



Brüssel, den **XXX**
[...](2018) **XXX** draft

MITTEILUNG DER KOMMISSION

**Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren
Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags**

Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags

1. EINLEITUNG

1.1. Zweck und Anwendungsbereich

- (1) Ziel dieser Leitlinien ist es, nationalen Gerichten, Richtern und anderen Interessenträgern bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) praktische Orientierungshilfen für die Schätzung der Abwälzung von Preisaufschlägen an die Hand zu geben. Insbesondere werden in diesen Leitlinien die wirtschaftlichen Grundsätze, Methoden und die Terminologie im Bereich der Schadensabwälzung unter anderem anhand verschiedener Beispiele dargelegt. Darüber hinaus sollen die Leitlinien die Beantwortung der Frage, welche Quellen relevanter Beweismittel es gibt und ob ein Offenlegungsantrag verhältnismäßig ist, sowie die Beurteilung der Erklärungen der Parteien zur Schadensabwälzung und der Wirtschaftsgutachten, die unter Umständen bei den Gerichten eingereicht werden, erleichtern.
- (2) Rechtsgrundlage für die Leitlinien ist Artikel 16 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen¹. Die Leitlinien sind unverbindlich und ändern nach dem Recht der EU oder der Mitgliedsstaaten bestehende Rechtsvorschriften nicht. Aus diesem Grund sind die nationalen Gerichte nicht verpflichtet, sie einzuhalten. Die Leitlinien lassen auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) unberührt.
- (3) Die Leitlinien enthalten bewährte Vorgehensweisen und geben Hinweise zu relevanten Parametern, die beim Umgang mit wirtschaftlichen Beweismitteln für die Schätzung der Abwälzung von Preisaufschlägen herangezogen werden können. Sie stützen sich auf die von der Kommission zusammengetragenen relevanten Wirtschaftsstudien und ergänzen den Praktischen Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden „Praktischer Leitfaden“)², der der Mitteilung der Kommission über die Ermittlung des kartellrechtlichen Schadens bei Schadensersatzklagen beigefügt ist.³ Während das Augenmerk im Praktischen Leitfaden auf Preisaufschlägen liegt, wird in den Leitlinien genauer auf die

(1) Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (ABl. L 349/1 vom 5.12.2014).

(2) Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 11.6.2013, SWD(2013) 205.

(3) Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. C 167/19 vom 13.6.2013).

ENTWURF

Abwälzung solcher Preisaufschläge eingegangen.⁴ Der Praktische Leitfaden und die vorliegenden Leitlinien sollten zusammen gelesen werden.⁵

- (4) Wie in den Randnummern (16) ff. dieser Leitlinien erläutert, können diese Leitlinien nützlich sein, wenn ein Rechtsverletzer bei einer Schadensersatzklage gegenüber dem Kläger die Einwendung der Schadensabwälzung geltend macht (im Folgenden „Schild“) oder wenn ein mittelbarer Abnehmer gegenüber dem Rechtsverletzer aufgrund der Schadensabwälzung eines Preisaufschlags auf Schadensersatz klagt (im Folgenden „Schwert“). Wie bei jeder Schadensersatzklage hängt das Ausmaß, in dem das Gericht den Sachverhalt eines Falles berücksichtigen muss, von der Art und Weise ab, wie der Kläger seine Klage und der Beklagte seine Einwendung vorbringt. In manchen Fällen macht ein Kläger zum Beispiel aufgrund der möglicherweise zusätzlich entstehenden Komplexität keinen infolge des Mengeneffekts entgangenen Gewinn geltend. Die Klage eines mittelbaren Abnehmers gegen einen Rechtsverletzer berücksichtigt jedoch normalerweise die Schadensabwälzung, da dies für die Klage wesentlich ist.
- (5) Gleichermäßen hängt die Art und Weise, wie das Gericht die Schadensabwälzung beurteilen und einschätzen wird, wahrscheinlich von der Art und dem Umfang der Ansprüche ab. Bei der Auswahl aus den verschiedenen wirtschaftlichen Methoden und Ansätzen, die in den Leitlinien erläutert werden, sollte ein angemessenes Verhältnis zu dem jeweiligen Fall gewährleistet werden. Die bei Ansprüchen in Höhe von 20 Mio. Euro angemessenen Datenmengen und Kosten für Sachverständigenanalysen sind bei Ansprüchen in Höhe von 200 000 Euro möglicherweise nicht verhältnismäßig.

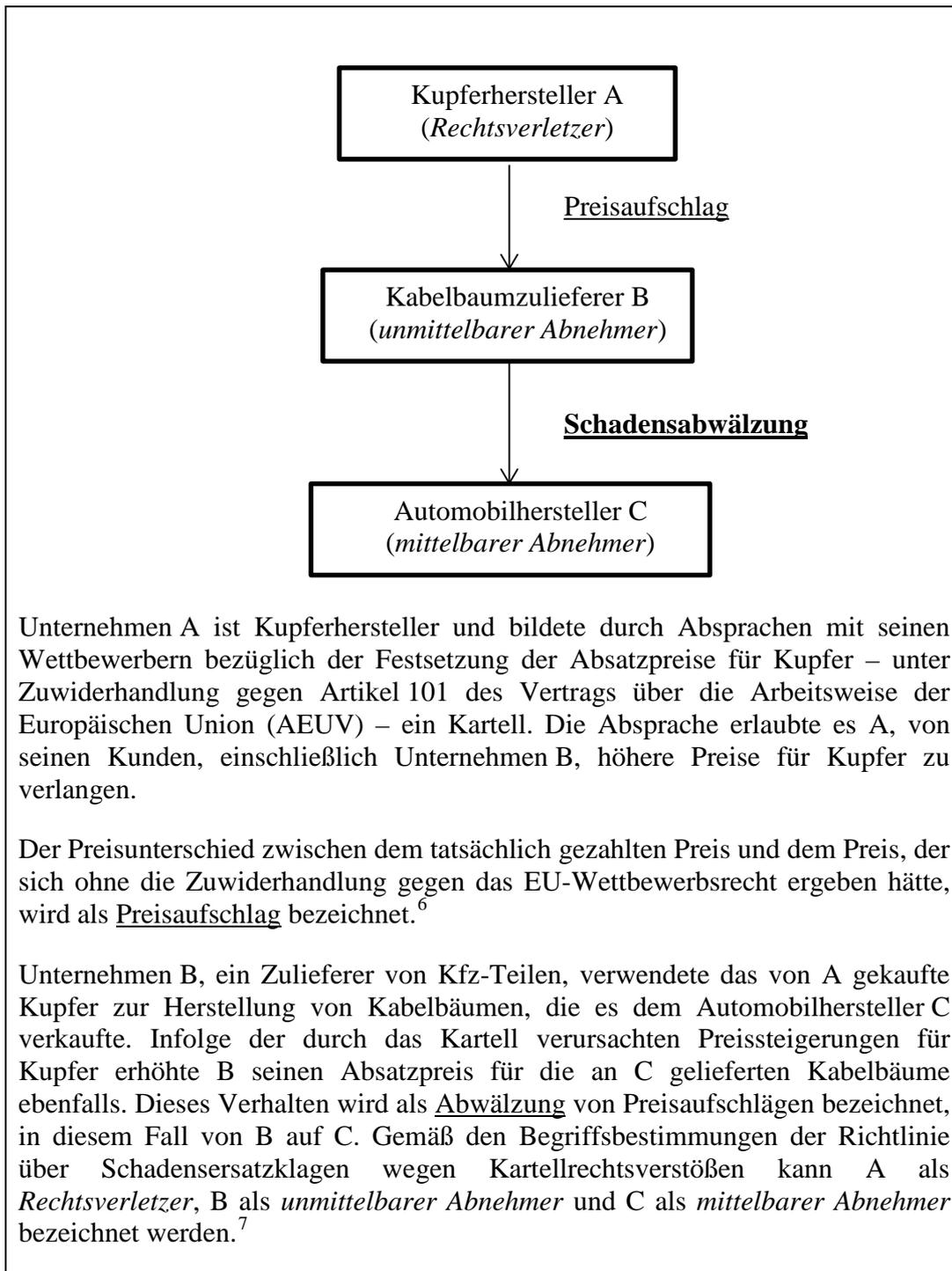
1.2. Was bedeutet „Abwälzung von Preisaufschlägen“?

- (6) Die Abwälzung von Preisaufschlägen kann auf verschiedenen Vertriebsstufen auftreten. In Kasten 1 wird dies anhand eines hypothetischen Beispiels erläutert.

(4) Im Praktischen Leitfaden wird nur kurz auf die Schadensabwälzung eingegangen, und zwar in den Randnummern 161-171.

(5) Der Schwerpunkt dieser Leitlinien liegt auf der Abwälzung von Preisaufschlägen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 AEUV. Sie können jedoch auch als Auskunftquelle für bewährte Vorgehensweisen bei Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 102 AEUV dienen, z. B. bei überhöhten Preisen, sofern die Besonderheiten der Rechtsnorm des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung nach Artikel 102 AEUV ausreichend berücksichtigt wurde.

Kasten 1: Abwälzung von Preissteigerungen für Kupfer



- (7) Wenn der unmittelbare Abnehmer den Preisauflschlag ganz oder teilweise auf den mittelbaren Abnehmer abwälzt, wird Letzterer nicht nur einen Preiseffekt zu spüren bekommen, sondern in vielen Fällen auch die Nachfrage senken. Diese Verringerung wird als Mengeneffekt bezeichnet. Die rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen des Mengeneffekts werden nachstehend genauer

(6) Siehe Artikel 2 Absatz 20 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(7) Siehe Artikel 2 Absätze 2, 23 und 24 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

ENTWURF

erörtert. Einfach ausgedrückt kauft bei Vorliegen einer Abwälzung des Preisaufschlags der mittelbare Abnehmer unter Umständen weniger vom unmittelbaren Abnehmer und wird folglich auch weniger an mittelbare Abnehmer auf nachgelagerten Vertriebsstufen verkaufen.

- (8) Der Preisaufschlag kann so auf sämtliche nachgelagerte Vertriebsstufen abgewälzt werden und kann Waren oder Dienstleistungen betreffen. Betrachtet man z. B. den hypothetischen Fall, der in Kasten 1 dargestellt ist, hätte der Automobilhersteller C die Preise, die er von seinem Kunden, dem unabhängigen Automobilhändler D, verlangt, möglicherweise ebenfalls erhöht. Folglich hätte auch D seine Endverbraucherpreise für die Kraftfahrzeuge, in denen das durch Kartellbildung verteuerte Kupfer verarbeitet wurde, unter Umständen erhöht. C, D und die Endverbraucher sind mittelbare Abnehmer im Sinne der Begriffsbestimmungen der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.⁸

1.3. Struktur der Leitlinien

- (9) Unter Bezugnahme auf die Rechtsgrundsätze, die ständige Rechtsprechung sowie die Bestimmungen in der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen wird in diesen Leitlinien der rechtliche Rahmen für die Schadensabwälzung festgelegt. In einem kurzen Abschnitt zum Recht werden die Verfahrensvorschriften und -instrumente zusammengefasst, nach denen nationale Gerichte die Abwälzung von Preisaufschlägen bei Schadensersatzklagen berücksichtigen können. Der rechtliche Rahmen verbindet EU-Recht und nationale Verfahren. In diesem Zusammenhang müssen Richter ein besonderes Augenmerk auf den Effektivitäts- und den Äquivalenzgrundsatz legen.⁹ Dies bedeutet, dass sie nationale Vorschriften so anwenden müssen, dass die Ausübung des Rechts auf vollständigen Ersatz des durch eine Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht verursachten Schadens nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird (Effektivitätsgrundsatz).¹⁰ Richter müssen zweitens beachten, dass nationale Vorschriften und Verfahren für Klagen auf Ersatz des Schadens, der aus Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV entsteht, für mutmaßlich Geschädigte nicht weniger günstig sein dürfen als die Vorschriften und Verfahren für ähnliche Klagen auf Ersatz des Schadens, der aus Zuwiderhandlungen gegen nationales Recht entsteht (Äquivalenzgrundsatz).
- (10) Im Hauptabschnitt dieser Leitlinien werden die wirtschaftlichen Zusammenhänge der Schadensabwälzung erläutert. Dabei geht es um die Wirtschaftstheorie und die Ermittlungsmethoden, die zum Zwecke der Schätzung der Schadensabwälzung zur Anwendung kommen. Im Teil über die Wirtschaftstheorie werden theoretische Konzepte, die der Schadensabwälzung zugrunde liegen, sowie Faktoren, die sie beeinflussen können, erläutert. Im Teil über die wirtschaftliche Quantifizierung werden verschiedene Ansätze und Methoden zur Ermittlung der Auswirkungen der Schadensabwälzung vorgestellt.

(8) Nach Artikel 2 Absatz 24 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen bedeutet „mittelbarer Abnehmer“ eine natürliche oder juristische Person, die Waren oder Dienstleistungen nicht unmittelbar von einem Rechtsverletzer, sondern von einem unmittelbaren Abnehmer oder einem nachfolgendem Abnehmer erworben hat, wobei die Waren oder Dienstleistungen entweder Gegenstand einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht waren, oder diese Waren oder Dienstleistungen enthalten oder aus diesen hervorgegangen sind.“

(9) Siehe Artikel 4 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(10) Siehe Randnummern (9) ff. zum Recht auf vollständigen Schadensersatz.

2. RECHTLICHER RAHMEN

2.1. Abwälzung des Preisaufschlags und Recht auf vollständigen Schadensersatz

- (11) Die in der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen enthaltenen Vorschriften über die Abwälzung von Preisaufschlägen beruhen auf dem Kompensationsprinzip, das der gesamten Richtlinie zugrunde liegt.¹¹ Zwei Elemente dieses Prinzips haben wichtige Auswirkungen auf die Abwälzung von Preisaufschlägen. Erstens bedeutet dies auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass „jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen [kann], wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art. 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht“.^{12, 13} Zweitens haben Kläger, die einen solchen Schaden erlitten haben, das Recht auf vollständigen Schadensersatz, was bedeutet, dass eine Person in die Lage versetzt wird, in der sie sich befunden hätte, wenn die Zuwiderhandlung nicht begangen worden wäre.¹⁴
- (12) Im Zusammenhang mit der Abwälzung von Preisaufschlägen bestimmt die Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen, dass der Begriff „jedermann“ unmittelbare und mittelbare Abnehmer umfasst.¹⁵ In dem hypothetischen Fall, der in Kasten 1 erwähnt wird, könnten der Kabelbaumhersteller B als unmittelbarer Abnehmer und der Automobilhersteller C als mittelbarer Abnehmer Schadensersatz gegenüber dem Kupferhersteller A als Rechtsverletzer geltend machen. Andere mittelbare Abnehmer auf nachgelagerten Vertriebsstufen haben ebenfalls das Recht, Schadensersatz vom Rechtsverletzer zu erhalten. Wie in Randnummer (8) dargelegt, wären dies im hypothetischen Beispiel in Kasten 1 der unabhängige Kraftfahrzeughändler D und die Endverbraucher.
- (13) Es ist anzumerken, dass die Elemente des genannten Kompensationsprinzips, d. h. das Recht von jedermann, Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen, wenn der Schaden ursächlich mit einer Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht zusammenhängt, auch auf unmittelbare und mittelbare *Zulieferer* des Rechtsverletzers anwendbar sind. In der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen wird die Situation eines Einkaufskartells als Beispiel angeführt, bei dem Schaden durch den niedrigeren Preis entstehen kann, den Rechtsverletzer an ihre Zulieferer zahlen.¹⁶

(11) Siehe Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(12) Urteil des Gerichtshofs vom 5. Juni 2014, Kone, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 22 unter Bezugnahme auf das Urteil des Gerichtshofs vom 13. Juli 2006, Manfredi, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 61.

(13) Die Kommission hat schon früh an das vom EuGH „bekräftigte Kompensationsprinzip und die Prämisse des EuGH, dass jeder Geschädigte Anspruch auf Entschädigung hat, der einen hinreichenden ursächlichen Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung nachweisen kann“ erinnert, siehe WEISSBUCH der Kommission über Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, Brüssel, 2. April 2008, COM(2008) 165 final, S. 7.

(14) Artikel 3 Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(15) Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(16) Siehe Erwägungsgrund 43 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen. Es ist jedoch anzumerken, dass Zulieferer ebenfalls in der Situation eines Verkaufskartells geschädigt werden können, vor allem dann, wenn sie aufgrund des Mengeneffekts weniger an die Rechtsverletzer liefern.

ENTWURF

- (14) Vollständiger Schadensersatz umfasst den Ersatz der eingetretenen Vermögenseinbuße (damnum emergens) und des entgangenen Gewinns (lucrum cessans), zuzüglich der Zahlung von Zinsen.¹⁷ Im Allgemeinen bedeutet eingetretene Vermögenseinbuße eine Verringerung des vorhandenen Vermögens einer Person, entgangener Gewinn das Ausbleiben einer Vermögenssteigerung, die ohne die Zuwiderhandlung eingetreten wäre.¹⁸ Im Zusammenhang mit der Schadensabwälzung spielt diese Unterscheidung hinsichtlich der spezifischen wirtschaftlichen Auswirkungen und ihrer rechtlichen Einordnung eine wichtige Rolle. Die allgemeine Regel ist nachstehend festgelegt.
- Der Preiseffekt bezieht sich auf den Preisaufschlag als Steigerung des Preises, den unmittelbare oder mittelbare Abnehmer aufgrund der Zuwiderhandlung gegen EU-Wettbewerbsrecht für Waren oder Dienstleistungen zahlen müssen.¹⁹ Er zählt zu den eingetretenen Vermögenseinbußen und ist Teil des Schadens, der in der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen als Schaden in Form des Preisaufschlags bezeichnet wird.²⁰ Unmittelbare oder mittelbare Abnehmer können die Preisaufschläge jedoch unter Umständen auf nachgelagerte Vertriebsstufen abwälzen und so ihre Vermögenseinbußen entweder verringern (teilweise Abwälzung) oder ganz vermeiden (vollständige Abwälzung). Bei der Feststellung der eingetretenen Vermögenseinbuße im Fall von Schadensabwälzung müssen die nationalen Gerichte den Schaden in Form des Preisaufschlags bestimmen, der auf einer bestimmten Vertriebsstufe verursacht wurde.
 - Der Mengeneffekt bezieht sich auf den entgangenen Gewinn aufgrund eines infolge der Schadensabwälzung verringerten Absatzes, d. h. eine geringere Absatzmenge aufgrund von Preissteigerungen. Er kann als entgangener Gewinn ausgleichsfähig sein.²¹
- (15) Während in der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen zwischen eingetretener Vermögenseinbuße aufgrund von Preisaufschlägen einerseits und entgangenem Gewinn aufgrund eines verringerten Absatzes andererseits unterschieden wird, besteht auch eine unmittelbare Verbindung zwischen dem zugrundeliegenden Preis- und dem Mengeneffekt. Deshalb sollten beide Effekte und ihr Zusammenspiel berücksichtigt werden, wenn es um die Schadensabwälzung geht. Die wirtschaftlichen Methoden dazu werden nachstehend ausführlicher dargelegt.

(17) Siehe Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(18) Schlussanträge des Generalanwalts Capotorti vom 12. September 1979, Ireks-Arkady, C-238/78, ECLI:EU:C:1979:203, Rn. 9.

(19) Erwägungsgrund 39 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(20) Artikel 12 Absatz 2 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

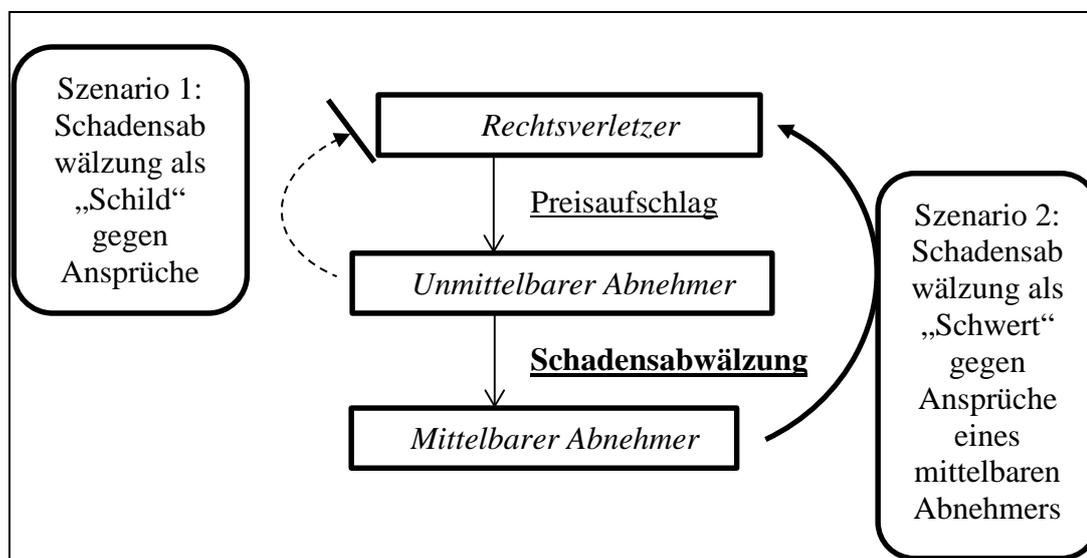
(21) Siehe Artikel 12 Absatz 3 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

ENTWURF

2.2. Szenarien, in denen ein Gericht die Schadensabwälzung beurteilen muss

- (16) Bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht müssen nationale Gerichte normalerweise die Abwälzung von Preisauflagen in der Regel in zwei möglichen Szenarien beurteilen.
- (17) Erstens besteht die Möglichkeit, dass ein Rechtsverletzer die Abwälzung von Preisauflagen als Einwendung gegen Ansprüche geltend macht, d. h. vorbringt, dass der Kläger durch die Abwälzung auf seine eigenen Kunden die bei ihm eingetretenen Vermögenseinbuße teilweise verringert oder ganz vermieden verringert hat.²² Dieses Szenario, in dem die Schadensabwälzung als „Schild“ beschrieben werden kann, wird nachstehend in Kasten 2 unter Bezugnahme auf die Ansprüche eines unmittelbaren Abnehmers näher erläutert. Die Einwendung der Schadensabwälzung kann auch gegen Ansprüche von mittelbaren Abnehmern auf nachgelagerten Vertriebsstufen geltend gemacht werden.
- (18) Zweitens besteht die Möglichkeit, dass mittelbare Abnehmer sich bei Schadensersatzklagen darauf berufen, dass die unmittelbaren Abnehmer der Rechtsverletzer die Preisauflagen (teilweise) auf sie abgewälzt haben und sie aus diesem Grund Schaden erlitten haben. In einem solchen Szenario kann die Schadensabwälzung als „Schwert“ bezeichnet werden. Dieses Szenario wird auch nachstehend in Kasten 2 dargestellt.

Kasten 2 Typische Abwälzungsszenarien



- (19) Wenn die Abwälzung von Preisauflagen als Einwendung gegen eine Klage wegen einer Zuwiderhandlung gegen EU-Wettbewerbsrecht geltend gemacht wird, muss der Beklagte in der Regel beweisen, dass der Kläger die Preisauflagen abgewälzt hat.²³ Die Beweislast bezieht sich auf das Vorliegen und den Umfang der Abwälzung des Preisauflags. Wenn die Einwendung der Schadensabwälzung

(22) Siehe Erwägungsgrund 39 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(23) Siehe Artikel 13 Satz 2 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

ENTWURF

vollständig oder teilweise Erfolg hat, kann der Kläger weiterhin Schadensersatz für die durch die Schadensabwälzung entgangenen Gewinne verlangen.²⁴ In diesem Fall trägt der Kläger die Beweislast für den durch die Schadensabwälzung verursachten Mengeneffekt.

- (20) Die Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen enthält auch konkrete Vorschriften für das zweite Szenario, in dem ein mittelbarer Abnehmer einen Schaden geltend macht, der ihm aufgrund einer Abwälzung des Preisaufschlags entstanden ist. Die Beweislast für das Vorliegen und den Umfang einer solchen Schadensabwälzung trägt in der Regel der mittelbare Abnehmer, der gegenüber dem Rechtsverletzer Schadensersatzansprüche geltend macht. In der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen wird jedoch anerkannt, dass ein solcher Kläger auf nachgelagerten Vertriebsstufen praktischen Schwierigkeiten gegenübersteht.²⁵ Um die praktischen Hindernisse für mittelbare Abnehmer zu beseitigen, enthält die Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen deshalb Vorschriften, die es mittelbaren Abnehmern erleichtert, der Beweispflicht nachzukommen. Diese Vorschriften betreffen widerlegbare Rechtsvermutungen, vor allem Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen,²⁶ und Tatsachenvermutungen auf der Grundlage eines typischen Geschehensablaufs. So wird z. B. in Artikel 14 Absatz 1 sowie in Erwägungsgrund 41 besagter Richtlinie erläutert, dass es aufgrund der Bedingungen, unter denen die Unternehmen tätig sind, gängige Geschäftspraxis sein kann, Preissteigerungen auf nachgelagerte Vertriebsstufen abzuwälzen. In Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen wird die allgemeinere Vermutung aufgestellt, dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen.
- (21) Tatsachenvermutungen können im Einklang mit dem nationalen Recht und unter Bezugnahme auf wirtschaftliche Aspekte und typische Marktentwicklungen einschließlich der Erkenntnis, dass es in bestimmten Wirtschaftszweigen zur gängigen Geschäftspraxis gehört, Preissteigerungen auf nachgelagerte Vertriebsstufen abzuwälzen, getroffen werden.²⁷
- (22) Diese tatsächliche Annahme bildet auch die Grundlage für die Rechtsvermutung, welche in Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen angeführt wird. Unter den dort festgelegten Voraussetzungen kann der mittelbare Abnehmer sich auf eine widerlegbare Vermutung berufen, nach der angenommen wird, dass ein Kläger (d. h. der mittelbare Abnehmer) den Beweis dafür, dass eine Abwälzung von einem unmittelbaren auf einen mittelbaren Abnehmer stattgefunden hat, erbracht hat. Die Voraussetzungen, die in Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie über

(24) In Artikel 12 Absatz 3 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen ist festgelegt, dass die Vorschriften zur Schadensabwälzung das Recht des Geschädigten unberührt lassen, Ersatz für den entgangenen Gewinn infolge einer vollständigen oder teilweisen Abwälzung des Preisaufschlags zu verlangen und zu erwirken.

(25) Erwägungsgrund 41 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(26) In Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen wird eine konkrete Vermutung für Ansprüche durch mittelbare Abnehmer aufgestellt, welche in den Randnummern (20) ff. eingehender erörtert wird.

(27) Siehe Artikel 14 Absatz 1 sowie Erwägungsgrund 41 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

ENTWURF

Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen festgelegt sind und durch den Kläger nachgewiesen werden müssen, lauten wie folgt:

- (a) der Beklagte hat eine Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht begangen;
 - (b) die Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht hatte einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer des Beklagten zur Folge und
 - (c) der mittelbare Abnehmer hat Waren oder Dienstleistungen erworben, die Gegenstand der Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht waren, oder hat Waren oder Dienstleistungen erworben, die aus solchen hervorgingen oder sie enthielten.
- (23) Diese Vermutung gilt nicht, wenn der Rechtsverletzer gegenüber dem Gericht glaubhaft machen kann, dass der Preisaufschlag nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde.²⁸ Wenn der Rechtsverletzer diese Norm erfüllt, trägt der Kläger die Beweislast, ohne dass dadurch die Anwendung von Tatsachenvermutungen berührt wäre.
- (24) Aufgrund des Kompensationsprinzips, der Praxis der Abwälzung von Preisaufschlägen und der vorstehend genannten Vermutungen ist es möglich, dass Abnehmer auf verschiedenen Vertriebsstufen gleichzeitig Ansprüche geltend machen. In diesen Situationen sollten die nationalen Gerichte versuchen, sowohl zu hohe als auch zu niedrige Schadensersatzsummen zu vermeiden.²⁹ Dies kann unter anderem durch gebührende Berücksichtigung von anderen Schadensersatzklagen, die dieselbe Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht betreffen, Urteilen, mit denen über solche Schadensersatzklagen entschieden wird, sowie relevanten Informationen, die infolge der öffentlichen Durchsetzung von EU-Wettbewerbsrecht öffentlich zugänglich sind.³⁰ Wenn beispielsweise verbundene Klagen bei den Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten anhängig sind, können nationale Gerichte Artikel 30 der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates³¹ anwenden, auf den sich in der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen Bezug genommen wird.³² Nach dem genannten Artikel können später angerufene nationale Gerichte das Verfahren aussetzen oder sich unter bestimmten Voraussetzungen für unzuständig erklären.
- (25) Nationale Gerichte sollten auch geeignete Verfahrensmittel nutzen, die ihnen unter nationalem Recht zur Verfügung stehen. In der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen wird die Verbindung von

(28) Siehe Artikel 14 Absatz 2 letzter Satz der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(29) Siehe Artikel 12 Absätze 1 und 2 und Artikel 15 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(30) Siehe Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(31) Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 351 vom 20.12.2012, S. 1).

(32) Siehe Erwägungsgrund 44 und Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

Klagen angeführt.³³ Andere Instrumente wie z. B. die Intervention Dritter oder Vorschriften zu Aussetzungen können je nach nationalem Rechtssystem zur Anwendung kommen.

2.3. Die Rolle von Beweismitteln

- (26) Die rechtliche Beurteilung der Schadensabwälzung erfordert in der Regel eine komplexe Analyse der zugrundeliegenden Tatsachen und wirtschaftlichen Zusammenhänge. Während die Erhebung der erforderlichen Beweismittel in der Regel einen wichtigen Bestandteil jeder Schadensersatzklage aufgrund von Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV darstellt, kommen den Beweismitteln je nach den vorstehend angeführten Szenarien und dem Ausmaß der Gültigkeit einer Vermutung unterschiedliche Rollen zu.³⁴ Die Beurteilung und die Beweiserhebung werden durch unterschiedliche Tatsachen bestimmt, die für die Beurteilung der Schadensabwälzung relevant und zugänglich sind. So kann beispielsweise die Entwicklung der infolge eines Preisaufschlags durch den unmittelbaren Abnehmer verlangten tatsächlichen Preise direkt anhand von durch die Parteien übermittelte Preislisten festgestellt werden.
- (27) In der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen sind Vorschriften zur Offenlegung von Beweismitteln festgelegt, um die wirksame Ausübung von Rechten zu gewährleisten und den Grundsatz der Waffengleichheit zu wahren. Diese Vorschriften gelten für beide vorstehend erwähnten Abwältigungsszenarien. In Bezug auf das Szenario, in dem die Schadensabwälzung als Einwendung geltend gemacht wird, wird in Artikel 13 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen ausdrücklich erwähnt, dass der Beklagte in angemessener Weise die Offenlegung von dem Kläger oder von Dritten verlangen kann. Für ein Szenario, in dem ein mittelbarer Abnehmer Schadensersatzansprüche geltend macht, ist in Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen festgelegt, dass der mittelbare Abnehmer in angemessener Weise die Offenlegung von dem Beklagten oder von Dritten verlangen kann. Eine solche Offenlegung kann sehr wichtig sein, da der Abnehmer wie vorstehend beschrieben in der Regel die Beweislast für das Vorliegen und den Umfang der Schadensabwälzung trägt.
- (28) Die vorstehend erwähnten Vorschriften über die Offenlegung beschränken Offenlegungsanträge dahingehend, dass die Partei, die die Beweislast für das Vorliegen und den Umfang der Schadensabwälzung trägt, nur „in angemessener Weise“ Offenlegungen verlangen kann. Bezugnehmend auf die in Artikel 5 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen festgelegten Vorschriften über die Offenlegung kann das nationale Gericht verlangen, dass die Partei, die die Offenlegung beantragt, plausibel macht, dass der Schaden in Form des Preisaufschlags vom unmittelbaren auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzt wurde. Die Partei, die die Offenlegung beantragt, muss sich auf Tatsachen berufen, die ihr bereits „mit zumutbarem Aufwand“ zugänglich sind. Im Zusammenhang mit der Schadensabwälzung bezieht sich dies auf Informationen, die im Rahmen der Geschäftsbeziehung mit der anderen Partei gesammelt wurden, oder die mit

(33) Siehe Erwägungsgrund 44 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen.

(34) Siehe Randnummern (14) ff.

ENTWURF

zumutbarem Aufwand von Dritten, wie z. B. Marktforschungsunternehmen, eingeholt werden können.

- (29) Im ersten Satz von Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit festgelegt, der vorschreibt, „dass die von nationalen Gerichten angeordnete Offenlegung von Beweismitteln verhältnismäßig ist“. Dieser Grundsatz ist wichtig für die Bearbeitung von Schadensersatzklagen aufgrund von Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV. Wie vorstehend erwähnt, wenden Richter nationale Verfahrensvorschriften an und müssen ein besonderes Augenmerk auf den Effektivitäts- und den Äquivalenzgrundsatz legen. Innerhalb dieses Rechtsrahmens können Richter, die die Vorschriften zur Offenlegung anwenden, auf der Grundlage des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der in Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen festgelegt ist, Kosten und Nutzen der Anordnung einer Offenlegung von Beweismitteln berücksichtigen. Dies bedeutet zum Beispiel, dass Richter beschließen können, keine weiteren Informationen zu sammeln, da die von den Parteien vorgelegten Beweismittel bereits ausreichen, um den Teil des abgewälzten Preisaufschlags zu schätzen. In Abhängigkeit von den nach nationalem Recht verfügbaren Instrumenten können sie auch eigene wirtschaftliche Sachverständige ernennen oder die Fragen einschränken, die durch von den Parteien ernannte Sachverständige zu behandeln sind. Weitere Orientierungshilfen sind nachstehendem Kapitel 4 zu entnehmen.
- (30) Die Offenlegung von Beweismitteln kann von der gegnerischen Partei durch das nationale Gericht unter dessen strenger Kontrolle beantragt werden. Der Antrag muss genau bezeichnete einzelne Beweismittel oder Kategorien von Beweismitteln betreffen. Sofern das nationale Gericht die allgemeinen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Schutzes legitimer Interessen gemäß Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen berücksichtigt, müssen unter Umständen auch bestimmte vertrauliche Informationen gegenüber der Partei, die die Auswirkungen der Schadensabwälzung beweisen muss, offengelegt werden. Hinsichtlich der Anordnung der Offenlegung solcher Informationen ist es wesentlich, dass die Gerichte über Maßnahmen zum Schutz vertraulicher Informationen verfügen. Ein Beispiel für solche Maßnahmen ist der Austausch von Informationen in Vertraulichkeitskreisen oder Datenräumen, in denen die Vertreter der Parteien auf die relevanten vertraulichen Informationen, die den Fall betreffen, zugreifen können.³⁵
- (31) Die Offenlegung von Beweismitteln, die Bestandteil der Akte einer Wettbewerbsbehörde sind, kann für die Ermittlung des Preisaufschlags möglicherweise relevant sein, hat im Zusammenhang mit der Schadensabwälzung jedoch in der Regel weniger Relevanz (insbesondere, da die Abwälzung von Preisaufschlägen das Preisverhalten von Abnehmern betrifft, über das die Wettbewerbsbehörde normalerweise keine Informationen besitzt). Nach Artikel 6 Absatz 10 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen

(35) Die Kommission nutzt Datenräume, um den Parteien in Fusions- oder Kartellrechtsfällen Zugang zu vertraulichen Informationen zu gewähren, siehe z. B. die Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen „Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger cases“ (Bewährte Verfahren für die Vorlage wirtschaftlichen Beweismaterials und die Datenerhebung in Fällen im Zusammenhang mit der Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV und in Fusionsfällen), Randnummer 45.

ENTWURF

stellt die Offenlegung von Beweismitteln durch eine Wettbewerbsbehörde das letzte Mittel dar.

(32) Welche Beweismittel erforderlich sind, um die Schadensabwälzung nachzuweisen und zu quantifizieren, hängt stark von der verwendeten wirtschaftlichen Methode ab. Wie nachstehend genauer beschrieben, erstellen die Parteien ihre Analysen in der Regel auf der Grundlage der Wirtschaftstheorie und der quantitativen Volkswirtschaftslehre. Aus diesem Grund werden Beweismittel in der Regel – unabhängig davon, dass es andere Einteilungsmöglichkeiten gibt – in qualitative und quantitative Beweismittel eingeteilt. In der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen selbst wird hervorgehoben, dass der Begriff „Beweismittel“ alle vor dem nationalen Gericht zulässigen Arten von Beweismitteln umfasst.³⁶ Darunter könnte Folgendes fallen:

- Qualitative Beweismittel, z. B. i) Verträge, ii) interne Unterlagen über das Geschäftsgebaren oder Preisstrategien, iii) Finanz- und Rechnungslegungsberichte, iv) Zeugenaussagen, v) Sachverständigengutachten sowie vi) Branchenberichte und Marktstudien;
- Quantitative Beweismittel, die sich insbesondere auf Daten zur Verwendung ökonomischer Techniken beziehen³⁷, wie z. B. i) Absatzpreise, Einzelhandels- und Endverbraucherpreise für die betreffenden Waren oder Dienstleistungen und für vergleichbare Waren oder Dienstleistungen, ii) Finanzberichte, iii) Sachverständigengutachten, iv) reglementierte Preise, (v) Mengenverkäufe, vi) Rabatte sowie vii) andere Inputkosten und Kostenelemente.

(33) Wie den vorstehend angeführten nicht erschöpfenden Listen zu entnehmen ist, können bestimmte Beweismittelarten als qualitativ und als quantitativ gewertet werden, so z. B. Finanzberichte und Sachverständigengutachten.

(34) Zu guter Letzt können, wie in Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen dargelegt, auch Schadensersatzklagen, die dieselbe Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht betreffen, sowie damit zusammenhängende Urteile eine für die Ermittlung der Schadensabwälzung relevante Informationsquelle bilden.

2.4. Ermittlung des Umfangs der Schadensabwälzung: Befugnis der Gerichte zur Schätzung

(35) In Artikel 12 Absatz 5 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen wird ausdrücklich festgelegt, dass die Mitgliedstaaten gewährleisten müssen, dass nationale Gerichte die Befugnis haben, den Teil der abgewälzten Preisaufschläge im Einklang mit nationalen Verfahren zu schätzen. Eine solche Befugnis umfasst sämtliche Auswirkungen der Schadensabwälzung, d. h. den Preis- und Mengeneffekt. Dies folgt auch aus Artikel 17 Absatz 1 der

(36) Siehe Artikel 2 Absatz 13 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen, in dem ausdrücklich klargestellt wird, dass der Begriff „Beweismittel“ Unterlagen und alle sonstigen Gegenstände umfasst, die Informationen enthalten, unabhängig von dem Medium, auf dem die Informationen gespeichert sind.

(37) Ökonometrische Techniken werden nachstehend in Abschnitt 4.3 sowie in Anhang 2 erläutert.

ENTWURF

Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen, der die Ermittlung von Schaden im weiteren Sinne regelt.

- (36) Bei der Umsetzung der Befugnis zur Schätzung in nationales Recht müssen die Mitgliedstaaten die Vorschriften und Grundsätze berücksichtigen, die in der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen sowie in der zugrunde liegenden Rechtsprechung des EuGH festgelegt sind. Nationale Gerichte müssen ihre Verfahrensinstrumente entsprechend einsetzen. So müssen sie wie vorstehend erwähnt insbesondere Vorschriften zur Beweislast und dem Beweismaß anwenden, sodass die volle Wirksamkeit von Artikel 101 AEUV nicht beeinträchtigt wird.
- (37) Der EUGH befand beispielsweise im Fall *Kone* auf der Grundlage des Effektivitätsgrundsatzes, dass die Opfer der sogenannten Preisschirmeffekte Schadensersatz für durch Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht verursachte Schäden geltend machen können, und stellte fest, dass die volle Wirksamkeit von Artikel 101 AEUV beeinträchtigt würde, wenn bei der Anwendung des nationalen Rechts kategorisch und unabhängig von den speziellen Umständen des konkreten Falles ihr Recht auf Schadensersatz ausgeschlossen würde. Der vorstehend angeführte Fall zeigt ferner, dass die EU-Rechtsprechung und die Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen für die Beurteilung der Schadensursache in Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht relevant sind. Dieser Aspekt ist im Zusammenhang mit der Abwälzung von Preisaufschlägen wichtig, da tatsächliche und rechtliche Fragen zur Schadensursache in der Regel auftreten, wenn vermutet wird, dass der unmittelbare Abnehmer eines Rechtsverletzers einen Preisaufschlag vollständig oder teilweise auf einen mittelbaren Abnehmer abgewälzt hat.
- (38) Gleichmaßen müssen nationale Gerichte, wenn sie, wie in der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen festgelegt, den Schaden und den Teil der abgewälzten Preisaufschläge im Einklang mit nationalen Verfahren schätzen, den vorstehend angeführten Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz beachten. In Bezug auf die Befugnis zur Schätzung bedeutet dies, dass nationale Gerichte Vorbringen zur Schadensabwälzung nicht deswegen ablehnen können, weil eine Partei die Auswirkungen der Schadensabwälzung nicht genau ermitteln kann.
- (39) Darüber hinaus müssen nationale Gerichte nach Artikel 12 Absatz 5 und Artikel 17 Absatz 3 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen ihre Beurteilung im Rahmen ihrer Befugnis zur Schätzung erstens auf mit zumutbarem Aufwand zugängliche Informationen stützen und zweitens einen plausiblen Näherungswert für die die Summe oder den Teil der Schadensabwälzung anstreben. So wird in der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen auf das Vorliegen von Informationsasymmetrien verwiesen und anerkannt, dass der Schadensumfang selten mit vollkommener Genauigkeit

ENTWURF

ermittelt werden kann.³⁸ In der Praxis bedeutet dies, dass nationale Gerichte die Beurteilung auf der Grundlage von Annahmen vornehmen müssen.³⁹

- (40) Der Grundsatz des vollständigen Schadensersatzes erfordert jedoch, dass die nationalen Gerichte eine bestmögliche Schätzung abgeben. In den Artikeln 101 und 102 AEUV wird jeder Person, die Opfer einer Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht wurde, das grundsätzliche Recht zugesprochen, in genau die Lage versetzt zu werden, die bestanden hätte, wenn die Zuwiderhandlung nicht begangen worden wäre (siehe vorstehende Randnummer (11)). Aus diesem Grund ist in Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen festgelegt, dass eine Unter- oder Überkompensation vermieden werden muss.
- (41) Die Ausübung der Befugnis zur Schätzung ist Gegenstand des nationalen Rechts. So haben eine Reihe von Mitgliedstaaten bereits Vorschriften, die der in der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen vorgesehenen Befugnis zur Schätzung entsprechen.⁴⁰

3. WIRTSCHAFTSTHEORIE DER SCHADENSABWÄLZUNG

3.1. Übersicht

- (42) Die Abwälzung von Preisaufschlägen und der damit verbundene Preis- und Mengeneffekt entstehen dadurch, dass für Unternehmen ein Anreiz besteht, auf Kostensteigerungen mit Preissteigerungen zu reagieren. Der ursprüngliche Preisaufschlag kann als Anstieg der Inputkosten für den unmittelbaren Abnehmer aufgefasst werden. Zur Schätzung der Auswirkungen der Schadensabwälzung müsste das Gericht berücksichtigen, welche Auswirkungen solche Kostensteigerungen auf 1) die durch den unmittelbaren Abnehmer auf den nachgelagerten Vertriebsstufen festgelegten Preise und 2) die durch den unmittelbaren Abnehmer gelieferte Menge hätten.
- (43) Nationale Gerichte schätzen die Schadensabwälzung auf der Grundlage der Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Ein allgemeines Verständnis der Wirtschaftstheorie der Schadensabwälzung und der einschlägigen Auswirkungen kann für das Gericht aus verschiedenen Gründen jedoch wichtig sein. Erstens gibt die Wirtschaftstheorie dem Gericht einen Rahmen, innerhalb dessen quantitative und qualitative Beweismittel bewertet werden können. Diese Beweismittel werden in Abschnitt 4.2 näher erläutert. Zweitens kann die Wirtschaftstheorie Richtern vor allem in einem frühen Stadium eines Rechtsstreits als Unterstützung dienen, wenn

(38) Zur Behandlung solcher Fragen enthält die Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen unter anderem Vorschriften zur Offenlegung (siehe nachstehende Randnummer (32) ff.), die Möglichkeit der Amtshilfe durch nationale Wettbewerbsbehörden im Einklang mit Artikel 17 Absatz 3 der Richtlinie und die Verpflichtung, andere Verfahren, die dieselbe Zuwiderhandlung betreffen, zu berücksichtigen (siehe nachstehende Randnummer (29)).

(39) Praktischer Leitfaden, Randnummer 16. Der allgemeine Ansatz der Ermittlung des Schadensumfangs in Wettbewerbsfällen wird auch in den Randnummern 11-20 des Praktischen Leitfadens dargelegt.

(40) Im Vereinigten Königreich ermitteln nationale Gerichte den Schadensumfang mithilfe einer soliden Vorstellungskraft und der Breitbeil-Methode (Gibson/Pride Mobility Products Ltd [2017] CAT 9), in den Niederlanden ermittelt das nationale Gericht, das Schadensersatz zuspricht, die Schadenssumme in dem Umfang, in dem dies möglich ist (siehe Artikel 612 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) und schätzt ihn in der Weise, die in Anbetracht der spezifischen Merkmale des Schadens am besten geeignet ist (siehe Artikel 6:97 Burgerlijk Wetboek).

ENTWURF

sie Entscheidungen über die Offenlegung von Daten oder Informationen treffen und dabei deren Relevanz beurteilen müssen. Drittens können theoretische oder konzeptuelle Erwägungen auch die Grundlage für die Feststellung der Glaubwürdigkeit und Verlässlichkeit der verschiedenen wirtschaftlichen Erklärungen bilden, die den von den Parteien geltend gemachten Zusammenhang zwischen Preisauflschlag und Abwälzung stützen.

- (44) In der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen wird nicht unterschieden zwischen Schäden aufgrund 1) von Preissteigerungen (Preiseffekten) und der Abwälzung solcher Preisauflschläge und 2) einer Qualitätsminderung der Waren oder der Behinderung von Innovationen (nicht preislich bedingten Effekten) und den möglichen Auswirkungen solcher Schäden auf den verschiedenen Vertriebsstufen. Die Leitlinien behandeln die Schadensabwälzung nicht im Zusammenhang mit nicht preislich bedingten Effekten.
- (45) Nach der Wirtschaftstheorie werden das Vorliegen und der Umfang der Auswirkungen der Schadensabwälzung, d. h. die damit verbundenen Preis- und Mengeneffekte, durch eine Reihe von Faktoren bestimmt⁴¹. Diese Faktoren umfassen:
- i) die Art der Inputkosten⁴², die Gegenstand eines Preisauflschlags sind (ob dies nun fixe oder variable Kosten sind, ob durch die Zuwiderhandlung die Kosten nur für einen Kunden oder alle Kunden auf dem jeweiligen Markt steigen);
 - ii) die Art der Warennachfrage bei unmittelbaren oder mittelbaren Kunden (insbesondere der Zusammenhang zwischen der Nachfrage und dem Preisniveau);
 - iii) Art und Intensität der wettbewerblichen Interaktionen zwischen den Unternehmen auf dem Markt, auf dem die unmittelbaren oder mittelbaren Kunden tätig sind, und
 - iv) wie in Anhang 1 genauer beschrieben, weitere Elemente wie Kundenmerkmale (Verbraucher oder Unternehmen), der Anteil der verschiedenen Inputs, die vom Preisauflschlag betroffen sind, die Nachfragemacht, die vertikale Integration der unmittelbaren und mittelbaren Kunden, die Preisregulierung oder die Zeitpunkte, zu denen die Preisentscheidungen auf den jeweiligen Vertriebsstufen getroffen wurden.⁴³
- (46) Erstens beeinflusst die Art der Inputkosten des unmittelbaren Abnehmers, der von Preisauflschlägen betroffen ist, ob und in welchem Umfang der Preisauflschlag weiter abgewälzt werden kann. Wenn der Preisauflschlag die Kosten des

(41) Die Gründe, aus denen die in Randnummer (43) aufgeführten Faktoren bei der Bestimmung des Vorliegens und des Umfangs des mit der Schadensabwälzung verbundenen Preis- und Mengeneffekts von Bedeutung sein könnten, werden in diesem Abschnitt erläutert. Eine genauere Erklärung der Auswirkungen der einzelnen Faktoren ist zusammen mit einer Erklärung der Standardpreisbildungsmechanismen in Anhang 1 zu finden.

(42) Dies wird in Anhang I näher erläutert.

(43) Der Zeitpunkt der Preisentscheidungen kann unter anderem den Zeitrahmen der Zuwiderhandlung und die mögliche zeitliche Verzögerung der Abwälzung von Preisauflschlägen beeinflussen.

ENTWURF

unmittelbaren Abnehmers beeinflusst, die nicht von der Inputmenge abhängig sind (d. h. Fixkosten), wird er vermutlich nicht abgewälzt werden, da solche Kosten die Preisfestlegung der unmittelbaren Abnehmer in der Regel nicht oder zumindest nicht kurzfristig beeinflussen.⁴⁴ Wenn der Preisaufschlag dagegen die Kosten des unmittelbaren Abnehmers beeinflusst, die von der Inputmenge abhängig sind (d. h. variable Kosten), ist die Wahrscheinlichkeit in der Regel größer, dass er, zumindest teilweise, abgewälzt wird. Der Grund dafür ist, dass die Grenzkosten (eine Unterkategorie der variablen Kosten) die Entscheidungen unmittelbarer Abnehmer bei der Preisfestlegung in der Regel beeinflussen.⁴⁵

- (47) Zweitens beeinflusst die Warennachfrage, der sich der unmittelbare Kunde gegenüber sieht, die Höhe der Schadensabwälzung. Ein Standardpreisbildungsmechanismus stützt sich auf die Tatsache, dass die Nachfrage, die ein Unternehmen bedient (d. h. die Menge, die es verkauft), sinkt, wenn es seine Preise erhöht. Wie stark ein unmittelbarer Abnehmer seine eigenen Preise aufgrund von Preisaufschlägen erhöht, hängt davon ab, ob sich eine solche Preisänderung stark auf die Nachfrage auswirkt oder nicht. Wenn der unmittelbare Abnehmer zum Beispiel über ein Monopol verfügt und die Nachfrage nach seinen Waren auf allen Preisniveaus gleich sensibel auf Preisänderungen reagiert, wird in der Regel die Hälfte der Preisaufschläge abgewälzt. Wenn die Nachfrage nach Waren eines Monopolisten bei Preissteigerungen „immer mehr“ (d. h. mit zunehmender Geschwindigkeit) sinkt, wird in der Regel nicht mehr als die Hälfte der Preisaufschläge vom unmittelbaren Abnehmer abgewälzt. Wenn dagegen die Nachfrage nach Waren eines Monopolisten bei Preissteigerungen „immer weniger“ (d. h. mit abnehmender Geschwindigkeit) sinkt, wird in der Regel mehr als die Hälfte der Preisaufschläge vom unmittelbaren Abnehmer abgewälzt.
- (48) Drittens beeinflussen auch die Art und die Intensität der wettbewerblichen Interaktion zwischen den Unternehmen auf dem Markt, auf dem die Kunden des Rechtsverletzers tätig sind, den Umfang der Schadensabwälzung. Es ist wichtig zu berücksichtigen, dass die Auswirkung eines stärkeren Wettbewerbs auf den Grad der Schadensabwälzung davon abhängt, ob der ursprüngliche Preisaufschlag nur den unmittelbaren Kunden (unternehmensspezifischer Preisaufschlag) oder auch die Wettbewerber des unmittelbaren Kunden (branchenweiter Preisaufschlag) betrifft. Wenn die Preisaufschläge nur einen unmittelbaren Abnehmer betreffen, der mit anderen unmittelbaren Abnehmern in einem scharfen Wettbewerb steht, ist eine Schadensabwälzung weniger wahrscheinlich, als wenn der einzige betroffene unmittelbare Abnehmer lediglich mit einem schwachen Wettbewerb konfrontiert ist. Bei branchenweiten Preisaufschlägen bewirkt eine große Anzahl an konkurrierenden unmittelbaren Abnehmern in der Regel eine stärkere Abwälzung dieser Preisaufschläge als es bei Märkten, die durch einen schwächeren Wettbewerb gekennzeichnet sind, der Fall ist.⁴⁶

(44) Langfristig können Fixkosten jedoch strategische Entscheidungen eines Unternehmens beeinflussen, z. B. in Bezug auf die Anpassung seiner Produktionskapazität, was wiederum Auswirkungen auf den darauf folgenden (kurzfristigen) Preisbildungsmechanismus haben kann.

(45) Siehe auch Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 31 vom 5.2.2004, Ziffer 80).

(46) Diese Voraussagen der Wirtschaftstheorie werden in Beispiel 3 in Kapitel 3.2 genauer dargestellt und erklärt.

ENTWURF

- (49) In einer Reihe von Urteilen nationaler Gerichte zu Schadensersatzklagen wird betont, dass es wichtig ist zu berücksichtigen, wie die Nachfrage auf Preisänderungen reagiert, wie stark der Wettbewerb ist und ob Wettbewerber des unmittelbaren Kunden von den Preisaufschlägen betroffen sind.⁴⁷
- (50) Viertens können, wie in Randnummer (45) und in Anhang 1 erwähnt, unter bestimmten Umständen auch andere Faktoren eine entscheidende Rolle beim Preisbildungsmechanismus des unmittelbaren Abnehmers und damit auch bei der Abwälzung des Preisaufschlags durch denselben spielen. Diese Faktoren wirken sich unter Umständen nicht nur auf den Umfang des durch die Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts, sondern auch auf den Mengeneffekt aus (z. B. kann ein Preisaufschlag auf eine Ware auch die Preise anderer Waren beeinflussen, die vom unmittelbaren Abnehmer verkauft werden, sofern es sich bei den Waren um Substitute handelt) oder darauf, wann solche Effekte auftreten (z. B. eine zeitlich verzögerte Abwälzung von Preisaufschlägen oder wenn ein unmittelbarer Abnehmer, für den die Änderung seiner Preise mit Kosten verbunden wäre, entscheidet, einen kleinen Preisaufschlag aufgrund solcher „Menükosten“ nicht abzuwälzen). Ein weiterer wichtiger Faktor bei der Ermittlung der Abwälzung von Preisaufschlägen kann die Frage sein, ob der durch den Preisaufschlag betroffene Input einen großen oder kleinen Teil der variablen Kosten des unmittelbaren Abnehmers ausmacht. Einige dieser Faktoren wurden in Fällen zur Schadensabwälzung von nationalen Gerichten berücksichtigt.⁴⁸
- (51) Schließlich soll auch angemerkt werden, dass die vorstehend genannten Faktoren das Ergebnis eines Schadensabwältzungsszenarios gleichzeitig beeinflussen und dass auch ihre gegenseitige Abhängigkeit ebenfalls werden sollte. Die relative Bedeutung der einzelnen Faktoren kann sich jedoch von Fall zu Fall unterscheiden.
- (52) Das Vorliegen und der Umfang der Schadensabwälzung hängen mit dem Rückgang des Absatzes zusammen, der in der Regel mit Preissteigerungen einhergeht. Wie vorstehend beschrieben wird der Rückgang des Absatzes als Mengeneffekt bezeichnet. Der Mengeneffekt entsteht, da der Abnehmer sich normalerweise einer abwärts gerichteten Nachfragekurve gegenübersteht. Wenn der ursprüngliche Preisaufschlag auf nachgelagerte Vertriebsstufen abgewälzt wird, entsteht ein Mengeneffekt auf allen Ebenen der vertikalen Kette. Deshalb sollten die Gerichte einen solchen Effekt bei Klagen, die Schadensersatzansprüche für Mengeneffekte beinhalten, ebenfalls schätzen.
- (53) Wie vorstehend erwähnt kann jeder, der Opfer einer Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht geworden ist, den vollständigen Ersatz des erlittenen Schadens fordern, der in kausalem Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung steht.

(47) Für Beispiele für Urteile zur Bedeutung der Marktdynamik und zu den Auswirkungen von Preisänderungen auf die Nachfrage siehe z. B. das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Juni 2011, ORWI (KZR 75/10) Rn. 59 und 69 und das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 19. November 2015, Autoglas-Kartell Deutschland (14d O 4/14), Rn. 221. Die Bedeutung des Grades des Wettbewerbs sowie der Frage, ob der ursprüngliche Preisaufschlag unternehmensspezifisch oder branchenweit ist, ist ebenfalls Gegenstand einer Reihe von Urteilen nationaler Gerichte, siehe z. B. ein dänisches Urteil des See- und Handelsgerichts von 2002, V 15/01, und ein spanisches Urteil des Obersten Gerichts vom 7. November 2013, Nestlé u. a./Ebro Puleva 5819/2013.

(48) Siehe als Beispiel für einen Fall, bei dem geprüft wurde, ob eine Schadensabwälzung wahrscheinlich ist, wenn der durch den Preisaufschlag betroffene Input einen geringen Teil der variablen Kosten des unmittelbaren Abnehmers ausmacht, ein französisches Urteil des Berufungsgerichts Paris vom 27. Februar 2014, DOUX/Ajinomoto & CEVA, 10/18285. Dieses Urteil ist nachstehend in Kasten 7 genauer erklärt.

ENTWURF

Wenn die Schadensabwälzung geltend gemacht wird, ist eine Beurteilung des Mengeneffekts wichtig, um den durch Preisaufschläge verursachten Schaden zu ermitteln. Eine Schätzung des vollständigen Schadens durch einfaches Abziehen des mit der Schadensabwälzung verbundenen Preiseffekts von den Auswirkungen des Preisaufschlags führt zu einer Unterschätzung des durch den unmittelbaren oder mittelbaren Kunden erlittenen Schadens, da der Mengeneffekt nicht berücksichtigt wird.

- (54) Die durch Preisaufschläge verursachten Absatzeinbußen werden durch die Nachfragesensibilität, mit der der Abnehmer konfrontiert ist, und die Frage, wie die Wettbewerber des Abnehmers auf die Preisaufschläge reagieren, beeinflusst. Wenn der Abnehmer zum Beispiel einer unelastischen Nachfrage ausgesetzt ist, d. h. wenn seine Kunden nur in geringem Maße empfindlich auf Preissteigerungen reagieren, führen diese Preissteigerungen nur zu relativ kleinen Verringerungen der verkauften Menge. Dies führt bei Gleichbleiben aller anderen Faktoren zu einem geringeren Mengeneffekt, als es bei einer elastischeren Nachfrage der Fall ist. Für den Fall, dass die Wettbewerber des Abnehmers ihre Preise infolge von Preisaufschlägen ebenfalls erhöhen, ist ferner festzustellen, dass dies auch eine Verringerung der Auswirkungen der Preissteigerungen des Abnehmers auf seinen Absatz zur Folge haben könnte.⁴⁹

3.2. Beispiele

- (55) Das nachstehende Beispiel 1 beschreibt unternehmensspezifische Preisaufschläge in einem Markt mit starkem Wettbewerb.

Beispiel 1

Situation: Auf einem relevanten Markt sind 10 Apfelsafthersteller tätig. Einer der Hersteller kauft Äpfel von einem Zulieferer, der einem Preiskartell angehört. Der Apfelsafthersteller macht Schadensersatzansprüche für den Preisaufschlag geltend. Der Beklagte (der Zulieferer der Äpfel) macht die Einwendung der Schadensabwälzung geltend und bringt vor, dass der Apfelsafthersteller den gesamten Preisaufschlag auf die mittelbaren Abnehmer abgewälzt habe.

Analyse: Der Apfelsafthersteller, der den Preisaufschlag zahlen soll, steht in starkem Wettbewerb mit neun anderen Unternehmen, die Apfelsaft herstellen und liefern. Die gesamte Ware, die von den zehn Unternehmen verkauft wird, wird von den Verbrauchern als nahezu gleichartig wahrgenommen. Sofern die anderen Hersteller keine Äpfel von den Kartellmitgliedern beziehen, sondern sie zu einem niedrigeren Preis anderswo einkaufen können, hat der Hersteller, der beim Kartell einkaufen muss, gegenüber seinen Wettbewerbern einen Wettbewerbsnachteil. Die Möglichkeit des Apfelsaftherstellers, die Kostensteigerungen abzuwälzen, würde somit dadurch eingeschränkt, dass er in großem Umfang Absatz (und Gewinn) an seine Wettbewerber verlieren würde, wenn er die Preisaufschläge –

(49) Wenn nur der Abnehmer seine Preise erhöht, kann es sein, dass seine Kunden bei den Wettbewerbern einkaufen. Wenn die Wettbewerber ihre Preise jedoch ebenfalls in gewissem Maße erhöhen, könnte der Wechsel für die Kunden weniger interessant sein, sodass die Verringerung des Gesamtabsatzes des ersten Abnehmers kleiner ausfallen würde. Es ist jedoch anzumerken, dass der Mengeneffekt sogar noch größer ausfallen könnte als in dem Beispiel mit der Preissteigerung des einzelnen Abnehmers, wenn einige oder alle Kunden im Falle einer marktweiten Preissteigerung vollständig aufhören würden, die Ware zu kaufen.

ENTWURF

auch nur zum Teil – abwälzen würde. Je stärker der Wettbewerb zwischen den zehn Apfelsaftherstellern ist, desto begrenzter ist der Umfang, in dem Kostensteigerungen abgewälzt werden können. In diesem Szenario wird der unmittelbare Kunde somit in der Regel nicht in der Lage sein, die Kostensteigerungen (den Preisaufschlag) abzuwälzen.

- (58) In Beispiel 2 geht es um branchenweite Preisauflschläge bei starkem Wettbewerb.

Beispiel 2

Situation: Alle 10 Apfelsafthersteller aus Beispiel 1 kaufen Äpfel von Zulieferern, die einem Preiskartell angehören. Die Mitglieder des Kartells machen geltend, dass sämtliche Preisauflschläge an die mittelbaren Abnehmer abgewälzt werden.

Analyse: Die Apfelsafthersteller sind den Preisauflschlägen in vergleichbarer Weise ausgesetzt und der Markt ist von Wettbewerb geprägt. Da alle Hersteller dem Preisauflschlag ausgesetzt sind, gibt es kein Unternehmen, das gegenüber den übrigen einen Wettbewerbsnachteil hätte. Aus diesem Grund ist es wahrscheinlicher, dass im Gegensatz zu dem Fall in Beispiel 1 (in dem der Preisauflschlag unternehmensspezifisch ist) alle Apfelsafthersteller den Preisauflschlag weitgehend abwälzen werden. Als Erläuterung sei angeführt, dass der Preis in einem vollständig von Wettbewerb geprägten Markt den Grenzkosten entspricht, und der Kostenanstieg eines Inputs deshalb unmittelbar zu einer Preissteigerung in gleicher Höhe führt.

- (60) Grad der Schadensabwältung bei Monopolisten, die mit einer unterschiedlichen Nachfrage konfrontiert sind.

Beispiel 3

Situation: Apfelsafthersteller A hat auf dem Markt für die Apfelsaftherstellung in Mitgliedstaat 1 eine Monopolstellung inne, während Apfelsafthersteller B in demselben sachlichen Markt in Mitgliedstaat 2 Monopolist ist. Die Kosten für die Herstellung einer zusätzlichen Charge Apfelsaft sind konstant und für A und B gleich.

Beide Apfelsafthersteller kaufen Äpfel von C, einem Zulieferer, der einem Preiskartell angehört. Folglich müssen A und B einen Preisauflschlag von 6 EUR/Kiste Äpfel, die sie von C kaufen, bezahlen.

A und B sehen sich in den Mitgliedstaaten einer unterschiedlichen Nachfrage durch Einzelhandelsketten für Lebensmittel gegenüber. In Mitgliedstaat 1 reagiert die Nachfrage auf allen Preisstufen ähnlich sensibel auf Preisänderungen (d. h. die Nachfrage ist linear, siehe auch Kasten 9). In Mitgliedstaat 2 ist dies nicht der Fall. Dort sinkt die Nachfrage bei Preissteigerungen „immer weniger“ (d. h. mit abnehmender Geschwindigkeit) (d. h. die Nachfrage ist konvex, siehe auch Kasten 9). A und B fordern von C (dem Kartellmitglied) Ersatz für den durch die

ENTWURF

Preisaufschläge verursachten Schaden. C macht die Einwendung der Schadensabwälzung geltend und führt an, dass A und B die Hälfte des Preisaufschlags abwälzen werden.

Analyse: Die Monopolisten in den Mitgliedstaaten 1 und 2 sehen sich in ihrem jeweiligen einer unterschiedlichen Nachfrage der Einzelhandelsketten für Lebensmittel gegenüber. Ihre Kosten für die Herstellung einer zusätzlichen Charge Apfelsaft sind konstant. Der Preisaufschlag von 6 EUR pro Kiste wird als Zunahme der Grenzkosten für beide Hersteller angesehen. Der Umfang, in dem die Hersteller infolge solcher Kostensteigerungen ihre Preise nach oben anpassen können, hängt davon ab, wie viel Ware sie zur Abwälzung eines bestimmten Teils der Kostenänderungen, d. h. Preissteigerungen, mit Verlust verkaufen müssen. Wenn die Absatzeinbußen bei Preissteigerungen relativ gering ausfallen, sind Preissteigerungen attraktiver, als wenn die Absatzeinbußen hoch sind. Die Absatzeinbußen bei Preissteigerungen stehen im Zusammenhang mit der Krümmung der Nachfragekurve, mit der die Monopolisten konfrontiert sind, nämlich linear, konvex oder konkav. Dies ist nachstehend in Kasten 10 genauer erklärt.

Nach Vorhersagen der Wirtschaftstheorie würde Monopolist A in Mitgliedstaat 1 die Hälfte des Preisaufschlags abwälzen, d. h. 3 EUR. Da Monopolist B jedoch mit einer konvexen Nachfrage konfrontiert ist, wird die verbleibende Nachfrage mit steigenden Preisen weniger preissensibel. Im Gegensatz zu A (der mit einer linearen Nachfrage konfrontiert ist), hat B geringere Absatzeinbußen, wenn er seine Preise um 3 EUR erhöht. Dies bedeutet, dass B einen Anreiz für die Abwälzung von über der Hälfte des ursprünglichen Preisaufschlags hat.

4. ERMITTLUNG DER DURCH DIE SCHADENSABWÄLZUNG VERURSACHTEN PREIS- UND MENGENEFFEKTE

4.1. Einleitung

- (62) Der Ersatz für erlittenen Schaden zielt darauf ab, die geschädigte Partei in die Lage zu versetzen, in der sie sich befunden hätte, wenn die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nicht begangen worden wäre. Um diese Lage zu beurteilen, muss man die beobachtete Situation, d. h. die Situation, in der die Zuwiderhandlung begangen wurde, mit einer hypothetischen Situation, in der die Zuwiderhandlung nicht begangen wurde, vergleichen. Diese hypothetische Situation wird als „kontrafaktisches Szenario“ bezeichnet.
- (63) Zweck eines kontrafaktischen Szenarios ist es, die Auswirkungen der Zuwiderhandlung von anderen Faktoren zu isolieren, die die Preise in den betroffenen Märkten beeinflusst hätten, auch wenn die Zuwiderhandlung nicht begangen worden wäre.⁵⁰ Ein Anstieg der Nachfrage führt beispielsweise auch bei

(50) Es ist anzumerken, dass das Erfordernis, zur Beurteilung der Schadensabwälzung ein kontrafaktisches Szenario zu erstellen, im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH über die Schadensabwälzung im Zusammenhang mit der Erstattung von rechtswidrig von den Mitgliedstaaten erhobenen Abgaben und Zöllen steht, siehe Urteil des Gerichtshofs vom 4. Oktober 1979, Ireks-Arkady/Rat und Kommission, C-238/78, ECLI:EU:C:1979:226, Rn. 14; Urteil des Gerichtshofs vom 21. Dezember 2000, Michailidis, C-441/98, ECLI:EU:C:2000:479, Rn. 33 ff.; Urteil des Gerichtshofs vom 6. September

ENTWURF

Nichtvorliegen eines Kartells für gewöhnlich zu einer Preissteigerung. Unmittelbare oder mittelbare Abnehmer sollten jedoch keinen Ersatz für diese Auswirkungen erhalten. Somit ist es bei der Erstellung eines kontrafaktischen Szenarios erforderlich, dieses auf Faktoren zu überprüfen, die nicht mit der Zuwiderhandlung zusammenhängen.⁵¹

- (64) Da das kontrafaktische Szenario hypothetisch ist, kann es nicht direkt beobachtet werden. Wie nachstehend beschrieben, wurden in den Wirtschaftswissenschaften und der Rechtsprechung verschiedene Methoden und Techniken entwickelt, um kontrafaktische Szenarien zu erstellen. Diese Methoden und Techniken unterscheiden sich hinsichtlich der zugrunde liegenden Annahmen und der Vielfalt der erforderlichen Daten.
- (65) Die Auswahl der Technik für einen bestimmten Fall hängt in der Regel von einer Reihe verschiedener Aspekte ab. Wie vorstehend in Abschnitt 2 dargelegt, müssen die nationalen Gerichte den Effektivitäts- und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einhalten, wenn sie den Teil des abgewälzten Preisaufschlags schätzen. Darüber hinaus müssen nationale Gerichte ihre Beurteilung im Rahmen ihrer Befugnis zur Schätzung erstens auf mit zumutbarem Aufwand zugängliche Informationen stützen, und zweitens einen plausiblen Näherungswert für die Summe oder den Teil der Schadensabwälzung anstreben.
- (66) Wenn der Kläger und der Beklagte zum Beispiel verschiedene Methoden heranziehen und die Anwendung dieser Methoden zu widersprüchlichen Ergebnissen führt, ist es normalerweise nicht angemessen, die geschätzte Schadensabwälzung mit dem Durchschnitt beider Ergebnisse anzusetzen oder die beiden widersprüchlichen Ergebnisse in der Annahme, dass sie sich gegenseitig aufheben, nicht zu berücksichtigen. Wie im Praktischen Leitfaden erwähnt, wäre es stattdessen angemessen, die Gründe für die abweichenden Ergebnisse zu untersuchen und die Stärken und Schwächen beider Methoden und ihrer jeweiligen Umsetzung zu berücksichtigen.⁵²
- (67) In den folgenden Abschnitten wird eine Übersicht über die verschiedenen Techniken zur Schätzung der durch die Schadensabwälzung verursachten Preis- und Mengeneffekte gegeben. Wie nachstehend erklärt, unterscheiden sich die Techniken hinsichtlich ihrer Komplexität und der erforderlichen Daten, von Analysen auf der Grundlage qualitativer Beweismittel einerseits hin zu ökonomischen Techniken⁵³ auf der Grundlage quantitativer Daten andererseits. Der Schätzungsansatz muss gemäß dem Äquivalenz- und dem Effektivitätsgrundsatz in jedem Fall im Einklang mit den anwendbaren Vorschriften des nationalen Rechts stehen.⁵⁴

(2)

2011, *Lady & Kid u. a.*, C-398/09, ECLI:EU:C:2011:540. Der Generalanwalt wies in einem Urteil des Gerichtshofs vom 9. Dezember 2003, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik*, C-129/00, ECLI:EU:C:2003:319, Rn. 78, darauf hin, dass ein kontrafaktisches Szenario erforderlich wäre, um zu zeigen, wie die Preise sich auf den nachgelagerten Vertriebsstufen ohne die ursprünglichen Preisaufschläge entwickelt hätten.

(51) Siehe die entsprechende Diskussion in Randnummer (77).

(52) Siehe auch Praktischer Leitfaden, Randnummer 125.

(53) Das Konzept der ökonomischen Techniken wird in Abschnitt 4.3 sowie in Anhang 2 näher erläutert.

(54) Siehe vorstehende Randnummer (7).

ENTWURF

- (68) In diesem Zusammenhang gibt es keine Technik, die grundsätzlich in allen Fällen anderen Techniken überlegen wäre. Ein Beispiel ist die Verwendung ökonomischer Techniken. In den meisten Fällen kann der Einsatz solcher Techniken den Grad der Genauigkeit einer Schätzung erhöhen. Diese Techniken erfordern jedoch in der Regel eine große Menge an Daten, die möglicherweise nicht immer verfügbar sind. So können die Sammlung von Daten und deren wirtschaftliche Analyse erhebliche Kosten verursachen, die unter Umständen nicht in einem angemessenen Verhältnis zur Höhe des in Rede stehenden Schadensersatzes stehen.
- (69) Bei den in diesem Zusammenhang zu berücksichtigenden Kosten handelt es sich unter Umständen nicht nur um diejenigen, die anfallen, wenn die Partei, die die Beweislast trägt, eine bestimmte Methode anwendet, sondern auch um die Kosten, die der anderen Partei bei der Widerlegung eines Vorbringens entstehen, die Kosten Dritter und die Kosten des Justizsystems, wenn das Gericht die Schadensabwälzung schätzt, einschließlich der Kosten eines wirtschaftlichen Sachverständigen, der gegebenenfalls vom Gericht ernannt wird. Wenn die vorstehend genannten Kosten zu hoch sind, kann dies die Ausübung des Rechts auf vollständigen Schadensersatz praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren⁵⁵.
- (70) Bei der Schätzung der Auswirkungen der Schadensabwälzung können die nationalen Gerichte auch einzelne für den Fall relevante unmittelbare Beweismittel verwenden. Dies können zum Beispiel interne oder andere qualitative Dokumente sein, die der unmittelbare oder mittelbare Abnehmer in Bezug auf den Zusammenhang zwischen den Preisaufschlägen und den Veränderungen seiner Preise vorgelegt hat. Wenn diese Art von Beweismitteln verfügbar ist, erachtet das Gericht es möglicherweise als ausreichend, die Auswirkungen der Schadensabwälzung (Preis- und Mengeneffekte) zu schätzen, indem es qualitative Beweismittel berücksichtigt oder die quantitativen Daten ohne die Verwendung einer Regressionsanalyse anpasst. Daher kann die Verfügbarkeit qualitativer Beweismittel eine wichtige Rolle spielen bei der Entscheidung eines Gerichts darüber, ob oder welche der quantitativen Techniken, die in den folgenden Abschnitten dargestellt werden, von einer Partei im Hinblick auf die Einhaltung des erforderlichen Beweismaßes nach anwendbarem Recht verwendet werden können.⁵⁶
- (71) Wie in Abbildung 5 in Anhang 1 erläutert, ergeben sich die drei Bestandteile des Schadens aus den Preisaufschlägen, dem durch die Schadensabwälzung verursachten Preiseffekt und dem durch die Schadensabwälzung verursachten Mengeneffekt. Richter und wirtschaftliche Sachverständige können sich auch für die sequenzielle Schätzung der drei Bestandteile des Schadensersatzes entscheiden. Der erste Schritt ist die Ermittlung oder Schätzung des Preisaufschlags. Eine Reihe verschiedener Methoden kann zur Schätzung dieses Effektes herangezogen werden. Die Methoden werden im Praktischen Leitfaden genauer erläutert.
- (72) Der zweite Schritt beinhaltet die Schätzung des Umfangs des durch die Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts. Das Ausmaß dieses Effekts kann

(55) Die Bedeutung des Effektivitätsgrundsatzes wird auch im Praktischen Leitfaden im Zusammenhang mit der Schätzung von Preisaufschlägen betont.

(56) Dies wird auch im Praktischen Leitfaden, Randnummer 14, dargelegt.

ENTWURF

unmittelbar geschätzt werden, indem ähnliche Methoden wie bei der Ermittlung des Preisaufschlags verwendet werden, oder, wenn bestimmte Annahmen erfüllt sind, mittelbar durch Schätzung der Geschwindigkeit, mit der die Steigerung der betroffenen Inputkosten hätte abgewälzt werden sollen und Kombination dieser Schätzung mit Informationen über Preisaufschlag und Absatz. In den Abschnitten 4.3.1 bis 4.3.2 wird ein Überblick über die verschiedenen Ansätze zur Ermittlung dieser Effekte gegeben.

- (73) In einem dritten Schritt werden die durch die Schadensabwälzung verursachten Mengeneffekte geschätzt. Der Mengeneffekt kann wie der durch die Schadensabwälzung verursachte Preiseffekt unmittelbar oder mittelbar geschätzt werden. In den Abschnitten 4.4.2 und 4.4.3 werden unterschiedliche Ansätze zur Ermittlung dieser Effekte dargelegt.
- (74) Auch andere Ansätze wie der ganzheitliche Ansatz, bei dem die Schadensabwälzung und die Mengeneffekte gleichzeitig berücksichtigt werden, können verwendet werden, um Schäden in Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten im Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht zu ermitteln.

4.2. Für die Ermittlung der Auswirkungen der Schadensabwälzung erforderliche Daten und Informationen

- (75) Wie in Abschnitt 2.2 erläutert, sind in der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen Vorschriften zur Offenlegung von Beweismitteln festgelegt, um die wirksame Ausübung von Rechten zu gewährleisten und den Grundsatz der Waffengleichheit zu wahren. Daten und Informationen, die den Parteien oder Dritten vorliegen, sind wichtige Faktoren bei der Durchführung von soliden wirtschaftlichen Analysen der Schadensabwälzung. Daher kann es bei der Ermittlung des durch die Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts sinnvoll sein, zunächst festzustellen, ob Daten erforderlich und verfügbar sind.
- (76) Wie vorstehend erwähnt, ist das zentrale Wirtschaftsprinzip bei der Schätzung der Schadensabwälzung in diesem Zusammenhang der Vergleich des tatsächlichen Szenarios mit dem Szenario, das ohne die Zuwiderhandlung bestanden hätte. Daher sollte die Sammlung von Daten und Informationen darauf abzielen, quantitative und qualitative Beweismittel zusammenzutragen, die für die Erstellung des kontrafaktischen Szenarios relevant sind.
- (77) Die Auswahl der Art der für die Schätzung der Schadensabwälzung relevanten Daten erfordert in der Regel eine gute Kenntnis der betreffenden Branche und der vorherrschenden Marktmerkmale in dem jeweiligen Fall. Aus diesem Grund kann es sinnvoll sein, zunächst Dokumente in Betracht zu ziehen, die die Plausibilität eines tatsächlichen Vorliegens der Schadensabwälzung zeigen, wie zum Beispiel bereits ergangene Gerichtsurteile, parallele Zivilverfahren auf derselben oder einer anderen Vertriebsstufe desselben Marktes, Marktstudien oder Beschlüsse von Wettbewerbsbehörden, die die Marktdynamik beschreiben.
- (78) Wie bereits dargelegt, muss das Gericht unter Umständen sowohl qualitative als auch quantitative Beweismittel berücksichtigen. Qualitative Beweismittel, wie zum Beispiel interne Dokumente zur Preisfestsetzung, zur Strategie, zu Verträgen und zur Finanzberichterstattung, können im Kontext der Wirtschaftstheorie analysiert

ENTWURF

werden. Sie können auch Aufschluss darüber geben, ob es Beweise für oder einen Zusammenhang zwischen der Preisfestsetzung auf nachgelagerten Vertriebsstufen und dem durch die Zuwiderhandlung verursachten Preisaufschlag auf vorgelagerten Vertriebsstufen gibt.

- (79) Um jedoch ein kontrafaktisches Szenario erstellen und den Fall auf unterschiedliche Faktoren prüfen zu können, die die Schadensabwälzung beeinflussen, benötigen die Parteien in den meisten Fällen quantitative Beweismittel. Solche Beweismittel können Daten über tatsächliche Preise, Kosten oder Margen sowie externe Indikatoren, die Preisentscheidungen von Unternehmen beeinflussen könnten, z. B. aggregierte Maße wirtschaftlicher Aktivität (u. a. BIP-Wachstum, Inflation und Beschäftigungsquoten) umfassen. In bestimmten Fällen können regionale Variablen der wirtschaftlichen Aktivität nützlich sein, um den Fall auf verschiedene regionale Tendenzen zu prüfen, die nicht mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen.
- (80) Das Gericht kann auch stärker unternehmens- oder branchenspezifische Faktoren, die die Preisgestaltung beeinflussen, berücksichtigen. So ist zum Beispiel in Bezug auf den hypothetischen Fall in Kasten 1 Folgendes festzustellen: Wäre im Zeitraum der Zuwiderhandlung, als der Kupferhersteller A mit seinen Wettbewerbern die Absprache über die Festlegung der Preise für Kupfer als Hauptinput für den Kabelbaumhersteller B traf, auch Kunststoff ein wesentliches Input für die Herstellung von Kabelbäumen gewesen, so hätte B eine Steigerung der Kunststoffpreise, die nicht Gegenstand einer Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht war, wahrscheinlich ebenfalls an seine Kunden weitergegeben. In diesem Fall könnte bei einer Schätzung der Schadensabwälzung, die die Auswirkungen der Kunststoffpreissteigerung nicht berücksichtigt, die Schadensabwälzung des Preisaufschlags überschätzt werden, da fälschlicherweise die gesamte Preissteigerung auf die Zuwiderhandlung zurückgeführt wird. Eine ähnliche Argumentation gilt für mögliche Senkungen anderer Inputkosten, die, wenn sie nicht berücksichtigt und auf nachgelagerte Vertriebsstufen abgewälzt werden, die Schätzung der Abwälzung von Preisaufschlägen durch das Kartell künstlich verringern würden.
- (81) Die Relevanz der Daten hängt nicht nur von der angewendeten Methodologie oder Technik, sondern unter Umständen auch von dem jeweiligen Fall ab. Die verschiedenen Anforderungen in Bezug auf die einzelnen Methoden werden nachstehend genauer beschrieben. In den folgenden Beispielen liegt der Schwerpunkt der Anwendung der Methoden auf dem Preis. Abhängig von der Verfügbarkeit der Daten und den Umständen des betreffenden Falls kann das Gericht dieselben Methoden auch zur Schätzung anderer wirtschaftlicher Variablen, wie z. B. der Gewinnmargen oder der Höhe der Kosten eines Unternehmens, heranziehen. Die zum Vergleich des betroffenen Marktes mit dem kontrafaktischen Szenario verwendeten Daten können sich auf den gesamten Markt beziehen (z. B. den durchschnittlichen Preis von Kabelbäumen für alle Kunden in anderen sachlichen oder räumlichen Märkten) oder auf bestimmte Kunden oder Kundengruppen.
- (82) Wenn ein Gericht die Offenlegung von Daten nach nationalem Recht anordnet, muss es die Grundsätze der Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit gemäß der

ENTWURF

Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen berücksichtigen.⁵⁷ Im Einklang mit diesen Grundsätzen kann ein Gericht z. B. die Verfügbarkeit, die Menge und die Kosten der Bereitstellung und gegebenenfalls Bereinigung von Daten⁵⁸ oder allgemeiner den Zeitaufwand berücksichtigen.

- (83) In vielen Fällen, in denen die Abwälzung von Preisaufschlägen beurteilt wird, werden auch wirtschaftliche Sachverständige bei Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten herangezogen. Die Vorschriften zu von Sachverständigen beigebrachten Beweismitteln unterscheiden sich deutlich zwischen den Mitgliedstaaten.⁵⁹ Dennoch können Orientierungshilfen zu allgemeinen Grundsätzen und Werkzeugen, die bei der Heranziehung wirtschaftlicher Sachverständiger relevant sind, sich für nationale Gerichte als hilfreich erweisen. Die nationalen Gerichte sollten nationale Verfahren in jedem Fall so anwenden, dass Beweismittel in Form von Sachverständigenaussagen so behandelt werden, dass die wirksame und verhältnismäßige Anwendung des EU-Rechts gewährleistet ist.
- (84) Das Gericht kann früh im Verfahren einen Austausch zwischen den Sachverständigen fördern, die die beteiligten Parteien vertreten. Ein solcher Austausch kann darauf abzielen, die Bereiche einzugrenzen, in denen Einverständnis bzw. kein Einverständnis über die für den Fall relevanten Fragen besteht, einschließlich der Fragen, die sich auf die Offenlegungsanforderungen beziehen. Ein Beispiel für einen solchen Ansatz ist in Kasten 3 zu finden.

Kasten 3: Beispiel für einen Fall, in dem von wirtschaftlichen Sachverständigen beigebrachte Beweismittel verwendet wurden⁶⁰

In einem vor einem Gericht des Vereinigten Königreichs anhängigen Fall hatten wirtschaftliche Sachverständige beider Seiten (des Rechtsverletzers und des Klägers) ihre eigene spezifische Methode zur Schätzung der Schadensabwälzung vorgeschlagen. Der Richter äußerte Bedenken in Bezug auf die mögliche Komplexität der Beweismittel der Sachverständigen der Parteien und rief die Sachverständigen dazu auf, eine Einigung über den zu verwendenden Ansatz bezüglich der wirtschaftlichen Beweismittel für die Schadensabwälzung zu erzielen, bevor eine Offenlegung angeordnet wurde. Sollten die Sachverständigen keine Einigung erzielen, würde der Richter die Vorbringen über die jeweiligen Ansätze einschließlich einer Erklärung der Vorschläge der Sachverständigen, der erforderlichen Informationen und der Kosten der Durchführung, anhören und dann entscheiden, welche Methode angewendet werden sollte.

(57) Siehe Randnummern (26) und (27).

(58) Die Datenbereinigung bezieht sich auf den Prozess der Erkennung und Beseitigung von logischen Inkonsistenzen in den Daten.

(59) So greifen die Gerichte in Frankreich, den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich in großem Maße unmittelbar auf die Unterstützung von durch die Parteien ernannten wirtschaftlichen Sachverständigen zurück. In anderen Mitgliedstaaten wie Belgien, Dänemark, Deutschland, Ungarn und Italien ernennen die Gerichte in vielen Fällen selbst Sachverständige. Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsvorschriften bestehen auch in Bezug auf die Frage, gegenüber wem der Sachverständige eine Verpflichtung hat. In einigen Mitgliedstaaten wie dem Vereinigten Königreich und Irland ist der Sachverständige gegenüber dem Gericht verpflichtet, auch wenn seine Gebühren von den Parteien getragen werden. In Spanien sind durch die Parteien ernannte Sachverständige zu Objektivität und Unabhängigkeit verpflichtet, während es in Mitgliedstaaten wie Deutschland und Italien keine solche ausdrückliche Anforderung gibt.

(60) Urteil des High Court of England and Wales, Emerald Supplies/British Airways Plc, HC-2008-000002.

- (85) In bestimmten Rechtsordnungen können nationale Gerichte wirtschaftliche Sachverständige ernennen, die die Richter bei der Schätzung der Schadensabwälzung unterstützen; dieser Ansatz kam traditionell bei der Schätzung des ursprünglichen Preisaufschlags zur Anwendung. Wie nachstehend erklärt, kann das Gericht bei der Schätzung der Schadensabwälzung einen ähnlichen Ansatz anwenden, z. B. indem es auf sogenannte Vergleichsmethoden zurückgreift. Die bei der Schätzung von Preisaufschlägen mit dem Einsatz von durch das Gericht ernannten Sachverständigen gemachten Erfahrungen können demnach auch für die Schätzung der Schadensabwälzung relevant sein. Ein Beispiel für einen Ansatz, bei dem das Gericht einen wirtschaftlichen Sachverständigen ernannt hat, ist Kasten 4 zu entnehmen.

Kasten 4: Beispiel eines Falles⁶¹, in dem das Gericht einen wirtschaftlichen Sachverständigen ernannt hat

In diesem Fall wurde ein wirtschaftlicher Sachverständiger vom Gericht ernannt. Aufgabe des Sachverständigen war es, eine Methode vorzuschlagen und die Preisaufschläge anschließend zu ermitteln. Als ersten Schritt schlug der Sachverständige eine empirische Methode zur Schätzung der Preisaufschläge vor. Der durch den Sachverständigen vorgeschlagene Ansatz wurde schriftlich und in Anhörungen diskutiert, bevor das Gericht darüber entschied, welcher Ansatz angewendet werden sollte.

Im nächsten Schritt wurde die gewählte Methode angewendet und die Preisaufschläge wurden berechnet. Die den Berechnungen zugrunde liegenden Daten wurden dem Gericht und den Parteien vorgelegt.

Der dritte Schritt bestand in einer Soliditätsprüfung, im Rahmen derer verschiedene Parteien (die Beklagten, der Staatsanwalt und die nationale Wettbewerbsbehörde) die Gelegenheit erhielten, Stellung zu nehmen und Fragen zu stellen. Die Stellungnahmen flossen in eine endgültige Bewertung ein, die dem Gericht vorgelegt wurde. In der endgültigen Bewertung wurden auch die Plausibilität der geschätzten Ergebnisse, die Solidität der geschätzten Auswirkungen und die Qualität der zugrunde liegenden Daten berücksichtigt.

- (89) In Fällen, in denen die wirtschaftlichen Sachverständigen, die die Parteien vertreten, unterschiedliche Meinungen über die anzuwendende Methode zur Schätzung der Schadensabwälzung haben, kann das nationale Gericht auch bei der nationalen Wettbewerbsbehörde Rat darüber einholen, welche Methode zu verwenden ist.⁶² Darüber hinaus kann ein nationales Gericht sich bei der Bewertung des Grades der Schadensabwälzung grundsätzlich auch auf

(61) Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. Juni 2009, Zement, VI-2a Kart 2 – 06/08.

(62) Nach Artikel 17 Absatz 3 der Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen kann eine nationale Wettbewerbsbehörde auf Antrag eines nationalen Gerichts dem jeweiligen nationalen Gericht bei der Ermittlung der Höhe des Schadensersatzes behilflich sein, wenn die nationale Wettbewerbsbehörde dies für sinnvoll hält.

ENTWURF

Informationen aus der Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde stützen, z. B. bezüglich des ursprünglichen Preisaufschlags.⁶³

- (90) Die Schätzung der durch Schadensabwälzung verursachten Preiseffekte basiert auf einer Analyse der Finanzinformationen oder -daten von Unternehmen. Solche Daten sind oft historisch, in manchen Fällen können die betreffenden Daten jedoch auch unter das Geschäftsgeheimnis der an dem betreffenden Fall beteiligten Parteien fallen und werden somit als vertraulich angesehen. Wie jedoch vorstehend in Abschnitt 2 erklärt, kann das Gericht die Offenlegung von Beweismitteln, die vertrauliche Informationen enthalten, anordnen, sofern die Gerichte über Maßnahmen zum Schutz vertraulicher Informationen verfügen.

4.3. Ermittlung und Schätzung der durch die Schadensabwälzung verursachten Preiseffekte

- (91) Bei der Schätzung des durch Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts können nationale Gerichte sich auf verschiedene Arten von wirtschaftlichen Ansätzen zur Ermittlung stützen, insbesondere den unmittelbaren Ansatz, wie nachstehend in den Randnummern (92) ff. beschrieben, aber auch den mittelbaren Ansatz,⁶⁴ wie nachstehend in den Absätzen 4.3.2.1 ff. beschrieben.

4.3.1. Unmittelbare Ansätze – Vergleichsmethoden

- (92) Der durch Schadensabwälzung verursachte Preiseffekt auf verschiedenen Vertriebsstufen kann durch eine unmittelbare Schätzung der Preissteigerungen oder Margenänderungen berechnet werden, die sich als Folge des ursprünglichen Preisaufschlags ergeben haben.
- (93) Der Vorteil von Vergleichsmethoden liegt darin, dass sie reale Daten verwenden, die auf demselben oder einem ähnlichen Markt beobachtet wurden.⁶⁵ Sie stützen sich auf die Tatsache, dass das Vergleichsszenario als repräsentativ betrachtet werden kann für das Szenario, bei dem keine Zuwiderhandlung vorliegt. Ob der Grad der Ähnlichkeit zwischen dem Markt, auf dem die Zuwiderhandlung begangen wurde, und den Vergleichsmärkten als ausreichend beurteilt wird, damit die Ergebnisse des Vergleichs bei der Ermittlung der Schadensabwälzung verwendet werden können, hängt von den nationalen Rechtssystemen ab.⁶⁶

(63) In einem Urteil des Handelsgerichts Nanterre von 2006, Arkopharma/Group Hoffman La Roche, 2004FO22643, berief sich ein französisches Gericht in Bezug auf die Auswirkungen des Kartells auf den Markt und die Verbraucher auf die Feststellungen der Europäischen Kommission im Fall Vitamins, COMP/E-1/37.512, und untermauerte damit die Schlussfolgerung, dass eine Schadensabwälzung an die Verbraucher wahrscheinlich erfolgt sei.

(64) Der mittelbare Ansatz stützt sich unter anderem auf die starke Annahme, dass Veränderungen der Inputkosten in gleicher Höhe abgewälzt werden, unabhängig von der Relevanz der Inputkosten und dem Umfang der Veränderungen solcher Inputkosten. Wie nachstehend in Randnummer (134) beschrieben, sollte die mittelbare Methode in der Regel nur verwendet werden, wenn die Annahme angesichts der Tatsachen des Falles plausibel ist.

(65) Diese Tatsache wird im Praktischen Leitfaden, Randnummer 37, und der dort angeführten Rechtsprechung zur Schätzung von Preisaufschlägen angeführt. Ein deutsches Gericht führt, ebenfalls im Zusammenhang mit der Schätzung von Preisaufschlägen, an, dass Vergleichsmethoden gegenüber anderen Methoden vorzuziehen sein können, siehe Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf von 2009, VI-2a Kart 2 – 06/08, Rn. 469 ff.

(66) Der Praktische Leitfaden behandelt diese Frage im Zusammenhang mit der Beurteilung der Preisaufschläge, siehe zum Beispiel Randnummern 37 sowie die Randnummern 59-95.

4.3.1.1. Methoden

- (94) Bei der Schätzung des durch Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts mithilfe der unmittelbaren Methode können nationale Gerichte verschiedene Ansätze verwenden. Das Gericht kann abhängig von der Datenverfügbarkeit die durch die Kostensteigerungen verursachten Preissteigerungen auf nachgelagerten Vertriebsstufen des Marktes unmittelbar schätzen oder anhand von Margendaten darauf schließen.⁶⁷ Wenn der erste Ansatz verwendet wird, kann das Gericht die Unterschiede zwischen den beobachteten und den kontrafaktischen Preisen schätzen, indem es dieselben Methoden verwendet, die auch bei der Berechnung des ursprünglichen Preisaufschlags verwendet wurden, d. h. Vergleichsmethoden zur Ermittlung des Preisaufschlags.
- (95) Wie vorstehend erläutert, sollte im Rahmen der Techniken und Methoden bei der Schätzung der Schadensabwälzung geprüft werden, ob Faktoren vorliegen, die nicht mit der Zuwiderhandlung zusammenhängen. Ideal wäre ein Vergleich des betroffenen Marktes mit demselben Markt, jedoch ohne die Zuwiderhandlung. Wie im Praktischen Leitfaden dargelegt, ist es in der Regel allerdings nicht möglich, genau festzustellen, wie ein Markt sich ohne die Zuwiderhandlung entwickelt hätte. Aus diesem Grund muss in der Praxis ein „ähnlicher“ Markt als Vergleich herangezogen werden.
- (96) Vergleichsmärkte können sich in zweifacher Hinsicht von dem Zuwiderhandlungsmarkt unterscheiden, entweder in Bezug auf die Zeit- oder auf die Warendimension. Bei einem zeitlichen Vergleich wird der Zuwiderhandlungsmarkt mit sich selbst zu einem anderen Zeitpunkt verglichen. Bei einem Marktvergleich wird der Zuwiderhandlungsmarkt entweder mit demselben Markt in einem anderen räumlichen Gebiet oder mit einem anderen sachlichen Markt, von dem angenommen wird, dass er sich in ähnlicher Weise entwickelt wie der Zuwiderhandlungsmarkt, verglichen.⁶⁸
- (97) Die Methode, die im Idealfall verwendet werden sollte, verbindet diese beiden Dimensionen, d. h. die zeitliche *und* die Marktdimension. Diese Methode wird als „Differenz-der-Differenzen-Methode“ bezeichnet. Dabei wird die Entwicklung der betreffenden wirtschaftlichen Variablen auf dem von der Schadensabwälzung betroffenen Markt während eines bestimmten Zeitraums (Unterschiede im Laufe der Zeit auf dem Schadensabwälzungsmarkt) betrachtet und mit der Entwicklung derselben Variable während desselben Zeitraums auf einem nicht betroffenen Vergleichsmarkt (z. B. einem anderen räumlichen Markt) verglichen.
- (98) Um zu zeigen, wie diese Methode angewendet werden kann, ist es hilfreich, die stilisiert dargestellten Beispiele des Kupferkartells in Abbildung 1 und Abbildung 3 zu betrachten.
- (99) Wenn in einem hypothetischen Fall angenommen wird, dass Automobilhersteller C₁ in Mitgliedstaat 1 (mittelbarer Abnehmer) wie in

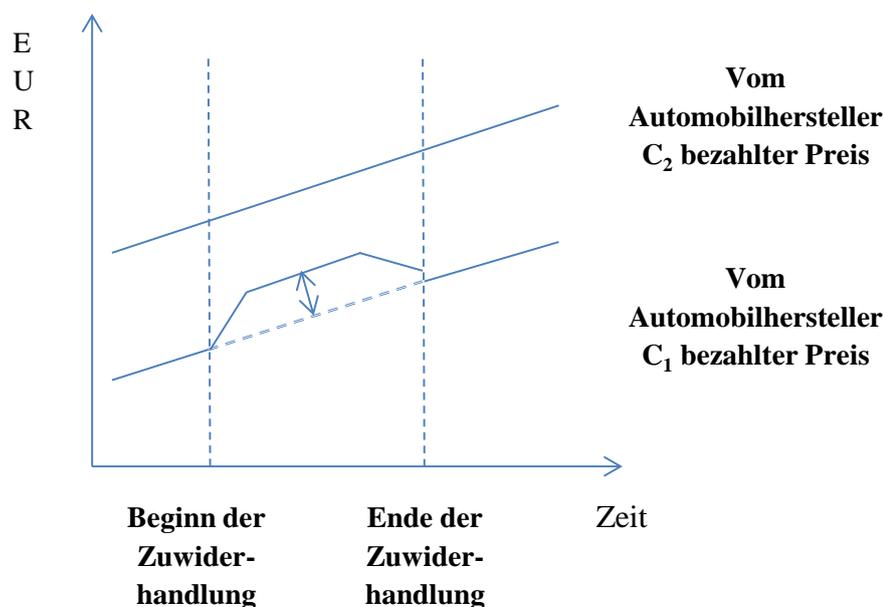
(67) Der Ansatz, bei dem die Margendaten verwendet werden, wird nachstehend im Abschnitt über die Schätzung des Mengeneffekts genauer erläutert.

(68) Wenn für ein kontrafaktisches Szenario Vergleichsmärkte in anderen Ländern berücksichtigt werden, sollten die nationalen Gerichte auch mögliche Unterschiede in den Rechtsvorschriften beachten. Dies ist besonders wichtig bei geregelten Märkten, so z. B. im Pharmazie- oder Energiebereich.

ENTWURF

Randnummer (19) erläutert Schadensersatz von Kupferhersteller A_1 (Rechtsverletzer) verlangt, werden sämtliche von C_1 erlittene Schäden durch die Abwälzung des Preisaufschlags durch den Kabelbaumhersteller B_1 verursacht. Bei der Verwendung der „Differenz-der-Differenzen-Methode“ würde die Entwicklung des von Automobilhersteller C_1 in Mitgliedstaat 1 (dem Markt mit durch Schadensabwälzung verursachten Preiseffekten) gezahlten Preises während eines bestimmten Zeitraums beurteilt und mit der Entwicklung des von Automobilhersteller C_2 in Mitgliedstaat 2 (nicht von der Zuwiderhandlung betroffen und somit ohne durch Schadensabwälzung verursachte Preiseffekte) gezahlten Preises während desselben Zeitraums verglichen. Dieser Vergleich zeigt die Preisunterschiede im Laufe der Zeit auf. Somit können die Änderungen des von dem Automobilhersteller gezahlten Preises unter Ausschluss aller Faktoren, die die Märkte in Mitgliedstaat 1 und Mitgliedstaat 2 auf dieselbe Weise beeinflusst haben, geschätzt werden. Mithilfe dieser Methode kann folglich der durch die Schadensabwälzung verursachte Preiseffekt von anderen Einflüssen auf den Preis von Kabelbäumen, die in beiden Märkten auftreten, isoliert werden. Dieser Ansatz wird nachstehend in Abbildung 1 veranschaulicht.

Abbildung 1 Darstellung der Differenz-der-Differenzen-Methode



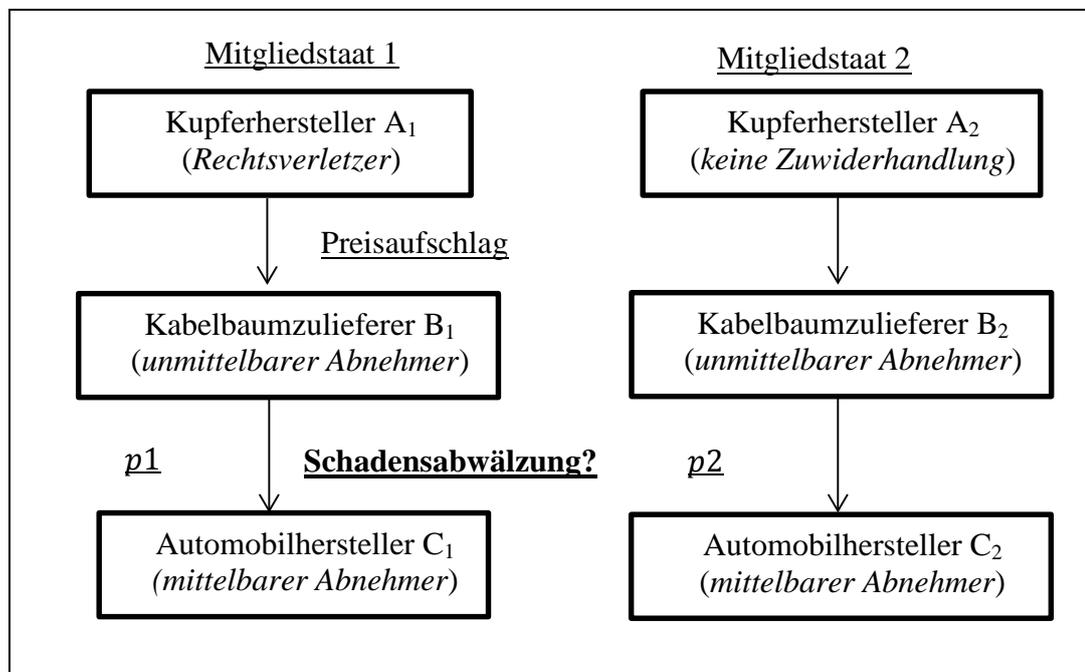
- (100) Die Methode kann mithilfe eines einfachen Beispiels in Anlehnung an das in Randnummer (6) angeführte Kupferkartellbeispiel dargestellt werden. Angenommen, ein „Vorher-während-nachher“-Vergleich ergibt in Mitgliedstaat 1 (wo die Zuwiderhandlung und die Schadensabwälzung auftraten) eine Steigerung der Stückpreise von Kabelbäumen um 100 EUR im Zeitraum von 2005 bis 2010. Die Betrachtung des nicht betroffenen Marktes in Mitgliedstaat 2 während desselben Zeitraums zeigt, dass die Stückpreise von Kabelbäumen nur um 10 EUR angestiegen sind, und zwar aufgrund einer Steigerung bei anderen Inputkosten, z. B. Kunststoff. Angenommen, die höheren Inputkosten (von Kunststoff) betreffen auch Mitgliedstaat 1, so würde sich aus dem Vergleich der unterschiedlichen Preiseentwicklungen bei Kabelbäumen in Mitgliedstaat 1 und 2 die durch die

ENTWURF

Abwälzung von Preisaufschlägen verursachte Preissteigerung ergeben. Dies wären in diesem Beispiel 90 EUR.

- (101) Eine wichtiger Vorteil dieser Methode besteht folglich darin, dass Veränderungen, die nicht mit dem durch Schadensabwälzung verursachten Preiseffekt im Zusammenhang stehen, aber in demselben Zeitraum wie die Schadensabwälzung erfolgt sind, herausgefiltert werden können. Die Methode stützt sich jedoch auf die Annahme, dass andere Faktoren, wie im vorstehenden Beispiel der Kunststoffpreis, beide Märkte in ähnlicher Weise beeinflussen. Ist dies nicht der Fall, kann eine ökonometrische Umsetzung der Differenz-der-Differenzen-Methode erforderlich sein. Die entsprechenden Ansätze werden nachstehend näher beschrieben.
- (102) Wie im Praktischen Leitfaden⁶⁹ dargelegt, können auch andere Methoden zur Erstellung eines kontrafaktischen Szenarios verwendet werden. Sie sind besonders hilfreich, wenn keine historischen Daten zu Preisen auf dem Zuwerhandlungsmarkt oder auf dem Vergleichsmarkt verfügbar sind. Es gibt Fälle, in denen es nicht möglich ist, Preisentwicklungen auf dem Vergleichs- oder dem Zuwerhandlungsmarkt im Laufe der Zeit zu beobachten. In diesen Fällen kann eine weitere Vergleichsmethode verwendet werden, nämlich eine Methode, die verschiedene räumliche Märkte vergleicht. Wie zum Beispiel nachstehend in Abbildung 2 dargestellt, kann ein nationales Gericht einen Vergleich der von Automobilhersteller C₁ während des Zuwerhandlungszeitraums in Mitgliedstaat 1 (*p1*) gezahlten Preise mit den von ähnlichen Automobilherstellern gezahlten Preisen in Mitgliedstaat 2, d. h. in einem anderen räumlichen Markt, der nicht von der Zuwerhandlung betroffen ist (*p2*), anstellen. Diese Methode wird als Marktvergleich bezeichnet.⁷⁰

Abbildung 2 Vergleichsmethoden zur Ermittlung der Schadensabwälzung

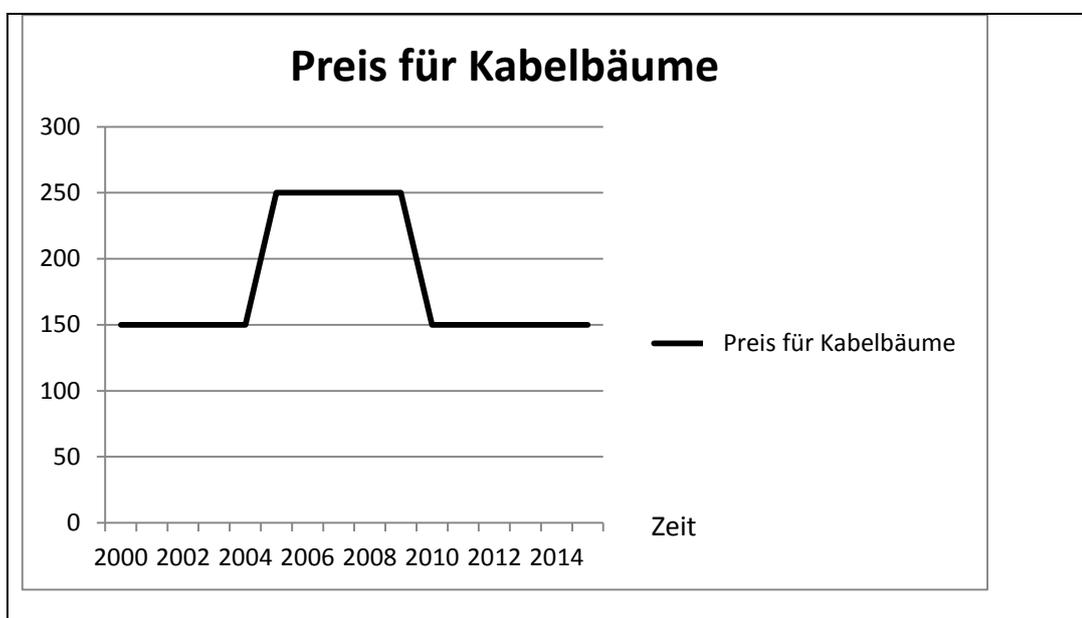


(69) Siehe Praktischer Leitfaden, Randnummern 49 ff.

(70) Diese Methode kommt häufig zum Einsatz, um den ursprünglichen Preisaufschlag bei Schadensersatzklagen zu beurteilen, siehe zum Beispiel die in Fußnote 45 des Praktischen Leitfadens angeführten Fälle.

- (103) Wenn p_1 höher als p_2 ist, deutet dies auf einen Preiseffekt durch Schadensabwälzung von Kabelbaumzulieferer B_1 auf Automobilhersteller C_1 in Mitgliedstaat 1 hin. Dieselbe Art von Vergleich kann auch in Bezug auf andere wirtschaftliche Variablen angestellt werden, z. B. Margen oder Absatzmengen.
- (104) Es kann sein, dass kein anderer sachlicher Markt zu finden ist, der dem Zuwiderhandlungsmarkt ausreichend ähnelt, um einen Marktvergleich zu erlauben. Eine weitere Vergleichsmethode, die zum Einsatz kommen kann, ist der zeitliche Vergleich von Preisen auf demselben Markt, d. h. ein „Vorher-nachher-Vergleich“.⁷¹ In diesem Fall ist der Vergleichsmarkt genau derselbe sachliche Markt wie der Zuwiderhandlungsmarkt, er wird jedoch zu verschiedenen Zeitpunkten untersucht. Die Methode wird nachstehend in Abbildung 3 dargestellt.

Abbildung 3: Vergleichsmethoden zur Ermittlung der Schadensabwälzung – zeitlicher Vergleich⁷²



- (105) In diesem Beispiel wird angenommen, dass die rechtswidrige Preisfestsetzung in der Kupferbranche fünf Jahre von 2005 bis 2010 dauerte. In diesem Zeitraum⁷³ wurde der ursprüngliche Preis aufschlag auf den Automobilhersteller C abgewälzt. Bei der Anwendung dieser Methode wird der vom Automobilhersteller im Zuwiderhandlungszeitraum gezahlte Preis mit dem vom Automobilhersteller in einem zuwiderhandlungsfreien Zeitraum ohne Schadensabwälzung, z. B. 2003 und 2004, gezahlten Preis verglichen. Ein Beispiel für einen Fall, in dem ein Kläger diesen Ansatz anwendete, wird nachstehend in Kasten 5 angeführt.

(71) Siehe Praktischer Leitfaden, Randnummern 38-48.

(72) Der Einfachheit halber zeigt diese Grafik nur den durch die Zuwiderhandlung verursachten Preiseffekt. In einem realen Szenario werden die Preise auch durch andere Faktoren als den Grad der Schadensabwälzung beeinflusst, z. B. durch Inflation oder andere Kostenschocks.

(73) Es sei jedoch angemerkt, dass die Frage der verzögerten Schadensabwälzung, die in Anhang 1 erwähnt wird, bei dem Vergleich von Preisen im Zuwiderhandlungszeitraum mit „Vorher-nachher-Preisen“ wichtig sein kann.

ENTWURF

(106) Bei der Anwendung der vorstehend angeführten Methoden muss geprüft werden, ob neben den durch die Zuwiderhandlung bedingten Faktoren weitere Faktoren vorliegen, die sich auf den Grad der Schadensabwälzung ausgewirkt haben könnten. Bei der Betrachtung der Frage, ob andere Märkte oder Zeiträume sich als kontrafaktische Szenarien eignen, sollte das Gericht beispielsweise auch andere, vorstehend in Abschnitt 3 (zur Wirtschaftstheorie der Schadensabwälzung) genannte Faktoren berücksichtigen, die die Schadensabwälzung beeinflussen. Darüber hinaus können auch andere Faktoren wie Unterschiede bei den Inputkosten, Inflation etc. von Markt zu Markt variieren. Für die Erstellung eines plausiblen kontrafaktischen Szenarios ist es daher wichtig, solche Faktoren zu berücksichtigen. Nachstehend werden verschiedene Techniken zur Umsetzung dieses Ansatzes beschrieben.

Kasten 5 Vorher-während-nachher-Vergleich – der deutsche Autoglas-Fall⁷⁴

Kläger in dieser Schadensersatzklage war ein mittelbarer Abnehmer der Mitglieder eines Automobilglas-Kartells. Die Mitglieder des Kartells begingen eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 AEUV und wurden von der Europäischen Kommission im Jahr 2008 mit einer Geldbuße belegt.

Die Sachverständigen des Klägers führten eine Analyse der Preisentwicklungen vor, während und nach dem Kartellzeitraum durch. Sie führten keine Regressions- oder Korrelationsanalysen durch, sondern versuchten, einen Zusammenhang zwischen dem Preis von Autoglas (der vom Kartell betroffenen Ware) und einer Autoglas-Ersatzware herzustellen, indem sie lediglich die Preisgefüge beobachteten.

Das Gericht befand jedoch, dass diese Analyse nicht in ausreichendem Maße einen unmittelbaren kausalen Zusammenhang zwischen der Preisfestsetzung der zwei vorstehend angeführten Waren zeigte. In diesem Fall wurde somit festgestellt, dass der Ansatz kein ausreichendes Beweismittel für die Feststellung einer Schadensabwälzung lieferte.

4.3.1.2. Umsetzung unmittelbarer Ansätze in der Praxis

(107) Für die Schätzung der durch Schadensabwälzung verursachten Preiseffekte auf der Grundlage des vorstehend beschriebenen unmittelbaren Ansatzes gibt es verschiedene Techniken. Bestimmte Faktoren wie z. B. eine Steigerung der Rohstoffkosten im vorstehend genannten Beispiel beeinflussen häufig nur den Vergleichsmarkt oder nur den von der Schadensabwälzung betroffenen Markt. Wie vorstehend ausgeführt sollten Anpassungen an den beobachteten Daten vorgenommen werden, um solche Einflüsse zu berücksichtigen. In Fällen, in denen der Einflussfaktor und das Ausmaß seiner Auswirkungen relativ leicht berücksichtigt werden kann, kann es sich dabei um einfache Anpassungen an den Daten handeln.

(74) Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 19. November 2015, Autoglas-Kartell Deutschland, 14d O 4/14.

ENTWURF

- (108) In bestimmten Fällen, in denen die Verfügbarkeit und die Qualität der Daten es erlauben, können Anpassungen an den Vergleichsdaten auf der Grundlage ökonomischer Techniken, insbesondere durch Anwendung der Regressionsanalyse, vorgenommen werden. Die Regressionsanalyse ist eine statistische Methode, die der Untersuchung von Mustern in der Beziehung zwischen wirtschaftlichen Variablen dient.
- (109) Bei einer Regressionsanalyse werden beobachtete Daten für die betrachtete Variable und die wahrscheinlichen Einflussvariablen mithilfe von statistischen Mitteln untersucht. Die festgestellte Beziehung wird in der Regel als Gleichung dargestellt. Diese Gleichung ermöglicht die Schätzung der Auswirkungen von Einflussvariablen auf die betrachtete Variable und ihre Isolierung von den Auswirkungen der Zuwerdung. Auf der Grundlage einer Regressionsanalyse lässt sich schätzen, wie stark die relevanten Variablen miteinander korrelieren, was in einigen Fällen ein Hinweis auf einen Kausalzusammenhang zwischen den beiden Variablen sein kann.⁷⁵
- (110) Die verschiedenen verfügbaren Techniken zur Anpassung von Vergleichsdaten werden im Praktischen Leitfaden genauer beschrieben.⁷⁶ Auf der Grundlage von Beispielen und Erläuterungen bietet der Praktische Leitfaden Orientierungshilfen zu den Konzepten, Ansätzen und Voraussetzungen für die Anwendung der verschiedenen Techniken und sollte als Grundlage für die Behandlung von Fragen zu verfügbaren Ansätzen zur Umsetzung von Vergleichsmethoden dienen.
- (111) Wie vorstehend angeführt, können auf ökonomischen Analysen basierende Techniken in bestimmten Fällen mit erheblichen Kosten verbunden sein, die möglicherweise nicht in einem angemessenen Verhältnis zu dem geforderten Schadensersatz stehen. In solchen Fällen mag das Gericht es als ausreichend erachten, die Schadensabwälzung durch die gleichzeitige Beurteilung quantitativer Daten ohne Durchführung einer Regressionsanalyse und unter Berücksichtigung qualitativer Beweismittel zu schätzen.
- (112) Im Zusammenhang mit der Schätzung der Schadensabwälzung auf der Grundlage qualitativer Beweismittel können interne Dokumente, die die Preisfestsetzungsstrategie eines Unternehmens darlegen, besonders relevant sein. Bei der Bewertung interner Dokumente sollte das Gericht sich der Tatsache bewusst sein, dass Unternehmen in verschiedenen Branchen oder sogar innerhalb derselben Branche verschiedene Preisfestsetzungsstrategien anwenden können. In einigen Fällen kann ein Unternehmen eine eindeutige Strategie oder feststehende Praxis haben, die Preisadjustierungen aufgrund von spezifischen Kostenänderungen eindeutig ausweist. In anderen Fällen strebt ein Unternehmen möglicherweise bestimmte Leistungsziele an. Der unmittelbare Abnehmer kann zum Beispiel eine spezifische Marge auf die Preise der von ihm vertriebenen Waren anwenden. Grundsätzlich weist eine solche Strategie darauf hin, dass er Kostenänderungen abwälzt.
- (113) Darüber hinaus sollte das Gericht bei der Beurteilung von Preisfestsetzungsstrategien feststellen, ob die Preisfestsetzungsstrategie des

(75) Regressionsanalysen werden im Praktischen Leitfaden, Randnummern 69 ff., eingehender erläutert.

(76) Ebenda, Kapitel II B.

ENTWURF

betreffenden Unternehmens tatsächlich umgesetzt wurde, z. B. indem es Preisinformationen prüft, um zu ermitteln, ob diese der betreffenden Preisfestsetzungsstrategie entsprechen.

- (114) Nachstehend sind Beispiele für Fälle angeführt, in denen nationale Gerichte qualitative Beweismittel berücksichtigt haben.

Kasten 6: Schätzung der Schadensabwälzung auf der Grundlage qualitativer Beweismittel – Cheminova, 2015

In diesem Urteil stellte das Gericht fest, dass ein Pestizidhersteller 50 % des ursprünglichen Preisaufschlags auf die mittelbaren Kunden abgewälzt hatte. Diese Feststellung erfolgte auf der Grundlage der Wirtschaftstheorie, der zufolge 50 % eines Preisaufschlags abgewälzt wird, wenn der unmittelbare Kunde ein Monopolist ist, der mit einer linearen Nachfrage konfrontiert ist. In diesem Fall konnte das Gericht sich auf öffentlich verfügbare Marktstudien stützen, die den Markt, auf dem der unmittelbare Kunde tätig war, als Monopolmarkt beschrieben. In einem von dem unmittelbaren Kunden vorgelegten Bericht wurde geltend gemacht, dass der Markt nicht als Monopolmarkt sondern eher als von Wettbewerb geprägt bezeichnet werden sollte. So führte der unmittelbare Kunde zum Beispiel an, dass eine Vielzahl von Waren auf diesem Markt im Wettbewerb stehe und dass moderate Marktanteile auf einen von Wettbewerb geprägten Markt hindeuteten. Aufgrund der Umstände des spezifischen Falles widersprach das Gericht jedoch dieser Auffassung.

Kasten 7: Schätzung der Schadensabwälzung auf der Grundlage qualitativer Beweismittel – DOUX Aliments, 2014

In diesem Urteil befand das Gericht, dass der Kläger das Nichtvorliegen einer Schadensabwälzung bewiesen hat. Der Preisaufschlag betraf in diesem Fall Lysin, ein Input bei der Aufzucht von Masthühnern. Das Gericht befand, dass Lysin nur 1 % der Kosten für die Masthuhnaufzucht ausmachte und eine solch geringe Kostensteigerung nicht ausreichte, um das Gericht davon zu überzeugen, dass diese Kostensteigerung auch eine Steigerung der Preise von Masthühnern bewirken würde. Das Gericht befand, dass die Preise auf andere Faktoren reagiert hätten, wie etwa den Wettbewerb mit anderen Fleischprodukten und die Nachfragemacht. Bei seiner Schlussfolgerung, dass der Preisaufschlag nicht auf die mittelbaren Einzelhändler abgewälzt wurde, berief sich das Gericht auf die Tatsache, dass die Masthühner auf einem internationalen und von Wettbewerb geprägten Markt verkauft wurden und dass die Einzelhandelsketten für Lebensmittel eine große Nachfragemacht besaßen.

- (115) In einigen Fällen nehmen die Gerichte bei der Anwendung von Vergleichsmethoden zur Schätzung von Preisaufschlägen einen sogenannten „Sicherheitsabschlag“ vor, d. h. sie ziehen von den beobachteten Datenwerten einen ausreichenden Betrag ab, um Unsicherheiten in einer Schadensschätzung zu berücksichtigen.⁷⁷ Wenn ökonometrische Analysen nicht durchführbar sind, kann

(77) Siehe auch Praktischer Leitfaden, Randnummer 95.

ENTWURF

ein solcher Ansatz auch bei der Schätzung der Schadensabwälzung angewendet werden. Das Ziel eines solchen Ansatzes wäre der Ausschluss von Auswirkungen anderer möglicher Faktoren auf die betrachtete Variable, zum Beispiel den Preis, der vom mittelbaren Kunden angeboten wird.

4.3.1.3. Herausforderungen

- (116) Bei der Schätzung des durch Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts kann das Gericht insbesondere Techniken in Betracht ziehen, mit denen so weit wie möglich geprüft werden kann, ob andere Faktoren vorliegen, die nicht mit der Zuwiderhandlung zusammenhängen. Die Differenz-der-Differenzen-Methode ist eine solche Technik. Sie erfordert Informationen oder Daten zu einem Vergleichsmarkt (zum Beispiel einem anderen räumlichen Markt) und Zeitreihendaten zu dem von der Schadensabwälzung betroffenen Marktes. Das Gericht sollte jedoch berücksichtigen, dass es mögliche Herausforderungen gibt, die die Gültigkeit von Vergleichsmethoden einschränken können.
- (117) Wie vorstehend erklärt, ähnelt der Vergleichsmarkt im Idealfall dem Zuwiderhandlungsmarkt, ist jedoch selbst nicht von der Zuwiderhandlung betroffen. Die Abnehmer auf beiden Märkten verwenden jedoch häufig denselben Input. In einem solchen Fall kann es schwierig sein, einen nicht betroffenen Vergleichsmarkt zu finden. Insbesondere, wenn sich die Zuwiderhandlung auf ein großes räumliches Gebiet erstreckt, ist es wahrscheinlich, dass Waren, die der betroffenen Ware ähneln und dasselbe Input enthalten, unter Umständen ebenfalls betroffen sind. Dies kann die Suche nach einem geeigneten Vergleichsmarkt schwierig gestalten.
- (118) Unter anderen Umständen kann der Vergleichsmarkt mittelbar von dem ursprünglichen Preisaufschlag betroffen sein. In dem stilisierten Beispiel des Kupferkartells in Abbildung 2 kauft der Kabelbaumzulieferer B_1 Kupfer vom Rechtsverletzer A_1 . Obwohl der Kabelbaumzulieferer B_2 im Vergleichsmarkt nicht beim Rechtsverletzer A_1 einkauft, können die Kabelbaumzulieferer B_2 und B_1 Wettbewerber auf denselben nachgelagerten räumlichen Märkten sein. Wenn der Kabelbaumzulieferer B_1 seine Preise infolge der ursprünglichen Zuwiderhandlung erhöht, könnten seine Wettbewerber ihre Preise deshalb ebenfalls anheben. In diesem Fall könnte der Preis, den der Kabelbaumzulieferer B_2 anbietet, mittelbar durch die Zuwiderhandlung beeinflusst worden sein und wäre somit nicht als Vergleich geeignet.⁷⁸
- (119) Was den zeitlichen Vergleich angeht, kann es sich als schwierig erweisen, mit ausreichender Genauigkeit festzustellen, in welchem Zeitraum der Markt von einer Zuwiderhandlung betroffen war. Die Parteien können die Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde vorlegen, in dem ein Zuwiderhandlungszeitraum, d. h. das Datum von Beginn und Ende der Zuwiderhandlung, angegeben wird. Dieser Zeitraum entspricht jedoch möglicherweise nicht dem Zeitraum, in dem ein Markt tatsächlich von der Zuwiderhandlung betroffen war. Es ist auch wichtig anzumerken, dass die Bestimmung der Daten des Zuwiderhandlungszeitraums oder des Zeitraums, in dem der Markt betroffen war, große Auswirkungen auf das Ergebnis der Analyse haben kann.

(78) Dieser Effekt ähnelt den vorstehend in Randnummer (35) erwähnten Preisschirmeffekten.

ENTWURF

- (120) Wie oben angeführt, ist es möglich, dass die Auswirkungen der Zuwiderhandlung nicht auf den in einer solchen Entscheidung angegebenen Zeitraum beschränkt sind.⁷⁹ Auf der einen Seite kann das durch die Wettbewerbsbehörde ermittelte Anfangsdatum, z. B. aufgrund eines Mangels an verlässlichen Beweismitteln, nach dem tatsächlichen Beginn der Zuwiderhandlung liegen. Auf der anderen Seite kann das in der Zuwiderhandlungsentscheidung angegebene Enddatum vor dem tatsächlichen Ende der Zuwiderhandlung liegen.
- (121) Die Auswirkungen einer Zuwiderhandlung sind unter Umständen nicht auf die Dauer der Zuwiderhandlung beschränkt. So ist es möglich, dass die Zuwiderhandlung den betroffenen Markt auch nach der Beendigung des nach EU-Wettbewerbsrecht verbotenen missbräuchlichen Verhaltens weiter beeinflusst. Dies kann insbesondere bei oligopolistischen Märkten der Fall sein, wenn die während der Zuwiderhandlung gesammelten Informationen den Zulieferern einer bestimmten Ware erlauben, nach Ende der Zuwiderhandlung eine nachhaltige Strategie zu verfolgen, die darauf abzielt, ihre Waren zu einem höheren Preis als dem Wettbewerbspreis – d. h. dem Preis, der ohne die Zuwiderhandlung verlangt worden wäre – zu verkaufen, ohne gegen EU-Wettbewerbsrecht zu verstoßen.⁸⁰
- (122) Auch die Möglichkeit, dass Abnehmer auf verschiedenen Vertriebsstufen die Abwälzung des Preisaufschlags verzögern können, kann den Vergleich erschweren.⁸¹ Dies lässt sich anhand des in Kasten 1 angeführten Kupferkartellbeispiels veranschaulichen. Angenommen, der Automobilhersteller C handelt einmal jährlich mit dem Kabelbaumzulieferer B die Preise aus. Der Kabelbaumzulieferer B passt seine Preise nur einmal im Jahr nach Abschluss der Verhandlungen mit dem Automobilhersteller C an. Wenn ein Preiskartell auf dem Kupfermarkt direkt nach Abschluss der Verhandlungen zwischen dem Kabelbaumzulieferer und dem Automobilhersteller gebildet wird, hat der Kabelbaumzulieferer erst nach den Preisverhandlungen im nächsten Jahr die Möglichkeit, die Steigerung seiner eigenen Preise für Kupfer abzuwälzen.
- (123) Somit kann die Verzögerung der Schadensabwälzung auf nachgelagerte Vertriebsstufen die Entscheidung erschweren, welcher Zeitraum für die Preisvergleiche während und vor oder während und nach der Zuwiderhandlung (oder beides) relevant ist. Das Gericht kann die Analyse anpassen, indem es die Art jedes Falles betrachtet, z. B. durch die Analyse der Preisfestsetzungsstrategien der Parteien, und kann auf dieser Grundlage einer bestimmten Zeitverzögerung Rechnung tragen, wenn es die Preisfestsetzungsgefüge auf verschiedenen Vertriebsstufen analysiert.

(79) Siehe auch Praktischer Leitfaden, Randnummer 43.

(80) Siehe auch Praktischer Leitfaden, Randnummer 153. Zu einem Beispiel für einen Fall, in dem ein nationales Gericht urteilte, dass die Preise, die in den fünf Monaten nach Beendigung der Zuwiderhandlung verlangt wurden, weiterhin durch das Kartell beeinflusst wurden, siehe das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 11. Juni 2010, 6 U 118/05, auch angeführt im Praktischen Leitfaden, Randnummer 44.

(81) Darüber hinaus ist den Unternehmen möglicherweise bekannt, dass Schadensersatzansprüche gegen sie geltend gemacht werden können und dass der Umfang solcher Ansprüche unter Umständen anhand der Preise nach Beendigung der Zuwiderhandlung geschätzt wird. Dies könnte ein Anreiz für sie sein, das Preisniveau aufrechtzuerhalten, auch wenn die Zuwiderhandlung bereits beendet ist.

4.3.2. Mittelbare Ansätze – Schätzung des Grades der Schadensabwälzung

4.3.2.1. Übersicht

- (124) Im vorstehenden Abschnitt werden die Methoden und Techniken für die unmittelbare Schätzung des durch die Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts erläutert. Im Allgemeinen ist die unmittelbare Methode zu bevorzugen, sofern ihre Anwendung möglich und verhältnismäßig ist. Sie hat nämlich den eindeutigen Vorteil, dass sie eine Schätzung der Schadensabwälzung auf der Grundlage der *tatsächlichen* Preise ermöglicht, die von einem unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer innerhalb des Zeitraums der Zuwiderhandlung festgesetzt wurden. Allerdings hängt die unmittelbare Methode unter anderem von der Verfügbarkeit von Daten zu diesen Preisen ab. In vielen Fällen liegen solche Informationen vor. Können die Informationen über die tatsächlichen Preise dem Gericht allerdings nicht vorgelegt werden, zum Beispiel falls das Gericht befindet, dass die Offenlegung solcher Informationen in keinem angemessenen Verhältnis zum Wert der Forderung in dem jeweiligen Fall steht, so kann die Schadensabwälzung nach der *mittelbaren* Methode geschätzt werden.
- (125) Der mittelbare Ansatz kann dadurch umgesetzt werden, dass untersucht wird, inwiefern frühere Änderungen der Kosten eines Unternehmens sich vor oder nach dem Zeitraum der Zuwiderhandlung auf dessen Preise ausgewirkt haben. Bei dem in Randnummer (6) genannten Kupferkartell-Beispiel kann der Grad der Schadensabwälzung etwa dadurch geschätzt werden, dass untersucht wird, inwiefern sich frühere Änderungen bei den Kupferkosten auf den Preis für Kabelbäume ausgewirkt haben. Oder einfach ausgedrückt: Hat ein Kostenanstieg bei Kupfer um 10,00 EUR eine Preissteigerung der Kabelbäume um 5,00 EUR zur Folge, so wird der Grad der Schadensabwälzung auf 50 % geschätzt. Um die Schadensabwälzung im Zeitraum der Zuwiderhandlung zu schätzen, könnte das Gericht dann diesen geschätzten Grad der Schadensabwälzung mit Informationen über den Preisaufschlag und über den Absatz zusammenführen.
- (126) Die mittelbare Methode ist allerdings nicht frei von Risiken und kann in einigen Fällen sogar zu irreführenden Ergebnissen führen. Bei der Anwendung der mittelbaren Methode zur Schätzung der Schadensabwälzung kann das Gericht nämlich weder feststellen, ob der Preisaufschlag tatsächlich abgewälzt wird, noch beobachten, ob sich die Änderungen der Kosten für den betroffenen Input auf die Preise auf den nachgelagerten Vertriebsstufen niederschlagen. Das Gericht muss sich deshalb unbedingt darüber im Klaren sein, dass sich die mittelbare Methode auf die Annahme stützt, dass sich Änderungen bei den Inputkosten während des Zeitraums der Zuwiderhandlung auf die Preise auf den nachgelagerten Vertriebsstufen niederschlagen. Trifft diese Annahme nicht zu, kann die Methode zu Schätzungen führen, die insofern irreführend sind, als sie eine Abwälzung des Preisaufschlags anzeigen, die in Wirklichkeit nicht stattgefunden hat.
- (127) Bei der Anwendung der mittelbaren Methode sollte das Gericht versuchen, die Schätzung der Abwälzung darauf zu gründen, inwieweit die Kostenänderungen des betreffenden Inputs sich bisher auf die Preise auf den nachgelagerten Vertriebsstufen ausgewirkt haben. Sind keine entsprechenden Informationen verfügbar, kann das Gericht die Entwicklung anderer Bestandteile der Grenzkosten des Abnehmers betrachten und untersuchen, inwieweit solche Kostenänderungen die Preise auf den nachgelagerten Vertriebsstufen beeinflussen. Im hypothetischen

ENTWURF

Fall der Randnummer (6), der in Randnummer (80) weiter ausgeführt wird, bedeutet dies, dass das Gericht eine Untersuchung des Verhältnisses zwischen dem Preis von Kabelbäumen und den Kosten für Kunststoff (nicht von der Zuwiderhandlung betroffen) in Erwägung ziehen und den Grad der Schadensabwälzung auf der Grundlage dieses Verhältnisses schätzen könnte.

- (128) In den meisten Fällen betrifft die geprüfte Zuwiderhandlung die Kosten für einen bestimmten Input, welche nur einen Teil der Grenzkosten des Abnehmers ausmachen. So muss der Kabelbaumzulieferer möglicherweise einen höheren Preis für Kupfer zahlen, falls Kupfer von der Zuwiderhandlung betroffen ist. Die Kosten für Kupfer sind aber nur ein Teil der Gesamtgrenzkosten.
- (129) Macht der von der Zuwiderhandlung betroffene Input nur einen sehr geringen Teil der Grenzkosten aus, so ist sogar eine deutliche Steigerung der Kosten für diesen Input in den Preisdaten des Abnehmers möglicherweise nur schwer erkennbar – selbst wenn der Anstieg in vollem Umfang abgewälzt wird. Ein alternativer Ansatz könnte darin bestehen, dass der Grad der Schadensabwälzung auf der Grundlage der Kostenänderungen für bedeutendere Inputs und nicht nur auf der Grundlage der Kosten für den betroffenen weniger bedeutenden Input geschätzt wird; der Nachteil bestünde allerdings darin, dass der Ansatz auf der Annahme beruht, dass die Grenzkostensteigerungen in gleichem Maße abgewälzt werden, und zwar unabhängig von der Ursache der Kostensteigerung. Ergibt ein Vorgehen nach der unmittelbaren Methode (Schätzung auf der Grundlage des tatsächlichen Preises) keine statistisch signifikante Schadensabwälzung, kann das außerdem als Beweismittel zugunsten der Hypothese betrachtet werden, dass tatsächlich keine Schadensabwälzung stattgefunden hat. Mit anderen Worten: Die Feststellung nach der unmittelbaren Methode, dass keine Schadensabwälzung stattgefunden hat, ist an sich kein gültiges oder ausreichendes Argument für die Anwendung der mittelbaren Methode.
- (130) Wie in Anhang 1 erläutert, kann ein Unternehmen gute Gründe haben, geringe Änderungen seiner Grenzkosten nicht immer oder zumindest nicht kurzfristig abzuwälzen, selbst wenn es stärkere Kostenänderungen abwälzen würde. Die Annahme, dass der Grad der Schadensabwälzung bei unterschiedlichen Änderungen der Inputkosten ähnlich hoch ausfällt, ist deshalb nicht unbedingt gerechtfertigt. Ein Grund dafür kann sein, dass bei einem Unternehmen sogenannte Menükosten anfallen und es deshalb lieber wartet, bis mehrere Grenzkostensteigerungen zusammenkommen und ein bestimmtes Niveau erreichen, bevor es seine Preise ändert. Eine andere Erklärung könnte sein, dass der unmittelbare Abnehmer nicht erkannt hat, dass eine relevante Änderung der Inputkosten stattgefunden hat.
- (131) Bei der Beurteilung der mittelbaren Beweismittel für eine auf eine Schadensabwälzung zurückgehende Entwicklung von Kostenbestandteilen, die nicht von dem Preisaufschlag betroffen sind, sollte das nationale Gericht im Einzelfall auch qualitative Beweismittel berücksichtigen, aus denen hervorgeht, dass die Abwälzung geringer Kostensteigerungen der Geschäftspraxis des unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmers entspricht.

4.3.2.2. Methoden

- (132) Der mittelbare Ansatz erfordert Informationen über den ursprünglichen Preisaufschlag und den einschlägigen Grad der Schadensabwälzung. Möglicherweise wurde der Preisaufschlag bereits in anderen Verfahren geschätzt oder kann aus früheren Rechtssachen hergeleitet werden; dies kann als Ausgangspunkt dienen. Liegt keine frühere Schätzung des Preisaufschlags vor, so kann das Gericht die im Praktischen Leitfaden erwähnten Techniken in Erwägung ziehen.⁸² In solchen Fällen kann das Gericht auf Antrag des Klägers die Offenlegung der einschlägigen Daten durch den Rechtsverletzer anordnen.
- (133) Ein Vorteil der *unmittelbaren* Methode besteht darin, dass dabei ein kontrafaktisches Szenario erstellt werden kann. Wie in Randnummer (63) dieser Leitlinien bereits erwähnt, wird damit der Zweck verfolgt, die Auswirkungen der Zuwiderhandlung von anderen Faktoren zu isolieren, die sich ebenfalls auf die Preise auswirken. Wenngleich ein solcher Ansatz bei der *mittelbaren* Methode nicht vorgesehen ist, ist es dennoch wichtig zu prüfen, ob Faktoren vorliegen, die nicht mit der Zuwiderhandlung zusammenhängen. Ein Ansatz dafür können quantitative Techniken wie etwa die Regressionsanalyse⁸³ sein. Im Beispiel des Kupferkartells könnte das Gericht beispielsweise eine Analyse des Verhältnisses zwischen den Preisen des Kabelbaumzulieferers und den Änderungen bei den Inputkosten für Kabelbäume berücksichtigen. Die Preise auf den nachgelagerten Vertriebsstufen können allerdings auch durch andere Faktoren beeinflusst werden; so können sich beispielsweise auch Schwankungen bei der Nachfrage seitens der Automobilhersteller auf den Preis für Kabelbäume auswirken. Versäumt es das Gericht, solche zusätzlichen Faktoren zu berücksichtigen, führt das mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Verzerrung des geschätzten Grades der Schadensabwälzung.
- (134) Für eine Regressionsanalyse wird in der Regel eine große Menge an Kosten- und Preisdaten benötigt. Alternativ dazu kann das Gericht zur Schätzung des Grades der Schadensabwälzung deshalb prüfen, ob in dem jeweiligen Fall anhand von Schätzungen aus anderen Quellen eine sinnvolle Schätzung des Grades der Schadensabwälzung möglich ist. Beispiele für solche anderen Quellen können etwa Grade der Schadensabwälzung, die in anderen Fällen innerhalb derselben oder einer anderen Branche festgestellt wurden, für die Branche in dem jeweiligen Fall relevante wissenschaftliche Studien oder Beweismittel aus Zeugenaussagen sein. Eine solche Alternative ist besonders dann tragfähig, wenn die erforderlichen Daten nicht verfügbar sind oder die quantitativen Methoden keine relevanten Kontrollfaktoren beinhalten.
- (135) Das Gericht muss sich allerdings unbedingt darüber im Klaren sein, dass bei Schätzungen auf der Grundlage anderer Quellen die Gefahr besteht, dass Faktoren vernachlässigt werden, die für den Grad der Schadensabwälzung in dem jeweiligen Fall relevant sind. Insbesondere kann es möglicherweise wichtig sein, die Methode, die der Schätzung aus anderen Quellen zugrunde liegt, sowie die Sensibilität etwaiger Ergebnisse gegenüber potenziellen Unterschieden zwischen einer solchen

(82) Siehe Praktischer Leitfaden, Randnummern 26 ff.

(83) Das Konzept der Regressionsanalyse wird in Kapitel II Randnummer 2 des Praktischen Leitfadens ausführlich erklärt.

Schätzung und dem Grad der Schadensabwälzung in dem jeweiligen Fall zu prüfen. Zu diesem Zweck kann das Gericht einschlägige wirtschaftstheoretische Erkenntnisse wie etwa den Grad des Wettbewerbs berücksichtigen, wie in Abschnitt 2.4 dieser Leitlinien und in Anhang 1 erläutert. Sind zum Beispiel über die verschiedenen Marktbedingungen oder die Art, wie der Grad der Schadensabwälzung bestimmt wurde, nur begrenzt Informationen verfügbar, kann die mittelbare Methode unter Umständen ungeeignet sein.

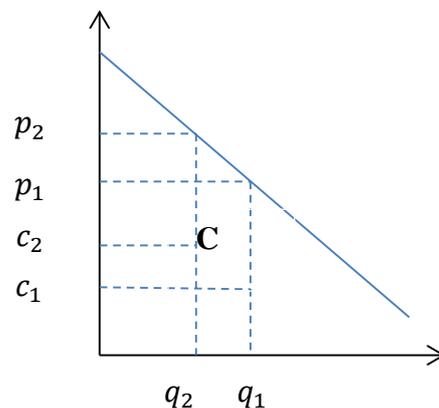
4.4. Ermittlung und Schätzung von Mengeneffekten

4.4.1. Einleitung

(136) Wie in Randnummer (11) dieser Leitlinien dargelegt, haben durch Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht Geschädigte ein Recht auf vollständigen Schadensersatz. Wird der Mengeneffekt bei der Schadensabwälzung nicht mit berücksichtigt, führt das zu einer Unterschätzung des tatsächlichen Schadensumfangs. Die Schätzung des Mengeneffekts ist deshalb genauso wichtig wie die Schätzung des durch die Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts.⁸⁴

(137) Wie in Abbildung 4 dargestellt, bezieht sich der Mengeneffekt auf den entgangenen Gewinn aufgrund eines durch die Schadensabwälzung verringerten Absatzes, d. h. eine geringere Absatzmenge aufgrund von Preissteigerungen. Bei dem in Randnummer (71) dieser Leitlinien erwähnten Stufenansatz besteht der dritte Schritt einer umfassenden Ermittlung des Schadensersatzes wegen Preisaufschlägen darin, den Umfang des Mengeneffekts zu schätzen.

Abbildung 4: Mengeneffekt



(138) Der Mengeneffekt entspricht der Differenz zwischen q_1 und q_2 . Der aufgrund von Absatzeinbußen entgangene Gewinn ist als Fläche C dargestellt, welche sich aus dem Produkt dieser Absatzeinbußen und der im kontrafaktischen Szenario erzielten Gewinnmarge ($p_1 - c_1$) des Abnehmers ergibt, also der Marge, die der Abnehmer ohne Zuwiderhandlung und ohne Schadensabwälzung erzielt hätte.

(84) Die nationalen Gerichte in der EU haben die Bedeutung der Schätzung des Mengeneffekts in mehreren Fällen bestätigt. So befand das Oberlandesgericht Karlsruhe im Jahr 2016 in der Sache U 2014/15, dass die Abwälzung eines Preisaufschlags in der Folge zu einer geringeren Absatzmenge des mittelbaren Abnehmers führen könnte.

ENTWURF

(139) Zur Schätzung des Mengeneffekts müssen zwei Faktoren beurteilt werden, nämlich i) die mengenmäßige Änderung aufgrund der Preissteigerungen und ii) die kontrafaktische Marge. Die Schätzung dieser Faktoren erfordert Daten über andere Parameter als die, die bei der Schätzung des durch die Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts erforderlich sind. Bei der Schätzung des Mengeneffekts muss das Gericht der Datenverfügbarkeit unbedingt Rechnung tragen. Je nach verfügbaren Daten kommen unterschiedliche Methoden in Frage. Diese werden nachstehend näher beschrieben.

4.4.2. Unmittelbarer Ansatz

4.4.2.1. Erforderliche Daten/Informationen

(140) Der unmittelbare Ansatz zur Schätzung des Mengeneffekts erfordert Informationen über i) die beobachtete Absatzmenge des Unternehmens, das von dem Preisaufschlag betroffen ist, ii) die kontrafaktische Absatzmenge und iii) die Preis-/Kosten-Spanne, die der Abnehmer ohne die Zuwiderhandlung erzielt hätte. Auf Antrag der Gegenpartei kann das Gericht die Offenlegung solcher Daten durch den entsprechenden Abnehmer anordnen. Dabei sei allerdings darauf hingewiesen, dass es sich bei der beobachteten Preis-/Kosten-Marge nicht um die für die Schätzung des Mengeneffekts maßgebliche Marge handelt. Wälzt der Abnehmer beispielsweise die Hälfte des Preisaufschlags ab, verringert sich dadurch seine Marge, was bedeutet, dass die beobachtete Marge kleiner ausfallen wird als der entsprechende kontrafaktische Wert. In diesem Fall würde durch das Heranziehen der beobachteten Marge der Umfang des Mengeneffekts unterschätzt werden.

(141) Darüber hinaus sollte sich das Gericht darüber im Klaren sein, dass die für die Schätzung des Mengeneffekts maßgebliche Marge nicht zwangsläufig dem Maßstab entspricht, nach dem die buchhalterische Marge eines Unternehmens – wie etwa das „Ergebnis vor Zinsen und Steuern“ (EBIT) oder das Nettoeinkommen des Unternehmens – normalerweise bemessen wird.

(142) Die für die Beurteilung der Mengeneffekte maßgeblichen Margen sind durch die Preise der relevanten Waren abzüglich der vermiedenen Kosten definiert, d. h. der Kosten, die aufgrund der verringerten Produktion eingespart wurden. Neben einer Beurteilung, welche Kosten als vermeidbar gelten, kann das Gericht deshalb die Offenlegung der Preise für die relevanten Waren anordnen. Darüber hinaus kann es in diesem Zusammenhang auch die Offenlegung interner Dokumente anordnen, die Auskunft darüber erteilen, welche Deckungsbeiträge der Abnehmer bei seinen eigenen Preisentscheidungen anwendet.

4.4.2.2. Methoden und Herausforderungen

(143) Der aufgrund des Mengeneffekts entgangene Gewinn kann unmittelbar geschätzt werden, indem das Produkt aus der kontrafaktischen Marge und den Absatzeinbußen aufgrund der Abwälzung des Preisaufschlags gebildet wird.

(144) Mithilfe der vom Kläger vorgelegten relevanten Daten kann das Gericht die Schätzung der kontrafaktischen Marge und der kontrafaktischen Menge anhand der vorstehend erläuterten Vergleichsmethoden vornehmen. Da die beobachtete Gewinnmarge und die Menge von Faktoren beeinflusst werden können, die nicht mit der Zuwiderhandlung zusammenhängen, wird in vielen Fällen zu prüfen sein,

ENTWURF

ob solche zusätzlichen Faktoren vorliegen. Das Gericht sollte deshalb versuchen, mithilfe eines der vorstehend beschriebenen Ansätze zu prüfen, ob Faktoren vorliegen, die nicht mit der Zuwiderhandlung zusammenhängen, zum Beispiel durch die Entwicklung einer Regressionsanalyse.

- (145) Sind die für die Differenz-der-Differenzen-Methode erforderlichen Daten nicht verfügbar, kann das Gericht eine der anderen beschriebenen Techniken, d. h. einen Marktvergleich oder einen zeitlichen Vergleich, in Erwägung ziehen. Bei der Anwendung solcher Techniken muss allerdings auch ein solides kontrafaktisches Szenario erstellt werden, bei dem Faktoren berücksichtigt werden, die je nach Markt oder Zeitraum variieren.
- (146) Die Vergleichsmethoden beruhen auf der Annahme, dass der Bezugszeitraum oder der Bezugsmarkt eine ausreichende Ähnlichkeit aufweisen – insbesondere hinsichtlich der Markteigenschaften, die für die Gewinnmargen relevant sind, wie etwa der Grad des Wettbewerbs auf dem Markt oder die Kostenstruktur der Zulieferer. Die Überprüfung dieser Annahmen ist nicht einfach, da die Margen eines Unternehmens in der Regel von zahlreichen unterschiedlichen Faktoren und strategischen Entscheidungen bestimmt werden.

4.4.3. Elastizitätsansatz

- (147) Der Mengeneffekt kann auch dadurch geschätzt werden, dass die als Folge des durch die Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts beobachtete Preissteigerung mit einer Schätzung der Preissensibilität der entsprechenden Nachfrage kombiniert wird. Wie bereits dargelegt, wird die Stärke der Beziehung zwischen Preis und Nachfrage von der Preissensibilität der Nachfrage bestimmt. Ist etwa eine Preissteigerung um 1 EUR mit einem signifikanten Rückgang der Abnahmemenge verbunden, wäre die Nachfrage preissensibler als bei einem weniger starken Rückgang der Abnahmemenge bei der gleichen Preissteigerung um 1 EUR. Die sogenannte Preiselastizität der Nachfrage gibt an, um wieviel Prozent sich die Nachfragemenge bei einer Preissteigerung um ein Prozent ändert.

4.4.3.1. Methoden und erforderliche Informationen

- (148) Im Allgemeinen wird der mengenmäßige Rückgang, in Abbildung 4 als Rückgang des Absatzes von q_1 zu q_2 dargestellt, von der eigenen Preissteigerung des Unternehmens sowie von den Preisänderungen der Wettbewerber beeinflusst.⁸⁵ Das Ausmaß der Absatzeinbußen erfordert folglich eine Beurteilung der Auswirkungen der Schadensabwälzung auf die Preise aller Wettbewerber auf dem Markt sowie der Sensibilität der Nachfrage auf diese Preisänderungen. Bei der Anwendung dieser Methode berechnet sich der Mengeneffekt⁸⁶ durch Multiplikation der Absatzeinbußen mit der kontrafaktischen Marge.
- (149) Welche Daten bei der Schätzung des Mengeneffekts im Rahmen des Elastizitätsansatzes erforderlich sind, hängt davon ab, ob die relevanten Unternehmen in gleichem Maße vom Preisaufschlag betroffen sind, d. h. ob es sich um einen branchenweiten Preisaufschlag handelt. Ist das der Fall, betreffen die

(85) Angesichts der Tatsache, dass Unternehmen sich im Preiswettbewerb befinden.

(86) Der Mengeneffekt ist in Abbildung 5 des Anhangs 1 als Fläche C dargestellt.

ENTWURF

Absatzeinbußen in der Regel Waren und Unternehmen außerhalb des Marktes. Die Mengeneffekte sowohl der Eigenpreis- als auch der Kreuzpreiselastizität könnten ferner von der Marktpreiselastizität erfasst werden. Unter diesen Umständen kann der Mengeneffekt auf der Grundlage der kontrafaktischen Marge, der Elastizität der Nachfrage auf dem Markt und der beobachteten Preise und Mengen, angegeben als p_1 und q_2 , geschätzt werden.

- (150) Die kontrafaktische Marge kann auch durch Anwendung des unmittelbaren Ansatzes geschätzt werden. Eine quantitative Schätzung der Elastizität der Nachfrage auf dem Markt kann große Mengen an Preis- und Mengendaten erfordern, die im Einzelfall möglicherweise nicht verfügbar oder unverhältnismäßig sind. Unter diesen Umständen kann das Gericht es für ausreichend halten, andere Beweismittelquellen heranzuziehen, zum Beispiel Informationen über den relevanten Markt aus früheren Marktstudien oder interne Dokumente mit Informationen über die relevante Elastizität.⁸⁷
- (151) Wie in den Randnummern (180) ff. dargelegt, kann ein Unternehmen auch einen Anreiz haben, als Reaktion auf unternehmensspezifische Preisaufschläge die Preise zu erhöhen und die Produktion zurückzufahren. In solchen Fällen kann es erforderlich sein, sowohl die Eigenpreiselastizität des Unternehmens als auch die Kreuzpreiselastizität zu schätzen, d. h. zu schätzen, wie sich die Absatzmenge eines Unternehmens verändert, wenn es seine eigenen Preise ändert, und wie sich die Absatzmenge eines Unternehmens ändert, wenn andere auf dem Markt tätige Unternehmen ihre Preise ändern. Das Ausmaß des zweiten Effekts hängt davon ab, ob es sich bei den auf dem Markt angebotenen Waren um enge Substitute handelt oder nicht. Handelt es sich bei den Waren der Wettbewerber nicht um enge Substitute, könnte daraus abgeleitet werden, dass sich die Reaktionen der Wettbewerber wahrscheinlich nicht wesentlich auf die Absatzmenge auswirken, selbst wenn es etwa aufgrund mangelnder Daten nicht möglich ist, diese Effekte genau zu messen.

4.4.3.2. Herausforderungen

- (152) Bei der Anwendung des Elastizitätsansatzes wird das Gericht unter Umständen die relevanten Elastizitätsparameter schätzen. Eine Möglichkeit, dies zu tun, besteht in der Entwicklung eines Nachfragemodells und in der Anwendung ökonometrischer Methoden. Wie bereits erwähnt, handelt es sich hierbei allerdings um einen Ansatz, der in Bezug auf die verfügbaren Daten und die Annahmen mit großen Anforderungen verbunden ist. Stehen bestimmte Daten nicht zur Verfügung und werden andere Quellen wie beispielsweise Marktstudien oder Informationen aus früheren Fällen herangezogen, ist zu beachten, dass solche Quellen möglicherweise ungeeignet sind, falls der Markt in dem jeweiligen Fall eine andere Marktstruktur aufweist als der in den Marktstudien beschriebene Markt. Unter solchen Umständen ermöglicht der Elastizitätsansatz unter Umständen keine genaue Schätzung des Mengeneffekts.
- (153) Wie in der Einleitung zum vorliegenden Abschnitt über die Ermittlung bereits erwähnt, ergeben sich die drei potenziellen Bestandteile des Schadens in einer Schadensersatzklage aus dem ursprünglichen Preisaufschlag, den Auswirkungen

(87) Siehe etwa Rechtssache Nr. U-4-07 – Cheminova v Akzo Nobel, Urteil vom 15. Januar 2015.

der Schadensabwälzung und dem Mengeneffekt.⁸⁸ Das Gericht kann beschließen, diese drei Bestandteile nacheinander zu schätzen; die Ermittlung des Preisaufschlags wäre dabei der erste Schritt, die Schätzung des durch die Schadensabwälzung verursachten Preiseffekts der zweite Schritt und die Schätzung des durch die Schadensabwälzung verursachten Mengeneffekts der dritte Schritt.

5. ANHANG 1 – WIRTSCHAFTSTHEORIE

5.1. Einleitung

(154) In diesem Anhang werden die wirtschaftstheoretischen Elemente, die im Zusammenhang mit der Schätzung der Schadensabwälzung relevant sind, näher erläutert. Wie in den Randnummern (45) ff dieser Leitlinien dargelegt, kann der Grad der Schadensabwälzung in einem gegebenen Fall von unterschiedlichen Faktoren beeinflusst werden, zum Beispiel von der Art der Inputkosten, die Gegenstand eines Preisaufschlags sind, von der Art der Warennachfrage bei unmittelbaren oder mittelbaren Kunden, von Art und Intensität der wettbewerblichen Interaktionen zwischen den Unternehmen auf dem Markt, auf dem die unmittelbaren oder mittelbaren Kunden tätig sind, sowie von anderen Elementen wie etwa dem Anteil der verschiedenen Inputs eines Unternehmens, die von dem Preisaufschlag betroffen sind, oder vom Zeitrahmen der Zuwiderhandlung.

5.2. Inputkosten und deren Auswirkung auf Preisentscheidungen

(155) Wie in Randnummer (42) erläutert, führt der ursprüngliche Preisaufschlag zu höheren Inputkosten für die Abnehmer der von dem Preisaufschlag betroffenen Waren und Dienstleistungen. Ob diese Abnehmer in der Lage und willens sind, den Preisaufschlag auf ihre eigenen Kunden abzuwälzen – und ggf. in welchem Umfang – hängt unter anderem von der Kostenstruktur der Abnehmer ab. Nachstehend wird erläutert, welche Auswirkungen die Fixkosten und die variablen Kosten sowie die Vertragsstrukturen zwischen den Unternehmen der verschiedenen Vertriebsstufen auf den Grad der Abwälzung des Preisaufschlags haben.

(156) Um die Auswirkungen der Schadensabwälzung festzustellen, ist es wichtig zu ermitteln, ob die Inputkosten eines Abnehmers, der von einem Preisaufschlag betroffen ist, von der von ihm bestellten Inputmenge abhängen (variable Inputkosten) oder nicht (fixe Inputkosten). Aus wirtschaftstheoretischer Sicht sind die variablen Kosten – oder genauer gesagt die Grenzkosten – die relevante Kostenkategorie bei der kurzfristigen Preisbildung, d. h. relevant ist die Kostensteigerung, die beim Kauf eines zusätzlichen Inputs entsteht (siehe nachstehenden Kasten 8). Das Gegenstück zu diesen Kosten sind die Fixkosten, die in der Regel die langfristigen strategischen Entscheidungen eines Unternehmens beeinflussen, wie etwa die Marktbeteiligung, die Wareneinführung und die Höhe der Investitionen.

(88) Siehe Randnummer (69).

Kasten 8: Beispiele für Grenz- und Fixkosten

Um die Begriffe „Grenzkosten“ (variable Kosten) und „Fixkosten“ zu erläutern, ist es hilfreich, die stilisierten Kupferkartellbeispiele in Kasten 1 zu betrachten.

Die variablen Kosten des Kabelbaumzulieferers wären zum Beispiel die Kosten, die für die Herstellung eines zusätzlichen Kabelbaums anfallen. Solche Kosten können Inputs umfassen, die zur Herstellung des zusätzlichen Kabelbaums erforderlich sind (einschließlich Kupfer und Kunststoff), sowie Strom- und Arbeitskosten, die durch die zusätzliche Produktion anfallen.

Bei der Produktion entstehen dem Kabelbaumzulieferer aber auch Fixkosten, wie etwa die Kosten für die Vermarktung der Waren und Investitionskosten für neue Maschinen. Die Produktion eines zusätzlichen Kabelbaums wirkt sich nicht auf diese Kosten aus; sie werden deshalb als Fixkosten bezeichnet.

- (157) Normalerweise werden die Auswirkungen des Preisaufschlags auf die Grenzkosten bzw. die variablen Kosten des Abnehmers als maßgeblicher Ausgangspunkt für die Beurteilung der Auswirkungen der Schadensabwälzung betrachtet.
- (158) Verträge zwischen Unternehmen verschiedener Vertriebsstufen, die die Bedingungen enthalten, zu denen die Unternehmen ihre Waren oder Dienstleistungen an die Abnehmer liefern, können variable bzw. fixe Kostenbestandteile betreffen. Bestimmte Bestandteile des vom Abnehmer gezahlten Preises hängen zum Beispiel häufig nicht von der bezogenen Menge ab, wohingegen das bei anderen Bestandteilen der Fall ist. Bei Schadensersatzklagen, bei denen das Argument der Schadensabwälzung vorgebracht wird, muss folglich bestimmt werden, ob die von der Zuwiderhandlung betroffenen Preisbestandteile aus der Sicht des Abnehmers zu den Fixkosten zählen oder nicht.
- (159) Erhöhung der Rechtsverletzer im Extremfall nur einen Fixpreisbestandteil, ist kurzfristig keine Schadensabwälzung in Form einer Erhöhung des vom Abnehmer festgelegten Preises für seine eigene Ware zu erwarten. Langfristig betrachtet können sich fixe Inputpreisbestandteile allerdings auf die strategischen Entscheidungen eines Unternehmens auswirken. Die Auswirkungen der gesteigerten fixen Inputpreise können folglich auch für die Schadensabwälzung relevant sein. Führt der hohe fixe Inputpreisbestandteil, der von den Rechtsverletzern festgelegt wurde, beispielsweise dazu, dass einer oder mehrere unmittelbare Abnehmer aus dem Markt, auf dem sie tätig waren, ausscheiden, würde dies den Wettbewerb auf diesem Markt beeinträchtigen und dazu führen, dass die übrigen Abnehmer ihre Preise erhöhen. Mit anderen Worten: Die höheren Inputkosten, die sich aus dem höheren Fixkostenbestandteil ergeben, wirken sich in gewissem Umfang auf die Preise der auf dem Markt tätigen Abnehmer aus und werden folglich auch auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzt.
- (160) Der Zeitraum, über den die Preisgestaltung betrachtet wird, wirkt sich auf die Frage aus, ob bestimmte Kosten als variable Kosten oder als Fixkosten gelten. Im Allgemeinen gilt in der Wirtschaftstheorie folgende Annahme: Je länger der maßgebliche Zeitraum, desto größer der Anteil der Gesamtkosten, der als variabel betrachtet werden sollte. Mit anderen Worten: Eine bestimmte Kostenkategorie, die kurzfristig den Fixkosten zugeschrieben wird, kann langfristig betrachtet von einem

ENTWURF

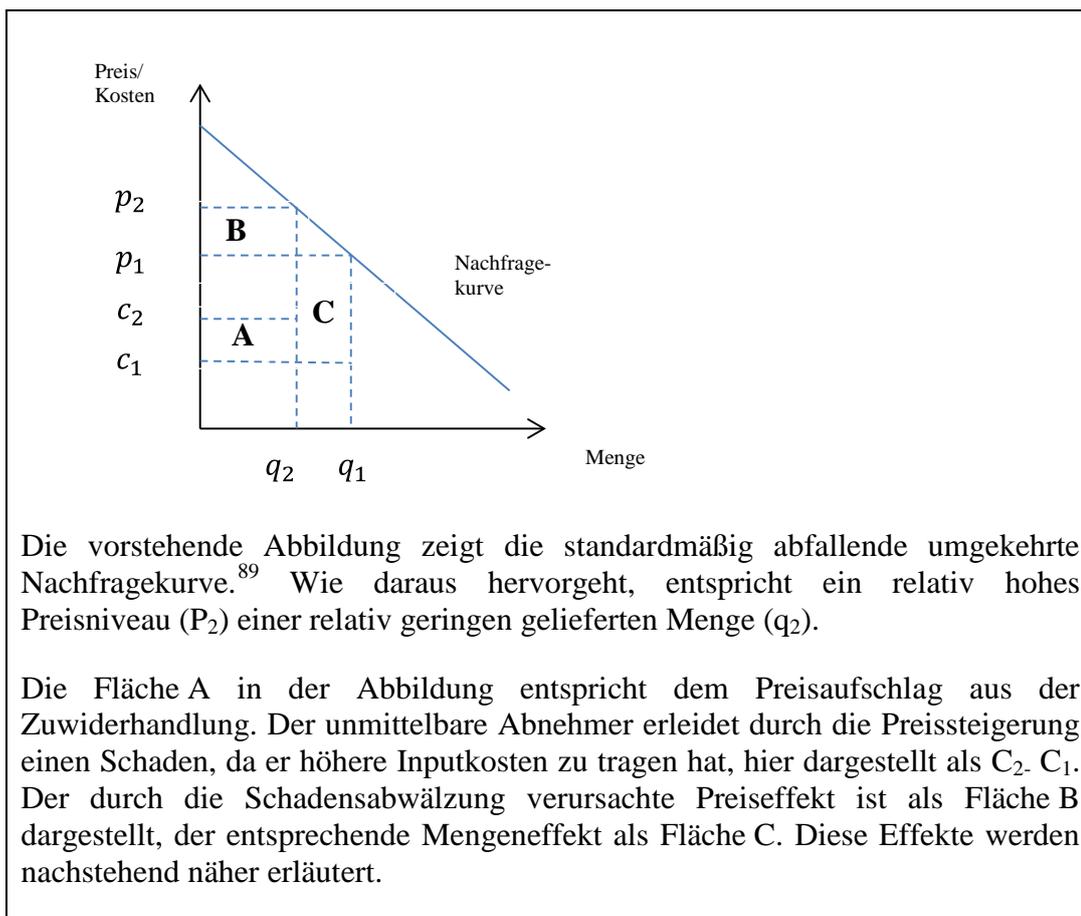
Unternehmen als variabel angesehen werden. Bei der Beurteilung des maßgeblichen Zeitraums in einem spezifischen Fall kann das Gericht unter Umständen Informationen aus den internen Unterlagen der Partei berücksichtigen, wie zum Beispiel Informationen darüber, welche Kosten ein Unternehmen in seine Preisentscheidungen einbezieht.

- (161) Die Erwägungen zu Fixkosten und variablen Kosten sind für das Gericht vor allem bei der Schätzung des Mengeneffekts von Bedeutung, da dabei die Marge der an dem jeweiligen Fall beteiligten Unternehmen beurteilt werden muss.

5.3. Nachfragemerkmale und ihr Zusammenhang mit den Preisen

- (162) Ein anderer wichtiger Faktor bei der Schätzung der Auswirkungen der Schadensabwälzung ist die Art der Nachfrage, mit der die unmittelbaren Abnehmer auf dem Markt, auf dem sie tätig sind, konfrontiert sind. In der Wirtschaftswissenschaft ist die Beziehung zwischen der Nachfrage und dem Preisniveau ein wichtiger Faktor bei der Beschreibung der Funktionsweise eines Marktes. Die Nachfrage wird – unabhängig von dem Markt – als die Menge der fraglichen Ware oder Dienstleistung bezeichnet, die die Abnehmer auf dem jeweiligen Markt zu einem bestimmten Preis kaufen würden.
- (163) Die Beziehung zwischen der Nachfrage und dem Preisniveau ist in der Regel negativ. Je höher das Preisniveau, desto niedriger ist die Gesamtmenge der Waren, die die Abnehmer auf dem Markt zu kaufen bereit sind. Wie stark der Preis und die Nachfrage miteinander in Beziehung stehen, hängt von der Preissensibilität der Nachfrage ab. Ist etwa eine Preissteigerung um 1 EUR mit einem signifikanten Rückgang der Abnahmemenge verbunden, wäre die Nachfrage preissensibler als bei einem weniger starken Rückgang der Abnahmemenge bei der gleichen Preissteigerung um 1 EUR.

Abbildung 5 Nachfragekurve



- (164) Die Preissensibilität der Nachfrage selbst wird häufig als sogenannte Preiselastizität der Nachfrage zusammengefasst. Die Preiselastizität der Nachfrage gibt an, um wieviel Prozent sich die Nachfragemenge bei einer Preissteigerung um ein Prozent ändert. Liegt die Eigenpreiselastizität der Nachfrage eines Unternehmens beispielsweise bei $-0,5$, bedeutet das, dass bei einer Preissteigerung um ein Prozent die Nachfrage um $0,5$ Prozent zurückgeht. Eine Elastizität von $-0,2$ bedeutet hingegen, dass die Nachfrage bei einer Preissteigerung um ein Prozent nur um $0,2$ Prozent zurückgeht. Die Nachfrage im letzteren Fall wird als weniger elastisch – d. h. weniger preissensibel – als im ersten Fall bezeichnet, da die Abnahmemenge weniger stark auf die Preissteigerung reagiert.
- (165) Im Zusammenhang mit der Schadensabwälzung von einem unmittelbaren auf einen mittelbaren Kunden ist die Nachfrage beim unmittelbaren Kunden von Interesse. Die mittelbaren Kunden könnten ihre Nachfrage als Reaktion auf eine Preissteigerung durch den unmittelbaren Kunden zurückfahren. Bei einer Schadensersatzklage vor einem nationalen Gericht wegen Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht kann diese Preissteigerung eine Folge der teilweisen

(89) Die Abbildung zeigt die Preise (vertikale Achse) als Funktion der nachgefragten Menge (horizontale Achse). Diese Nachfragekurve wird häufig als „umgekehrte Nachfragekurve“ bezeichnet, während eine Kurve, die die Nachfrage auf der vertikalen Achse als Funktion der Preise auf der horizontalen Achse darstellt, einfach als „Nachfragekurve“ bezeichnet wird. In den nachstehenden Grafikbeispielen werden jeweils umgekehrte Nachfragekurven dargestellt. Der Einfachheit halber werden sie aber als „Nachfragekurven“ bezeichnet.

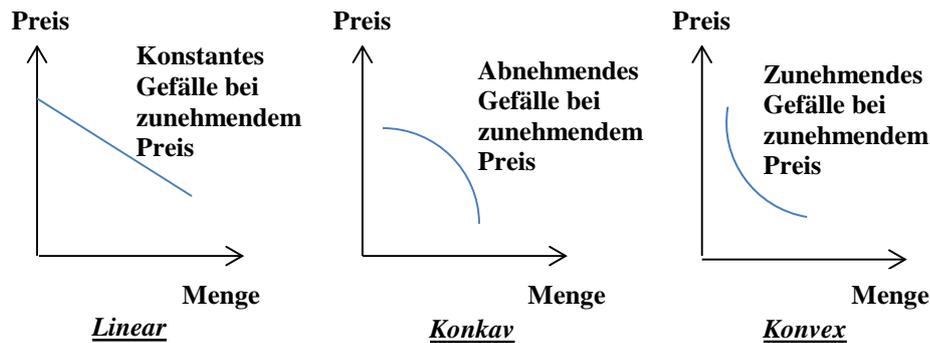
ENTWURF

oder vollständigen Abwälzung der Inputkostensteigerungen vom unmittelbaren Abnehmer auf den mittelbaren Abnehmer sein.

- (166) Die Preissensibilität der Nachfrage wirkt sich unmittelbar auf den Umfang des Mengeneffekts aus. Der Grund dafür ist, dass die Preissensibilität den Rückgang der Nachfrage infolge einer Preissteigerung bestimmt. Bei jeder Preissteigerung gilt Folgendes: je preissensibler die Nachfrage, desto stärker der Produktionsrückgang. Der Mengeneffekt, d. h. der aufgrund des Rückgangs bei der Produktion (Nachfrage) entgangene Gewinn des Kunden des Rechtsverletzers, steht deshalb in einem engen Zusammenhang mit der Preissensibilität der Nachfrage.
- (167) Der Umfang der Schadensabwälzung – und damit das Ausmaß der Auswirkungen der Schadensabwälzung – ist auch mit der Beziehung zwischen Preis und Nachfrage verknüpft. In diesem Fall ist allerdings nicht die Preissensibilität der Nachfrage direkt relevant, sondern stattdessen die Änderung der Preissensibilität der Nachfrage bei Änderungen des Preisniveaus. Diese Änderung der Preissensibilität in Bezug auf das Preisniveau wird als Krümmung der Nachfragekurve bezeichnet.
- (168) Die Krümmung der Nachfragekurve gibt an, wie stark die Reaktion der Nachfrage auf Preisänderungen variiert, sobald es Änderungen bei den Preisen oder bei der Produktion gibt. Ist die Nachfragekurve linear, im nachstehenden Kasten 9 links dargestellt, liegt keine Krümmung vor und die Steigung ist konstant. Bei der konvexen Nachfrage, im nachstehenden Kasten 9 rechts dargestellt, nimmt die Sensibilität der Nachfrage gegenüber Preisänderungen mit steigendem Preis ab. Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn die von dem Preisaufschlag betroffenen Waren oder Dienstleistungen als lebensnotwendige Güter gelten. Ein Beispiel dafür kann etwa die Nachfrage nach Trinkwasser sein, weil sich die Sensibilität eines Kunden gegenüber einer Preissteigerung mit abnehmender Verfügbarkeit der Menge möglicherweise verringert.
- (169) Umgekehrt erhöht sich bei der konkaven Nachfragekurve, im nachstehenden Kasten 9 in der Mitte dargestellt, mit steigenden Preisen auch die Sensibilität der Nachfrage gegenüber Preisänderungen. Dies kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn dem Kunden ein Substitut der von dem Preisaufschlag betroffenen Ware zur Verfügung steht. Ein Beispiel dafür kann etwa die Nachfrage nach Benzin sein. Ab einem bestimmten Preisniveau steigen die Kunden möglicherweise von Benzinautos zu Elektroautos um und ändern damit ihr Verbrauchsverhalten. Das würde bedeuten, dass die Sensibilität der Benzinnachfrage gegenüber Preisänderungen ansteigen würde, da mehr Kunden umsteigen, wenn der Benzinpreis nach oben geht.
- (170) Die Krümmung der Nachfragekurve kann sich unter Umständen erheblich auf die Abwälzung von Preisaufschlägen auswirken. Bei einem gegebenen Grad des Wettbewerbs verstärkt sich die Abwälzung eines branchenweiten Preisaufschlags mit steigender Konvexität der Nachfragekurve. Ist die Nachfragekurve ausreichend konvex, kann der Grad der Schadensabwälzung über 100 Prozent betragen.

Kasten 9: Krümmung der Nachfragekurve

Je nach den Markteigenschaften kann die Nachfragekurve – wie nachstehend dargestellt – linear, konvex oder konkav sein. Fällt eine Nachfragekurve nach unten ab, bedeutet das, dass die Nachfrage der Kunden nach einem gewissen Produkt mit sinkendem Preis steigt. Die Steigung der Nachfragekurve zeigt, wie sich die Mengennachfrage je nach dem Preis ändert. Je steiler die Nachfragekurve, desto geringer die Sensibilität der Nachfrage gegenüber Preissteigerungen.



5.4. Preisentscheidungen eines Unternehmens

(171) Wie in den Randnummern (46) und (47) erläutert, hängt der Anreiz eines Unternehmens, einen Preiszuschlag auf seine Kunden abzuwälzen, von der Art der Nachfrage und den betroffenen Kosten ab.⁹⁰ Aus wirtschaftstheoretischer Sicht passt ein Unternehmen seine Preise nur dann an, wenn es dadurch eine Gewinnsteigerung erzielt. Um höhere Preise zu erzielen, muss ein Unternehmen aber normalerweise eine geringere Absatzmenge in Kauf nehmen. Um den Umfang der Auswirkungen einer Schadensabwälzung im Rahmen einer Schadensersatzklage zu verstehen, ist es wichtig, die Austauschbeziehung zwischen dem gesteigerten Gewinn aufgrund der höheren Preise und dem geringeren Gewinn aufgrund des verringerten Absatzes zu beurteilen.

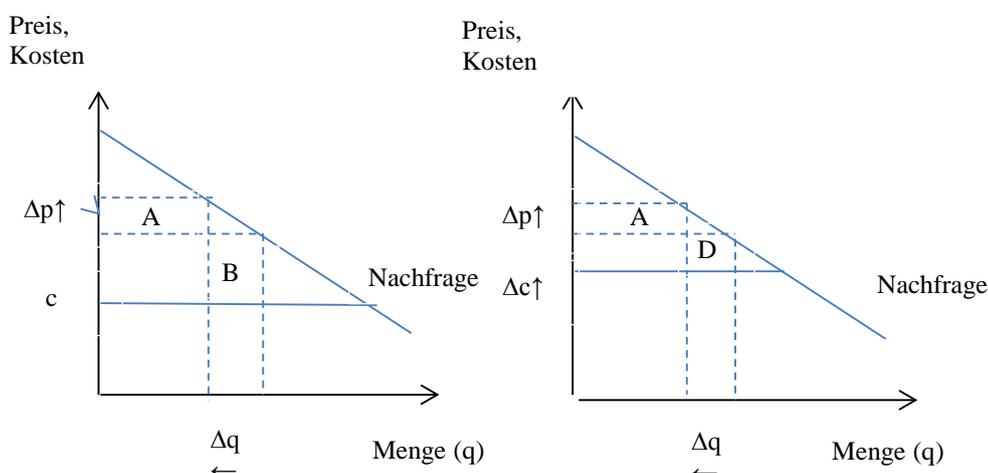
(172) Diese Austauschbeziehung wird im nachstehenden Kasten 10 in stilisierter Form dargestellt. Erhöht ein Unternehmen, beispielsweise ein unmittelbarer Kunde eines Rohstoffherstellers, seine Preise, können die aufgrund der höheren Preise erzielten Auswirkungen auf den Gewinn auf der linken Seite des Kasten 10 als Fläche A dargestellt werden. Der damit verbundene entgangene Gewinn aufgrund von Absatzeinbußen entspricht der Fläche B. Wird die Fläche A aufgrund einer weiteren kleinen Preissteigerung gleich der Fläche B, gibt es keinen Spielraum mehr, durch weitere Preisanpassungen einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Bei einer Preissteigerung über diesen Punkt hinaus fällt die durch die verringerte Absatzmenge entgangene Gewinnmarge stärker ins Gewicht als die gesteigerten Margen, die durch den übrigen Absatz erzielt wurden.

(90) Siehe auch „Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag“ (2004/C 101/08), Ziffer 98.

ENTWURF

(173) Fallen beim unmittelbaren Abnehmer höhere Rohstoffkosten an, zum Beispiel falls die Rohstofflieferanten ihre Preise unter Verstoß gegen Artikel 101 AEUV erhöhen, kann das die Bedingungen der in Randnummer (173) beschriebenen Austauschbeziehung verändern. Eine Kostensteigerung seitens des unmittelbaren Kunden verringert die Margen auf den Absatz zum aktuellen Preis. Was den Gewinn anbelangt, ist es deshalb günstiger, den Preis zulasten leichter Absatzeinbußen zu erhöhen. Der aufgrund des niedrigeren Absatzes entgangene Gewinn nach einer Kostensteigerung ist rechts im Kasten 10 als Fläche D dargestellt. Da die Fläche D kleiner ist als die Fläche B, besteht für den unmittelbaren Kunden ein Anreiz, seinen Preis als Reaktion auf die Kostensteigerung zu erhöhen, d. h. die Kostenänderung zumindest teilweise abzuwälzen.

Kasten 10 Austauschbeziehung zwischen Preissteigerungen und Absatzeinbußen



5.5. Wettbewerbsintensität und Zusammenhang mit der Schadensabwälzung

5.5.1. Kontinuum der Wettbewerbsfähigkeit der Märkte

(174) Auf einer bestimmten Vertriebsstufe kann der Wettbewerb zwischen den Unternehmen mehr oder weniger intensiv sein. Im einen Extremfall, nämlich wenn ein Unternehmen auf seiner Vertriebsstufe ein Monopolist ist, gibt es überhaupt keinen Wettbewerb. Im anderen Extremfall kann der Wettbewerb zwischen den Unternehmen äußerst intensiv sein (wenn etwa viele Unternehmen eher homogene Waren auf einem Markt mit niedrigen Eintrittsschranken verkaufen), sodass jedes Unternehmen als Preisnehmer fungiert und die Marktpreise, die auf dem Niveau oder sehr nahe an den Grenzkosten der Produktion liegen, nicht von einzelnen Unternehmen beeinflusst werden. Im letzteren Fall spricht man von vollkommenem Wettbewerb. Zwischen diesen beiden Extremfällen liegt ein breites Spektrum von Zwischenszenarien, in denen der Wettbewerb mehr oder weniger intensiv ist, je nachdem, wie viele Unternehmen die Branche beispielsweise umfasst oder ob die von den unterschiedlichen Unternehmen verkauften Waren enge Substitute sind oder nicht.

ENTWURF

- (175) Der auf einem Markt bestehende Wettbewerb wirkt sich unmittelbar auf die Schadensabwälzung aus. Im Referenzfall des vollkommenen Wettbewerbs werden branchenweite Kostenschocks zu 100 Prozent auf die unmittelbaren Kunden abgewälzt. Die stilisierte Marktstruktur des vollkommenen Wettbewerbs kann dem Gericht bei der Beurteilung der Auswirkungen der Schadensabwälzung als Referenz dienen (selbst wenn sie auf den realen Märkten vergleichsweise selten vorkommt).
- (176) Im Gegensatz dazu werden Preisaufschläge bei einem Monopol oder diversen Zwischenszenarien möglicherweise nicht zu 100 Prozent abgewälzt; stattdessen kann die Abwälzung unter oder über dieser Schwelle liegen. Bei Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten wegen Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht ist es deshalb grundsätzlich wichtig, zusätzlich zum Preisaufschlag auch die Schadensabwälzung und die Mengeneffekte zu schätzen, sobald die Marktstruktur vom Referenzfall des vollkommenen Wettbewerbs abweicht.
- (177) Ein Beispiel für Marktstrukturen, die von einem unvollkommenen Wettbewerb gekennzeichnet sind, ist ein Markt mit differenzierten Waren. Eine Differenzierung kann entweder im Hinblick auf die Warenmerkmale oder auf räumlicher Ebene erfolgen. Ein unmittelbarer Abnehmer kann zum Beispiel Waren anbieten, die sich hinsichtlich ihrer tatsächlichen Qualität bzw. der von den Kunden der Ware wahrgenommenen Qualität unterscheiden. Alternativ dazu können die Transportkosten der angebotenen Waren aufgrund der unterschiedlichen Standorte der unmittelbaren Abnehmer je nach Kunden (deren Standorte ebenfalls variieren können) unterschiedlich hoch ausfallen. Differenzierung kann dazu führen, dass Waren nicht gänzlich vollkommene Substitute voneinander sind. Die Kunden betrachten möglicherweise nicht alle Waren als vollkommen austauschbar.
- (178) Diese nicht gänzlich vollkommene Substituierbarkeit kann bei Lieferanten, die keine Wettbewerber haben, die beinahe austauschbare Waren anbieten, zu einem geringeren Wettbewerbsdruck führen. Mit anderen Worten: Aus wirtschaftstheoretischer Sicht nimmt die Intensität des Wettbewerbs mit zunehmender Differenzierung der Waren ab. Wie in den Randnummern (176) ff. erläutert, führt ein schwächerer Wettbewerb zu einem geringeren Grad der Schadensabwälzung eines branchenweiten Preisaufschlags, d. h. je stärker die Differenzierung zwischen den Waren der unmittelbaren Abnehmer, desto stärker die Annäherung des Grades der Schadensabwälzung des branchenweiten Preisaufschlags, von dem die unmittelbaren Abnehmer betroffen waren, an den Grad, bei dem jeder unmittelbare Abnehmer ein Monopolist ist. Umgekehrt fällt der Grad der Schadensabwälzung eines branchenweiten Preisaufschlags bei einer begrenzten Warendifferenzierung höher aus.

5.5.2. Branchenweite und unternehmensspezifische Preisaufschläge und Schadensabwälzung

- (179) Die Abwälzung von Preisaufschlägen durch einen bestimmten Abnehmer auf seine eigenen Kunden variiert normalerweise je nachdem, ob die Wettbewerber des Abnehmers ebenfalls vom Preisaufschlag betroffen sind oder nicht. Ist nur ein einziger Abnehmer von dem Preisaufschlag betroffen, handelt es sich zwangsläufig um eine unternehmensspezifische Schadensabwälzung. Sind hingegen alle Abnehmer auf einer bestimmten Vertriebsstufe von dem Preisaufschlag betroffen,

ENTWURF

können sowohl der Grad der Schadensabwälzung der einzelnen Unternehmen als auch die branchenweite Schadensabwälzung betrachtet werden.

- (180) Ist nur ein Abnehmer betroffen, d. h. ist der Preisaufschlag unternehmensspezifisch, sind die Auswirkungen der Schadensabwälzung möglicherweise eher begrenzt, vor allem dann, wenn dieser Abnehmer aufgrund eines intensiven Wettbewerbsdrucks nicht in der Lage ist, die Verkaufspreise auf seinem Markt zu beeinflussen.
- (181) Im umgekehrten Fall, wenn alle Unternehmen auf einem Markt von einem Preisaufschlag betroffen sind und es sich daher um einen branchenweiten Preisaufschlag handelt, entstehen bei allen Unternehmen höhere Inputkosten; das bedeutet, dass sie den Preisaufschlag möglicherweise zumindest teilweise auf ihre eigenen Kunden abwälzen können. Dennoch kann sich ein branchenweiter Preisaufschlag unterschiedlich auf die verschiedenen Wettbewerber auswirken.

5.6. Weitere Faktoren mit Auswirkung auf die Schadensabwälzung

- (182) Auf bestimmten Märkten, z. B. im Lebensmittelendkundenmarkt, verkaufen Unternehmen eine Vielzahl von Produkten. Auf solchen Märkten können die Waren über die Nachfrage nach ihnen miteinander verknüpft sein, zum Beispiel, wenn ein Einzelhändler konkurrierende Marken zahlreicher Warenkategorien verkauft. Sind die Waren Substitute, kann ein Kostenschock bei einer Ware sich auch auf die Preise für andere Waren des Einzelhändlers auswirken. Umgekehrt kann eine Preisänderung bei anderen Waren auch zu einer Preisänderung der Ware führen, die unmittelbar vom Kostenschock betroffen ist. Derartige durch andere Waren erzeugte Rückkoppelungseffekte können auf Märkten, auf denen Unternehmen eine Vielzahl von Produkten verkaufen, die ursprüngliche Kostenabwälzung verstärken.
- (183) In welchem Umfang Auswirkungen der Schadensabwälzung zu beobachten sind, kann auch vom Zeitraum abhängen, der bei der Schätzung dieser Auswirkungen berücksichtigt wurde, denn die Abwälzung des Preisaufschlags auf die nachgelagerten Vertriebsstufen kann sich aus verschiedenen Gründen verzögern. Zunächst wirkt sich der ursprüngliche Preisaufschlag möglicherweise nur auf die Fixkosten der Unternehmen aus, die von dem Preisaufschlag betroffen sind. Selbst wenn die Auswirkungen des Preisaufschlags auf die Grenz- bzw. variablen Kosten des Abnehmers den maßgeblichen Ausgangspunkt für die Beurteilung der Auswirkungen der Schadensabwälzung darstellen, könnten höhere Fixkosten die strategischen Entscheidungen eines Unternehmens und damit auch die Auswirkungen der Schadensabwälzung beeinflussen, wie in Randnummer (160) erläutert.
- (184) Darüber hinaus fallen bei den Unternehmen, wie in Randnummer (50) erwähnt, bei Preisänderungen möglicherweise sogenannte Menükosten an, d. h. Kosten, die im Zusammenhang mit dem Preisanpassungsprozess stehen. Ist das der Fall, wird ein Unternehmen die Anzahl der Preisänderungen lieber möglichst gering halten und etwaige Preisaufschläge möglicherweise erst nach einer Weile abwälzen, also zum Beispiel warten, bis mehrere Grenzkostensteigerungen zusammenkommen und eine bestimmte Schwelle überschreiten. In einigen Fällen kann der Preisaufschlag zu einer so geringen Steigerung der Grenzkosten führen, dass der betroffene Abnehmer es möglicherweise nicht für gewinnbringend hält, den Preisaufschlag

ENTWURF

überhaupt abzuwälzen. Der mögliche Effekt auf die Schätzung der Auswirkungen der Schadensabwälzung auf der Grundlage von Menükosten wird in den Randnummern 4.3.2.1.

- (185) Unter bestimmten Umständen kann ein mittelbarer Abnehmer in der Lage sein, seine Verhandlungsposition zu nutzen, um die Fähigkeit eines unmittelbaren Abnehmers zur Abwälzung eines Preisaufschlags zu beschränken. Die Verhandlungsposition des mittelbaren Abnehmers kann auch als Nachfragemacht bezeichnet werden.⁹¹ Die Nachfragemacht beschränkt sich nicht nur auf die Fähigkeit, zu anderen Lieferanten zu wechseln, sondern bezeichnet beispielsweise auch die Fähigkeit, sich auf einer vorgelagerten Vertriebsstufe zu integrieren, oder die Verhandlungsmacht der Käufer.
- (186) Allgemein verhindert die Nachfragemacht bei einem branchenweiten Preisaufschlag die Schadensabwälzung zwar nicht, sie wirkt sich aber doch auf den Grad der Schadensabwälzung aus. Einerseits ist ein Szenario denkbar, bei dem eine starke Nachfragemacht die unmittelbaren Abnehmer zwingt, den Preisaufschlag hinzunehmen und die Schadensabwälzung folglich zu begrenzen. Andererseits ist jedoch auch ein Szenario denkbar, bei dem die große Verhandlungsmacht eines mittelbaren Abnehmers die unmittelbaren Abnehmer dazu zwingt, einen Aufschlag von null Prozent anzuwenden und die Waren zu einem Preis zu verkaufen, der lediglich ihre Grenzkosten abdeckt, was im Falle eines Preisaufschlags zu einem Grad der Schadensabwälzung von 100 Prozent führt.
- (187) Da der Grad der Nachfragemacht und seine Folgen für die Auswirkungen der Schadensabwälzung von der Art der einzelnen Verhandlungen und dem spezifischen Kontext abhängen, in dem diese stattfinden, kann das Gericht diese Frage im Einzelfall beurteilen.
- (188) Ist ein unmittelbarer Abnehmer, der von einem Preisaufschlag betroffen ist, vertikal in einem nachgelagerten Endkundenmarkt integriert, d. h. ist er ebenfalls auf dem Markt tätig, auf dem die mittelbaren Abnehmer tätig sind, kann das den Anreiz der unmittelbaren Abnehmer zur Abwälzung des ursprünglichen Preisaufschlags beeinflussen. In einem derartigen Szenario wird der von einem Preisaufschlag (d. h. von einer Grenzkostensteigerung) betroffene unmittelbare Abnehmer in der Regel den gesamten Preisaufschlag innerhalb des integrierten Unternehmens abwälzen. Im Allgemeinen würde sich der Grad der Schadensabwälzung auf nicht integrierte mittelbare Abnehmer allerdings davon unterscheiden, zum Beispiel je nach den Kosten oder Gewinnmargen der einzelnen mittelbaren Abnehmer.
- (189) In bestimmten Branchen unterliegt der von dem unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer angebotene Preis möglicherweise einer Regulierung, wie etwa einer Preisregulierung durch staatliche Stellen. Preisregulierungen können den Umfang der Schadensabwälzung beeinflussen. Wird der regulierte Preis beispielsweise unabhängig von den spezifischen Kosten der Ware festgelegt, die zum Zeitpunkt der Preisfestlegung von einem Preisaufschlag betroffen ist, kann der durch die Schadensabwälzung verursachte Preiseffekt begrenzt oder null sein. Wie in

(91) Die Beurteilung der Nachfragemacht der Abnehmer spielt auf dem Gebiet der EU-Fusionskontrolle eine wichtige Rolle. In Ziffer 64 der Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse wird die Nachfragemacht der Abnehmer als die Verhandlungsmacht definiert, die ein Käufer gegenüber seinem Lieferanten angesichts seiner Größe, seiner wirtschaftlichen Bedeutung für den Verkäufer und seiner Fähigkeit ausspielen kann, zu anderen Lieferanten überzuwechseln.

ENTWURF

Randnummer (44) bereits dargelegt, kann ein durch eine Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts verursachter Schaden allerdings auch andere Faktoren als den Preis beeinflussen. Werden die Kosten der von einem Preisaufschlag betroffenen Ware bei der Festlegung des regulierten Preises von der Regulierungsbehörde voll berücksichtigt, kann der Grad der Schadensabwälzung andererseits auch auf geregelten Märkten erheblich sein.

6. ANHANG 2 – GLOSSAR

(190) Der vorliegende Anhang enthält einen Überblick über die Wirtschaftsbegriffe, die in den Leitlinien verwendet werden.

- Krümmung der Nachfragekurve: Änderung der Elastizität der Nachfrage bei Änderung des Preisniveaus.
- Nachfrage: Menge einer Ware oder Dienstleistung, die die Abnehmer auf einem Markt zu einem bestimmten Preis kaufen würden.
- Nachfragekurve: Darstellung der Beziehung zwischen der nachgefragten Menge und dem Preis einer Ware.
- Ökonometrische Technik: Statistische Technik, auch als Regressionsanalyse bezeichnet, die darauf abzielt, in der Beziehung zwischen ökonomischen Variablen bestimmte Muster zu erkennen (z. B. inwieweit sich die Kostenentwicklung auf die Preisentwicklung auf einem bestimmten Markt auswirkt).
- Elastizität der Nachfrage: Prozentuale Änderung der nachgefragten Menge bei einer Preissteigerung um ein Prozent.
- Unternehmensspezifischer Preisaufschlag: Nur ein einziger Abnehmer ist von dem Preisaufschlag betroffen.
- Fixkosten: Kosten, die sich in Abhängigkeit von der produzierten Menge nicht ändern.
- Branchenweiter Preisaufschlag: Alle Abnehmer auf einer bestimmten Vertriebsstufe sind von dem Preisaufschlag betroffen.
- Grenzkosten: Anstieg der Gesamtkosten aufgrund einer zusätzlichen Produktionseinheit.
- Steigung der Nachfrage: Verhältnis einer mengenmäßigen Änderung zu einer preislichen Änderung zwischen zwei willkürlich gewählten und einander naheliegenden Punkten auf der Nachfragekurve.
- Variable Kosten: Kosten, die sich in Abhängigkeit von der produzierten Menge ändern.