

Aktuelle Probleme des Kartellschadensersatzes – Die ökonomische Perspektive

WuW Online Dialog
17. November 2021

Prof. Dr. Jürgen Coppik
Prof. Dr. Ulrich Heimeshoff

Agenda

- **Ausgangssituation und Problemstellung**
- **Ökonomische Evidenz zur Kartelleffektivität**
- **Interpretation & Aussagekraft empirischer Studien**
- **Bestimmungsfaktoren von Kartelleffektivität**
- **Anwendungsprobleme in der Rechtspraxis**
- **Zur Rolle ökonomischer Gutachten**

Ausgangssituation und Problemstellung

Verursachen Kartellrechtsverstöße immer einen Schaden?

- ▶ In der Mehrzahl der Fälle ja, die empirische Evidenz zeigt aber auch einen erheblichen Anteil an Kartellen ohne schädigenden Preiseffekt
- ▶ BGH *Schienenkartell I+II*: Fehlende Typizität, ‚Ob‘ und Höhe eines Schadens anhand der Umstände des konkreten Falls zu ermitteln

Problematik in Schadensersatzprozessen:

„Es war immer ein maximal schädigendes Hardcore-Kartell“

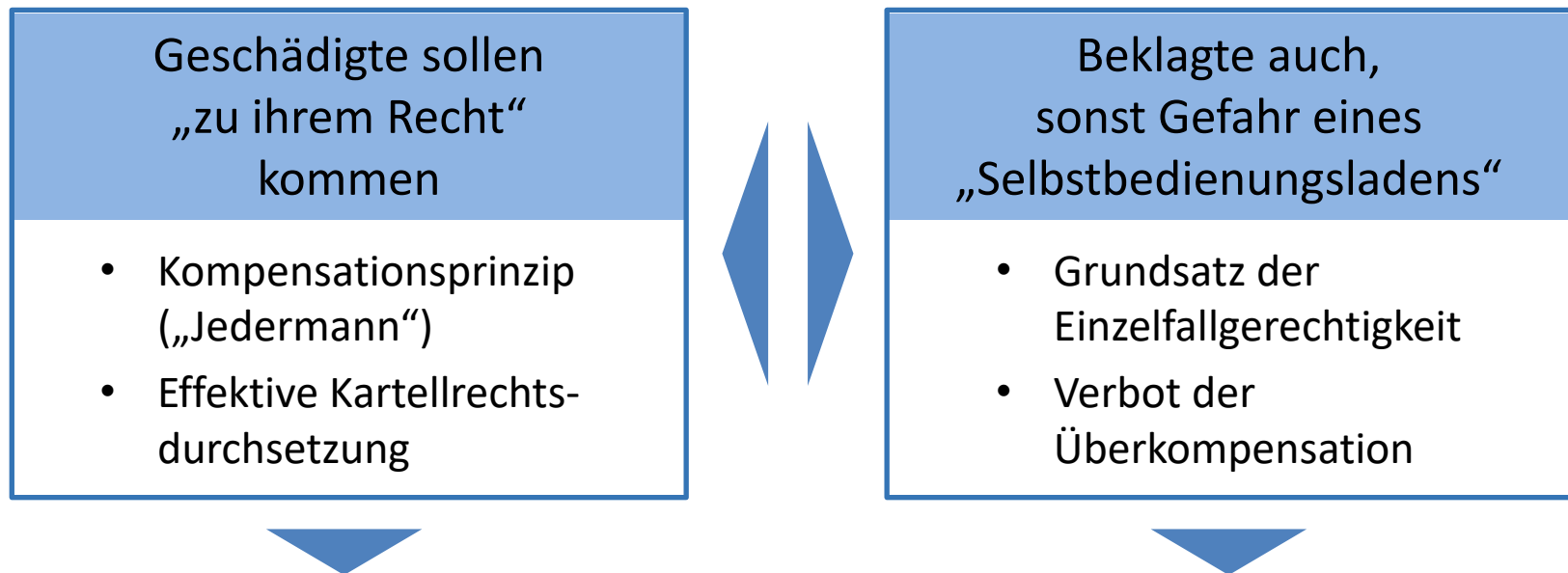
In der Darstellung der Klärgutachter liegt meist der schwerste denkbare Verstoß mit maximaler Schädigungsintensität vor

vs.

„Es kommt immer ein Schaden von ‚Null‘ heraus“

Ökonomische Gutachten der Verteidigung ermitteln stets einen Schaden von Null, also ein Kartell ohne schädigenden Preiseffekt

Effektivitätsgrundsatz vs. Einzelfallgerechtigkeit



Was sagt die ökonomische Evidenz zu den Effekten von Kartellen?

Empirische Studien zur Kartelleffektivität

Autor(en)	Anzahl Beob.	Durchschn. Aufschlag	Median	Verteilung der Preisaufschläge (Aufschläge und Anteile in %)							
				≤0	0-10	10-20	20-30	30-40	40-50	50-60	>60
Connor Datenbank (2014)	2.044	49 %	23 %	6	16	22	16	12	13		15
Connor/Lande (2005)	635	31/49 %	22/25 %	7	14	19	29		16		15
Bolotova (2009)	406	22 %	20 %	4	20	28	23	15	5	2	3
Oxera (2009)	114	ca. 20 %	18 %	7	16	36	17	15	5	3	1
Smuda (2013)	191	21 %	18 %	8	17	29	20	15	5	4	2
Boyer/Kotchonie (2015)	1.119	15 %	16 %	17	23	19	13	9	8	4	7

Empirische Studien zur Kartelleffektivität

Autor(en)	Anzahl Beob.	Durchschn. Aufschlag	Median	Verteilung der Preisaufschläge (Aufschläge und Anteile in %)							
				≤0	0-10	10-20	20-30	30-40	40-50	50-60	>60
Connor Datenbank (2014)	2.044	49 %	23 %	6	16	22	16	12	13		15
Connor/Lande (2005)	635	31/49 %	22/25 %	7	14	19	29		16		15
Bolotova (2009)	406	22 %	20 %	4	20	28	23	15	5	2	3
Oxera (2009)	114	ca. 20 %	18 %	7	16	36	17	15	5	3	1
Smuda (2013)	191	21 %	18 %	8	17	29	20	15	5	4	2
Boyer/Kotchonie (2015)	1.119	15 %	16 %	17	23	19	13	9	8	4	7

Empirische Studien zur Kartelleffektivität

Autor(en)	Anzahl Beob.	Durchschn. Aufschlag	Median	Verteilung der Preisaufschläge (Aufschläge und Anteile in %)							
				≤0	0-10	10-20	20-30	30-40	40-50	50-60	>60
Connor Datenbank (2014)	2.044	49 %	23 %	6	16	22	16	12	13	15	
Connor/Lande (2005)	635	31/49 %	22/25 %	7	14	19	29	16	15		
Bolotova (2009)	406	22 %	20 %	4	20	28	23	15	5	2	3
Oxera (2009)	114	ca. 20 %	18 %	7	16	36	17	15	5	3	1
Smuda (2013)	191	21 %	18 %	8	17	29	20	15	5	4	2
Boyer/Kotchonie (2015)	1.119	15 %	16 %	17	23	19	13	9	8	4	7

Empirische Studien zur Kartelleffektivität

Autor(en)	Anzahl Beob.	Durchschn. Aufschlag	Median	Verteilung der Preisaufschläge (Aufschläge und Anteile in %)							
				≤0	0-10	10-20	20-30	30-40	40-50	50-60	>60
Connor Datenbank (2014)	2.044	49 %	23 %	6	16	22	16	12	13		15
Connor/Lande (2005)	635	31/49 %	22/25 %	7	14	19	29		16		15
Bolotova (2009)	406	22 %	20 %	4	20	28	23	15	5	2	3
Oxera (2009)	114	ca. 20 %	18 %	7	16	36	17	15	5	3	1
Smuda (2013)	191	21 %	18 %	8	17	29	20	15	5	4	2
Boyer/Kotchonie (2015)	1.119	15 %	16 %	17	23	19	13	9	8	4	7

Empirische Studien zur Kartelleffektivität

Autor(en)	Anzahl Beob.	Durchschn. Aufschlag	Median	Verteilung der Preisauflschläge (Aufschläge und Anteile in %)							
				≤0	0-10	10-20	20-30	30-40	40-50	50-60	>60
Connor Datenbank (2014)	2.044	49 %	23 %	6	16	22	16	12	13		15
Connor/Landle (2005)	635	31/49 %	22/25 %	7	14	19	29		16		15
Bolotova (2009)	406	22 %	20 %	4	20	28	23	15	5	2	3
Oxera (2009)	114	ca. 20 %	18 %	7	16	36	17	15	5	3	1
Smuda (2013)	191	21 %	18 %	8	17	29	20	15	5	4	2
Boyer/Kotchonie (2015)	1.119	15 %	16 %	17	23	19	13	9	8	4	7

Interpretation und Aussagekraft

- Um die Ergebnisse ökonomischer Meta-Studien einordnen zu können, ist zunächst die Frage zu beantworten, welche Intention diese Studien haben.
- Es geht im Kern darum über eine Vielzahl von Fällen zu ermitteln, welche Determinanten den kartellbedingten Preisaufschlag beeinflussen.
- Es geht explizit nicht darum Einzelfallaussagen zu treffen.
- Stattdessen soll allgemein Wissen über die Wirkungsweise von Kartellen gewonnen werden.

Interpretation und Aussagekraft

- Dadurch können beispielsweise auf Seiten der Wissenschaft Forschungslücken identifiziert werden.
- Möglicherweise sind solche Ergebnisse auch für den Gesetzgeber bei der Fortentwicklung des Kartellrechts von Interesse.
- Es geht somit immer um Tendenzaussagen und nicht um konkrete Werte.
- Aussagen wie „Wenn Determinante A vorliegt, steigt der Preisaufschlag um X %.“ sind unzutreffend.

Bestimmungsfaktoren von Kartelleffektivität

- Bestimmungsfaktoren der Kartelleffektivität werden aus vielfältigen Forschungsarbeiten zusammengetragen.
- In vielen wettbewerbsökonomischen Arbeiten stehen Kartellierungswahrscheinlichkeit und Kartellstabilität im Mittelpunkt.
- Die Effektivität der Kartelle ist somit oftmals gar nicht der Untersuchungsgegenstand bzw. wird teilweise unterstellt.
- Zudem sind die Bestimmungsfaktoren der Kartelleffektivität nicht isoliert zu betrachten, da es regelmäßig Interdependenzen zwischen den Faktoren gibt.
- Es muss also im Einzelfall geprüft werden, welche Kombination von Einflussfaktoren vorliegt und wie deren Wirkung einzuschätzen ist.

Bestimmungsfaktoren von Kartelleffektivität

- Eine mechanische Anwendung im Sinne von **Determinante 1 + Determinante 2 + ... ergibt einen Effekt von X auf den kartellbedingten Preisaufschlag** ist aus ökonomischer Sicht nicht hilfreich.
- Erkenntnisse aus der wettbewerbsökonomischen Forschung dürfen nicht dazu genutzt werden einen „Score“ für ein Kartell zu ermitteln anhand dessen Rückschlüsse auf die Schadenshöhe gezogen werden.
- Es bedarf in jedem Fall einer genauen Betrachtung des Zusammenspiels von Kartell- und Marktcharakteristika, die einer detaillierten Analyse unterzogen werden muss.

Bestimmungsfaktoren von Kartelleffektivität

Determinante	Wirkung bzw. Wirkungskanäle
Charakteristika des Kartells	
Anzahl der Kartellanten	Vereinfacht Koordination, geringere Anreize zum Abweichen
Grad der Marktabdeckung des Kartells	Begünstigt Preisaufschläge durch größere Marktmacht des Kartells
Symmetrie der Kartellanten hinsichtlich: <ul style="list-style-type: none"> • Unternehmen • Produkte 	Vereinfacht die Koordination hinsichtlich der Preisfindung
Verflechtungen personeller und finanzieller Art	Verbesserung der Koordination zwischen den Unternehmen
Dauer der Absprache	Begünstigt Preisaufschläge (Lerneffekte)

Bestimmungsfaktoren von Kartelleffektivität

Determinante	Wirkung bzw. Wirkungskanäle
Charakteristika des Kartells	
Internationale Kartelle	Begünstigt Preisaufschläge (Substitution eingeschränkt)
Multi-market Contact	Disziplinierender Effekt (Bestrafungsmechanismen in mehreren Märkten)

Bestimmungsfaktoren von Kartelleffektivität

Determinante	Wirkung bzw. Wirkungskanäle
Marktcharakteristika	
Konzentration <ul style="list-style-type: none"> • Anbieterseite • Nachfragerseite 	Gegenläufige Effekte <ul style="list-style-type: none"> • Anbieterseite: vereinfacht Kartellierung • Nachfragerseite: erschwert Durchsetzung von Preisaufschlägen
Marktzutrittsbarrieren	Erschwert Marktzutritte, begünstigt Preisaufschläge
Nachfrageeigenschaften: <ul style="list-style-type: none"> • Frequenz und Prognostizierbarkeit der Nachfrage • Preiselastizität der Nachfrage 	Potenziell gegenläufige Effekte: <ul style="list-style-type: none"> • Gleichmäßige Frequenz der Nachfrage stabilisiert Absprache • Hohe Preiselastizität der Nachfrage senkt Spielräume für Preiserhöhungen

Bestimmungsfaktoren von Kartelleffektivität

Determinante	Wirkung bzw. Wirkungskanäle
Marktcharakteristika	
Marktdynamik	Je dynamischer und innovativer der Markt, desto schwerer Koordination
Markttransparenz <ul style="list-style-type: none"> • Vertikal • horizontal 	Potenziell gegenläufige Effekte <ul style="list-style-type: none"> • Vertikal: Fähigkeit von Verbrauchern, die Preise der Unternehmen zu beobachten bzw. zu vergleichen, restringiert Preissetzungsspielraum • Horizontal: Ermöglicht Kontrolle und Sanktionen und stabilisiert Absprachen
Branche	Unterschiedliche Neigung zu Absprachen zwischen verschiedenen Branchen

Bestimmungsfaktoren von Kartelleffektivität

Determinante	Durchschnittlicher Preiseffekt
Marktabdeckung des Kartells	+
Personelle und finanzielle Verflechtungen	+
Dauer des Kartells	+
Internationale Kartelle	+
Hohe Nachfragemacht	-
Hohe Marktzutrittsbarrieren	+
Hohe Preiselastizität des Nachfrage	-
Hohe vertikale Markttransparenz	-

Bestimmungsfaktoren von Kartelleffektivität

- Auch hier weisen wir darauf hin, dass diese Aussagen tendenzieller Natur sind und eine Einzelfallanalyse in jedem Fall erforderlich ist.
- Wechselwirkungen können entscheidend sein.
- Es kommt daher stets auf eine Gesamtschau der relevanten Faktoren und ihrer Wechselwirkungen an.

Bestimmungsfaktoren von Kartelleffektivität

Fazit:

- Die genauen Wirkungen lassen sich im Einzelfall nicht genau vorhersagen.
- Eine sorgfältige, empirische Einzelfallanalyse ist unerlässlich.

Praxis: Mögliche Ursachen ineffektiver Kartelle

Beispiele

- Unterschiede Theorie vs. Praxis
- Reichweite der Zuwiderhandlung
- Umsetzungsprobleme
- Wettbewerb auf Konditionenebene
- Entgegenstehende Nachfragemacht

Vgl. im Einzelnen Coppik/Heimeshoff, Praxis der Kartellschadensermittlung, Kapitel V.2, S. 78-95

Problematische Ansätze in der Rechtspraxis I

LG Dortmund

- *Schadenshöhe bestimmen aus Art, Inhalt und Umfang der Zuwiderhandlung sowie weiteren Sachverhaltsmerkmalen*
Sicherlich der richtige Ausgangspunkt, aber...
- *...schlicht eine (in AGB vereinbarte) Schadenspauschale heranzuziehen, ist zu stark vereinfacht*
 - Maßstab der Schadensbemessung bleibt Differenzhypothese des § 249 BGB: Differenz zwischen tatsächlich gezahlten Preisen und hypothetischen Wettbewerbspreisen
 - Hierüber kann eine vertragliche Schadenspauschale keinen Aufschluss geben, zumal – wie hier – unter dem Vorbehalt eines späteren Nachweises des tatsächlich entstandenen Schadens

LG Dortmund, Urt. v. 30.09.2020, WuW 2020, S. 619 ff.

Unzutreffende Ausgangsprämisse

Schadenseintritt wird nicht geprüft, sondern unterstellt:

- Kartelle verursachten regelmäßig einen Schaden
- Anwendung der anerkannten ökonomischen Methoden erschwere nur die Durchsetzung der Ersatzansprüche
- „Kartelltäter“ dürften ihrer gesetzlich vorgesehenen haftungsrechtlichen Inanspruchnahme nicht entgehen
- Sanktionsfunktion des Schadensersatzes werde unterlaufen, effektive Durchsetzung des Kartellrechts gefährdet

Vgl. für eine ausführliche Urteilsbesprechung Coppik/Heimeshoff, Praxis der Kartellschadensermittlung, Kapitel V.3.b), S. 98-106

Zustandekommen vs. Effektivität von Kartellen

- Kartellrechtsverstöße werden regelmäßig Gewinnsteigerung (und spiegelbildlich eine Schädigung) **zum Zweck** haben
- Das bedeutet allerdings nicht automatisch, dass dieses Ziel auch **erreicht wurde** (was hier die entscheidende Frage ist)
- Dem können in der marktwirtschaftlichen Realität vielfältige **Umsetzungsprobleme** und Unwägbarkeiten entgegenstehen.
- Auch fehlt oft ein **Beurteilungsmaßstab** dafür, ob ein Kartell sein Ziel erreicht – Kartellerfolg ist nicht leicht zu messen
- **Kartelltheorie** befasst sich vorwiegend mit Faktoren die Kartell-*bildung* und *-stabilität* betreffend – dabei wird die Effektivität für die Zwecke der Analyse häufig als Annahme unterstellt
- *Kartelleffektivität* ist daher vor allem eine **empirische Frage**, die anhand Daten und Fakten des konkreten Falls zu untersuchen ist

Problematische Ansätze in der Rechtspraxis II

Schätzung kartellbedingter Preisüberhöhung durch einfachen Preisvergleich ohne Untersuchung der Preisbildung?

Spanplatten

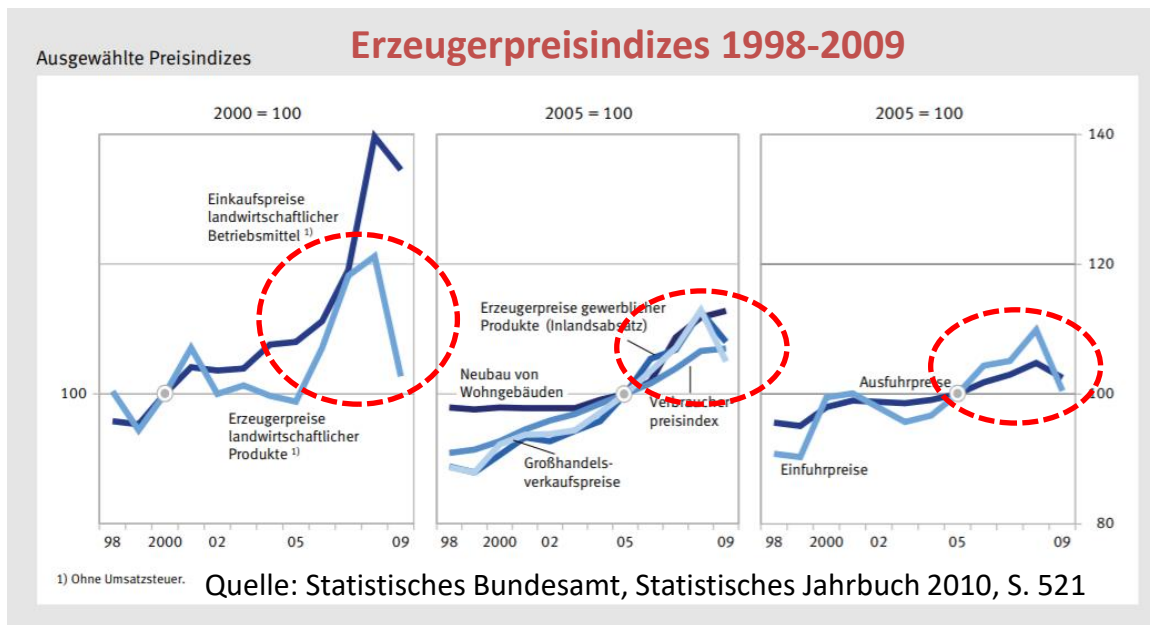
Kartellschadensberechnung nach **OLG Celle**:

- Durchschnittspreise 2003-2008 = **EUR 126,94/m³** (als *Kartellpreis*)
- Durchschnittspreise 1997-2002 und **2009-2013** = **EUR 112,52/m³** (als *Wettbewerbspreis*)
- \emptyset Kartellpreis – \emptyset Wettbewerbspreis = **12 % Preisaufschlag**

Problem: Rein deskriptiver Preisvergleich – wurde diese Differenz auch durch den Rechtsverstoß verursacht?

OLG Celle, Urt. v. 12.08.2021, WuW 2021, S. 591 ff.

Preiseinbrüche 2009 durch Weltwirtschaftskrise



2009 stärkster
Preiseinbruch
seit Beginn der
Datenerfassung
Wird vermengt
mit Kartelleffekt

BGH Flüssiggas: „Von wesentlicher Bedeutung für die Rechtsfehlerfreiheit der Mehrerlösschätzung [...] ist [...] die Beachtung derjenigen Faktoren, die die Preisbildung im Markt bestimmen oder jedenfalls beeinflussen können.“

BGH KRB 51/16, Beschluss v. 09. Oktober 2018, Rz. 67

Zur Rolle ökonomischer Gutachten

- Preise sind Marktergebnisse
 - Es geht um die Differenz zweier Marktzustände
 - Das zu untersuchen ist eine rein ökonomische Fragestellung
- Einzelfallentscheidung ohne Berücksichtigung des ökonomischen Sachverhalts...?
 - Alleine mit rechtlichen Anknüpfungspunkten nicht möglich
 - „non-economic approach“
 - Ebenso wenig unter Abstraktion von den Umständen des Falles
 - Dogmatischer Ansatz des Vorrangs der Schadensvermutung vor ökonomischen Fallbegutachtungen
 - Vereinfacht zwar Entscheidungsfindung, führt aber mit höchster Wahrscheinlichkeit zu unzutreffenden Ergebnissen
- Auch „Scoring-Modelle“ theoretischer Bestimmungsfaktoren müssen mit Daten und Fakten des Falles validiert werden

Anforderungen an eine Schadensbegutachtung

A) Qualitative Analyse des ökonomischen Sachverhalts

...eine ökonomische Analyse der Zuwiderhandlung sowie der anschließenden tatsächlichen Geschehensabläufe und ihrer Wirkungen (anstelle bloß generell-abstrakter theoretischer Erwägungen)

B) Quantitative Bezifferung der eingetretenen Schäden

...eine nachvollziehbare, auf die Analyse der tatsächlichen Geschehensabläufe aufbauende empirische Messung (bzw. Schätzung) der durch die Zuwiderhandlung verursachten Effekte

Anforderungen an eine Schadensbegutachtung

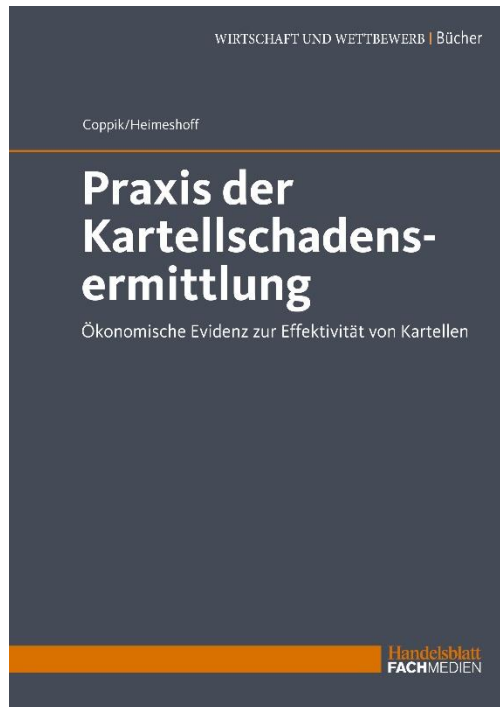
A) Qualitative Analyse des ökonomischen Sachverhalts

...eine ökonomische Analyse der Zuwiderhandlung sowie der

**Nachvollziehbare ökonomische Gutachten durch
Rückführung auf den Sachverhalt**

...eine nachvollziehbare, auf die Analyse der tatsächlichen Geschehensabläufe aufbauende empirische Messung (bzw. Schätzung) der durch die Zuwiderhandlung verursachten Effekte

Praxis der Kartellschadensermittlung: Ökonomische Evidenz zur Effektivität von Kartellen



Das Buch gibt einen **praxisnahen, juristisch-ökonomisch integrierten Überblick** über

- die Grundlagen der Kartellschadensermittlung,
- die vorhandene ökonomische Evidenz zu den Wirkungen von Kartellen (v.a. auf den Preis) und
- deren Aussagekraft in Bezug auf vor Gericht zu entscheidende Einzelfälle.

Coppik/Heimeshoff | ISBN 978-3-947711-65-9 | 136 Seiten

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Prof. Dr. Jürgen Coppik
Unternehmensberater, Professor
für Volkswirtschaftslehre und
promovierter Jurist



Prof. Dr. Ulrich Heimeshoff
Partner DICE Consult, Professor für
Volkswirtschaftslehre, empirischer
Wettbewerbsökonom