

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Unit A.4
B-1049 Brüssel
comp-a4-mail@ec.europa.eu

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de
Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf | Deutschland
Postfach 10 17 43
40008 Düsseldorf | Deutschland
Büroanschrift des Vorsitzenden:
Place du Champ de Mars 5
Bastion Tower
1050 Brüssel | Belgien
Tel: +32 2 504 7021
Fax: +32 2 404 7020
frank.montag@studienvereinigung-kartellrecht.de
BRU10119384/5

4. Oktober 2018

**Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht
zum Entwurf von Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung
des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags**

I.

Die Studienvereinigung Kartellrecht (im Folgenden: **Studienvereinigung**) ist ein Verein, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und dem rund 1.100 deutschsprachige Rechtsanwälte und Wettbewerbsökonominnen als (assoziierte) Mitglieder überwiegend aus Deutschland, Österreich, der Schweiz und Brüssel angehören. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen in Schadenersatzprozessen wegen Verstößen gegen europäisches oder nationales Kartellrecht.

Art 16 der Richtlinie 2014/104/EU betreffend Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen sieht vor, dass die Kommission für die nationalen Gerichte Leitlinien dazu herausgeben soll, wie der Teil des auf einen mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags zu schätzen ist. Anfang Juli 2018 hat die Kommission einen ersten Entwurf vorgelegt, der 47 Seiten und zwei Anhänge mit weiteren 10 Seiten umfasst. Die Studienvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, zu diesem Entwurf im Rahmen des Konsultationsverfahrens Stellung zu nehmen.

II.

Grundsätzliche Anmerkungen

Die Studienvereinigung teilt die Einschätzung, dass Leitlinien der Kommission zur Schätzung des Schadens nach Wettbewerbsverstößen, einschließlich des speziellen "Passing-on-Themas", ein nützliches Instrument sind, um die Effizienz der Rechtsdurchsetzung in diesem Bereich im Interesse aller Beteiligten (Kläger, Beklagte und nationale Zivilgerichte) zu erhöhen. Die Studienvereinigung befürchtet allerdings, dass der vorliegende Entwurf der Kommission zu wenig darauf Bedacht nimmt, für welches Zielpublikum die Leitlinien bestimmt sind, und daher Gefahr läuft, in der Praxis kaum angewendet zu werden.

Anders als dies bei der Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen der Fall war, sind die Leitlinien nach Art 16 Richtlinie 2014/104/EU kein Instrument, das sich in erster Linie an ökonomische Sachverständige wendet. Mit ihrer Mitteilung über die Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen hatte die Kommission einen wertvollen Beitrag geleistet, um der "Beraterszene" (einschlägig spezialisierte Anwälte und wettbewerbsökonomische Konsulenten) einen Überblick über die Methoden zu geben, mit deren Hilfe "state-of-the-art" Schadensberechnungen angestellt werden können. Die nunmehr diskutierten Leitlinien sollten demgegenüber, den Vorgaben in Art 16 Richtlinie 2014/104/EU entsprechend, spezifisch auf die Bedürfnisse der nationalen Richter zugeschnitten sein.

In den kontinentaleuropäischen Gerichtssystemen ist es, unabhängig von der genauen Ausgestaltung in den einzelnen Mitgliedstaaten, regelmäßig nicht Aufgabe eines Richters, selbst den hypothetischen Wettbewerbspreis oder den abgewälzten Preisaufschlag zu berechnen. Diese Aufgabe wird in der Regel ökonomischen Sachverständigen übertragen, seien es gerichtlich bestellte Gutachter oder Privatgutachter. Die primäre Aufgabe des Richters liegt darin, (i) die Fragestellung an einen gerichtlich bestellten Sachverständigen in geeigneter Weise zu formulieren; (ii) den Ausführungen der Gutachter folgen zu können, dh sie zu verstehen; und (iii) ein gutes von einem schlechten ökonomischen Gutachten unterscheiden zu können.

Nach Auffassung der Studienvereinigung sollten die Leitlinien der Kommission nach Art 16 Richtlinie 2014/104/EU stärker auf das spezifische Anforderungsprofil der Richterschaft zugeschnitten werden. Die Leitlinien sollten den Richtern die Nomenklatur vermitteln, welche die Gerichte im Zusammenhang mit ökonomischen Gutachten zu Passing-on-Fragen kennen sollten, und sie sollten die Richterschaft in die Lage versetzen, die Ausführungen eines ökonomischen Sachverständigen korrekt in den rechtlichen Rahmen einzuordnen. Hingegen sind die Leitlinien nicht dazu bestimmt, die nationalen Richter zu ökonomischen Sachverständigen zu erziehen. Ein hohes Maß an Verständlichkeit der Leitlinien auch für ökonomische Laien ist daher wichtiger als ein hohes Maß an wissenschaftlicher Tiefe.

Zudem sollten die Leitlinien die nationalen Gerichte darüber informieren, welche konkreten Anforderungen heutzutage an die Qualität eines ökonomischen Gutachtens

gestellt werden (wie etwa das Gebot der Offenlegung aller Annahmen, die in Modelle einfließen, oder die Gewährleistung der Replizierbarkeit von Berechnungen durch die Parteien des Rechtsstreits¹). Dazu enthält der Konsultationsentwurf keine Ausführungen. Sie sollten nach Auffassung der Studienvereinigung in der finalen Fassung ergänzt werden.

Ein Sonderthema, das die Richtlinie 2014/104/EU für die nationalen Richter mit sich gebracht hat, ist die Handhabung der Bestimmungen zur Offenlegung von Beweismitteln (vgl. Art 5 der Richtlinie). In vielen Mitgliedstaaten, darunter Deutschland und Österreich, wird damit prozessuales Neuland betreten. Im Zentrum der praktischen Anwendung dieser Bestimmungen wird die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Offenlegungsanträgen stehen. In diesem Zusammenhang haben die Leitlinien zur Schadensabwälzung eine wichtige Aufgabe, indem sie den Richtern die Einschätzung erleichtern, wie intensiv tatsächlich in Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Unternehmen, aber auch von Dritten, eingedrungen werden muss, um zu einer plausiblen Basis für die Schätzung des Ausmaßes einer Schadensabwälzung zu kommen. Fehlende Kenntnisse über die ökonomische Nomenklatur und die anerkannten Methoden der Schadensermittlung könnten dazu beitragen, dass die nationalen Richter eine unnötig weitreichende Offenlegung anordnen, oder umgekehrt unangemessen restriktiv sind.

Gerade in diesem Bereich rät die Studienvereinigung aber zur Zurückhaltung in Bezug auf rechtliche Ausführungen: Die Aufnahme von Beweisen ist der Kern der richterlichen Tätigkeit in erster Instanz. Schon im Hinblick auf das Prinzip der Gewaltentrennung sind nach den Erfahrungen der Anwaltschaft viele Richter nicht bereit, dazu Anleitungen einer Verwaltungsbehörde wie der Kommission entgegenzunehmen. Nach Auffassung der Studienvereinigung ist es nicht angebracht, die nationalen Richter darüber zu belehren, welche Beweismittel sie verwenden können oder gar müssen (so aber in Rz 70, 78 des Konsultationsentwurfs). Hier geht es um Themen, die entsprechend den Vorgaben des jeweiligen nationalen Prozessrechts zu lösen sind. So ist etwa für das deutsche und das österreichische Zivilprozessrecht der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung prägend. Der Grundsatz freier Beweiswürdigung entbindet den Richter weitgehend von gesetzlichen Beweisregeln, die für bestimmte Beweismittel einen festen Beweiswert vorgeben oder ausschließen. Der Richter entscheidet grundsätzlich frei darüber, ob Beweis erbracht ist, so auch über den Beweiswert einzelner und das Verhältnis mehrerer Beweismittel zueinander, sowie über das Gewicht einer Beweisaufnahme im Verhältnis zur eigenen Lebenserfahrung. Die Kommission sollte nicht versuchen, in diese fein gesponnenen und bewährten Abläufe des nationalen Prozessrechts einzugreifen.

¹ Vgl. dazu die Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data, welche die Kommission 2011 herausgegeben hat, oder die vom Bundeskartellamt herausgegebenen Standards für ökonomische Gutachten.

Ebenso wenig sollte die Leitlinie nach Auffassung der Studienvereinigung in Bezug auf die Regeln über die Offenlegung Interpretationen vornehmen, die über die Vorgaben der Schadensersatzrichtlinie hinausgehen. So werden in Rz 82 des Konsultationsentwurfs Kriterien wie die Datenverfügbarkeit, die Kosten der Bereitstellung und der Bereinigung von Daten und „allgemein der Zeitaufwand“ als Kriterien der richterlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung genannt, ohne dass diese eine Grundlage in der Schadensersatzrichtlinie (Art 5) hätten.

Als überaus wichtig erscheint der Studienvereinigung, dass der Umfang der Leitlinien an die Bedürfnisse des Zielpublikums angepasst ist. Die praktischen Durchführungsbestimmungen zur Verfahrensordnung des Gerichts der Europäischen Union vermitteln einen Eindruck dafür, was nach Auffassung von hochqualifizierten Richtern als "Lesestoff" zumutbar ist. Die Länge eines Streithilfeschriftsatzes soll 20 Seiten nicht überschreiten. Da die Kommission mit ihren Leitlinien zur Schadensabwälzung gleichsam als "*amicus curiae*" der nationalen Gerichte tätig wird, ist dieser Wert ein guter Indikator für die Grenze, ab der die Gefahr eine Überforderung der Richterschaft besteht. Nach Auffassung der Studienvereinigung wäre es bei einer Fokussierung auf die Grundsatzfragen, die in den Leitlinien zu behandeln sind, ohne weiteres machbar, innerhalb dieses Rahmens zu bleiben. Kürzungsmöglichkeiten sieht die Studienvereinigung insbesondere (i) in Abschnitt 2 (rechtlicher Rahmen), (ii) in Abschnitt 4 (Ermittlungsmethoden) und (iii) durch eine Zusammenführung der beiden Anhänge mit Abschnitt 3 (Wirtschaftstheorie).

Abschnitt 2 des Konsultationsentwurfs enthält zahlreiche Ausführungen zur Richtlinie 2014/104/EU an sich, die für das spezielle Thema der Schadensabwälzung nicht unmittelbar relevant sind. Der Entwurf berücksichtigt in diesem Zusammenhang nicht hinreichend, dass zwischenzeitlich die Umsetzungsfrist der Schadensersatzrichtlinie abgelaufen und die Richtlinie bereits in nationales Recht umgesetzt worden ist. Die nationalen Gerichte haben sich daher in erster Linie an den zur Umsetzung der Richtlinie erlassenen Vorschriften des nationalen Rechts zu orientieren, einschließlich der diesbezüglichen Erläuterungen des jeweiligen nationalen Gesetzgebers. Zumindest in Deutschland und Österreich sind diese Erläuterungen ausreichend, um der Richterschaft ein gutes Verständnis über den Gesamtzusammenhang zu vermitteln. Die zusätzlichen Ausführungen im Konsultationsentwurf schaffen hier keinen wirklichen Mehrwert. Die rechtlichen Ausführungen in den Leitlinien könnten und sollten nach Auffassung der Studienvereinigung daher auf das absolut notwendige Ausmaß beschränkt werden (vgl. dazu näher unten Abschnitt III).

Abschnitt 3 des Konsultationsentwurfs könnte nach Auffassung der Studienvereinigung ohne allzu großen Aufwand mit den Darstellungen in den Anhängen 1 (Wirtschaftstheorie) und 2 (Glossar) verbunden werden, was die Lesbarkeit der Leitlinien verbessern würde. So listet der Entwurf ab Rz 45 verschiedene Beurteilungsfaktoren auf, die in den nachfolgenden Randnummern zum Teil näher erläutert werden. Diese Erläuterungen sind ohne Grundkenntnisse über die wirtschaftswissenschaftliche Nomenklatur nicht verständlich. Beispielsweise wird vorausgesetzt, dass Richter den

Begriff der Menükosten kennen und einordnen können. Ein anderes Beispiel ist der Begriff der Inputkosten, deren Art bei der Beurteilung der Schadensabwälzung ganz wesentlich ist. Auch hier wäre es wünschenswert, wenn die Darstellung des ökonomischen Konzepts von Inputkosten und deren Relevanz für Preisentscheidungen den weiterführenden Überlegungen vorangestellt und nicht erst im Anhang abgehandelt würde.

Abschnitt 4 des Konsultationsentwurfs enthält eine Beschreibung von möglichen ökonomischen Ermittlungsmethoden, die zwar notgedrungen abstrakt bleibt, sich aber dennoch sehr eingehend mit den Stärken und Schwächen der verschiedenen Ansätze befasst. Hier vermittelt der Entwurf nach Auffassung der Studienvereinigung zu viel Information, um für die Richter wirklich nützlich zu sein. Die Auswahl der Schätzmethode, die für einen konkreten Einzelfall am besten geeignet ist, und die Erläuterung der damit verbundenen Stärken und Schwächen ist bereits eine Aufgabe, die in erster Linie dem Sachverständigen, nicht dem Gericht zufällt. Der Richter muss die Methodenwahl des Sachverständigen nur verständlich nachvollziehen können. Im Hinblick darauf wäre es nach Auffassung der Studienvereinigung hinreichend, in diesem Abschnitt das Grundkonzept der verschiedenen Methoden kurz zu beschreiben. Dabei sollte ein stärkerer Fokus als bisher auf den mittelbaren Ansätzen liegen (vgl dazu näher unten Abschnitt III).

Aus diesen Erwägungen regt die Studienvereinigung an, die Leitlinien zu straffen und anders zu strukturieren. Folgende Struktur erschiene aus Sicht der Praxis hilfreich (auf die Beifügung von Anhängen könnte verzichtet werden):

1. Einleitung und rechtlicher Rahmen
2. Wettbewerbsökonomische Grundlagen und Grundbegriffe
3. Anerkannte empirische Methoden zur Ermittlung der Schadensabwälzung
 - a. Direkte Methoden
 - b. Indirekte Methoden
4. Standards für ökonomische Gutachten

III.

Zum rechtlichen Rahmen

Die Leitlinien sehen im Einklang mit Artikel 16 der Richtlinie 2014/104/EU ihre Zielsetzung darin, nationalen Gerichten, Richtern und "anderen Interessensträgern" bei Schadenersatzklagen wegen kartellrechtlicher Zuwiderhandlungen "praktische Orientierungshilfen für die Schätzung der Abwälzung von Preisaufschlägen an die Hand zu geben" (Rz 1 der Leitlinien).

Etwa 10 Seiten des vorliegenden Entwurfes (Abschnitt 2) sind der Darstellung des rechtlichen Rahmens gewidmet. Rechtliche Ausführungen finden sich darüber hinaus auch in anderen Teilen der Leitlinien (wie beispielsweise in Abschnitt 4.2). Der Abschnitt zu den rechtlichen Ausführungen macht somit im Ergebnis einen beträchtlichen Teil des gesamten Leitfadens aus.

Zweifelsohne bildet der rechtliche Rahmen das "Gerüst" für die Vornahme einer Schadensschätzung bei der Beurteilung von Passing on-Sachverhalten. Dieser rechtliche Rahmen wird im Wesentlichen durch die Richtlinie, die europäische Rechtsprechung und das (damit in Einklang) stehende nationale Recht vorgegeben; unionsgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung der Richtlinie, die einer konsolidierten Darstellung bedürfte, liegt bisher noch nicht vor. Wie bereits eingangs ausgeführt, bezweifelt die Studienvereinigung, dass es vor diesem Hintergrund einer zusätzlichen Präsentation des unionsrechtlichen Rechtsrahmens gegenüber der Richterschaft in den Leitlinien bedarf.

Das gilt umso mehr, als sich die Rechtsausführungen im Konsultationsentwurf oder die verwendete rechtliche Terminologie (wenn auch nur in Nuancen) von der Richtlinie bzw deren Erwägungsgründen unterscheidet. Dies sei an folgenden Beispielen illustriert:

- Die Formulierungen in den Rz 19 und 20 der Leitlinien beinhalten in Bezug auf die Beweislastverteilung den Passus "*in der Regel*". Nicht näher ausgeführt wird, worin die Ausnahme von dieser Regel bestehen könnte. Der Text der Richtlinie enthält keine Formulierung, die für ein Regel-/Ausnahmeprinzip sprechen würde. Sofern der Kommission Fälle vorschweben, die ein Abgehen vom Regelfall der Richtlinie rechtfertigen, wäre es wünschenswert, dazu konkrete Beispiele zu nennen.
- Unterschiede in der verwendeten rechtlichen Terminologie haben möglicherweise ihren Ursprung in Unterschieden in den jeweiligen Sprachfassungen: Wenn der Konsultationsentwurf (in den Rz 21 und 23) den Begriff der "Tatsachenvermutung" (als Übersetzung des englischen Begriffs "*presumption of facts*" bzw "*factual presumption*") verwendet, so wird damit ein Begriff verwendet, der im Beweisrecht der deutschsprachigen Jurisdiktionen Deutschland und Österreich eine andere Bedeutung zukommt. Im Erwägungsgrund 41 der Richtlinie wird in diesem Zusammenhang hingegen auf die passendere Terminologie (Beweiserleichterungen im Rahmen eines Anscheinsbeweises) Bezug genommen.
- Auch wenn die Unterschiede in den Formulierungen teilweise nur marginal sind, können die damit verbundenen Auslegungsprobleme erheblich sein. Dazu folgendes Beispiel: Im Zusammenhang mit der gleichzeitigen Geltendmachung von Ansprüchen durch Abnehmer verschiedener Wirtschaftsstufen heißt es in den Leitlinien: "*In diesen Situationen sollten die nationalen Gerichte **versuchen**, sowohl zu hohe als auch zu niedrige Schadenersatzsummen zu vermeiden*" (Rz 24 der Leitlinien; Hervorhebung hinzugefügt). Nach Artikel 12 Abs 1 und 2 der Richtlinie (bzw dem diesem zugrundeliegenden Kompensationsprinzip) haben die nationalen Umsetzungsmaßnahmen eine Vermeidung der Unter- oder

Überkompensation zu **gewährleisten**. Der bloße Versuch einer Vermeidung (iSv "best efforts") bliebe hinter diesem Maßstab zurück.

Auf der anderen Seite gibt es Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Richtlinie oder dem speziellen Thema der Schadensabwälzung, die nach Ansicht der Studienvereinigung von grundsätzlicher Bedeutung sind, die im Konsultationsentwurf aber nicht behandelt werden. Dies betrifft beispielsweise (i) die (getrennte) Behandlung der Fragen nach der Schadensentstehung einerseits und der Schadenshöhe andererseits, auch im Zusammenhang mit der Schadensabwälzung; (ii) die Vermeidung der Mehrfachentschädigung bei einer Schadensabwälzung (unter Zugrundelegung unterschiedlicher Fallkonstellationen); sowie - von erheblicher praktischer Relevanz - (iii) nähere Ausführungen zur möglichen Nutzung von Datenräumen im Rahmen der Offenlegung von Beweismitteln unter Berücksichtigung der Verteidigungsrechte (basierend auf den Erfahrungen der Kommission im Fusionskontrollbereich).

Wie bereits eingangs erwähnt regt die Studienvereinigung an, die Darstellung des rechtlichen Rahmens auf ein Mindestmaß zu beschränken. Sollte jedoch der gegenwärtige Ansatz einer umfassenden Darstellung beibehalten werden, hielte es die Studienvereinigung für besser, die darin behandelten Punkte anders zu gewichten. Der Fokus sollte in diesem Fall auf jenen Themen liegen, die speziell das Thema der Schadensabwälzung betreffen. Allgemeine Ausführungen zur Richtlinie könnten im Zuge einer Umgewichtung hingegen nur marginal behandelt werden oder ganz entfallen.

IV.

Zu den wirtschaftstheoretischen Ausführungen und den Ermittlungsmethoden

Aus ökonomischer Sicht sind die Leitlinien insgesamt verständlich und stellen die theoretischen Zusammenhänge und empirischen Methoden grundsätzlich zutreffend dar. Es stellt sich jedoch, wie bereits in Rahmen der grundsätzlichen Anmerkungen dargelegt, die Frage, wie hilfreich die Leitlinien in ihrer derzeitigen Form für ihr Zielpublikum, nämlich Richter, in der Praxis tatsächlich wären.

Das ist zunächst eine Frage der verwendeten Terminologie. Selbst dann, wenn an den Beginn der Leitlinie ein Glossar und eine Erläuterung der hier relevanten Grundkonzepte der Industrieökonomie gestellt werden, sollte möglichst Begriffe aus dem juristischen Sprachschatz verwendet werden. Der Absatz zur „Art und Intensität der wettbewerblichen Interaktion“ macht diese Problematik deutlich. Statt von "Stärke und Intensität des Wettbewerbs" zu sprechen, wird hier mit dem Begriff der „wettbewerblichen Interaktion“ eine - für Juristen - abstrakte und rechtlich nicht vorgeprägte Begrifflichkeit eingeführt.

Was die dargestellten ökonomischen Methoden betrifft, scheint der Konsultationsentwurf hauptsächlich von dem „Idealfall“ einer Analyse auszugehen, in dem man alle für eine Schätzung relevanten Daten hat bzw. durch Offenlegung erhält, und dann den Grad der Schadensabwälzung auf den mittelbaren Abnehmer unmittelbar schätzen kann (durch herkömmliche Methoden zur Schätzung des kartellbedingten Preisaufschlags auf der Ebene der mittelbaren Abnehmer). Die Leitlinien gehen zwar auch auf mögliche Herausforderungen bei diesen Methoden ein und beinhalten einen separaten Abschnitt zur mittelbaren Schätzung der Schadensabwälzung, dieser ist jedoch recht kurz gehalten. Zudem findet sich im Leitlinienentwurf ein separater Teil zu den ökonomischen Grundlagen, der aber etwas „zerrissen“ wirkt, weil sich wichtige Teile im späteren Text bzw. im Anhang befinden.

Die Erfahrung zeigt, dass es den Idealfall der unmittelbaren Analyse einer Schadensabwälzung nicht bzw. nur in extremen Ausnahmefällen gibt. Dies wird im Leitlinienentwurf selbst an mehreren Stellen anerkannt. Man kann sich auch nicht darauf verlassen, dass die neu eingeführten Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln die nötige Abhilfe schaffen werden. Das liegt oft schlicht daran, dass Schadenersatzprozesse nach Wettbewerbsverstößen erst viele Jahre nach Beendigung der Zuwiderhandlung geführt werden und zu diesem Zeitpunkt die für die Analyse benötigten Daten bei den Unternehmen nicht mehr vorhanden sind.

In Rechtsstreitigkeiten zwischen Lieferanten und mittelbaren Abnehmern muss man diesbezüglich mit besonders großen Schwierigkeiten rechnen. In diesem Fall befinden sich wesentliche Informationen für die Schadensschätzung typischerweise weder im Besitz der Beklagten noch der Kläger, sondern bei einer Drittpartei, nämlich den unmittelbaren Abnehmern. Das betrifft insbesondere Informationen darüber, wie die Preissetzung auf Ebene der unmittelbaren Abnehmer funktioniert. Es wäre sehr viel verlangt, wenn ein Dritter (im Illustrationsbeispiel der Kommission gemäß Kasten 1 des Konsultationsentwurfs: der Kabelbaumzulieferer) seinem Kunden (dem Automobilhersteller) bis ins Detail offen legen soll, wie auf seiner Ebene die Verteilung von fixen und variablen Kosten ist, was die wesentlichen Kostenblöcke sind, welche Menükosten bei ihm anfallen etc. Die von der Richtlinie 2014/104/EU angeordnete Verhältnismäßigkeitsprüfung, die insbesondere einen Schutz von Dritten fordert, wird vorhersehbar zumeist damit enden, dass vom unmittelbaren Abnehmer eine Vorlage von kompletten Datenreihen über Preise, Kosten und Margen nicht verlangt werden kann. Eine zentrale Rolle spielt dabei Art 12 Abs 5 der Richtlinie, wonach das Gericht das Ausmaß einer Schadensabwälzung letztlich ohnehin schätzen darf. Präzise Feststellungen zum kontrafaktischen Szenario sind daher etwas, was zwar unter ökonomischen Aspekten sinnvoll sein mag, wozu die Gerichte aber nicht verpflichtet sind. Korrespondierend damit werden Dritte eine Offenlegung von Daten, die "nur" für die Feststellung des Referenzszenarios benötigt werden, häufig unter Hinweis darauf ablehnen können, dass es auch gelindere Methoden gibt, um eine geeignete Basis für eine Schadensschätzung zu erhalten.

Die prozessualen Vorkehrungen nach Artikel 5 der Richtlinie werden in ihrer praktischen Anwendung somit aller Voraussicht nach bei Fragen der Schadensabwälzung auf erhebliche faktische und rechtliche Grenzen stoßen. Diese betreffen nicht nur den Umfang der Offenlegungsverpflichtung (im Hinblick auf die Vertraulichkeit der jeweiligen Daten), sondern auch die Form der Offenlegung. So sieht die Richtlinie zwar eine Pflicht zur Offenlegung von Beweismitteln gegenüber dem Gericht vor, daraus lässt sich jedoch keine allgemeine Mitwirkungsverpflichtung der Parteien (und schon gar nicht von Dritten) im Rahmen der ökonomischen Analyse durch einen Sachverständigen (zB indem sich der Dritte für ein persönliches Interview zur Verfügung stellt) ableiten.

Dazu kommt, dass in vielen Fällen das kartellierte Produkt als Input lediglich einen kleinen Teil des Preises des Gesamtproduktes des mittelbaren Abnehmers ausmacht. In dieser Konstellation funktioniert eine unmittelbare Schätzung der Schadensabwälzung nur dann, wenn diese sehr präzise, mit Hilfe von ökonometrischen Methoden, durchgeführt werden kann, weil man ansonsten „in den Daten nichts sieht“. Der Datenaufwand ist daher typischerweise noch höher als bei der Ermittlung des ursprünglichen Preisaufschlags.

Aus all dem folgt, dass bei der Ermittlung einer Schadensabwälzung in der Praxis den mittelbaren Methoden große Bedeutung zukommen wird. Es wäre daher wünschenswert, diese Bereiche im Vergleich zur Diskussion des „Idealfalls“ auszubauen und für die nationalen Richter möglichst verständlich und praxisrelevant zu formulieren.

Analoges gilt für die Schätzung eines Mengeneffekts. Auch hier wird im Konsultationsentwurf hauptsächlich von dem Idealfall einer quantitativen Schätzung ausgegangen. Herausforderungen werden zwar angesprochen, aber der Entwurf geht nur wenig auf alternative Herangehensweisen ein.

Konkret wären daher folgende Anpassungen wünschenswert:

- **Ökonomische Grundlagen:** Dieser Teil ist essentiell, um einem Richter mit der notwendigen Nomenklatur zur Schadensabwälzung auszurüsten. Es wäre daher gut, die in den Anhängen erläuterten Aspekte bereits in den Haupttext der Leitlinien einzuarbeiten. Dabei könnten die Erklärungen zu den einzelnen, die Schadensabwälzung beeinflussenden Faktoren etwas ausgebaut und praxisrelevanter formuliert werden. Auf in der Praxis relevante Fragestellungen könnte noch stärker eingegangen werden, z.B.
 - Wie sind die verschiedenen Faktoren zu gewichten, die den Grad der Schadensabwälzung aus ökonomischer Sicht beeinflussen? Mit einer rein summarischen Aufzählung von Beurteilungsfaktoren wird einem Richter, der ein ökonomisches Gutachten bewerten soll, oft nicht hinreichend gedient sein.

- Wie ist damit umzugehen, wenn die Nachfrage unelastisch oder komplett elastisch ist?
- In welchen Fällen sind typischerweise nicht alle Kunden gleichermaßen von einem kartellbedingten Preisaufschlag betroffen?

Diese Fragen müssen nicht notwendigerweise direkt in den Leitlinien beantwortet werden; die Antwort wird von den Gegebenheiten eines konkreten Falles abhängen und, wie eingangs erwähnt, von einem Sachverständigen und nicht vom Richter selbst zu geben sein. Allerdings sollte der theoretische Teil der Leitlinien so ausgebaut werden, dass er Richtern das Werkzeug an die Hand gibt, relevante Fragen an die ökonomischen Gutachter formulieren und vorgebrachte Argumente zu diesen Aspekten besser beurteilen zu können. Insgesamt vermisst die Studienvereinigung eine Priorisierung der relevanten Faktoren und einen klaren Hinweis darauf, auf welche Faktoren bei der Beurteilung einer Schadensabwälzung im Regelfall nicht verzichtet werden kann.

- **Ausführungen zu den Herausforderungen bei der unmittelbaren Schätzung der Schadensabwälzung bzw. des Mengeneffekts:** In diesen Abschnitt sollte mehr Hilfestellung für die Richter gegeben werden, wie mit den angesprochenen Herausforderungen methodisch umgegangen werden kann bzw. wie diese zu bewerten sind. Denn hierfür gibt es durchaus Möglichkeiten. So kann zum Beispiel in Fällen, in denen der relevante Verstoß- bzw. Nachverstoßzeitraum nicht eindeutig feststeht oder die Frage eines eventuellen „Überhangeffekts“ im Raum steht, mit Alternativszenarien, sogenannten Sensitivitäten, gearbeitet werden, um den geschätzten Schaden „einzugrenzen“. Alternativ oder zusätzlich könnte untersucht werden, ob die ökonomische Theorie Hinweise darauf geben kann, wie wahrscheinlich ein Überhangeffekt im vorliegenden Markt überhaupt ist. Auch gibt es durchaus empirische Möglichkeiten, damit umzugehen, dass es bei der Abwälzung gegebenenfalls zu zeitlichen Verzögerungen gekommen ist (z.B. Berücksichtigung sogenannter „Lag“-Variablen). Neuerlich gilt: Die Leitlinien sollten nach Auffassung der Studienvereinigung diese Methoden nicht in der Art und Tiefe eines ökonomischen Lehrbuchs erläutern. Es sollte aber zumindest aufgelistet werden, welche anerkannten Tests es gibt, um den (zurecht) aufgezeigten Schwierigkeiten zu begegnen.
- **Teile zur mittelbaren Schätzung einer Schadensabwälzung bzw. eines Mengeneffekts:** Diese Teile sind im Vergleich zur Diskussion der unmittelbaren Schätzungsmethoden recht kurz gehalten. So beinhaltet der Teil für die mittelbare Schätzung des Grads der Schadensabwälzung im Wesentlichen den Vorschlag, Kostenabwälzungsraten zu anderen Zeitpunkten und/oder für andere Inputs zu analysieren und dies mit theoretischen Überlegungen zur Schadensabwälzung zu verbinden, um Aussagen zu einer möglichen Abwälzung im konkreten Fall zu treffen. Die Ausführungen entsprechen grundsätzlich dem aus ökonomischer Sicht sinnvollen Vorgehen, allerdings wäre es wünschenswert, die verschiedenen möglichen Ansätze in strukturierterer Form darzulegen, um dem Richter eine bessere Übersicht zu geben. Hier könnten die Leitlinien stärker auf die Darstellung

von RBB Economics in der im Auftrag der Europäischen Kommission erstellten Studie zu „Passing-on“ zurückgreifen.² Dort werden die verschiedenen Methoden für eine mittelbare Schätzung der Schadensabwälzung in vier Gruppen unterteilt:

- Empirische Analyse der Kostenabwälzung auf Basis von Preis- und Kostendaten (hier stehen wiederum, je nach Datenverfügbarkeit, eine Reihe unterschiedlich komplexer Ansätze zu Verfügung, die im Leitlinienentwurf auch angesprochen werden);
- Verwendung direkter Evidenz zur Preissetzungsstrategie auf der vorgelagerten Marktstufe, z.B. aus internen Dokumenten der unmittelbaren Abnehmer;
- Verwendung eines Referenzansatzes, bei dem Schätzungen zum Grad der Kostenabwälzung aus anderen Quellen, gegebenenfalls in angepasster Form, verwendet werden (mögliche Quellen sind z.B. akademische Studien, anekdotische Evidenz zur Kostenabwälzung in der Vergangenheit oder auch Zeugenaussagen); sowie
- die Herleitung des geschätzten Grads der Kostenabwälzung aus theoretischen Überlegungen.

Der Konsultationsentwurf weist recht umfangreich auf die Herausforderungen und Risiken der mittelbaren Ansätze hin. Auch wenn diese Anmerkungen grundsätzlich zutreffend sind, so erscheint die Darstellung zu kritisch. Die Studienvereinigung regt an, dies noch einmal zu überdenken. Aufgrund von Datenverfügbarkeitsproblemen, aber auch wegen der Notwendigkeit, Drittparteien (die unmittelbaren Abnehmer) entsprechend den Anforderungen der Richtlinie angemessen vor einer Offenlegung ihrer intimsten Geschäftsgeheimnisse gegenüber ihren Kunden (den mittelbaren Abnehmern) zu schützen, wird die Anwendung unmittelbarer Methoden in vielen Fällen vermutlich nicht möglich sein. Umso wichtiger erschiene es, die praktisch vorrangigen Instrumente den nationalen Richtern auch entsprechend "schmackhaft" zu machen.

Die Studienvereinigung und ihre Mitglieder stehen für eine nähere Diskussion ihrer Anregungen gerne zur Verfügung.

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

² RBB Economics und Cuatrecasas Gonçalves Pereira, „Study on the Passing-on of Overcharges“, verfügbar unter <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>, Rz. 235ff.