der Erhöhung der erzielbaren Preise gegenüber Wettbewerbspreisen dient, liegt es nach Auffassung des BGH nahe, dass die Teilnehmer an einem Kartell die Verminderung des Wettbewerbsdrucks zu ihrem Vorteil ausnutzen werden (vgl. beispielhaft BGH NJW 1992, 921, 923; LG Dortmund WuW/E-DE-R1352,1354). In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte zu den Fällen Berliner Transportbeton (BGH NJW 2006, 163, 164 f/KG Berlin NJOZ 2010, 536, 540 - Transportbeton II-) zu verweisen. In diesem Zusammenhang sind auch die Entscheidungen zu dem Durchschreibepapier-Kartell und die Vitaminpreis-Entscheidung des LG Dortmund - LG Dortmund WuW/E-DE-R1352, 1354) zu nennen.

Der Anscheinsbeweis kommt also für den Nachweis der Kausalität für den Schadenseintritt zur Anwendung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um einen typischen Geschehensablauf im Sinne der Anwendung der Regeln über den Prima facie-Beweis handelt. Sind aufgrund der Feststellungen im Bußgeldbescheid ausreichend Anknüpfungstatsachen gegeben, greifen die Regeln des Anscheinsbeweises ein. Dann ist es Sache des Schädigers, diese Anknüpfungstatsachen zu erschüttern. Gelingt dem in Anspruch genommenen Schädiger die Erschütterung der Grundlagen des Anscheinsbeweises, so ist der konkrete Schaden im Einzelfall mittels eines Anscheinsbeweises nicht nachgewiesen.

Solche Erschüttungstatbestände, die wiederum substantiiert darzulegen und zu beweisen sind, können sein: Inhomogenität des Marktes, ausgeprägte Kundenpräferenzen, fehlende Auswirkungen auf die Preise unter Berücksichtigung der Preisentwicklung im Zeitraum nach Kartellbeendigung, u. a. Eine Erschütterung des Anscheinsbeweises ist auch dann anzunehmen, wenn das Kartell faktisch nicht umgesetzt wird oder die Funktionsfähigkeit des Kartells durch eine erhebliche Inhomogenität der nachgefragten und

gelieferten Produkte gemindert wurde und dadurch ein Schadenseintritt zweifelhaft ist oder das Ausschreibungsverfahren der Kunden, im betrachteten Fall der Kommunen, vorab erkennen ließ, welcher Anbieter von ihnen von vornherein für den Zuschlag vorgesehen war. Schließlich spricht gegen einen üblichen Geschehensablauf bei einem Kartell, wenn nach Beendigung des Kartells die Deckungsbeiträge oder Preise gleich blieben oder stiegen. Schließlich dürfte die Typizität dann nicht gegeben sein, wenn es sich lediglich um ein sog. Marktinformationssystem bei den Gesprächen der Unternehmen handelte.

Bei der Bewertung dieser nur schlagwortartig aufgezeigten Darlegungs- und Beweissituation wird deutlich, dass schon im Bereich der haftungsbegründenden Kausalität rechtliche Risiken sowohl für die Geschädigten wie auch für Schädiger im Rahmen der Geltendmachung kartellrechtswidriger gesetzlicher Schadenersatzansprüche bestehen.

b.)

Bei Zugrundelegung von vertraglichen Ansprüchen im Sinne der Geltendmachung von Vertragsklauseln, die eine Vertragsstrafe im Falle wettbewerbswidrigen Verhaltens vorsehen (Nr. 7 des Vergabehandbuch des Bundes), stellt sich zunächst die grundsätzliche Frage der Wirksamkeit einer solchen besonderen Geschäftsbedingung im Rahmen von „Zusätzlichen Vertragsbedingungen“.

Hier ist von Bedeutung, dass die auf der Grundlage von Nr. 7 des Vergabehandbuchs des Bundes zur Anwendung gebrachte Klauseln undifferenziert die Verwirklichung eines Anspruchs auf Zahlung eines bestimmten Betrages - hier 15 % - vorsehen. So heißt es in der Regel in solchen Bedingungen „Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er 15 v. H. der Auftragssumme an

den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird“.

Prüfungsmaßstab ist für die Frage, ob solche Bedingungen wirksam in die Verträge einbezogen sind (§ 305 Abs. 2 BGB), ist unter Heranziehung der Wertung des § 309 Nr. 5 lit. a, b BGB auch im kaufmännischen Verkehr § 307 BGB. Eine Differenzierung hinsichtlich der Art und Schwere des angeblichen wettbewerbswidrigen Verhaltens wird bei der genannten Klausel Nr. 7 jedoch nicht vorgenommen. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestehen deshalb erhebliche Zweifel, ob die Fassung einer solchen besonderen Geschäftsbedingung dem Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit entspricht. Es spricht einiges dafür, dass die Klausel angesichts der erheblich differierenden Intensität unterschiedlicher Kartelle mangels Differenzierung als unangemessen und damit als nichtig zu betrachten ist.

Zudem ist auch in diesen Fällen nachzuweisen, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten vorgelegen hat. Dem Schädiger bleibt die Möglichkeit, darzulegen und zu beweisen, dass ein Schaden in Höhe des geltend gemachten pauschalierten Schadenersatzbetrages nicht eingetreten ist.

Auch bei der Geltendmachung eines vertraglichen Schadenersatzanspruches unter Bezugnahme auf die Vereinbarung eines pauschalierten Schadensbetrages in den „Zusätzliche Vertragsbedingungen“ besteht sowohl für den Geschädigten wie auch für den Schädiger ein erhebliches Risiko sowohl aus Rechts- als auch aus Tatsachengründen.

3. Kooperative Regulierung von Schadensfällen

Auf die tatsächliche und rechtliche Problematik der Bemessung eines Schadens - also die Schadenshöhe -, wenn dann von einem schadensstiftenden kartellwidrigen Verhalten der Unternehmen auszugehen ist, wurde bisher, wie Sie festgestellt haben, nicht eingegangen. Dies ist nun die Stelle, sich mit dieser Frage vor dem Hintergrund einer „Schadenregulierungsvereinbarung zwischen Schädiger (Unternehmen) und Geschädigten (Kunden, so Kommunen) zu befassen. Denn es steht dann die grundsätzliche Frage im Raum, ob bei einem feststehenden kartellwidrigen Verhalten ein Schaden überhaupt entstanden ist und wenn ja in welcher Höhe.

a.)

Im Rahmen der Feststellung der Schadenshöhe obliegt dem Geschädigten nach den allgemeinen Regeln über die Darlegungs- und Beweislast im vollen Umfang. Die Regeln über den Anscheinsbeweis kommen hier nicht zur Anwendung. Es gibt keinen irgendwie gearteten typisierbaren Erfahrungssatz zur Höhe des Schadens. Allerdings besteht die Möglichkeit der Schadensschätzung nach § 287 ZPO.

Bei der an sich gebotenen konkreten Schadensberechnung besteht für den Kläger das Problem, den hypothetischen Preis eines nicht kartellvertraglich beschränkten Wettbewerbs zu ermitteln. Der Geschädigte muss folglich Anhaltspunkte für einen hypothetischen Wettbewerbspreis darlegen und beweisen und daraus die Differenz für den tatsächlich gezahlten Preis als Schaden ableiten. Zur Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises kommen verschiedene Verfahren in Betracht, insbesondere Vergleichsmarktkonzepte, die Berechnung nach Kosten, statistische Verfahren oder Simulationsmodelle.

Grundlage einer Schadensermittlung wird daher in aller Regel die Einholung eines Sachverständigengutachtens sein.

Das Ergebnis eines solchen Sachverständigengutachtens ist für beide Parteien ungewiss. Dies gilt sowohl mit Blick auf die eindeutige Feststellung eines Schadens und dessen Höhe wie auch auf die durch das Gutachten geschaffene Möglichkeit einer Schadensschätzung des Richters nach § 287 ZPO. Die rechtliche Betrachtung der Erfolgsaussicht eines Unternehmens, Schadenersatzansprüche im Fall der grundsätzlichen Feststellung eines Kartellverstoßes abwenden zu können, hat mögliche Ergebnisse einer Sachverständigenbeauftragung zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass für den Fall eines ungünstigen Ausgangs einer Begutachtung das Ergebnis nicht nur als solches indiziell negativ wirkt, sondern auch mit hohen, zwischenzeitlich angefallenen Prozesskosten belastet ist, so dass nur noch beschränkt die Möglichkeit einer gütlichen Einigung bestehen wird. Denn wenn eine Partei einmal ein Sachverständigengutachten vorliegen hat, das ihr Recht oder weitgehend Recht gibt, wird die Bereitschaft, nach einem langen Prozessweg sich dann noch auf eine gütliche Einigung einzulassen, sehr gering sein.

b.)

An die zuletzt genannte Möglichkeit der negativen Auswirkung eines Sachverständigengutachtens im Prozess knüpft die Überlegung an, zwischen den Parteien ein solches schadensregulierendes Gutachten im Vorfeld oder besser noch statt eines Prozesses zu vereinbaren mit der Folgerung, dass hohe Prozesskosten vermieden werden können und gleichzeitig das Ergebnis eines solchen Gutachtens Grundlage für eine gütliche Einigung sein kann, die über die Berücksichtigung des ermittelten Schadens hinausgehend auch Umstände berücksichtigen kann, die im speziellen vom Markt her und im Einzelfall eine im Sinne des Geschädigten/Kunden akzeptable, ja vernünftige Lösung ermöglichen.

c.)

Bei den aufgezeigten rechtlichen Fragestellungen zur haftungsbegründenden Kausalität wie auch zur schadensausfällenden Kausalität, also für die Frage, ob durch ein kartellwidriges Verhalten ein Schaden entstanden ist und - wenn ja - in welcher Höhe, spielt der Umfang einer Inanspruchnahme wegen schadenersatzverpflichtender kartellwidriger Handlungen eine bedeutsame Rolle. Wenn es um eine Vielzahl möglicherweise geschädigter Kunden und um mögliche Schädigungshandlungen über einen langen Zeitraum geht, dürfte die Ungewissheit des Ergebnisses eines Sachverständigengutachtens noch größer sein. Hier bietet es sich an, im Vorfeld prozessualer Auseinandersetzungen alle in Betracht kommenden Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen.

Damit wären wir wieder beim Thema, sich bei der Schadensermittlung ökonomischer Methoden zu bedienen. Dies bietet die Möglichkeit, für die Ermittlung des Schadens nicht auf den Einzelfall, sondern auf den statistischen Durchschnittswert abzustellen und damit - jedenfalls im Ergebnis - umfassend den eingetretenen Schaden zu ermitteln.

4.

Von der rechtlichen Seite bestehen gegen die Zugrundelegung eines solchen Gutachtens für die Ermittlung des Schadens keine prozessualen Bedenken. Die Methode ist geeignet, den Schaden im gesamten zu ermitteln und einen durchschnittlichen Schadensbetrag pro Fall festzulegen.

Zum Nachweis des konkreten Schadens im Einzelfall ist die Methodik jedoch nicht geeignet. Das bedeutet, dass sie im Prozessfall die schadensbegründende Kausalität nicht darlegen kann. Jedoch kann sie für die Schadenshöhe einen geeigneten Durchschnittswert liefern. Dieser könnte auch Grundlage für eine richterliche Schätzung nach § 287 ZPO sein.

Prozessual dürfte die Beweislage für den Geschädigten erschwert werden. Denn er müsste im Rechtsstreit bei dem Vorliegen eines solchen Gutachtens nachweisen, in seinem konkreten Einzelfall sei ein höherer Schaden als der ermittelte Durchschnittsschaden entstanden.

5.

Zusammengefasst ist aus rechtlicher Perspektive festzustellen, dass eine kooperative Regulierung von Schadensfällen im Ergebnis zu einer schnelleren und kostengünstigeren, umfassend befriedigenderen Lösung führen kann.

6. Nachbetrachtung

Was ich Ihnen bisher vorgetragen habe, ist die fallbezogene Betrachtung eines Anwalts, sich zur Aufarbeitung - man könnte auch sagen Abarbeitung - der Folgen eines kartellwidrigen Verhaltens auf ein Verfahren einzulassen, das geeignet erscheinen könnte, im Vorfeld prozessualer Auseinandersetzungen gutachterlich zu klären, ob durch ein kartellwidriges Verhalten ein Schaden entstanden ist und ggf. in welcher Höhe. Die von mir vorgetragenen Gesichtspunkte rechtfertigen in Wahrung anwaltlicher Verantwortlichkeit, sich auf die Einholung eines ökonomischen Gutachtens zu den gestellten Fragen einzulassen. Dabei ging es im Vorfeld auch darum, dass von Seiten der Geschädigten die Frage des „ob“ eines Schadenseintritts an sich nicht in Frage gestellt wurde, nachdem ein Bußgeldbescheid vorlag. So war zunächst auch nicht vorgesehen, die an den ökonomischen Sachverständigen gestellte Frage auch auf die Frage des „ob“ zu erstrecken. Da für die Seite des möglicherweise zum Schadenersatz verpflichteten Unternehmens aber die Frage des „ob“ als Voraussetzung für die Frage der Höhe zu klären war, wurde schließlich erreicht, dass das ökonomische Gutachten auch die Frage des „ob“ einbeziehen sollte.

Ich möchte nicht leugnen, dass für mich die Frage, ob ökonomische Sachverständige die Frage des „ob“ beurteilen können, sehr zweifelhaft

erschien. Das Ergebnis, das von uns - sprich von den Unternehmen und den kommunalen Spitzenverbänden - in Auftrag gegebene Gutachtens hat diese Zweifel ad absurdum geführt.

Das in Auftrag gegebene Gutachten hat -sowohl für die Seite der Geschädigten wie für die Unternehmen - überzeugend dargelegt, dass der Eintritt eines Schadens für einen großen Zeitraum, der von einem kartellwidrigen Verhalten gekennzeichnet war, ökonomisch nicht festgestellt werden konnte. Dieses Ergebnis wäre bei einem Ansatz im Sinne des „klassischen Deliktsrechts“ nicht zu erwarten gewesen. Denn das traditionelle Deliktsrechts beschränkt sich darauf, ob durch das Kartell mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen Schaden verursacht wurde. Auf die in diese Richtung gehenden Entscheidungen des Bundesgerichtshof zum Beispiel in Sachen „Berliner Transportbeton“ in Fortsetzung der Rechtsprechung des Kammergerichts zu „Berliner Transportbeton I“ darf in diesem Zusammenhang hingewiesen werden.

„Dem gegenüber führen die Erkenntnisse aus der Einholung eines ökonomischen Gutachtens zur Notwendigkeit eines anderen Ansatzes. Bei der privatrechtlichen Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen wird bisher zu sehr im Wesentlichen auf die Quantifizierung der Schäden abgestellt, wogegen der Nachweis der Kausalität über die Quantifizierung hinausgeht. Um jedoch, wie die uns vorliegende Untersuchung von Lademann & Associates GmbH gezeigt hat, den Aspekt der Verursachung angemessen zu beleuchten, ist ein integriertes rechtliches und ökonomisches Vorgehen notwendig. Das traditionelle Deliktsrecht prüft für jede Transaktion, ob eine Verletzung von Kartellrecht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen Schaden verursacht hat. Dieser quasi deterministische Ansatz bietet einen Anschein unmissverständlicher Lösung zur Wertung der Kausalität. Jedoch können komplizierte Fälle wie privatrechtliche Schäden aufgrund von Kartellrechtsverletzungen nicht durch diesen methodologischen Ansatz entschieden werden. Im Gegensatz

hierzu benutzen ökonomische Methoden zum Nachweis der Kausalität Statistiken. So eine Analyse über individuelle Transaktionen hinaus gewährt Einblick in eine einheitliche Gruppe ähnlicher Vorfälle, neuer Konzepte der Verursachung im Deliktsrecht können den Konflikt lösen, eine einheitliche Beurteilung der Verursachung zu erreichen. Recht und Ökonomie stellen die gleichen Fragen hinsichtlich der Verursachung, aber sie unterscheiden sich in ihren methodologischen Ansätzen. Der ökonomische Ansatz zur Beantwortung der Frage, wie Preise durch ihre bestimmten Faktoren zu erklären sind, bemüht statistische Analysen, wogegen der rechtliche Ansatz qualitativer Natur ist, daher also weitere Umstände der Schäden im spezifischen Marktkontext berücksichtigt. Um beide Ansätze zu integrieren sollte eine in sich konsistente rechtliche und ökonomische Würdigung der Kausalität auf einer umfassenden Analyse der ökonomischen Strukturen, die der Kartellrechtsverletzung zugrunde liegen, basieren.“

Die vorstehend genannten Gedanken stammen nicht von mir. Sie sind entnommen einem Beitrag dreier österreichischer Professoren von der Universität Wien - Abele, Kodek, Schaefer - mit dem Thema „PROVING CAUSATION IN PRIVATE ANTITRUST CASES“ (Der Nachweis der Kausalität in zivilrechtlichen Kartellrechtsfällen), veröffentlicht in Journal of Competition Law & Economics, 7 (4), 847 - 869. Der Beitrag wurde mir freundlicherweise von Herrn Frank von Lademann & Associates GmbH zur Verfügung gestellt.

Mir haben die Ausführungen in diesem Beitrag wie auch die Ergebnisse und dadurch bekannt gewordene Verfahrensweise von Lademann & Associates GmbH in dem von ihr erstellten Gutachten die Augen dafür geöffnet, dass wir Juristen uns bei der Frage der Verursachung eines Schadens durch kartellwidriges Verhalten einer umfassenderen Betrachtung bedienen müssen als lediglich darauf abzustellen, dass es einen Bußgeldbescheid gibt und dadurch die Kausalität von Schäden weitgehend schon bewiesen ist, jedenfalls von dem an sich darlegungs- und beweisbelasteten Geschädigten zunächst keines weiteren substantiierten Vortrags bedarf.

Bei einer neuen Betrachtungsweise, wie sie hier vorgestellt wurde, kommt der Berücksichtigung ökonomischer Methoden grundsätzliche Bedeutung zu. Sie beschränkt sich dabei auch nicht auf Fälle, die allein schon wegen ihrer Vielzahl sich der rechtlichen Bewertung entziehen und ökonomischer - besser ökonometrischer- Betrachtung bedürfen.

Um nunmehr zur Ausgangsthese zurückzukehren „Kooperative Regulierung von Schadensfällen“: Für ein allseits überzeugendes und befriedigendes Ergebnis dürfte als geeignete Maßnahme anzusehen sein, juristische und ökonomische Methoden zum Nachweis der Kausalität zusammenzuführen. Ein so gefundenes Ergebnis wirkt überzeugend, jedenfalls überzeugender als ein auf rein juristischer Betrachtungsweise beruhendes Ergebnis.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Dr. Birkmann
Rechtsanwalt