



Brüssel, den **XXX**
[...] (2013) **XXX** draft

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**

Begleitunterlage zur

MITTEILUNG DER KOMMISSION

**zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit
Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der
Europäischen Union**

INHALTSVERZEICHNIS

Teil 1 — Kontext und allgemeiner Rahmen für die Ermittlung des Schadens im Kartelldeliktsrecht	8
I. Rechtlicher Kontext	8
A. Der Anspruch auf Schadensersatz.....	8
B. Die mitgliedstaatlichen Vorschriften zur Schadensermittlung und der vorliegende praktische Leitfaden	9
II. Allgemeiner Ansatz zur Ermittlung des Schadens in Kartellrechtsfällen	11
III. Aufbau des Praktischen Leitfadens.....	13
Teil 2 — Methoden und Techniken	16
I. Überblick.....	16
II. Vergleichsmethoden.....	17
A. Methoden für die Ermittlung eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios	19
(1) Zeitlicher Vergleich auf demselben Markt	19
(2) Vergleich mit Daten aus anderen räumlichen Märkten.....	22
(3) Vergleich mit Daten aus anderen sachlichen Märkten.....	23
(4) Kombination von zeitlichem Vergleich und Marktvergleich.....	24
B. Die Methode in der Praxis: Techniken für die Schätzung des Preises oder anderer ökonomischer Variablen im zuwiderhandlungsfreien Szenario	25
(1) Einfache Techniken: Einzeldaten, Durchschnittswerte, Interpolation und einfache Anpassungen	26
(2) Regressionsanalyse	28
a. Ansatz und Zweck von Regressionsanalysen	28
b. Beispiele und Schaubilder.....	30
c. Voraussetzungen für die Anwendung einer Regressionsanalyse.....	34
(3) Wahl der Technik.....	37
III. Simulationsmodelle, kosten- und finanzgestützte Analyse und andere Methoden	38
A. Simulationsmodelle.....	38
B. Kosten- und -finanzgestützte Methoden	42
C. Andere Methoden.....	45
IV. Wahl der Methoden.....	45
Teil 3 — Ermittlung eines durch Preiserhöhung verursachten Schadens.....	47
I. Auswirkungen von Zuwiderhandlungen, die Preiserhöhungen zur Folge haben	47

II.	Ermittlung von Preisauflschlägen.....	49
A.	Ermittlung kartellbedingter Preisauflschläge	50
(1)	Auswirkungen von Kartellen	50
(2)	Der ursprüngliche vom unmittelbaren Kunden gezahlte Preisauflschlag	52
a.	Zeitlicher Vergleich	53
b.	Andere Vergleichsmethoden	55
(3)	Abwälzung von Preisauflschlägen („passing on defence“).....	56
B.	Ermittlung schädigender Preisauflschläge, die auf andere Arten von Wettbewerbsverstößen zurückzuführen sind	60
III.	Ermittlung eines durch mengeneffekt verursachten Schadens	60
TEIL 4 — Ermittlung des Schadens aufgrund von Behinderungsmissbrauch		62
I.	Folgen des Behinderungsmissbrauchs.....	62
II.	Ermittlung des Schadens der Wettwerber.....	63
A.	Der zeitliche Aspekt bei Behinderungspraktiken.....	63
B.	Allgemeiner Ansatz für die Ermittlung des entgangenen Gewinns	64
C.	Schon auf dem Markt präsehte Wettwerber	66
(1)	Zeitlicher Vergleich	67
(2)	Andere Vergleichsmethoden	71
D.	Verhinderung des Markteintritts	71
E.	Schadensersatz für künftige Verluste	73
III.	Ermittlung des Schadens der Kunden.....	74
A.	Verlustausgleich.....	75
B.	Schaden für Wettwerber, die Kunden zuwiderhandelnder Unternehmen sind	76
Verzeichnis der zitierten Rechtssachen.....		78

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

Begleitunterlage zur

MITTEILUNG DER KOMMISSION

**zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit
Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der
Europäischen Union**

INHALTLICHE ÜBERSICHT

		<i>Absatz</i>
TEIL 1	KONTEXT UND ALLGEMEINER RAHMEN FÜR DIE ERMITTLUNG DES SCHADENS IM KARTELLEDELIKTSRECHT	1-25
I.	RECHTLICHER KONTEXT	1-10
A.	<i>Der Anspruch auf Schadensersatz</i> Der Anspruch auf Schadensersatz nach dem EU-Recht – Effektivitätsgrundsatz und Äquivalenzgrundsatz [1].	<i>1-2</i>
B.	<i>Die mitgliedstaatlichen Vorschriften zur Schadensermittlung und der vorliegende praktische Leitfaden</i> Zuwiderhandlung und Ursache [3]; Einzelstaatlicher und europäischer Kontext für Schadensersatzklagen [4]; Pragmatische Ansätze im einzelstaatlichen Recht [5]; Ziel des Leitfadens [6]; Rechtliche Stellung des Leitfadens [7-9].	<i>3-10</i>
II.	ALLGEMEINER ANSATZ ZUR ERMITTLUNG DES SCHADENS IN KARTELLRECHTSFÄLLEN Anwendungsbereich der Begriffe, Ersatz für erlittenen Schaden [11, 20]; zuwiderhandlungsfreies Szenario [12]; Beweismittel für Gerichte [14]; Wichtige Schritte bei der Schadensermittlung [13-15]; Unsicherheiten bei der Schadensermittlung [16-17].	11-20
III.	AUFBAU DES PRAKTISCHEN LEITFADENS	21-25
TEIL 2	METHODEN UND TECHNIKEN	26-125
I.	ÜBERBLICK Überblick über verschiedene Methoden [27]; Vergleichsmethoden [27]; Sonstige Methoden [28].	26-31
II.	VERGLEICHSMETHODEN Beispiel einer Vergleichsanalyse [32]; Vorteile der Vergleichsmethode [37].	32-95

A.	Methoden für die Ermittlung eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios	38-58
(1)	Zeitlicher Vergleich auf demselben Markt Verschiedene Bezugspunkte für den Vergleich [39]; Anpassung der Daten [40]; Wahl zwischen verschiedenen Ansätzen [43]; Ende der Zuwiderhandlung [44]; Oligopolistische Märkte [45].	38-48
(2)	Vergleich mit Daten aus anderen räumlichen Märkten Hinreichende Ähnlichkeit zwischen geografischen Märkten [50]; Benachbarte Märkte [53].	49-53
(3)	Vergleich mit Daten aus anderen sachlichen Märkten	54-55
(4)	Kombination von zeitlichem Vergleich und Marktvergleich Differenz-der-Differenzen'-Methode [56]; Stärke und Schwächen [58].	56-58
B.	Die Methode in der Praxis: Techniken für die Schätzung des Preises oder anderer ökonomischer Variablen im zuwiderhandlungsfreien Szenario Möglichkeit der Nutzung unmittelbar verfügbarer Daten [60]; Notwendige Anpassungen (alternative Ursachen) [61]; Wahl zwischen verschiedenen Ansätzen [62].	59-95
(1)	Einfache Techniken: Einzeldaten, Durchschnittswerte, Interpolation und einfache Anpassungen Verfügbare Daten [64]; Verwendung von Durchschnittswerten [66]; Lineare Interpolation [67]; Ermittlung von Unterscheidungsmerkmalen [68].	63-68
(2)	Regressionsanalyse	69-90
<i>a.</i>	<i>Ansatz und Zweck von Regressionsanalysen</i> Was ist eine Regressionsanalyse? [69]; Arten von Regressionsanalysen [71].	<i>69-72</i>
<i>b.</i>	<i>Beispiele und Schaubilder</i> Wichtigste Schritte bei einer Regressionsanalyse [73-76]; Regressionsanalyse mit mehreren Variablen (multiple Analyse) [77]; Prognoseansatz [80].	<i>73-80</i>
<i>c.</i>	<i>Voraussetzungen für die Anwendung einer Regressionsanalyse</i> Datenbeobachtungen [81-84]; Umgang mit Unsicherheiten (statistische Signifikanz) [87-88]; ,Reduzierte Form'-Analyse [90].	<i>81-90</i>
(3)	Wahl der Technik Wahl der Quantifizierungstechniken und Verhältnismäßigkeitserwägungen [92-93].	91-95
III.	SIMULATIONSMODELLE, KOSTEN- UND FINANZGESTÜTZTE ANALYSE UND ANDERE METHODEN	96-121
A.	Simulationsmodelle Modelle oligopolistischer Märkte [98]; Verwendung von Simulationsmodellen [100]; Beispiel [101-102]; Stärken und Schwächen des Ansatzes [103-105].	97-105
B.	Kosten- und -finanzgestützte Methoden Basisansatz [107]; Bestimmung der relevanten Kosten [109]; Gewinnspanne [111]; Finanzgestützte Methode [114-118].	106-118
C.	Andere Methoden	119-121
IV.	WAHL DER METHODEN	122-125
TEIL 3	ERMITTLUNG EINES DURCH PREISERHÖHUNG VERURSACHTEN SCHADENS	126-179

I.	AUSWIRKUNGEN VON ZUWIDERHANDLUNGEN, DIE PREISERHÖHUNGEN ZUR FOLGE HABEN Unmittelbare und mittelbare Kunden [126]; Beispiele von Zuwiderhandlungen [127]; Zwei Arten von Schäden: ‚Preisaufschlag‘ und ‚Mengeneffekt‘ [128].	126-135
II.	ERMITTLUNG VON PREISAUFSCHLÄGEN	136-174
A.	<i>Ermittlung kartellbedingter Preisaufschläge</i>	137-171
(1)	Auswirkungen von Kartellen Begriffsbestimmung von Kartellverstößen [139]; Empirische Erkenntnisse / Wirtschaftsstudien zu den allgemeinen Auswirkungen von Kartellen [141-145].	139-145
(2)	Der ursprüngliche vom unmittelbaren Kunden gezahlte Preisaufschlag Erläuterung eines praktischen Beispiels für durch Kartelle unmittelbaren Kunden verursachten Schaden [147].	146-160
a.	<i>Zeitlicher Vergleich</i> Anwendung eines Vergleichs über einen bestimmten Zeitraum für das praktische Beispiel [149]; Zweckmäßigkeit von Preisen nach der Zuwiderhandlung zum Vergleich [153].	149-154
b.	<i>Andere Vergleichsmethoden</i> Vergleich von Preisen auf verschiedenen geografischen Märkten [155]; Preise auf einem anderen Produktmarkt [160].	155-160
(3)	Abwälzung von Preisaufschlägen („passing on defence“) Abwälzung von Preisaufschlägen und Verringerung des Verkaufs-/ Mengeneffekts [162]; „passing-on defense“ und Maßnahmen mittelbarer Kunden gegen den Rechtsverletzer [164]; Ansätze für Kläger und Beklagte zur Untermauerung ihrer Klagen [166]; Marktmerkmale, die den Abwälzungsgrad beeinflussen können [167].	161-171
B.	<i>Ermittlung schädigender Preisaufschläge, die auf andere Arten von Wettbewerbsverstößen zurückzuführen sind</i>	172-174
III.	ERMITTLUNG EINES DURCH MGENEFFEKT VERURSACHTEN SCHADENS	175-179
TEIL 4	ERMITTLUNG DES SCHADENS AUFGRUND VON BEHINDERUNGSMISSBRAUCH	180-216
I.	FOLGEN DES BEHINDERUNGSMISSBRAUCHS Verdrängung von Wettbewerbern vom Markt: Marktabschottung [180]; Auswirkungen von Verdrängungspraktiken [181-182].	180-183
II.	ERMITTLUNG DES SCHADENS DER WETTBEWERBER	184-208
A.	<i>Der zeitliche Aspekt bei Behinderungspraktiken</i>	185-187
B.	<i>Allgemeiner Ansatz für die Ermittlung des entgangenen Gewinns</i> Aufbau des kontrafaktischen Szenarios [188]; ‚Berechnung entgangener Gewinne [189-190]; Möglichkeit von Klagen, die nur den Teil des erlittenen Schadens betreffen [191].	188-193
C.	<i>Schon auf dem Markt präsenste Wettbewerber</i>	194-199
(1)	Zeitlicher Vergleich Praktisches Beispiel [195-196]; Nutzung von Marktanteilen [197].	195-198
(2)	Andere Vergleichsmethoden	

D.	Verhinderung des Markteintritts Spezifische Probleme [200]; Praktisches Beispiel [202-204].	199 200-205
E.	Schadensersatz für künftige Verluste	206-208
III.	ERMITTLUNG DES SCHADENS DER KUNDEN	
A.	Verlustausgleich Beispiel im Fall einer Kampfpreisunterbietung [210-212]; Beispiel eines abgeschotteten Unternehmens [213].	209-216 210-214
B.	Schaden für Wettbewerber, die Kunden zuwiderhandelnder Unternehmen sind	215-216

TABELLE VON ANSCHAULICHEN BEISPIELEN	
<i>Das Mehlkartell [32], [147]</i>	
<i>Lieferverweigerung im Falle eines wichtigen Inputs für handelsübliche Lösungsmittel [194], [195], [196], [208]</i>	
<i>Fall der medizinisch-technischen Ausrüstung [203], [205]</i>	
<i>Verlustausgleich im Fall einer Kampfpreisunterbietung [211], [214]</i>	

Teil 1 — Kontext und allgemeiner Rahmen für die Ermittlung des Schadens im Kartelldeliktsrecht

I. RECHTLICHER KONTEXT

A. Der Anspruch auf Schadensersatz

1. Jede Person, der durch eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden „AEUV“) Schaden entstanden ist, hat Anspruch auf Schadensersatz. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat erklärt, dass dieses Recht im Primärrecht der Europäischen Union verankert ist¹. Schadensersatz bedeutet, den Geschädigten in die Lage zu versetzen, in der er sich befände, wenn keine Zuwiderhandlung stattgefunden hätte. Schadensersatz umfasst daher nicht nur Ersatz für die Vermögenseinbuße (*damnum emergens*), sondern auch für den entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*), sowie die Zahlung von Zinsen². Vermögenseinbuße bedeutet eine Verringerung des vorhandenen Vermögens, entgangener Gewinn das Ausbleiben einer Vermögenssteigerung, die ohne Zuwiderhandlung eingetreten wäre³.
2. Zivilrechtliche Schadensersatzklagen werden in der Regel von einzelstaatlichen Gerichten entschieden⁴. Soweit keine einschlägigen EU-Vorschriften bestehen, ist es Sache jedes Mitgliedstaats, im Rahmen seiner innerstaatlichen Rechtsordnung die Modalitäten zu regeln, nach denen der unionsrechtlich garantierte Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden kann. Diese Modalitäten dürfen jedoch die Ausübung der dem Einzelnen durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht übermäßig erschweren oder praktisch unmöglich machen (Effektivitätsgrundsatz) und nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die

¹ Rechtssache C-453/99, *Courage*, Slg. 2001, I-6297, Randnr. 26; verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619, Randnr. 60; Rechtssache C-360/09 *Pfleiderer*, Slg. 2011, I-5161, Randnr. 36 und Rechtssache C-199/11, *Europäische Gemeinschaft/ Otis NV u. a.*, Slg. 2012, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht. Diese Rechtssachen betreffen direkt Artikel 101 AEUV (Ex-Artikel 81 EG-Vertrag); dieselben Grundsätze gelten jedoch auch für Artikel 102 AEUV (Ex-Artikel 82 EG-Vertrag) – siehe Rechtssache C-360/09 *Pfleiderer*, Slg. 2011, I-5161, Randnr. 36.

² Verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619, Randnr. 95.

³ Schlussanträge des Generalanwalts Capotorti, *Ireks-Arkady GmbH/Rat und Kommission*, Rechtssache 238/78, Slg. 1979, 2955, Randnr. 9.

⁴ Die internationale Rechtsprechung durch das einzelstaatliche Gericht wird oftmals durch die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen bestimmt (ABl. L 2001 L 12 vom 16.1.2001, S. 1). Diese Verordnung wurde unlängst durch die 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) ersetzt, die größtenteils am 10. Januar 2015 in Kraft treten wird. Die grundlegenden Vorschriften in einem speziellen Einzelfall werden oftmals durch EU-Verordnungen bestimmt, wie z. B. Artikel 6 der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II) (ABl. 199 vom 31.7.2007, S. 40). Die anwendbaren Verfahrensvorschriften entsprechen in der Regel den Vorschriften im Land des mit der Klage befassten Gerichts (*lex fori*). Schadensersatzklagen können auch vor Schiedsgerichten und Gerichten von Drittstaaten entschieden werden.

Modalitäten für Schadensersatzklagen wegen Verletzung ähnlicher Rechte, die durch das innerstaatliche Recht verliehen werden (Äquivalenzgrundsatz)⁵.

B. Die mitgliedstaatlichen Vorschriften zur Schadensermittlung und der vorliegende praktische Leitfaden

3. Bei einer Klage auf Entschädigung für Schaden, der wegen einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder 102 AEUV erlitten worden ist, müssen die mitgliedstaatlichen Gerichte bestimmen, ob der Kläger aufgrund der Zuwiderhandlung einen Schaden erlitten hat und wenn dies der Fall sein sollte, den Betrag bestimmen, der dem Kläger als Ersatz für diesen Schaden zuzuerkennen ist⁶. Bei Schadensersatzklagen ist es oft besonders schwierig, den Umfang des Schadens zu ermitteln und zu beweisen.⁷ Diese Bestimmung ist in der Regel nur dann erforderlich, wenn das einzelstaatliche Gericht ein Urteil in Bezug auf sonstige auf den Schadensersatzanspruch anwendbare Rechtsvorschriften gefällt hat, insbesondere aber ein Urteil, mit dem eine Zuwiderhandlung und die ursächliche Beziehung zwischen dieser Zuwiderhandlung und den für den Kläger verursachten Schaden festgestellt wurden.⁸
4. Der Rechtsrahmen, innerhalb dessen sich die Gerichte mit der Schadensermittlung befassen, wird vom EU-Recht und den einzelstaatlichen Vorschriften festgelegt und umfasst Bestimmungen in folgenden Bereichen:
 - die Schadensarten, für die Ersatz zu leisten ist, und die allgemeine Haftungsregelung für Schadensersatzansprüche,
 - Bestimmungen über Kausalität bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang, die zwischen der rechtswidrigen Handlung und dem Schaden einen Zusammenhang schaffen. Der Gerichtshof hat diesbezüglich klargestellt, dass – für den Fall, dass in diesem Fall keine EU-Vorschriften bestehen – nach einzelstaatlichem Recht die Vorschriften für die Anwendung des Begriffs des ‚ursächlichen Zusammenhangs‘ festzulegen sind, sofern die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität beachtet werden,⁹
 - den prozessualen Rahmen, in dem über Schadensersatzansprüche entschieden wird; typischerweise ist in den mitgliedstaatlichen Vorschriften geregelt, wer die Beweislast trägt und welche Tatsachen jede Partei vor Gericht vortragen muss¹⁰,
 - das Beweismaß, das für verschiedene Verfahrensabschnitte und auch für die Haftung dem Grunde nach und für den Schadensumfang unterschiedlich sein kann,

⁵ Rechtssache C-453/99, Courage, Slg. 2001, I-6297, Randnr. 29; Verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04, Manfredi, Slg. 2006, I-6619, Randnr. 62.

⁶ In diesem Praktischen Leitfaden wird nur die Ermittlung des Schadens im Zusammenhang mit Klagen auf finanzielle (monetäre) Entschädigung behandelt. Das Papier geht zwar nicht ausdrücklich auf die Entscheidung über die Rechtsfolge bei anderen zivilrechtlichen Ansprüchen ein, kann jedoch auch für solche Entscheidungen, insbesondere über bereicherungsrechtliche Ansprüche möglicherweise von Nutzen sein.

⁷ Dies wird in Abschnitt II Randnr. 11 ff. ausgeführt

⁸ Artikel 16 der Verordnung 1/2003. In diesem Leitfaden wird nicht spezifisch auf die Frage eingegangen, ob eine bestimmte Praxis gegen Artikel 101 oder 102 AEUV verstößt.

⁹ Verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04, Manfredi, Slg. 2006, I-6619, Randnrn. 61, 64; Rechtssache C-453/99, Courage, Slg. 2001, I-6297, Randnr. 29.

¹⁰ Als Beispiel für Fragen zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in Wettbewerbssachen siehe Kammergericht Berlin, Urteil vom 1. Oktober 2009, Sache 2 U 10/03 Kart. (Vitaminpreise).

- den Umfang, in dem die Gerichte befugt sind, den erlittenen Schaden zu schätzen oder nach billigem Ermessen zu bestimmen und
 - die Zulässigkeit, Bedeutung und Würdigung von Beweismitteln (und insbesondere des Sachverständigenbeweises) im Zivilprozess.
5. Gesetzgeber und Gerichte in den Mitgliedstaaten sind bei der Bestimmung der Höhe des zuzuerkennenden Schadensersatzes innerhalb ihrer Rechtsordnung oft pragmatisch vorgegangen. So haben sie Vermutungen angewandt und eine Beweislast kann z. B. umgekehrt werden, wenn eine Partei in einem bestimmten Umfang Tatsachen und Beweismittel dargelegt hat. Ferner kann nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats der von den zuwiderhandelnden Unternehmen rechtswidrig erzielte Gewinn unmittelbar oder mittelbar für die Schätzung des den Geschädigten entstandenen Schadens von Bedeutung sein¹¹.
 6. Ziel des vorliegenden Praktischen Leitfadens ist es, den Gerichten und den Parteien von Schadensersatzklagen wirtschaftswissenschaftliche und praktische Erkenntnisse an die Hand zu geben, die bei der Anwendung mitgliedstaatlicher Vorschriften und Verfahren von Nutzen sein können. Der Praktische Leitfaden enthält daher Erkenntnisse über die Schäden, die durch wettbewerbswidrige, nach dem AEUV verbotene Praktiken verursacht werden, und schildert die wichtigsten Methoden und Techniken für die Ermittlung dieses Schadens¹². Eine solche Handreichung könnte den Klägern auch helfen, dem Gericht tatsächengestützte Ausführungen zum geforderten Schadensersatzbetrag zu übermitteln und den Beklagten bei der Verteidigung ihrer Position gegenüber diesen Ausführungen des Klägers zu unterstützen. Darüber hinaus könnte der Leitfaden den Parteien helfen, ihren Streit innerhalb oder außerhalb von Gerichtsverfahren oder in anderen Streitbeilegungsmechanismen einvernehmlich beizulegen.
 7. Dieser Praktische Leitfaden dient ausschließlich der Information. Er bindet weder die mitgliedstaatlichen Gerichte noch ändert er die Rechtsvorschriften, die in den Mitgliedstaaten für Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV gelten¹³.
 8. Ob die Zugrundelegung und gegebenenfalls welche der in diesem Praktischen Leitfaden beschriebenen Methoden und Techniken im konkreten Fall als geeignet angesehen werden, in einem bestimmten Fall angewandt zu werden, richtet sich vor allem nach dem im Einklang mit dem Effektivitäts- und dem Äquivalenzgrundsatz anzuwendenden mitgliedstaatlichen Recht. In diesem Zusammenhang dürfte unter anderem zu berücksichtigen sein,
 - ob eine bestimmte Methode oder Technik dem im mitgliedstaatlichem Recht vorgesehenen Beweismaß gerecht wird;
 - ob der beweisbelasteten Partei genügend Daten vorliegen, um die jeweilige Methode oder Technik anwenden zu können, und

¹¹ Siehe Teil 3 Randnr. 146.

¹² Bei der Ausarbeitung dieses Praktischen Leitfadens waren der Kommission verschiedene von ihr in Auftrag gegebene Studien und die dazu von externen Experten abgegebenen Stellungnahmen eine wertvolle Hilfe; siehe <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹³ Ebenso wenig berührt es die Rechte und Pflichten, die den Mitgliedstaaten und natürlichen und juristischen Personen aus dem Unionsrecht erwachsen.

- ob der damit verbundene finanzielle und sonstige Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zur Höhe des geltend gemachten Schadensersatzes steht.

Übermäßige Schwierigkeiten bei der Geltendmachung des unionsrechtlich garantierten Schadensersatzanspruchs und folglich Bedenken mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz könnten beispielsweise bestehen, wenn mitgliedstaatliche Vorschriften mit unverhältnismäßig hohen Kosten oder übermäßig strengen Anforderungen an den Grad der Sicherheit und Genauigkeit bei der Ermittlung des erlittenen Schadens verbunden wären¹⁴.

9. Dieser Praktische Leitfaden darf nicht so verstanden werden, als spräche er gegen ein pragmatischeres Vorgehen oder als würde durch diese Ausführungen das Beweismaß oder der Detaillierungsgrad des von den Parteien verlangten Tatsachenvortrags in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten erhöht oder gemindert. In der Tat kann es durchaus ausreichend sein, dass die Parteien Tatsachen und Beweismittel zum Schadensumfang darlegen, die weniger detailliert sind als die in diesem Praktischen Leitfaden beschriebenen Methoden und Techniken.
10. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass sich die wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse über den durch Kartellrechtsverstöße verursachten Schaden und die Methoden und Techniken für die Ermittlung des Schadensumfangs im Zuge der weiteren theoretischen und empirischen Forschung sowie der Entscheidungspraxis der Gerichte in diesem Bereich weiterentwickeln können. Der vorliegende Leitfaden sollte folglich nicht als erschöpfend angesehen werden.

II. ALLGEMEINER ANSATZ ZUR ERMITTLUNG DES SCHADENS IN KARTELLRECHTSFÄLLEN

11. Der Ersatz für den erlittenen Schaden soll den Geschädigten in die Lage versetzen, in der er sich befände, wenn keine Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder 102 AEUV vorläge. Daher muss die tatsächliche Lage des Geschädigten mit der Lage verglichen werden, in der er sich ohne die Zuwiderhandlung befände. Diese Prüfung wird manchmal mit dem englischen Begriff „but for analysis“ bezeichnet, der sich von dem Ausdruck „comparison with the identical situation but for the infringement“ ableitet.
12. Die zentrale Frage bei der Schadensermittlung in kartellrechtlichen Schadensersatzklageverfahren ist also, was ohne die Zuwiderhandlung geschehen wäre. Da dieser hypothetische Zustand nicht direkt beobachtet werden kann, muss eine Schätzung vorgenommen werden, um zu einem Referenzszenario zu gelangen, mit dem der tatsächliche Zustand verglichen werden kann. Dieses Referenzszenario wird auch „*zuwiderhandlungsfreies Szenario*“ oder „*kontrafaktisches Szenario*“ („counterfactual scenario“) genannt.
13. In einem spezifischen Fall kann der Ausgangspunkt für die Feststellung der Tatsache, dass eine Zuwiderhandlung zu einem Schaden für den Kläger geführt hat und falls ja, in welchem Umfang dies erfolgt ist, anhand der Eigenheiten des vorliegenden Falls und der dem Gericht vorliegenden Beweismittel erfolgen (einschließlich Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden). Die konkret bestehende (mutmaßliche) Zuwiderhandlung und ihre eventuelle Beeinflussung eines

¹⁴ Siehe auch nachfolgend die Randnrn. 16 und 17.

bestimmten Markts bilden den Ausgangspunkt für die Ermittlung des Umfangs des durch die besagte Zuwiderhandlung verursachten Schadens.

14. Die einzelstaatlichen Gerichte können in einem besonderen Fall direkte Beweisstücke für die Ermittlung des Schadensumfangs nutzen, wie z. B. Unterlagen, die von dem zuwiderhandelnden Unternehmen über vereinbarte Preiserhöhungen und ihre Umsetzung oder die Bewertung der Entwicklung ihrer Marktposition erstellt wurden. Mündliche Beweismittel aufgrund von Zeugenaussagen können ebenfalls verwendet werden. Die Verfügbarkeit solcher Beweismittel kann eine wichtige Rolle spielen, wenn ein Gericht entscheidet, ob und gegebenenfalls welche der im Folgenden dargelegten Methoden und Techniken eine Partei verwenden kann, um das nach anwendbarem Recht erforderliche Beweismaß zu erfüllen.
15. Welche ökonomischen Variablen (z. B. Preise, Absatzmengen, Gewinne, Kosten oder Marktanteile) zu untersuchen sind, hängt davon ab, welche Art von Schaden der Kläger geltend macht. So muss im Falle eines Kartells, das vermeintlich zu höheren Preisen für die Kunden der Kartellmitglieder geführt hat, der zuwiderhandlungsfreie Preis geschätzt werden, um ihn mit dem von diesen Kunden tatsächlich gezahlten Preis vergleichen zu können. Geht es um den Missbrauch einer beherrschenden Stellung, der eine Verdrängung von Wettbewerbern vom Markt zur Folge hatte, so können die diesen Wettbewerbern entgangenen Gewinne ermittelt werden, indem man ihre tatsächlichen Umsätze und Gewinnspannen mit den Umsätzen und Gewinnspannen vergleicht, die sie ohne die Zuwiderhandlung wahrscheinlich erzielt hätten.
16. Es ist unmöglich, mit Sicherheit genau zu bestimmen, wie sich ein Markt ohne diesen Verstoß gegen Artikel 101 oder 102 AEUV entwickelt hätte. Preise, Absatzmengen und Gewinnspannen hängen von einer Reihe von Faktoren und komplexen Interaktionen zwischen Marktteilnehmern ab, die nicht leicht vorherzusehen sind. Die Ermittlung des hypothetischen zuwiderhandlungsfreien Szenarios muss sich daher immer auf eine Reihe von Annahmen stützen¹⁵. Diese sich aus der Natur der Sache ergebenden Einschränkungen werden in der Praxis oft noch dadurch verstärkt, dass Daten nicht vorhanden oder nicht zugänglich sind.
17. Die Ermittlung des Schadens in Wettbewerbssachen unterliegt daher naturgemäß erheblichen Grenzen hinsichtlich der zu erwartenden Sicherheit und Genauigkeit. Es gibt deshalb keinen einzigen „wahren“ Wert des erlittenen Schadens, der zu ermitteln wäre, sondern es kann immer nur eine möglichst genaue Schätzung geben, die sich auf Annahmen und Näherungswerte stützt¹⁶. Die anwendbaren mitgliedstaatlichen

¹⁵ Die Grenzen und Auswirkungen einer solchen Würdigung eines hypothetischen Zustands sind vom Gerichtshof (im Zusammenhang mit der Ermittlung des entgangenen Gewinns in einer Schadensersatzklage gegen die Europäische Gemeinschaft im Agrarsektor) anerkannt worden. Er stellte fest, dass „der entgangene Gewinn sich nicht aus einer einfachen mathematischen Berechnung ergibt, sondern das Ergebnis einer Bewertung und Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Daten ist. Der Gerichtshof hat insoweit wirtschaftliche Tätigkeiten zu bewerten, die zum großen Teil hypothetischen Charakter besitzen. Er verfügt daher wie die nationalen Gerichte über einen weiten Beurteilungsspielraum sowohl in Bezug auf die maßgeblichen statistischen Daten und Werte als auch vor allem in Bezug auf die Verwendung dieser Daten und Werte bei der Berechnung und Bemessung des Schadens.“ Siehe verbundene Rechtssachen C-104/89 und C-37/90, Mulder und andere/Rat und Kommission, Slg. 2000, I-203, Randnr. 79.

¹⁶ Für ein Beispiel eines von einem einzelstaatlich Gericht verwendeten kontrafaktischen Szenarios und die sich aus den Basisannahmen ergebenden Fragen siehe z. B. Competition Appeal Tribunal, Entscheidung vom 28. März 2013, Rechtssache Nr. 1166/5/7/10 (Albion Water Limited/ Dŵr Cymru Cyfyngedig).

Rechtsvorschriften und ihre Auslegung sollten diesen inhärenten Grenzen der Schadensermittlung bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung der Artikel 101 und 102 AEUV im Einklang mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz Rechnung tragen, damit die Geltendmachung des durch den AEUV garantierten Anspruchs auf Schadenersatz nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird.

18. In diesem Praktischen Leitfaden sind wesentliche Methoden und Techniken dargestellt, die in den Wirtschaftswissenschaften und der Rechtspraxis entwickelt wurden, um ein geeignetes Referenzszenario zu ermitteln und den zuwiderhandlungsfreien Wert der untersuchten ökonomischen Variablen (z. B. bei einem Preiskartell den Preis, der ohne die Zuwiderhandlung für das Produkt wahrscheinlich in Rechnung gestellt worden wäre) zu schätzen¹⁷. Die Methoden und Techniken beruhen auf verschiedenen Ansätzen und unterscheiden sich in den zugrunde liegenden Annahmen sowie in der Vielfalt und Detailliertheit der benötigten Daten. Sie unterscheiden sich auch in dem Maß, in dem sie neben der Zuwiderhandlung andere Faktoren berücksichtigen, die die Lage des Klägers möglicherweise beeinflusst haben könnten. Die Anwendung dieser Methoden und Techniken kann daher mehr oder weniger schwierig, zeitaufwendig und kostenintensiv sein.
19. Ist der Wert der untersuchten ökonomischen Variablen (wie Preise, Gewinnspannen oder Absatzmengen) im hypothetischen zuwiderhandlungsfreien Szenario geschätzt worden, erfolgt ein Vergleich mit dem tatsächlichen Zustand, also z. B. dem vom Geschädigten tatsächlich gezahlten Preis, um den durch die Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder 102 AEUV verursachten Schaden zu ermitteln.
20. In einem letzten Schritt sind die dem Geschädigten zu zahlenden Zinsen zu bestimmen. Die Zuerkennung von Zinsen ist ein unerlässlicher Bestandteil des Ersatzes für Schäden. Der Gerichtshof hat mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass die vollständige Entschädigung den Ersatz für die negativen Auswirkungen umfassen muss, die sich aus dem Zeitablauf seit Entstehen des durch die Zuwiderhandlung verursachten Schadens ergeben¹⁸. Bei diesen Auswirkungen handelt es sich um die Geldentwertung¹⁹ und die Nichtverfügbarkeit des Kapitals für den Geschädigten²⁰. Das mitgliedstaatliche Recht kann diesen Auswirkungen durch gesetzliche Zinsen oder andere Arten von Zinsen Rechnung tragen, solange diese mit dem Effektivitäts- und dem Äquivalenzgrundsatz im Einklang stehen.

III. AUFBAU DES PRAKTISCHEN LEITFADENS

21. Zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs muss vorgetragen werden, dass eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder 102 AEUV die Lage des Klägers

¹⁷ Siehe unten Teil 2.

¹⁸ Rechtssache C-271/91, Marshall, Slg. 1993, I-4367, Randnr. 31; verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04, Manfredi, Slg. 2006, I-6619, Randnr. 97; Europäische Kommission, Weißbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ (KOM(2008) 165), Abschnitt 2.5 und das dazugehörige Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen (SEK(2008) 404), Randnr. 187.

¹⁹ Rechtssache C-308/87, Grifoni II, Slg. 1994, I-341, Randnr. 40, und Schlussanträge des Generalanwalts Tesauo, Grifoni II, Rechtssache C-308/87, Slg. 1994, I-341, Randnr. 25; verbundene Rechtssachen C-104/98 und C-37/90, Mulder und andere/Rat und Kommission, Slg. 2000, I-203, Randnr. 51. Zum Kaufkraftverlust siehe verbundene Rechtssachen T-17/89, T-21/89 und T-25/89, Brazzelli Lualdi, Slg. 1992, II-293, Randnr. 40.

²⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Saggio, Mulder und andere/Rat und Kommission, verbundene Rechtssachen C-104/89 und C-37/90 Slg. 2000, I-203, Randnr. 105.

beeinflusst hat. Grundsätzlich lassen sich die schädigenden Auswirkungen einer solchen Zuwiderhandlung in zwei Hauptgruppen einteilen:

- (a) Durch Zuwiderhandlungen können die Preise für Kunden steigen, die diese den Rechtsverletzern zahlen²¹. Zu den Zuwiderhandlungen, die sich auf diese Weise auswirken, gehören kartellrechtliche Verstöße gegen Artikel 101 AEUV wie Verhaltensweisen, durch die Unternehmen die Preise für ihre Kunden anheben, wie z. B. Preisabsprachen, Quotenabsprachen und die Aufteilung von Märkten zwischen Wettbewerbern. Auch ein sogenannter Ausbeutungsmissbrauch nach Artikel 102 AEUV kann denselben Effekt zeitigen.

Erhöhte Preise bedeuten, dass die Kunden, die die betroffene Ware oder Dienstleistung²² erwerben, einen Preisaufschlag zahlen. Außerdem kann eine Anhebung der Preise auch zu einem Rückgang der Nachfrage führen und bei Kunden, die das Produkt für eine eigene Geschäftstätigkeit verwenden, Gewinneinbußen nach sich ziehen²³.

- (b) Unternehmen versuchen bisweilen auch, ihre Wettbewerber durch illegale Praktiken von einem Markt zu verdrängen oder deren Marktanteil zu verringern.²⁴ Hierbei kann es sich um einen Verstoß gegen Artikel 101 in der Form des sog. Verdrängungsmissbrauchs handeln, z. B. die Kosten-Preis-Schere, Kampfpreise, Kopplungsgeschäfte und bestimmte wettbewerbswidrige vertikale Ausschließlichkeitsvereinbarungen zwischen Lieferanten und Händlern²⁵. Derartige Praktiken haben erhebliche Auswirkungen auf die Wettbewerber, denen auf dem betroffenen Markt Geschäftsmöglichkeiten und Gewinne entgehen und damit ein Schaden entsteht. Wenn die Verdrängung von Wettbewerbern erfolgreich war und der Wettbewerbsdruck im Markt nachlässt, werden auch die Kunden geschädigt (in der Regel durch höhere Preise).

22. Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 101 und 102 AEUV können weitere Schadensformen zur Folge haben, z. B. negative Auswirkungen auf die Produktqualität und Innovation in einem Markt. Der vorliegende Praktische Leitfaden konzentriert sich auf die beiden wichtigsten Schadensformen und die unter Randnummer 21 beschriebenen Gruppen von Geschädigten²⁶. Die dargelegten Methoden und Techniken können jedoch auch für Schadensersatzklagen in Bezug auf andere Schadensarten und andere Geschädigte als die in Randnummer 18 genannten relevant sein.

²¹ Wenn das zuwiderhandelnde Unternehmen als Käufer im Markt auftritt, besteht die entsprechende Auswirkung in einem Rückgang der Einkaufspreise, die diese Unternehmen ihren Lieferanten zahlen. Dies wird in Teil 3 Abschnitt I Randnr. 134 näher ausgeführt.

²² Der Einfachheit halber wird im Folgenden nur noch von den von einer Zuwiderhandlung betroffenen „Produkten“ die Rede sein; diese umfassen Waren und Dienstleistungen.

²³ Dies wird in Teil 3 Abschnitt I Randnr. 128 ff. näher ausgeführt.

²⁴ Siehe Rechtssache C-209/10, Post Danmark, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, Randnr. 22, 23 und 24.

²⁵ Vertikale Vereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Stufen der Lieferkette tätig sind.

²⁶ Der Praktische Leitfaden geht nicht ausdrücklich auf die Situation von anderen als den unter Randnummer 21 Buchstaben a und b genannten Personengruppen ein, obwohl auch andere Personen (z. B. Lieferanten des Schädigers oder Kunden gesetzestreuer Wettbewerber der Schädiger) durch Zuwiderhandlungen, die zu Preisauflagen oder zur Verdrängung von Wettbewerbern geführt haben, geschädigt werden können; siehe auch Fußnote 107.

23. In Teil 3 des Praktischen Leitfadens wird die Ermittlung des unter Randnummer 21 Buchstabe a genannten Schadens behandelt. Dieser Teil enthält eine Beschreibung der grundsätzlichen Auswirkungen von kartellrechtswidrigen Preiserhöhungen im Markt und zeigt, wie in diesen Fällen der sich aus der Zahlung des Preisaufschlags ergebende Schaden sowie der mit einem Rückgang der Nachfrage verbundene Schaden ermittelt werden können.
24. In Teil 4 des Praktischen Leitfadens wird die Ermittlung des unter Randnummer 21 Buchstabe b genannten Schadens behandelt. Dieser Teil enthält eine Beschreibung der möglichen Auswirkungen einer Verdrängung von Wettbewerbern von einem Markt und zeigt anhand von Beispielen, wie in diesen Fällen der Schaden (nämlich der dem verdrängten Wettbewerber entgangene Gewinn und der den Kunden entstandene Schaden) ermittelt werden kann.
25. Die wichtigsten Methoden und Techniken zur Ermittlung der durch Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV entstandenen Schäden kommen grundsätzlich für alle Schadensformen in Betracht. Sie werden daher vorab in Teil 2 des Praktischen Leitfadens behandelt. Dort werden die diesen Methoden zugrunde liegenden Annahmen geschildert und Hinweise zur Anwendung dieser Methoden in der Praxis gegeben.

Teil 2 — Methoden und Techniken

I. ÜBERBLICK

26. Es gibt verschiedene Methoden, um im Kartelldeliktsrecht für die Zwecke der Schadensermittlung ein zuwiderhandlungsfreies Szenario zu entwickeln.
27. Die von Parteien und Gerichten am häufigsten angewendeten Methoden gelangen dabei zu einer Einschätzung, was ohne die Zuwiderhandlung geschehen wäre, indem sie entweder Zeiträume vor oder nach der Zuwiderhandlung oder andere, von der Zuwiderhandlung nicht betroffene Märkte betrachten. Bei solchen Vergleichsmethoden (bisweilen auch „Vergleichsmarktmethoden“ genannt) werden die in dem nicht betroffenen Zeitraum oder auf den nicht betroffenen Märkten beobachteten Daten (Preise, Absatzmengen, Gewinnspannen oder andere ökonomische Variablen) als Anhaltspunkt für das hypothetische Szenario angesehen, das ohne die Zuwiderhandlung bestehen würde. Die Anwendung dieser Methoden wird manchmal durch den Einsatz ökonometrischer Techniken verfeinert, die statistische oder quantitative Verfahren kombinieren, um die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen bestimmten Variablen zu ermitteln und zu messen. Die verschiedenen Vergleichsmethoden und verschiedene Techniken für ihre Anwendung werden in Abschnitt II dieses Teils 2 (Ziffern 32 bis 95) beschrieben.
28. Andere Methoden als Vergleichsmethoden werden in Abschnitt III behandelt (Ziffern 96 bis 121). Eine dieser Methoden verwendet auf den jeweiligen Markt zugeschnittene ökonomische Modelle, um das Marktergebnis zu simulieren, das ohne die Zuwiderhandlung wahrscheinlich bestehen würde. Diese Modelle stützen sich auf die Wirtschaftstheorie, um die wahrscheinliche Funktionsweise eines Marktes anhand seiner wesentlichen Merkmale (z. B. Zahl der Wettbewerber, Art des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen, Grad der Produktdifferenzierung, Markteintrittsschranken) zu erklären. Eine weitere Methode ist die Kostenmethode, die von den Produktionskosten für das betroffene Produkt und einem Aufschlag für eine „angemessene“ Gewinnspanne ausgeht, um ein hypothetisches zuwiderhandlungsfreies Szenario zu ermitteln. Darüber hinaus bestehen finanzierungsbasierte Ansätze, die von der finanziellen Leistungskraft des Klägers bzw. des Beklagten ausgehen.
29. Jede dieser Methoden und Techniken hat ihre eigenen Merkmale, Stärken und Schwächen, aufgrund deren sie sich in einer bestimmten Situation besser oder schlechter für die Schätzung des erlittenen Schadens eignen kann. Sie unterscheiden sich insbesondere in dem Umfang, in dem sie sich auf wirtschaftstheoretische Annahmen oder auf Daten stützen, die in einem konkreten (vergleichbaren) Markt tatsächlich beobachtet worden sind. Die Methoden und Techniken unterscheiden sich auch in dem Maß, in dem sie neben der Zuwiderhandlung noch andere Faktoren berücksichtigen, die die Lage des Geschädigten möglicherweise beeinflusst haben. Ferner unterscheiden sie sich in der Leichtigkeit ihrer Anwendung und der benötigten Art und Menge der Daten.
30. Die genannten Methoden erlauben eine Einschätzung, wie sich der betreffende Markt ohne die Zuwiderhandlung wahrscheinlich entwickelt hätte. Zudem können auch direktere Beweise, die den Parteien und dem Gericht gegebenenfalls vorliegen (z. B. interne Unterlagen der zuwiderhandelnden Unternehmen über untereinander vereinbarte Preiserhöhungen) nach Maßgabe der anwendbaren mitgliedstaatlichen

Rechtsvorschriften herangezogen werden, um wertvolle Informationen für die Ermittlung des Schadens in einem bestimmten Fall zu erhalten²⁷.

31. In Abschnitt IV werden Erwägungen zur Wahl der Methode angestellt, die in der Regel je nach den besonderen Merkmalen des konkreten Falls und Anforderungen des anwendbaren Rechts getroffen wird.

II. VERGLEICHSMETHODEN

32. Die praktische Anwendung der verschiedenen Vergleichsmethoden lässt sich anhand eines (gänzlich fiktiven) Beispiels einer Schadensersatzklage veranschaulichen, die wegen eines gegen Artikel 101 AEUV verstoßenden Kartells erhoben wird²⁸.

Das Mehlkartell

Eine Wettbewerbsbehörde stellt fest, dass alle Mühlenunternehmen in ihrem Mitgliedstaat zusammen die Preise für das Mahlen von Getreide und die Herstellung von Mehl festgesetzt haben.

Ein Bäckereiunternehmen, das in den letzten Jahren regelmäßig Mehl gekauft hat, erhebt Schadensersatzklage gegen eines der Mühlenunternehmen. Die Bäckerei macht geltend, die Zuwiderhandlung habe zu einer rechtswidrigen Erhöhung der Preise für das Mehl geführt, das sie bei diesem Mühlenunternehmen gekauft habe. Die Bäckerei verlangt Schadensersatz für den in den vergangenen Jahren gezahlten Preisaufschlag.

33. Die zentrale Frage bei der Ermittlung des Schadens in diesem Beispiel lautet, welchen Preis das klagende Bäckereiunternehmen für das Mehl gezahlt hätte, wenn kein Kartell vorgelegen hätte. Will man hierfür eine Vergleichsmethode anwenden, so kann der Preis im Zuwiderhandlungsszenario dem Preis in einem zuwiderhandlungsfreien Szenario gegenübergestellt werden, das anhand von Preisdaten ermittelt wird, die entweder

- zu einem Zeitpunkt vor und/oder nach der Zuwiderhandlung auf demselben Markt (1) oder
- auf einem anderen, aber ähnlichen räumlichen Markt (2) oder
- auf einem anderen, aber ähnlichen sachlichen Markt (3) beobachtet wurden.

Der zeitliche Vergleich kann zudem auch mit einem Vergleich mit anderen räumlichen oder sachlichen Märkten kombiniert werden (4).

34. Im Beispiel des Mehlkartells bezieht sich die Anwendung der Methoden auf den Preis. Mit den Vergleichsmethoden lassen jedoch ebenso andere ökonomische Variablen wie Marktanteile, Gewinnspannen, Kapitalrendite, Wert von Vermögenswerten oder Kostenniveau eines Unternehmens schätzen. Welche ökonomischen Variablen zur Ermittlung des Schadens sinnvollerweise betrachtet werden sollten, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

²⁷ Als Beispiel für einen solchen Ansatz siehe Oberlandesgericht Karlsruhe, Urteil vom 11. Juni 2010, Sache 6 U 118/05 („Selbstdurchschreibepapier“). Hier wurden die Preiserhöhungen, wie sie von den an dem Kartell beteiligten Unternehmen abgesprochen worden waren, nach den anwendbaren Rechtsvorschriften über die Verteilung der Darlegungslast und die Erbringung des Anscheinsbeweises herangezogen, um den zuzuerkennenden Schadensersatz zu bestimmen. Dieser Teil des Urteils wurde im Rahmen einer Berufung vom Bundesgerichtshof bekräftigt (Urteil vom 28. Juni 2011, Sache KZR 75/10).

²⁸ Dieses Beispiel wird unter Randnr. 147 weiter ausgeführt.

35. Die bei einem Marktvergleich oder zeitlichen Vergleich verwendeten Daten können sich auf den gesamten Markt (also etwa der Durchschnitt des Mehlspreises, der allen Bäckereiunternehmen auf einem benachbarten räumlichen Markt in Rechnung gestellt wurde) oder auch nur auf bestimmte Marktteilnehmer beziehen (etwa der Mehlspreis, der bestimmten Kundengruppen, z. B. Großkunden auf einem benachbarten Markt, in Rechnung gestellt wurde).
36. Insbesondere im Falle von Behinderungsmissbrauch kann es auch zweckmäßig sein, Daten zu vergleichen, die sich auf nur einen Marktteilnehmer beziehen. Folgendes Beispiel mag einen solchen Vergleich zwischen einzelnen Unternehmen, also zwischen dem Geschädigten und einem hinreichend ähnlichen Vergleichsunternehmen verdeutlichen: Wenn ein Unternehmen sich um Zutritt zu einem neuen Markt bemüht und dort einem gegen das EU-Wettbewerbsrecht verstoßenden Behinderungsmissbrauch ausgesetzt ist, so können seine tatsächlich auf diesem neuen Markt erzielten Gewinne mit den Gewinnen verglichen werden, die ein vergleichbarer neuer Marktteilnehmer auf einem anderen, aber ähnlichen räumlichen Markt erzielt hat, auf dem er nicht durch wettbewerbswidrige Verhaltensweisen behindert wurde. Die Abschnitte A.1 bis A.4 beziehen sich auf den Vergleich sowohl mit aggregierten Marktdaten als auch mit unternehmensbezogenen Daten²⁹.
37. Die Stärke aller Vergleichsmethoden liegt darin, dass sie sich auf tatsächliche Marktdaten stützen, die auf demselben oder einem ähnlichen Markt beobachtet werden können³⁰. Die Vergleichsmethoden gehen von der Annahme aus, dass das Vergleichsszenario als hinreichend repräsentativ für das wahrscheinliche zuwiderhandlungsfreie Szenario angesehen werden kann und dass der Unterschied zwischen den Daten aus dem Zuwiderhandlungsszenario und den für den Vergleich gewählten Daten auf die Zuwiderhandlung zurückzuführen ist. Wichtige Marktmerkmale, die eine Rolle bei der Bewertung spielen können, ob zwei Märkte hinreichend ähnlich sind, sind der Wettbewerbs- und der Konzentrationsgrad auf diesen Märkten, Kosten und Nachfragemerkmale sowie Zugangshemmnisse. Ob davon auszugehen ist, dass zwischen Zuwiderhandlungs- und Vergleichsmarkt oder Zuwiderhandlungs- und Vergleichszeitraum ein hinreichender Grad an Ähnlichkeit besteht, um die Ergebnisse eines solchen Vergleichs für die Schadensermittlung zu nutzen, bestimmt sich nach den Anforderungen des jeweils anwendbaren Rechts.³¹ Für den Fall, dass zwischen den betrachteten Zeiträumen oder Märkten erhebliche Unterschiede bestehen, kommen verschiedene Techniken in Betracht, mit denen diesen Unterschieden möglicherweise Rechnung getragen werden kann³².

²⁹ Theoretisch könnte der Vergleich mit unternehmensbezogenen Daten eines anderen Unternehmens nicht nur für Unternehmen vorgenommen werden, die auf einem *anderen* räumlichen oder sachlichen Markt tätig sind, wie in den Abschnitten 2 bis 4 erläutert, sondern auch für Unternehmen, die auf *demselden* sachlichen und räumlichen Markt tätig sind wie der Geschädigte. In der Praxis spielen solche Vergleiche innerhalb eines Marktes jedoch keine große Rolle, was möglicherweise darauf zurückzuführen ist, dass es schwer sein kann, auf demselben Markt ein hinreichend ähnliches anderes Unternehmen zu finden, das von der Zuwiderhandlung nicht betroffen war. In den folgenden Abschnitten werden daher solche Vergleiche innerhalb eines Marktes nicht weiter erörtert.

³⁰ Diesen Aspekt betont z. B. der Bundesgerichtshof, Beschluss vom 19. Juni 2007, Sache KRB 12/07 (Kartell im Papiergroßhandel).

³¹ Siehe Randnr. 94 für weitere Einzelheiten. Als Beispiel für Fragen, die sich bei der Vergleichbarkeit von Daten ergeben, siehe z. B. Tribunal Administratif de Paris, Entscheidung vom 27. März 2009, (SNCF/ Bouygues).

³² Dies wird in Abschnitt B Randnrn. 59-95 näher ausgeführt.

A. *Methoden für die Ermittlung eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios*

(1) **Zeitlicher Vergleich auf demselben Markt**

38. Eine häufig angewendete Methode besteht darin, die tatsächliche Lage während des Zeitraums, in dem eine Zuwiderhandlung sich auswirkte, mit der Lage zu vergleichen, die auf demselben Markt vor Beginn der Auswirkungen der Zuwiderhandlung oder nach Ende dieser Auswirkungen bestand³³. Wenn beispielsweise ein Unternehmen seine beherrschende Stellung missbraucht hat, um einen Wettbewerber während der Jahre 2004 und 2005 vom Markt zu verdrängen, könnten mit dieser Methode z. B. die Gewinne des Wettbewerbers im Zeitraum der Zuwiderhandlung und seine Gewinne in den Jahren 2002 und 2003, als noch keine Zuwiderhandlung vorlag, betrachtet werden³⁴. Ein anderes Beispiel wäre ein Preiskartell (wie das oben als Beispiel angeführte Mehlkartell); wenn dieses von 2005 bis 2007 bestand, könnte mit der zeitlichen Vergleichsmethode der von den Kartellkunden im Zuwiderhandlungszeitraum gezahlte Preis mit dem von den Kunden in einem späteren Zeitraum, z. B. 2008 und 2009, gezahlten Preis verglichen werden³⁵.
39. Im Prinzip gibt es drei mögliche Bezugspunkte für einen zeitlichen Vergleich mit dem Zuwiderhandlungszeitraum³⁶:
- ein nicht betroffener Zeitraum *vor* der Zuwiderhandlung (Vergleich „vorher – während“ – im Mehlkartell-Fall: Vergleich der Preise, die auf demselben Markt für Mehl gezahlt wurden, *bevor* sich die Zuwiderhandlung auswirkte, mit den von der Zuwiderhandlung beeinflussten Mehlpreisen),
 - ein nicht betroffener Zeitraum *nach* der Zuwiderhandlung (Vergleich „während – nachher“ – im Mehlkartell-Fall: Vergleich der von der Zuwiderhandlung beeinflussten Preise mit den Preisen, die auf demselben Markt *nach* Ende der Zuwiderhandlung gezahlt wurden) und
 - ein nicht betroffener Zeitraum *vor* der Zuwiderhandlung und ein nicht betroffener Zeitraum *nach* der Zuwiderhandlung (Vergleich „vorher – während – nachher“).
40. Die sachkundige Wahl des Bezugszeitraums und der Art der Daten setzt in der Regel eine gute Kenntnis der betreffenden Branche voraus. Ferner wird die Wahl durch die Verfügbarkeit von Daten sowie die Anforderungen des anwendbaren Rechts hinsichtlich des Beweismaßes und der Beweislast beeinflusst

³³ Siehe z. B. Corte d'Appello di Milano (Berufungsgericht Mailand), Entscheidung vom 11. Juli 2003 (Bluvacanze), und Corte d'Appello di Milano (Berufungsgericht Mailand), Entscheidung vom 3. Februar 2000, Sache I, 308 (Inaz Paghe v Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro) (in beiden Fällen Vergleich der Lage vor, während und nach der Zuwiderhandlung); Landgericht Dortmund, Entscheidung vom 1. April 2004, Sache 13 O 55/02 Kart. (Vitaminpreise) (Vergleich der Lage während und nach der Zuwiderhandlung); Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz, Entscheidung vom 17. August 2007, Sache 17 R 91/07 p (Fahrschule) (Vergleich der Lage während und nach der Zuwiderhandlung akzeptiert).

³⁴ Zu ausführlicheren Beispielen für die Anwendung der Methode im Falle von Behinderungsmissbrauch siehe Teil 4.

³⁵ Zu ausführlicheren Beispielen für die Anwendung der Methode im Falle von Zuwiderhandlungen, die einen Preisaufschlag zur Folge haben, siehe Teil 3.

³⁶ Die Methode des zeitlichen Vergleichs wird bisweilen auch „Vorher-nachher-Methode“ („before and after method“) oder „Benchmark-Methode“ genannt.

41. Ein Vorteil aller Methoden, die zu verschiedenen Zeitpunkten beobachtete Daten aus *demselden* räumlichen und sachlichen Markt vergleichen, besteht darin, dass Marktmerkmale wie Wettbewerbsintensität, Marktstruktur, Kosten und Nachfragemerkmale eher vergleichbar sein können als bei einem Vergleich mit anderen sachlichen oder räumlichen Märkten.
42. Allerdings kommt es auch bei zeitlichen Vergleichen vor, dass Unterschiede zwischen den beiden Datensätzen nicht nur auf die Zuwiderhandlung zurückzuführen sind. In diesen Fällen kann es angemessen sein, entweder die im Vergleichszeitraum beobachteten Daten derart anzupassen, dass den durch andere Faktoren bedingten Unterschieden Rechnung getragen wird³⁷ oder einen anderen Vergleichszeitraum oder -markt zu wählen. Zum Beispiel kann es im Falle einer lang andauernden Zuwiderhandlung unrealistisch sein anzunehmen, dass die Preise von vor 10 Jahren ohne die Zuwiderhandlung unverändert geblieben wären; hier mag man sich etwa eher für die Kombination eines Vergleichs mit dem Zeitraum vor der Zuwiderhandlung *und* dem Zeitraum nach der Zuwiderhandlung entscheiden. Im Falle langer Zuwiderhandlungszeiträume müssen möglicherweise auch praktische Fragen im Zusammenhang mit der Vergleichbarkeit der Daten geklärt werden, die sich aus Änderungen in der Art und Weise ergeben, wie die Unternehmen ihre Daten aufzeichnen (z. B. Umstellungen in der Buchführungspraxis oder in der Datenorganisationssoftware).
43. Sofern entsprechende Daten vorhanden sind, kann bei der Wahl zwischen einem „Vorher-während-Vergleich“, einem „Während-nachher“-Vergleich und einem „Vorher-während-nachher“-Vergleich eine Reihe von Gesichtspunkten relevant werden. Es ist sehr unwahrscheinlich, einen Bezugszeitraum zu finden, in dem die Marktsituation gänzlich der Situation entspricht, die ohne die Zuwiderhandlung bestehen würde. Es wird immer nur möglich sein, einen hinreichend ähnlichen Zeitraum zu ermitteln, der eine weitgehende Annäherung an ein wahrscheinliches zuwiderhandlungsfreies Szenario erlaubt. Einer der Faktoren, die in diesem Zusammenhang relevant sein können, sind mögliche Zweifel, welche Zeiträume von der Zuwiderhandlung tatsächlich betroffen waren und welche nicht. Einige Zuwiderhandlungen beginnen oder enden schrittweise, und es bestehen häufig Zweifel hinsichtlich des genauen Beginns einer Zuwiderhandlung und insbesondere ihrer Auswirkungen. In den Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden werden regelmäßig Anhaltspunkte erwähnt, die darauf schließen lassen, dass die Zuwiderhandlung früher begonnen haben könnte als der in der Entscheidung zugrunde gelegte Zuwiderhandlungszeitraum³⁸. Eine Möglichkeit um festzustellen, wann die Auswirkungen einer Zuwiderhandlung begonnen oder geendet haben, kann eine ökonometrische Analyse der beobachteten Daten sein.
44. Das Ende einer Zuwiderhandlung und ihrer Auswirkungen ist zwar möglicherweise leichter festzustellen als ihr Beginn, aber auch hier kann unsicher sein, ob der sich unmittelbar an das Ende der Zuwiderhandlung anschließende Zeitraum von dem wettbewerbswidrigen Verhalten tatsächlich nicht betroffen ist³⁹. Wenn die

³⁷ Zu solchen Anpassungen und insbesondere zur Möglichkeit einer Regressionsanalyse siehe Abschnitt B Randnrn. 59–95.

³⁸ Es kommt durchaus vor, dass eine Wettbewerbsbehörde die Feststellung einer Zuwiderhandlung auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt, obwohl sich die Zuwiderhandlung in Wirklichkeit über einen längeren Zeitraum erstreckt hat.

³⁹ Als Beispiel, in dem ein mitgliedstaatliches Gericht feststellt, dass die in den fünf Monaten nach Ende der Zuwiderhandlung in Rechnung gestellten Preise noch von dem Kartell beeinflusst waren, siehe

Marktbedingungen erst mit einer gewissen Verzögerung auf einen zuwiderhandlungsfreien Stand zurückkehren, kann die Verwendung von Daten aus dem Zeitraum unmittelbar nach der Zuwiderhandlung dazu führen, dass die Auswirkungen der Zuwiderhandlung zu niedrig geschätzt werden. Es kann auch vorkommen, dass die Preise nach dem Ende eines Kartells für kurze Zeit besonders niedrig sind, weil die Unternehmen vorübergehend aggressive Preisstrategien verfolgen (Preiskriege), bis das „normale“, d. h. das zuwiderhandlungsfreie Gleichgewicht auf dem Markt wieder erreicht ist.

45. Insbesondere auf oligopolistischen Märkten kann zudem ein anderes Problem auftreten, nämlich dass die Kartellteilnehmer das durch das Kartell erworbene Wissen später nutzen, um ihr Verhalten zu koordinieren, ohne dabei gegen Artikel 101 AEUV zu verstoßen. In einer solchen Situation dürften die Preise nach der Zuwiderhandlung höher liegen als dies ohne die Zuwiderhandlung der Fall wäre und sie können daher nur dazu dienen, eine Untergrenze des erlittenen Schadens zu schätzen. Der Zeitraum vor der Zuwiderhandlung kann sich auch dann besser als Bezugspunkt eignen, wenn sich beispielsweise zentrale Marktmerkmale gegen Ende des Zuwiderhandlungszeitraums aufgrund exogener Faktoren (etwa ein steiler Anstieg der Rohstoffpreise oder ein Anstieg der Nachfrage nach dem Produkt) radikal geändert haben⁴⁰.
46. Auch wenn Zweifel bestehen, ob ein bestimmter, vor oder nach der Zuwiderhandlung liegender Zeitraum von der Zuwiderhandlung betroffen war oder nicht, kann dieser Zeitraum grundsätzlich noch als Bezugszeitraum für die zuverlässige Schätzung eines Mindestschadens („lower-bound“ estimate oder „minimum damage“) dienen⁴¹.
47. Unter bestimmten Umständen kann es zweckmäßig sein, das zuwiderhandlungsfreie Szenario auf der Grundlage von zwei Bezugszeiträumen (vor und nach der Zuwiderhandlung) zu ermitteln, indem z. B. der Durchschnittswert dieser Zeiträume als Referenzwert zugrundegelegt wird oder indem andere Techniken verwendet werden, um einen Trend in der Entwicklung der Marktsituation während der Zuwiderhandlung darzustellen⁴². Der Zeitraum vor der Zuwiderhandlung kann auch als Bezugszeitraum bis zu einem bestimmten Zeitpunkt während der Zuwiderhandlung verwendet werden, zu dem sich die Marktumstände erheblich geändert haben, und der Zeitraum nach der Zuwiderhandlung als Bezugszeitraum für die Zeit danach.
48. Auch die Wahl der Daten kann dazu beitragen, eine hinreichend ähnliche Grundlage für den Vergleich zu schaffen: In manchen Situationen können aggregierte Daten wie Branchendurchschnittspreise (oder Durchschnittswerte für bestimmte

Oberlandesgericht Karlsruhe, Entscheidung vom 11. Juni 2010, Sache 6 U 118/05 (Rechtsmittel anhängig).

⁴⁰ Für den kurzen Teil des Zuwiderhandlungszeitraums nach einer solchen Veränderung könnten Daten aus dem Zeitraum nach der Zuwiderhandlung die geeignetere Vergleichsgröße sein, da sie den Marktmerkmalen nach der Veränderung möglicherweise besser entsprechen. Wenn jedoch die Änderung der Marktmerkmale durch die Zuwiderhandlung selbst verursacht wurde (z. B. wenn wegen einer wettbewerbswidrigen Marktabschottung mehrere Wettbewerber den Markt verlassen haben), kann natürlich mit dem Zeitraum nach der Zuwiderhandlung kein geeigneter Vergleich vorgenommen werden, um zu ermitteln, welche Situation ohne die Zuwiderhandlung bestanden hätte.

⁴¹ Führen während der Zuwiderhandlung exogene Faktoren (z. B. ein starker Rückgang der Inputkosten des Schädigers) zu einer Preissenkung, so könnte die Annahme einer Untergrenze widerlegt werden.

⁴² Beispielsweise Interpolation oder Regressionsanalyse. Zu diesen verschiedenen Techniken zur Umsetzung der Vergleichsmethoden siehe Abschnitt B Randnrn. 59–95.

Unternehmensgruppen) hinreichend repräsentativ sein⁴³, während es in anderen Situationen zweckmäßiger wäre, nur Daten für Geschäfte des geschädigten Unternehmens vor und nach der Zuwiderhandlung oder Durchschnittswerte vergleichbarer Unternehmen zu verwenden. Wenn z. B. der Geschädigte oder der Schädiger einer bestimmten Gruppe von Marktteilnehmern wie den Großhandelskunden (im Gegensatz zu den Endkunden) angehört, können die den Großkunden vor oder nach der Zuwiderhandlung in Rechnung gestellten Preise ein geeigneter Bezugspunkt sein.

(2) Vergleich mit Daten aus anderen räumlichen Märkten

49. Bei einer anderen Vergleichsmethode werden zur Ermittlung eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios Daten herangezogen, die auf einem anderen räumlichen Markt⁴⁴ beobachtet werden⁴⁵. Hierbei kann es sich um Daten handeln, die auf dem gesamten räumlichen Vergleichsmarkt beobachtet werden, oder um Daten, die nur in Bezug auf bestimmte Marktteilnehmer beobachtet werden. So könnten im Falle des unter Randnummer 32 als Beispiel angeführten Mehlkartells die von dem klagenden Bäckereiunternehmen gezahlten Preise mit den von ähnlichen Bäckereiunternehmen auf einem anderen, von der Zuwiderhandlung nicht beeinflussten räumlichen Markt gezahlten Durchschnittspreisen verglichen werden. Derartige Vergleiche können grundsätzlich auch für jede andere ökonomische Variable vorgenommen werden, z. B. Marktanteile, Gewinnspannen, Kapitalrendite, Wert von Vermögenswerten oder Kostenniveau eines Unternehmens. Wenn die Zuwiderhandlung in einer Behinderung oder Verdrängung von Wettbewerbern liegt, wird insbesondere ein Vergleich mit der wirtschaftlichen Leistung (Umsätze bzw. Gewinne) von Unternehmen, die auf einem anderen, von der Zuwiderhandlung nicht betroffenen räumlichen Markt tätig sind⁴⁶, zu erwägen sein.
50. Je ähnlicher ein räumlicher Markt (abgesehen von den Auswirkungen der Zuwiderhandlung) dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt ist, desto eher

⁴³ Näheres zur Verwendung von Durchschnittswerten bei der Umsetzung von Vergleichsmethoden in Teil 2 Abschnitt II Randnr. 70.

⁴⁴ Zum Begriff des (räumlich und sachlich) relevanten Marktes siehe Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5).

⁴⁵ Diese Methode wird auch „Yardstick-Methode“ oder „cross-sectional method“ genannt. Diese Bezeichnungen werden auch für die Vergleichsmethode benutzt, bei der Daten auf anderen, aber ähnlichen sachlichen Märkten betrachtet werden, siehe Abschnitt 3 Randnrn. 54–55.

Beispiele für die Anwendung der Vergleichsmethode mit Daten aus unterschiedlichen räumlichen Märkten sind u. a.: Cour d’Appel de Paris (Berufungsgericht Paris), Entscheidung vom 23. Juni 2003 (Lescarcelle-De Memoris v OGF); Juzgado Mercantil número 5 de Madrid (Handelsgericht Madrid), Entscheidung vom 11. November 2005, Sache 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. v Telefónica de España S.A.), bestätigt von der Audiencia Provincial de Madrid (Berufungsgericht Madrid), Entscheidung vom 25. Mai 2006, Sache 73/2006; Bundesgerichtshof, Beschluss vom 19. Juni 2007, Sache KRB 12/07 (Kartell im Papiergroßhandel) (Ausführungen im Zusammenhang mit der Bewertung der rechtswidrigen Gewinne der Kartellmitglieder zum Zwecke der Bußgeldbemessung).

⁴⁶ Das Vergleichsunternehmen könnte grundsätzlich auch ein Unternehmen sein, das auf dem durch die Zuwiderhandlung betroffenen Markt tätig ist, sofern seine Leistung nicht ebenfalls durch Behinderungsmissbrauch wesentlich beeinflusst wurde. Auch wenn das Vergleichsunternehmen nicht unmittelbar durch die Zuwiderhandlung beeinflusst wurde, kann dies doch mittelbar geschehen sein, z. B. dadurch, dass die Marktanteile eines vom Markt verdrängten Wettbewerbers dem potentiellen Vergleichsunternehmen zugewachsen sind. Die Gefahr einer unmittelbaren oder mittelbaren Beeinflussung durch die Zuwiderhandlung ist geringer, wenn der Vergleich mit einem ähnlichen Unternehmen vorgenommen wird, das auf einem anderen räumlichen Markt tätig ist. Bei der Prüfung, ob Unternehmen hinreichend ähnlich sind, könnten u. a. Merkmale wie Größe, Kostenstruktur, Kunden und Eigenschaften der verkauften Produkte eine Rolle spielen.

kommt er als Vergleichsmarkt in Betracht. Dies bedeutet, dass die auf den verglichenen räumlichen Märkten gehandelten Produkte gleich oder doch zumindest hinreichend ähnlich sein sollten. Auch die Wettbewerbsmerkmale des räumlichen Vergleichsmarkts sollten denen des betroffenen Marktes abgesehen von der Zuwiderhandlung ähnlich sein. Dies kann durchaus ein Markt sein, auf dem kein vollständiger Wettbewerb herrscht.

51. Die Methode, mithilfe räumlicher Vergleichsmärkte ein zuwiderhandlungsfreies Szenario zu erstellen, wird in der Praxis hauptsächlich dann angewendet, wenn die von der Zuwiderhandlung betroffenen räumlichen Märkte örtliche, regionale oder landesweite Märkte sind⁴⁷. Wenn es sich bei dem Markt, auf dem die Zuwiderhandlung stattgefunden hat, und dem räumlichen Vergleichsmarkt um benachbarte Gebiete (möglicherweise innerhalb eines Landes) handelt, kann eine höhere Wahrscheinlichkeit bestehen, dass sie für die Zwecke eines Vergleichs hinreichend ähnlich sind⁴⁸.
52. Der Vergleichsmarkt muss nicht unbedingt in seiner Gesamtheit hinreichend ähnlich sein. Werden z. B. die von einer Kundengruppe (z. B. den Großkunden) gezahlten Preise oder die von einem konkurrierenden Unternehmen (z. B. einem neuen Marktteilnehmer) erzielten Gewinne als Bezugspunkt herangezogen, so kommt es darauf an, dass die Marktstellung dieser Kundengruppe bzw. dieses Wettbewerbers der Stellung des Geschädigten auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt hinreichend ähnlich ist.
53. Die Wahl eines räumlichen Vergleichsmarkts kann auch von der Unsicherheit, auf welches Gebiet sich eine Zuwiderhandlung erstreckt, beeinflusst werden. Räumliche Märkte, auf denen dieselbe Zuwiderhandlung oder ähnliche Zuwiderhandlungen stattgefunden haben, sind in der Regel nicht gut als Vergleichsmärkte geeignet. Auch benachbarte Märkte, auf denen keine ähnliche Zuwiderhandlung stattgefunden hat, können von den wettbewerbswidrigen Praktiken auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt beeinflusst sein (z. B. weil die Preise auf dem benachbarten Markt angesichts der höheren Preise auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt angehoben wurden und von diesem Markt ein geringerer Wettbewerbsdruck ausgeht). Ein Vergleich mit solchen Märkten wird zwar nicht den vollen Umfang des erlittenen Schadens zeigen, kann aber dennoch als nützliche Grundlage für die Schätzung einer Untergrenze des Schadens (also eines Mindestschadens) dienen, der auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt entstanden ist. Eine Partei in einer Schadensersatzklage kann sich daher in diesem Sinne durchaus auf den Vergleich mit einem räumlichen Markt stützen, der von derselben oder einer ähnlichen Zuwiderhandlung beeinflusst war, vor allem wenn dieser Einfluss wahrscheinlich eher gering war.

(3) Vergleich mit Daten aus anderen sachlichen Märkten

54. Ähnlich wie bei einem Vergleich räumlicher Märkte können auch verschiedene sachliche Märkte⁴⁹ mit ähnlichen Merkmalen betrachtet werden⁵⁰. Zum Beispiel

⁴⁷ Sie könnte jedoch auch angewendet werden, wenn der relevante Markt größer als der landesweite Markt ist, sofern ein hinreichend ähnlicher Vergleichsmarkt ermittelt werden kann.

⁴⁸ Siehe aber auch Randnr. 53.

⁴⁹ Zum Begriff des (räumlich und sachlich) relevanten Marktes siehe Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5).

⁵⁰ Diese Methode wird manchmal (ebenso wie die Vergleichsmethode, die verschiedene räumliche Märkte betrachtet) auch als „Yardstick-Methode“ oder „cross-sectional method“ bezeichnet.

könnte in einem Fall von Behinderungsmissbrauch, durch den ein Unternehmen für ein bestimmtes Produkt teilweise vom Markt verdrängt wird, die Gewinnspanne dieses Unternehmens auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt mit der Gewinnspanne für ein anderes Produkt verglichen werden, das (von einem ähnlichen oder demselben Unternehmen) auf einem anderen, aber ähnlichen sachlichen Markt gehandelt wird.

55. Die im Zusammenhang mit räumlichen Vergleichsmärkten einschlägigen Erwägungen dürften entsprechend auch für die Wahl eines geeigneten sachlichen Vergleichsmarkts von Belang sein. Sie werden häufig den Grad an Ähnlichkeit zwischen den beiden sachlichen Märkten betreffen. Insbesondere sollte das Vergleichsprodukt mit Blick auf die Art der verglichenen Produkte, die Weise, wie sie gehandelt werden, und die Marktmerkmale (z. B. Zahl der Wettbewerber, deren Kostenstruktur und die Kaufkraft der Kunden) sorgfältig gewählt werden⁵¹. Zweifel, ob ein potenzieller sachlicher Vergleichsmarkt von derselben Zuwiderhandlung oder einer ähnlichen Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder 102 AEUV betroffen war, können ebenfalls eine Rolle spielen.

(4) Kombination von zeitlichem Vergleich und Marktvergleich

56. Wenn genügend Daten vorliegen, können ein zeitlicher Vergleich und ein Marktvergleich miteinander kombiniert werden. Dieser Ansatz wird bisweilen als Differenz-der-Differenzen-Methode bezeichnet, weil sie die Entwicklung der interessierenden ökonomischen Variablen (z. B. des Mehlpriees) auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt während eines bestimmten Zeitraums (Differenz im Laufe der Zeit auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt) betrachtet und mit der Entwicklung derselben Variablen während desselben Zeitraums auf einem nicht betroffenen Vergleichsmarkt (Differenz im Laufe der Zeit auf dem nicht von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt) vergleicht⁵². Der Vergleich zeigt die Differenz zwischen diesen beiden Differenzen im Laufe der Zeit. Die auf die Zuwiderhandlung zurückzuführende Veränderung der Variablen lässt sich so unter Ausschluss aller Faktoren schätzen, die die Zuwiderhandlung und den Vergleichsmarkt in gleicher Weise beeinflusst haben. Mit dieser Methode können die Auswirkungen der Zuwiderhandlung von anderen Einflüssen auf die betreffende beiden Märkten gemeinsame Variabel isoliert werden.
57. Ein einfaches Beispiel soll die Methode anhand des oben erwähnten Mehlskartell-Falls veranschaulichen: Ein Vergleich „vorher – während – nachher“ zeigt einen Preisanstieg von 40 EUR für einen 100 kg-Sack Mehl in dem Mitgliedstaat, in dem zwischen 2005 und 2008 das Kartell bestand. Betrachtet man die Entwicklung auf einem nicht betroffenen räumlichen Markt während desselben Zeitraums, so zeigt sich, dass der Mehlpreis dort wegen gestiegener Kosten für ein Inputprodukt (Getreide) um 10 EUR pro 100 kg-Sack gestiegen ist. Unter der Voraussetzung, dass sich die höheren Inputkosten auch auf den von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt ausgewirkt haben, zeigt ein Vergleich der unterschiedlichen Preisentwicklungen auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt und dem Vergleichsmarkt den vom Mehlskartell verursachten Preisunterschied. Dieser beträgt im Beispiel 30 EUR pro Mehlsack.

⁵¹ Eine Ähnlichkeit der Marktmerkmale dürfte wahrscheinlicher sein, wenn beide Produkte auf demselben räumlichen Markt gehandelt werden. Die Umstände können jedoch auch dann hinreichend ähnlich sein, wenn dieselben oder ähnliche Produkte auf verschiedenen räumlichen Märkten verglichen werden.

⁵² Dies kann ein räumlicher oder ein sachlicher Vergleichsmarkt sein.

58. Der Vorteil der Differenz-der-Differenzen-Methode liegt demnach darin, dass sie die nicht durch die Zuwiderhandlung bedingten Änderungen herausfiltern kann, die im Zeitraum der Zuwiderhandlung eingetreten sind⁵³. Sie beruht allerdings in hohem Maße auf der Annahme, dass diese anderen Änderungen beide Märkte in gleicher Weise betreffen⁵⁴. Die Erwägungen zur Anwendung der Methoden des zeitlichen Vergleichs und des Marktvergleichs und insbesondere zur Notwendigkeit hinreichender Ähnlichkeit der besagten Märkte sind auch für die Differenz-der-Differenzen-Methode von Belang. Aus praktischer Sicht ist zu berücksichtigen, dass für diese Methode in der Regel Datenreihen aus verschiedenen Märkten und Zeiträumen erforderlich sind, die möglicherweise nicht leicht zu beschaffen sind. Eine geringere Datenmenge kann jedoch immer noch als Grundlage für die Ermittlung einer Untergrenze (Mindestschaden) oder eine ungefähre Schätzung dienen⁵⁵.

B. Die Methode in der Praxis: Techniken für die Schätzung des Preises oder anderer ökonomischer Variablen im zuwiderhandlungsfreien Szenario

59. Wenn eine geeignete Vergleichsmethode für die Ermittlung eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios gewählt worden ist, stehen verschiedene Techniken zur Verfügung, diese Methode in der Praxis umzusetzen. Diese Techniken unterscheiden sich hauptsächlich in dem Umfang, in dem Einzel- oder Durchschnittsdaten (z. B. Preise) herangezogen werden, und in dem Umfang, in dem die auf dem Vergleichsmarkt⁵⁶ bzw. im Vergleichszeitraum beobachteten Daten weiteren Anpassungen unterliegen. Dementsprechend werden je nach Technik ganz unterschiedliche Datenmengen benötigt.

60. Eine Möglichkeit zur praktischen Umsetzung von Vergleichsmethoden besteht darin, Vergleichsdaten unmittelbar in der Form zu verwenden, in der sie beobachtet werden, und auf dieser Grundlage einen Wert für die interessierende ökonomische Variabel im zuwiderhandlungsfreien Szenario (im obigen Beispiel z. B. den von Bäckereien gezahlten Mehlpreis) zu schätzen. Steht mehr als eine Datenbeobachtung zur Verfügung (z. B. der Mehlpreis in einer Reihe von Transaktionen auf dem räumlichen Vergleichsmarkt), so können diese Daten durch Berechnung von Durchschnittswerten zu einem oder mehreren Werten für das zuwiderhandlungsfreie Szenario kombiniert werden. Dieser Durchschnittswert bzw. diese Durchschnittswerte für die zuwiderhandlungsfreien Szenarien könnte(n) dann mit dem bzw. den tatsächlich während der Zuwiderhandlung beobachteten Durchschnittswert(en), z. B. den tatsächlich bezahlten Mehlpreisen, verglichen werden (näheres dazu siehe Abschnitt 1 unten).

⁵³ Im Gegensatz zu einem einfachen Marktvergleich hat die Differenz-der-Differenzen-Methode auch den Vorteil, dass sie feste Unterschiede zwischen den Märkten (z. B. Unterschiede aufgrund konstant geringerer Inputkosten auf einem Markt) herausfiltert.

⁵⁴ Wäre z. B. der nicht durch die Zuwiderhandlung bedingte Preisanstieg während des Zuwiderhandlungszeitraums auf dem betroffenen Markt höher als auf dem Vergleichsmarkt, so würde der Umfang des Schadens bei Anwendung der Differenz-der-Differenzen-Methode mit einfachen Durchschnittswerten zu hoch angesetzt. Eine ökonometrische Umsetzung der Differenz-der-Differenzen-Technik könnte dabei helfen, solche Faktoren zu berücksichtigen.

⁵⁵ Als Beispiel für die Ermittlung einer Untergrenze im Rahmen der Schadensschätzung (zwar nicht anhand der Differenz-der-Differenzen-Methode, aber anhand eines zeitlichen Vergleichs) siehe Kammergericht Berlin, Urteil vom 1. Oktober 2009, Sache 2 U 10/03 Kart.

⁵⁶ Wie unter Randnr. 35 erwähnt, können sich die bei einem solchen Marktvergleich oder zeitlichen Vergleich verwendeten Daten auf den ganzen Markt oder nur auf bestimmte Marktteilnehmer beziehen.

61. Wenn bestimmte Faktoren (z. B. ein Anstieg der Rohstoffpreise) entweder nur den Vergleichsmarkt oder nur den Zuwiderhandlungsmarkt oder nur den Vergleichszeitraum oder nur den Zuwiderhandlungszeitraum beeinflusst haben, ist nach Maßgabe der anwendbaren Regeln zum Beweismaß und zur Kausalität zu erwägen, ob und inwieweit die geltenden Regeln es erforderlich machen, an den beobachteten Daten Anpassungen vorzunehmen, um diesen Einflüssen Rechnung zu tragen. Hierbei kann es sich um eine einfache Anpassung der Daten handeln, wenn der Einflussfaktor und der Umfang seiner Auswirkungen relativ leicht festgestellt und berücksichtigt werden können (siehe unten Abschnitt 1). Eine komplexere Anpassung der beobachteten Vergleichsdaten kann mithilfe ökonomischer Techniken vorgenommen werden, insbesondere durch Anwendung der in Abschnitt 2 beschriebenen Regressionsanalyse. Ob der Beklagte oder der Kläger solche Anpassungen vortragen, substantiieren und beweisen muss, richtet sich nach dem anwendbaren Recht⁵⁷.
62. Im konkreten Fall hängt die Entscheidung zwischen diesen verschiedenen Techniken von den besonderen Umständen des Falles und den anwendbaren Rechtsvorschriften ab, wobei die Vor- und Nachteile dieser Techniken, z. B. ihre Genauigkeit und die benötigten Daten, zu berücksichtigen sind (siehe Abschnitt 3).
- (1) Einfache Techniken: Einzeldaten, Durchschnittswerte, Interpolation und einfache Anpassungen**
63. Je nach den Anforderungen des anwendbaren mitgliedstaatlichen Rechts und den Umständen des Falles, insbesondere dem Grad an Ähnlichkeit zwischen dem Zuwiderhandlungs- und dem Vergleichsmarkt oder dem Zuwiderhandlungs- und dem Vergleichszeitraum, können die beobachteten Daten direkt, d. h. ohne weitere Anpassungen, mit den auf dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt beobachteten Daten verglichen werden⁵⁸.
64. Die Menge der für die interessierende Zielvariable (z. B. im Mehlkartell-Fall den Mehlpreis) auf den Vergleichsmärkten oder in den Vergleichszeiträumen beobachteten Daten kann von einer oder sehr wenigen Daten (z. B. wenn im fraglichen Zeitraum nur eine geringe Zahl von Geschäften getätigt wurde) bis zu einer großen Zahl von Daten reichen. Auf Ausschreibungsmärkten etwa werden Ausschreibungen bisweilen nur sehr unregelmäßig abgehalten, so dass zum Zeitpunkt der Schadensschätzung möglicherweise nur der Preis aus einer einzigen nach der Zuwiderhandlung durchgeführten Ausschreibung vorliegt. Ähnlich kann die Lage in Branchen sein, in denen langfristige Verträge üblich sind. Es kann angemessen sein, Schadensschätzungen auf der Grundlage einer einzigen Datenbeobachtung vorzunehmen, sofern diese hinreichend repräsentativ für den interessierenden Zeitraum ist.
65. Wenn die Betrachtung von Vergleichsmärkten oder -zeiträumen eine größere Zahl von Daten ergibt, z. B. die vom Geschädigten gezahlten Preise in einer Reihe von nach der Zuwiderhandlung getätigten Geschäften oder die von mehreren Kunden auf

⁵⁷ Als Beispiel für die Verteilung der Darlegungslast bei der Ermittlung des Schadens siehe Kammergericht Berlin, Urteil vom 1. Oktober 2009, Sache 2 U 10/03 Kart.

⁵⁸ Zum Beispiel könnte ein zeitlicher Vergleich auf die einfache Beobachtung der Preise vor und während der Zuwiderhandlung gestützt werden. Als Beispiel für die rechtlichen Auswirkungen einer solchen Methode siehe Corte Suprema di Cassazione (Oberster Kassationshof, Italien), Entscheidung vom 2. Februar 2007, Sache 2305 (Fondiarria SAI SpA v Nigriello).

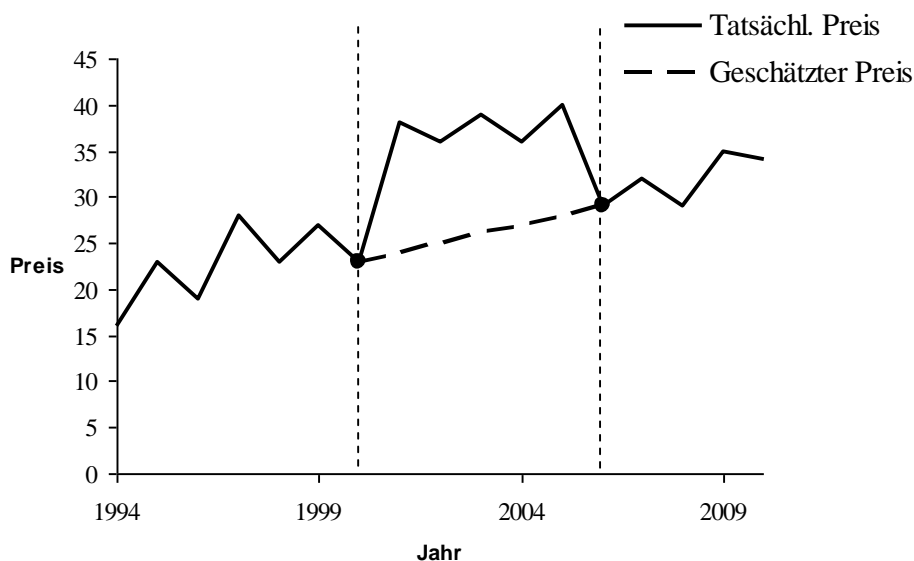
einem anderen räumlichen Markt gezahlten Preise, können diese Daten entweder einzeln oder in Form von Durchschnittswerten verwendet werden⁵⁹.

66. Es kann angemessen sein, Formen von Durchschnittswerten oder anderen Formen der Datenaggregation zu verwenden, immer vorausgesetzt, dass Gleiches mit Gleichem verglichen wird. Macht z. B. ein Großhändler Schadensersatz mit der Begründung geltend, er habe ein Produkt im Januar, Mai, Juli und Oktober 2009 von den Teilnehmern eines Preiskartells erworben, und wird als Methode der Vergleich mit einem anderen räumlichen Markt gewählt, so dürften die monatlichen Durchschnittspreise, die auf diesem Markt *in denselben Monaten von derselben Kundengruppe* (Großhändler) gezahlt wurden, der geeignete Bezugspunkt sein (d. h. die Januar-Daten werden mit den Januar-Daten verglichen, die Mai-Daten mit den Mai-Daten usw.). Ein Vergleich von Daten aus denselben Monaten trägt z. B. saisonbedingten Unterschieden im Jahresverlauf Rechnung und wird dadurch zuverlässiger. Treten jedoch nur leichte monatliche Preisschwankungen auf, so kann auch der Durchschnittspreis auf dem Vergleichsmarkt für das gesamte Jahr 2009 ein geeigneter Indikator sein. Es kommt in der Praxis durchaus vor, dass die einzigen verfügbaren Informationen Jahresdaten oder sonstige Durchschnittsdaten (z. B. aggregierte Branchendaten) sind. Die Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten können es Parteien gestatten, sich auf Durchschnittsdaten zu stützen, und dem Beklagten Gelegenheit geben nachzuweisen, dass erhebliche Unterschiede bestehen; sie können auch verlangen, dass soweit verfügbar stärker disaggregierte Daten verwendet werden.
67. Eine andere einfache Technik, um aus einer Datenreihe einen Vergleichswert abzuleiten, ist die lineare Interpolation. Hat ein zeitlicher Vergleich Preisreihen aus der Zeit vor und nach der Zuwiderhandlung ergeben, so kann man den „zuwiderhandlungsfreien“ oder „kontrafaktischen“ Preis für den Zuwiderhandlungszeitraum dadurch schätzen, dass man zwischen dem Preis vor der Zuwiderhandlung und dem Preis nach der Zuwiderhandlung eine Linie zieht, wie unten in der grafischen Darstellung gezeigt. Auf dieser Linie kann für jeden Zeitpunkt im Zuwiderhandlungszeitraum ein Vergleichswert abgelesen werden. Anders als die Berechnung eines einzigen Durchschnittswerts für den Preis während des gesamten Zuwiderhandlungszeitraums ermöglicht es die Interpolation somit, in gewissem Umfang Trends in der Preisentwicklung Rechnung zu tragen, die nicht auf die Zuwiderhandlung zurückzuführen sind. Das Ablesen von Vergleichsdaten auf der interpolierten Linie wird daher beispielsweise dann zu genaueren Ergebnissen führen als die Verwendung eines Gesamtdurchschnitts für den Zeitraum, wenn Schadensersatz wegen Geschäften (oder sonstigen Ereignissen) geltend gemacht wird, die nur zu Beginn oder am Ende des Zuwiderhandlungszeitraums stattgefunden haben⁶⁰. Die folgende grafische Darstellung zeigt ein einfaches Beispiel für lineare

⁵⁹ Für die Zwecke dieses Praktischen Leitfadens bezeichnet der Ausdruck „Durchschnittswert“ den Mittelwert, d. h. das arithmetische Mittel, das sich aus der Division der Summe der Daten durch die Zahl der Daten ergibt. In bestimmten Fällen kann es jedoch zweckmäßiger sein, eine andere deskriptive Statistik zu verwenden (d. h. den Median oder den Modus). Beispiel: Wenn in einem Markt mit 25 Unternehmen 21 einen Preis von 50 EUR und vier einen Preis von 75 EUR in Rechnung stellen, könnte der Modalpreis von 50 EUR (der in der Stichprobe am häufigsten beobachtete Preis) eine aussagekräftigere Darstellung des Marktpreises sein als der Mittelpreis von 54 EUR (in diesem Beispiel entspricht der Modalpreis dem Medianpreis, also dem von dem in der Mitte der Datenverteilung liegenden Unternehmen in Rechnung gestellten Preis).

⁶⁰ Die Interpolation ist gegenüber der Verwendung von Durchschnittswerten auch im Vorteil, wenn sich die Transaktionen (oder sonstigen Ereignisse) unregelmäßig über den Zuwiderhandlungszeitraum verteilen.

Interpolation (die gestrichelte Linie zeigt den interpolierten zuwiderhandlungsfreien Preis, die durchgezogene Linie den tatsächlich beobachteten Preis).



Die lineare Extrapolation funktioniert ähnlich wie die Interpolation, mit dem Unterschied, dass die Linie entweder allein ausgehend von Datenreihen aus der Zeit vor der Zuwiderhandlung oder allein ausgehend von Daten aus der Zeit nach der Zuwiderhandlung verlängert wird⁶¹.

68. In bestimmten Fällen kann es möglicherweise relativ leicht sein festzustellen, worin sich ein von einer Zuwiderhandlung betroffener Markt (oder Zeitraum) von einem Vergleichsmarkt (oder -zeitraum) unterscheidet, und den Wert der beobachteten Vergleichsdaten entsprechend anzupassen. So können etwa saisonale Effekte, die auf einem Markt auftreten oder Effekte aus Veränderungen der Input-Preise oder Wechselkurse ein Muster und einen Umfang aufweisen, die in einigen Fällen mithilfe interner Geschäftsunterlagen einer Partei oder anderer Quellen wie Gutachten recht leicht nachzuvollziehen sind. In solchen Fällen sollte z. B. die durch eine einfache lineare Interpolation ermittelte Linie in einer Weise angepasst werden, die solchen Mustern Rechnung trägt⁶².

(2) Regressionsanalyse

a. Ansatz und Zweck von Regressionsanalysen

69. Bei einer Regressionsanalyse handelt es sich um statistische Techniken, die dabei helfen, Muster in den Beziehungen zwischen ökonomischen Variablen zu untersuchen. Dabei kann insbesondere gemessen werden, in welchem Umfang eine bestimmte Zielvariable⁶³ (wie im obigen Beispiel der Mehlpreis⁶⁴) durch die

⁶¹ Bei der Extrapolation wird daher ein in einer Zeitreihe vor oder nach der Zuwiderhandlung bestehender Trend verlängert. Wenn z. B. ein Preis in den drei Jahren vor der Bildung eines Kartells 12 EUR, 13,20 EUR bzw. 14,52 EUR betrug (was einem jährlichen Anstieg um 10 % entspricht), so könnte mit einer einfachen Extrapolation geschätzt werden, dass der Preis während der zwei Jahre, in denen das Kartell bestand, 15,97 EUR bzw. 17,57 EUR betragen hätte; durch Anwendung der Regressionsanalyse wäre eine genauere Schätzung des zugrunde liegenden Trends möglich.

⁶² Eine detailliertere Anpassung könnte, sofern entsprechende Daten vorliegen, durch Anwendung der Regressionsanalyse vorgenommen werden, die im folgenden Abschnitt erläutert wird.

⁶³ Bisweilen auch als „erklärte Variable“ oder „abhängige Variable“ bezeichnet.

Zu widerhandlung sowie andere, nicht von der Zu widerhandlung betroffene Variablen⁶⁵ (z. B. Rohstoffkosten, Nachfrageschwankungen, Produkteigenschaften, Grad der Marktkonzentration)⁶⁶ beeinflusst wurde. Die Regressionsanalyse ermöglicht daher zu prüfen, ob und in welchem Umfang andere beobachtbare Faktoren als die Zu widerhandlung zu dem Unterschied zwischen dem im Zu widerhandlungszeitraum beobachteten Wert auf dem von der Zu widerhandlung betroffenen Markt und dem auf einem Vergleichsmarkt oder in einem Vergleichszeitraum beobachteten Wert der Zielvariablen beigetragen haben. Die Regressionsanalyse bietet somit die Möglichkeit, andere Ursachen für Unterschiede zwischen den verglichenen Datensätzen zu berücksichtigen. Prinzipiell können alle Vergleichsmethoden mittels Regressionsanalyse umgesetzt werden, sofern genügend Daten verfügbar sind⁶⁷.

70. In einer Regressionsanalyse werden Datenbeobachtungen für die interessierende Variable („Zielvariable“) und die Variablen, die diese wahrscheinlich beeinflusst haben („Einflussvariablen“), mit Hilfe von statistischen Techniken untersucht. Die auf diese Weise ermittelte Beziehung wird in der Regel in einer Gleichung (auch „Regressionsgleichung“ oder „Regressionsmodell“ genannt) beschrieben. Mittels dieser Gleichung können die Auswirkungen der Einflussvariablen auf die Zielvariable geschätzt und von den Auswirkungen der Zu widerhandlung isoliert werden. Bei der Regressionsanalyse wird geschätzt, wie eng die relevanten Variablen miteinander korrelieren⁶⁸, was in einigen Fällen auf einen kausalen Zusammenhang hindeuten kann⁶⁹.
71. Es gibt im Wesentlichen zwei Ansätze für die Durchführung einer Regressionsanalyse zum Zweck der Schadensschätzung: Entweder werden für die Regressionsgleichung nur Daten aus Zeiträumen (Märkten) verwendet, die nicht von der Zu widerhandlung betroffen sind, oder zusätzlich dazu auch Daten aus dem von der Zu widerhandlung betroffenen Zeitraum (Markt). Wenn nur Daten aus nicht von der Zu widerhandlung betroffenen Zeiträumen für die Schätzung der Regression herangezogen werden, so wird mit Hilfe der Regressionsgleichung eine „Prognose“ der Auswirkungen auf die Zielvariable während des Zu widerhandlungszeitraums erstellt. Dabei stützt sich diese Prognose auf das außerhalb dieses Zeitraums festgestellte Muster („Prognose-Ansatz“ oder „forecasting approach“)⁷⁰. Werden

⁶⁴ Andere mögliche Zielvariablen in einer Regressionsanalyse sind z. B. der Umsatz, Marktanteile oder Gewinnmargen (z. B. die eines vom Markt verdrängten Wettbewerbers, der Schadensersatz für den durch eine Absatzverringerung oder niedrigere Margen entgangenen Gewinn fordert) und die Produktionskosten (die auch für die Schätzung des entgangenen Gewinns relevant sein können).

⁶⁵ Bisweilen auch als „erklärende Variable“ oder „Einflussvariable“ bezeichnet.

⁶⁶ Andere Faktoren, die die Zielvariable beeinflussen, sind beispielsweise die Größe des Kunden und das Auftragsvolumen, die Produktionstechnologie, die Größe und Kostenstruktur des Anbieters oder Werbeaufwendungen.

⁶⁷ Für die sinnvolle Anwendung statistischer Methoden ist ausreichendes Datenmaterial erforderlich. Solche Datensätze können (bei zeitlichen Vergleichen) aus Zeitreihen oder (bei Vergleichen zu einem bestimmten Zeitpunkt) aus einer Reihe von Vergleichsmärkten, Unternehmen oder Transaktionen oder aus einer Kombination aus beidem (Beobachtungen über einen bestimmten Zeitraum zu einer Reihe von Märkten, Unternehmen oder Rechtsgeschäften) stammen.

⁶⁸ In einer multivariaten Regressionsanalyse (zu der nähere Ausführungen später folgen) wird eine bedingte Korrelation ermittelt, d. h. eine Korrelation, bei der die Auswirkungen der anderen Variablen berücksichtigt werden.

⁶⁹ Solange dies mit einem kohärenten wirtschaftlichen Rahmen und anderen qualitativen und quantitativen Beweisen in Einklang steht.

⁷⁰ Dieser „Prognose-Ansatz“ („forecasting approach“) wird auch als „residual model approach“ bezeichnet. Der Ansatz wird im Schaubild in Randnr. 79 dargestellt.

zusätzlich dazu auch Daten aus dem Zuwiderhandlungszeitraum (Markt) für die Schätzung der Regression herangezogen, dann werden die Auswirkungen der Zuwiderhandlung in der Regressionsgleichung durch eine besondere Indikatorvariable (eine sogenannte „Dummy-Variable“) berücksichtigt⁷¹.

72. Ob es zweckmäßiger ist, den Prognose-Ansatz oder den auf eine Dummy-Variable gestützten Ansatz zu verwenden, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Während der Prognose-Ansatz den Vorteil bietet, dass ein Regressionsmodell gewählt werden kann, das sich nur auf Daten aus dem zuwiderhandlungsfreien Zeitraum stützt (die daher nicht durch die Auswirkungen der Zuwiderhandlung beeinflusst sind), kann die Verwendung von Daten aus beiden Zeiträumen/Märkten eine präzisere und genauere Schätzung der Zielparameter ermöglichen, vor allem wenn nur wenige Daten aus dem nicht von der Zuwiderhandlung betroffenen Zeitraum/Markt verfügbar sind oder wenn die Daten die Dynamik des betreffenden Wirtschaftszweigs nicht hinreichend getreu widerspiegeln. In der Praxis können beide Methoden oft kombiniert werden, z. B. indem das auf den Zeitraum vor der Zuwiderhandlung gestützte Modell gewählt und eine Dummy-Variablen-Regression mit Daten aus beiden Zeiträumen geschätzt wird (und ggf. zugelassen wird, dass die Auswirkungen der anderen Einflussvariablen im Zuwiderhandlungszeitraum und im zuwiderhandlungsfreien Zeitraum voneinander abweichen).

b. Beispiele und Schaubilder

73. Anhand eines einfachen Beispiels, bei dem aus Gründen der Anschaulichkeit lediglich eine potenzielle Einflussvariable betrachtet wird, können die wichtigsten Schritte einer Regressionsanalyse dargestellt werden. Nehmen wir etwa an, dass in dem Beispiel des Mehlkartells ein Vergleich der von den Bäckereiunternehmen während des Kartells gezahlten Preise mit den vor Beginn des Kartells gezahlten Preisen zeigt, dass die Preise im Zuwiderhandlungszeitraum um 20 % höher lagen. Es sei ferner angenommen, dass es Hinweise dafür gibt, dass diese Preiserhöhung nicht allein auf das Kartell zurückzuführen ist, da auch die Kosten für ein wichtiges Inputgut (z. B. Getreide) im Zuwiderhandlungszeitraum ebenfalls beträchtlich gestiegen sind. Daher ist nicht klar, inwieweit der Anstieg des Mehlspreises auf die Zuwiderhandlung oder auf die höheren Inputkosten (den höheren Getreidepreis) zurückzuführen ist.
74. Diese Frage könnte beispielsweise durch die Verwendung von Daten aus einem anderen Zeitraum oder Markt geklärt werden, in dem ähnliche Inputkosten (Getreidepreis) bestanden und keine Zuwiderhandlung vorlag. Es kann aber auch Situationen geben, in denen das nicht möglich ist⁷². Dann kann der Frage möglicherweise mittels einer Regressionsanalyse nachgegangen werden, die Änderungen der Inputkosten berücksichtigt, indem sie die statistische Beziehung zwischen den Inputkosten und dem Mehlspreis aufzeigt. Zu diesem Zweck werden die Inputkosten (Getreidepreis) und Mehlspreise während des zuwiderhandlungsfreien Zeitraums untersucht⁷³. Durch die Analyse dieser Daten mittels statistischer Techniken wird ein Muster ermittelt, das den Einfluss des Getreidepreises auf den Mehlspreis in einem Zeitraum zeigt, in dem der Mehlspreis nicht durch die

⁷¹ Eine „Dummy-Variable“ misst, ob es bei der Zielvariablen während des Zuwiderhandlungszeitraums zu einer Verschiebung nach oben gekommen ist.

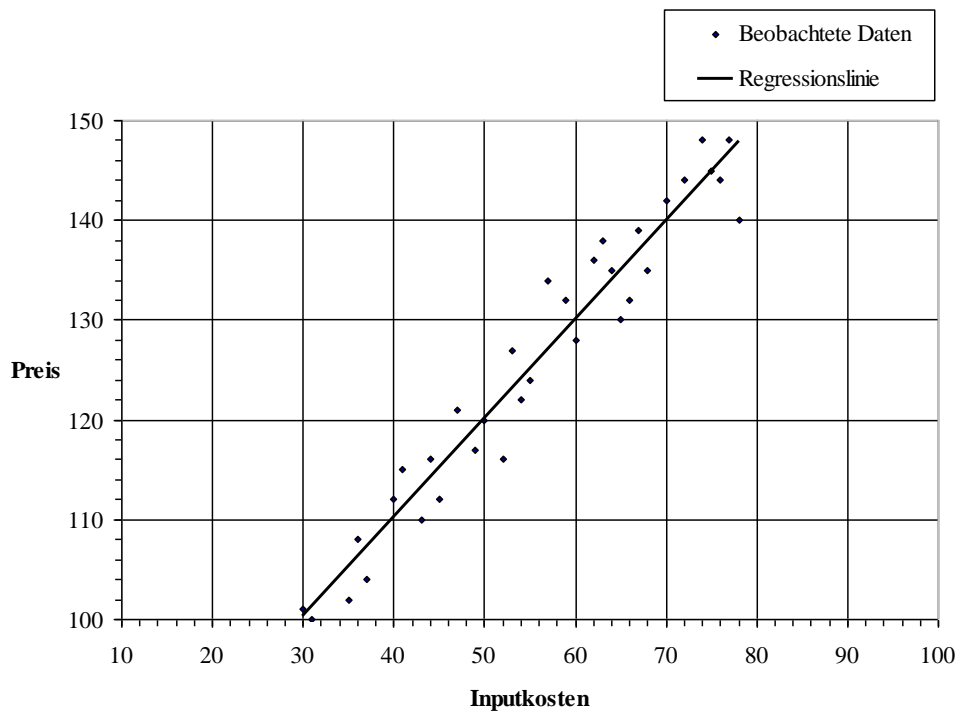
⁷² Grund: Es standen keine zuverlässigen Daten aus anderen Zeiträumen (oder Märkten) zur Verfügung oder die Marktmerkmale waren in anderen Zeiträumen (oder Märkten) erheblich anders.

⁷³ Ob möglicherweise zusätzlich Daten aus dem Zuwiderhandlungszeitraum (-markt) berücksichtigt werden sollten, wird unter Randnr. 82 erörtert.

Zuwerhandlung beeinflusst wurde. Daraus kann eine statistische Beziehung zwischen dem Mehpreis und dem Getreidepreis auerhalb des Zuwerhandlungszeitraums abgeleitet werden. Werden die Mehpreise im Zuwerhandlungszeitraum unter Bercksichtigung der ber diese Beziehung gewonnenen Erkenntnis betrachtet, so lsst sich jener Teil der Preiserhngung ausblenden, der nicht auf die Zuwerhandlung zurckzufhren ist, sondern auf nderungen der Inputkosten. Dadurch knnen dann die Mehpreise „prognostiziert“ werden, die nicht den kartellbedingten Preisaufschlag, wohl aber die durch hhere Inputkosten verursachte Preiserhngung enthalten.

75. Die folgende grafische Darstellung zeigt ein einfaches Beispiel fr die Ableitung einer solchen statistischen Beziehung. Das Schaubild enthlt Datenbeobachtungen zu den Inputkosten (Getreidepreis) und den entsprechenden Mehpreisen zu demselben Zeitpunkt in einem zuwerhandlungsfreien Zeitraum. Als beispielsweise zu einem bestimmten Zeitpunkt der Getreidepreis bei 60 lag, betrug der Mehpreis 128. Zur Darstellung der statistischen Beziehung (Korrelation) zwischen Getreide- und Mehpreis kann die Linie berechnet werden, die allen Datenbeobachtungen am besten entspricht. Diese Beziehung ist im folgenden Schaubild als Linie dargestellt, sie kann aber auch als Gleichung ausgedrckt werden (was in der Praxis blicherweise geschieht)⁷⁴. Die Steigung dieser Linie zeigt, in welchem Umfang sich der Mehpreis bei einem bestimmten Anstieg der Getreidepreise erhht. In dem im Schaubild dargestellten Beispiel wurde eine Beziehung ermittelt, bei der z. B. ein Anstieg des Getreidepreises von 50 auf 60 zu einer Erhngung des Mehpreises von 120 auf 130 fhrt. Da eine Erhngung der Inputkosten (Getreide) um 10 EUR mit einer Erhngung des Mehpreises um 10 EUR einhergeht, zeigt die statistische Beziehung, dass eine Erhngung dieser Inputkosten vollstndig weitergegeben wird.

⁷⁴ Durch Schtzung einer Regression mit dem Preis als Zielvariable und den Inputkosten als Einflussvariable erhlt man die Koordinaten dieser Linie. In diesem Beispiel wird die „ordinary least squares-Methode“ (OLS-Methode, „gewhnliche Methode der kleinsten Quadrate“) verwendet, um die Koordinaten einer Geraden zu berechnen, die mglichst nahe an den Messpunkten der Daten verluft (kleinste Quadrate). Die OLS-Methode ist eine hufig eingesetzte statistische Methode zur Schtzung der Parameter eines linearen Regressionsmodells.



76. Anhand des Musters, nach dem die Inputkosten (Getreidepreis) die Mehlpreise außerhalb des Zuwiderhandlungszeitraums beeinflusst haben, lässt sich abschätzen („prognostizieren“), in welchem Umfang die höheren Werte dieser Kosten (Getreidepreis) den MehlpPreis während des Zuwiderhandlungszeitraums beeinflusst haben. Durch Ausschluss dieser Auswirkungen vom Preisvergleich kann der durch die Zuwiderhandlung verursachte Preisaufschlag auf einer zuverlässigeren Grundlage geschätzt werden als ohne Regressionsanalyse. Wenn im obigen Beispiel der MehlpPreis während des Zuwiderhandlungszeitraums bei 140 statt bei dem im zuwiderhandlungsfreien Zeitraum festgestellten Preis von 120 läge und die Inputkosten (Getreidepreis) von 50 auf 60 gestiegen wären, würde der MehlpPreis ohne das Kartell wahrscheinlich nicht 120, sondern 130 betragen.
77. Während das bisher beschriebene Beispiel nur den Einfluss *einer* anderen Variablen (Getreidepreis als Inputkosten) auf die Zielvariable (MehlpPreis) betraf, werden bei Regressionsanalysen im Wettbewerbsrecht in der Regel *mehrere* andere Faktoren und ihr Einfluss auf die Zielvariable berücksichtigt werden (*multiple* Regressionsanalyse⁷⁵). Bei solchen Regressionsanalysen müssen für alle weiteren relevanten Einflussvariablen Daten beobachtet werden, aus denen dann eine Regressionsgleichung abgeleitet wird, die die Beziehung dieser Daten zur Zielvariablen widerspiegelt. So könnte beispielsweise im MehlpKartellfall die Situation vorliegen, dass die Mühlenunternehmen im Zuwiderhandlungszeitraum nicht nur höhere Getreidepreise, sondern auch höhere Energie- und Lohnkosten zahlen mussten und eine effizientere Produktions- und Verpackungstechnologie einführten, und dass sich all dies möglicherweise auf den Preis des Mehls auswirkte, das sie im Kartellzeitraum an die Bäckereiunternehmen verkauften. Zur Ermittlung des statistischen Musters, das den Einfluss dieser Faktoren auf den MehlpPreis

⁷⁵ Auch als „multivariate Regressionsanalyse“ im Gegensatz zur im obigen Beispiel angewendeten „(univariaten) Regressionsanalyse mit einer Variablen“ bezeichnet.

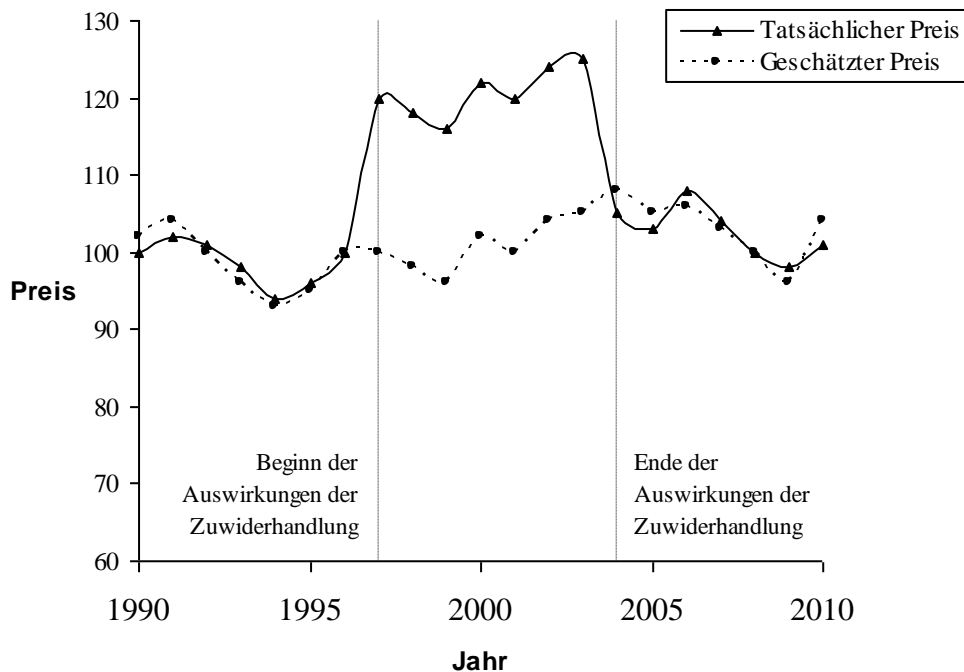
widerspiegelt, müssen für jede dieser Einflussvariablen Datenreihen untersucht werden.

78. Bei einer Regressionsanalyse müssen alle für den betreffenden Fall relevanten Variablen berücksichtigt werden. Nehmen wir einmal an, dass der Beklagte oder der Kläger für den Vergleich der Mehlpriese einer Mühle vor und während einer Zuwiderhandlung eine multiple Regressionsanalyse verwendet, um den möglichen Einfluss der obengenannten Faktoren (Getreidepreise, Energie- und Lohnkosten, Produktions- und Verpackungstechnologie) auf den Mehlpriese zu prüfen. Wenn sich aber zudem im Kartellzeitraum die Nachfrage erheblich verändert hat (z. B. höhere Mehlnachfrage der Bäckereiunternehmen aufgrund einer höheren Nachfrage der Endkunden nach Brot und Kuchen) und der Einfluss dieser Änderung auf den Mehlpriese in der Regressionsgleichung nicht berücksichtigt wird, ergibt die Schätzung der Auswirkungen der Zuwiderhandlung trotz der ansonsten umfassenden Regressionsanalyse wahrscheinlich ein verzerrtes Bild⁷⁶. Es ist Sache des anwendbaren mitgliedstaatlichen Rechts, unter Wahrung des Effektivitätsgrundsatzes festzulegen, welcher Partei es obliegt, bestimmte Tatsachen vorzutragen und nachzuweisen (z. B. die obengenannte Nachfrageveränderung oder die Vollständigkeit der in einer Regressionsanalyse berücksichtigten Variablen).
79. Die Grundlage jeder Schadensermittlung anhand einer Regressionsanalyse ist somit die in einer Regressionsgleichung ausgedrückte statistische Beziehung zwischen der Zielvariablen (z. B. dem Preis) und der/den relevanten erklärenden Variablen. Wird der Prognoseansatz zugrunde gelegt⁷⁷, so bildet die Schätzung einer Regressionsgleichung auf der Grundlage von Daten aus dem zuwiderhandlungsfreien Zeitraum den ersten Schritt. In einem zweiten Schritt werden anhand dieser Regressionsgleichung und der beobachteten Werte der relevanten Variablen während des Zuwiderhandlungszeitraums die Preise geschätzt, die die Geschädigten wahrscheinlich ohne die Zuwiderhandlung gezahlt hätten. In einem dritten Schritt erhält man aus der Differenz zwischen diesem Preis, der für ein Szenario ohne Zuwiderhandlung als wahrscheinlich erachtet wird, und dem von den Geschädigten tatsächlich gezahlten Preis eine Schätzung des durch die Zuwiderhandlung bewirkten Preisaufschlags. Die nachstehende grafische Darstellung zeigt den zweiten und dritten Schritt. Bei Anwendung des Dummy-Variablen-Ansatzes werden diese drei Schritte in der Regressionsanalyse kombiniert⁷⁸.

⁷⁶ Im Regressionsmodell sollten einerseits alle relevanten Faktoren berücksichtigt werden, andererseits sollte jedoch die Einbeziehung von Variablen vermieden werden, die (aufgrund der Branchenkenntnis) eindeutig als irrelevant zu erachten sind. Würden irrelevante Variablen zur Erklärung von Preisänderungen herangezogen, dann könnte der Schaden fälschlicherweise zu niedrig (ja sogar auf Null) geschätzt werden.

⁷⁷ Die Alternative zu diesem Ansatz ist der Dummy-Variablen-Ansatz (siehe Randnr. 71). Im Gegensatz zum Prognoseansatz wird beim Dummy-Variablen-Ansatz die Auswirkung der Zuwiderhandlung in einem einzigen Schritt geschätzt, indem eine Regressionsanalyse auf der Grundlage von Daten aus dem Zuwiderhandlungszeitraum und von Daten aus dem zuwiderhandlungsfreien Zeitraum durchgeführt wird. Im obigen Beispiel würde nun die Auswirkung des Kartells bei Anwendung dieses Ansatzes als die im Kartellzeitraum beobachtete Verschiebung der Preise nach oben (Koeffizient der Dummy-Variablen in der Regressionsgleichung) geschätzt und nicht anhand von Änderungen anderer Einflussvariablen (z. B. der Rohstoffkosten) erklärt.

⁷⁸ In diesem Fall wird die Regressionsgleichung auf der Grundlage von Daten sowohl aus dem Zuwiderhandlungszeitraum als auch aus dem zuwiderhandlungsfreien Zeitraum geschätzt; sie gibt nach Berücksichtigung der Auswirkungen anderer erklärender Variablen direkt an, in welchem Umfang sich die Zielvariable im Zuwiderhandlungszeitraum änderte.



80. Die in diesem Schaubild dargestellte Regressionsanalyse basiert auf dem Prognoseansatz, bei dem eine Regression anhand von Daten aus den Zeiträumen vor und nach der Zuwerhandlung durchgeführt wird, um in einer Gleichung die statistische Beziehung zwischen dem Preis und verschiedenen relevanten erklärenden Variablen (Inputkosten und andere relevante Faktoren) zu ermitteln. Auf der Grundlage dieser Gleichung und der beobachteten Werte der relevanten erklärenden Variablen kann der Preis geschätzt werden, der ohne die Zuwerhandlung wahrscheinlich zustande gekommen wäre (gepunktete Linie). Die durchgezogene Linie zeigt den tatsächlich beobachteten Preis. Die Differenz zwischen der durchgezogenen und der gepunkteten Linie im Zuwerhandlungszeitraum ist der geschätzte Preisaufschlag. Die gepunktete Linie außerhalb des Zuwerhandlungszeitraums ist ebenfalls aus der Regressionsgleichung abgeleitet und kann durch einen Vergleich mit den tatsächlich beobachteten nicht von der Zuwerhandlung betroffenen Preisen (durchgezogene Linie) für die Bewertung der Vorhersagekraft des Regressionsmodells herangezogen werden.

c. *Voraussetzungen für die Anwendung einer Regressionsanalyse*

81. Für die Durchführung einer Regressionsanalyse ist die Vertrautheit mit verschiedenen statistischen Techniken erforderlich, mit denen die Beziehung zwischen Variablen gemessen, eine geeignete Regressionsgleichung erstellt und die Genauigkeit der Parameter in dieser Gleichung berechnet werden können. Zusätzlich ist eine Kenntnis des betreffenden Wirtschaftszweigs erforderlich, damit die richtigen Hypothesen für die Regressionsgleichung formuliert und auch wirklich die Faktoren, die die Zielvariable wahrscheinlich erheblich beeinflusst haben (und daher in die Analyse einbezogen werden sollten), gewählt werden. Eine Kenntnis der Branche ist auch erforderlich, um eine sachkundige Wahl der in einer bestimmten Situation anzuwendenden statistischen Technik zu treffen (z. B. um ungewöhnliche Beobachtungen („Ausreißer“) zu erkennen oder andere besondere Merkmale in Datensätzen zu berücksichtigen). Insbesondere wenn die Einflussvariablen selbst von der Zuwerhandlung betroffen sind, kann es zu verzerrten Ergebnissen kommen, so

dass diesem Aspekt Rechnung getragen werden muss, indem beispielsweise besondere statistische Techniken⁷⁹ angewendet oder Daten herangezogen werden, die außerhalb des von der Zuwiderhandlung betroffenen Zeitraums oder Markts liegen⁸⁰.

82. Ohne ausreichende Daten ist es nicht möglich, statistische Analysen zur Ermittlung von Beziehungen zwischen ökonomischen Variablen anzuwenden. Um die Auswirkungen der Einflussvariablen auf die Zielvariable feststellen zu können, müssen daher für alle zu berücksichtigenden Variablen genügend Daten verfügbar sein. Aus diesem Grund werden für Regressionsanalysen in der Regel sehr viele Datenbeobachtungen benötigt. Statistische Techniken können jedoch hilfreich sein, um durch Lücken im Datenmaterial oder Verzerrungen bei der Interpretation der Daten aufgeworfene Probleme zu lösen⁸¹, und es kann durchaus auch Situationen geben, in denen die Analyse einer kleineren Datenmenge angemessen ist.
83. Grundsätzlich können Daten auf verschiedenen Aggregationsebenen gesammelt werden. Soll beispielsweise die Beziehung zwischen dem Preis und den Inputkosten analysiert werden, können Datenreihen für die bei einzelnen Transaktionen berechneten Preise, für die jährlichen Durchschnittspreise im betreffenden Wirtschaftszweig oder (als Mittelweg) die monatlichen Daten der einzelnen Unternehmen neben Datenreihen für einzelne Input-Stückkosten bzw. für die durchschnittlichen Input-Stückkosten in dem betreffenden Wirtschaftszweig untersucht werden. Bei Verwendung disaggregierter Daten ist es in der Regel möglich, mehr Daten zu analysieren und auf diese Weise genauere Schätzungen zu erhalten. Liegen indes keine disaggregierten Daten vor oder hat die Partei, die die Regressionsanalyse durchführt, keinen Zugang dazu, so kann man durch die Analyse aggregierter Daten gleichwohl aufschlussreiche Ergebnisse erhalten, vor allem bei aggregierten Daten mit hoher Häufigkeit.
84. Bei einer wirtschaftlichen Analyse ist die Verlässlichkeit und die Relevanz der Daten von großer Bedeutung. Dazu bedarf es u. a. eines ausreichenden Spektrums an Beobachtungsdaten und eines angemessenen Niveaus der Datenaggregation. Allerdings sind die meisten Datensätze unvollständig und nicht alle relevanten Fakten können unter Umständen mit hoher Korrektheit beobachtet oder gemessen werden. Diese Unvollkommenheiten sollten folglich ausdrücklich anerkannt werden. Mängel bei den Daten sollten kein Grund dafür sein, dass eine wirtschaftliche Analyse ein angemessenes Gewicht erhält, auch wenn die Schlussfolgerungen mit Vorsicht gezogen werden sollten.⁸²
85. Mit Hilfe einer richtig angewendeten, auf genügend Datenbeobachtungen basierenden Regressionsanalyse kann die auf Vergleichsmethoden gestützte Schadensschätzung erheblich verfeinert werden. Dennoch sei darauf hingewiesen, dass selbst sehr komplexe Regressionsgleichungen immer noch auf einer Reihe von Annahmen beruhen und (wie jede Technik zur Vorhersage einer hypothetischen

⁷⁹ Beispielsweise die Verwendung von Instrumentalvariablen („instrumental variables“), eine ökonometrische Technik, die zur Korrektur solcher Verzerrungen angewendet werden kann.

⁸⁰ Vor allem bei Anwendung des oben beschriebenen Prognoseansatzes, bei dem die im Modell für die Vorhersage der zuwiderhandlungsfreien Fallkonstellation zugrunde gelegten Werte der Einflussvariablen unter Berücksichtigung der Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf diese Variablen korrigiert wurden.

⁸¹ Beispielsweise wenn Stichproben von Datenbeobachtungen nicht gänzlich repräsentativ sind.

⁸² Siehe zur weiteren Erläuterung des Stellenwerts der Datenverlässlichkeit und –relevanz: GD COMP „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“, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf.

Situation) immer nur Schätzungen als Ergebnis haben können. Daher ist es angebracht, die einer Regressionsgleichung zugrunde liegenden Annahmen zu betrachten, denn in bestimmten Situationen sind manche Annahmen vielleicht angemessener als andere und können zu erheblich anderen Ergebnissen führen.

86. Eine Möglichkeit des Umgangs mit der Unsicherheit einer Schätzung besteht darin, die Ergebnisse nicht als Punktschätzung darzustellen („der Preis beim Nicht-Zuwerhandlungsszenario beträgt 10 EUR“), sondern als Intervall („der Preis beim Nicht-Zuwerhandlungsszenario liegt zwischen 9 und 10 EUR“). Der Begriff „Konfidenzintervall“, der in der Statistik sehr geläufig ist, wird dazu benutzt, zu beschreiben, wie wahrscheinlich es ist, dass der wahre Wert im Intervall enthalten ist. In den Wirtschaftswissenschaften hat man sich darauf geeinigt, dass für den Fall, dass eine Wahrscheinlichkeit von 95 % besteht, dass ein spezifisches Intervall tatsächlich den wahren Wert enthält, dies als hoher Grad an Sicherheit angesehen wird.
87. Eine weitere Möglichkeit des Umgangs mit der Unsicherheit von Schätzungen besteht darin, den Begriff der „statistische Signifikanz“ zu Grunde zu legen, bei dem es sich um eine Standard-Testmethode handelt, mit der festgestellt wird, ob die bei der Regressionsanalyse erhaltenen Ergebnisse auf einem Zufall beruhen oder in der Tat eine echte Korrelation widerspiegeln. Dazu stützt man sich auf eine bestimmte Hypothese: Bei Schadensersatzklagen könnte die Hypothese z. B. darin bestehen, zu eruieren, ob die Zuwerhandlung des Kartells tatsächlich auf die Preise durchgeschlagen ist oder nicht. Die Hypothese, derzufolge sich die Zuwerhandlung *nicht* ausgewirkt hat (und dass sich folglich der Preis der Nicht-Zuwerhandlung nicht vom Preis des Zuwerhandlungsszenarios unterscheidet), wird als „Null-Hypothese“ bezeichnet. Die Regressionsanalyse wird sodann zum Test für die Null-Hypothese verwendet. Das Ergebnis einer Regressionsanalyse wird dann als statistisch signifikant bezeichnet, wenn die Möglichkeit zur Ablehnung der Null-Hypothese besteht, da es sehr unwahrscheinlich wäre, dass die beobachteten Ergebnisse auf einem Zufall beruhen. Übereinstimmend wird in den Wirtschaftswissenschaften eine Wahrscheinlichkeit von weniger als 95 %, dass die Null-Hypothese abgelehnt wird, als Möglichkeit angesehen, die Ergebnisse als „statistisch signifikant“ einzustufen.
88. Wie zuvor erläutert, ist es in den Wirtschaftswissenschaften üblich, sowohl für den Begriff des „Konfidenzintervalls“ als auch für den Begriff der „statistischen Signifikanz“ die 95 %-Wahrscheinlichkeitsschwelle zu Grunde zu legen. An dieser Stelle sei betont, dass es sich hierbei um eine reine Übereinkunft handelt und dass auch höhere oder weniger strenge Schwellenwerte (wie z. B. eine Wahrscheinlichkeit von 99 % oder 90 %) ebenfalls nützliche Informationen liefern können. Die „statistische Signifikanz“ ermittelt sich nämlich teilweise anhand der Zahl der Beobachtungen im Datensatz: bei gleichbleibenden Bedingungen steigt die statistische Signifikanz in dem Maße, wie sich der Stichprobenumfang erhöht. Zur bewährten Praxis gehört es, die gewählte Wahrscheinlichkeitsschwelle anzugeben. Bei Schadensersatzklagen obliegt es dann dem Gericht, nach anwendbarem Recht über die Beweiskraft einer solchen Regressionsanalyse und die Verfahrensfolgen (vor allem im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast) zu befinden, die eine solche Analyse nach sich ziehen kann.
89. Ob überhaupt, von welcher Partei und in welcher Verfahrensphase eine Regressionsanalyse durchgeführt wird, hängt unter anderem von der Existenz und der Zugänglichkeit der Daten ab. Eine wichtige Rolle spielen auch die

Anforderungen des anwendbaren Rechts bezüglich der Darlegungslast, der Offenlegung von Beweisen, des Beweismaßes und der Verteilung der Beweislast zwischen Kläger und Beklagtem.

90. Die obengenannten verschiedenen Arten von Regressionsanalysen (Randnummer 71 ff.) werden manchmal als Ansatz der „reduzierten Form“ („reduced form approach“) bezeichnet, weil sie Gleichungsparameter, die ihrerseits aus anderen wirtschaftlichen Beziehungen abgeleitet wurden (z. B. die Interaktion von Angebot und Nachfrage), direkt schätzen, ohne diese explizit zu modellieren. Alternativ könnte man zur Schätzung dieser zugrunde liegenden wirtschaftlichen Beziehungen aber auch ökonometrische Modelle erstellen. Selbst wenn solche ökonometrischen Modelle, die üblicherweise als „strukturelle Modelle“ („structural models“) bezeichnet werden, häufig besonders stark auf Annahmen beruhen, können sie doch zu einem besseren Verständnis des betreffenden Marktes beitragen und fester Bestandteil von Simulationen für Schadensschätzungen sein (nähere Ausführungen in Abschnitt III.A).

(3) Wahl der Technik

91. In den Abschnitten 1 und 2 wurden verschiedene Techniken für die praktische Umsetzung von Vergleichsmethoden beschrieben. Die Wahl der Technik im Einzelfall wird in der Regel von verschiedenen Aspekten abhängen und insbesondere durch rechtliche Anforderungen und die spezifische Faktenlage bestimmt. Insbesondere sind in der Praxis rechtliche Vorgaben bezüglich des Beweismaßes und der Beweislast von großer Bedeutung.
92. Ökonometrische Techniken können die Genauigkeit der Schadensschätzung erhöhen und damit zur Erfüllung eines höheren Beweismaßes beitragen, falls dies nach den anwendbaren Vorschriften erforderlich ist. Ob für die Erfüllung des Beweismaßes eine Regressionsanalyse (möglicherweise zusätzlich zu anderen verfügbaren Beweismitteln) überhaupt erforderlich ist und wer die Beweislast trägt, beurteilt sich nach den anwendbaren Rechtsvorschriften einschließlich des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes. Dabei ist zu berücksichtigen, dass für die Durchführung einer ökonometrischen Analyse in der Regel umfangreiche Daten erforderlich sind, die nicht immer zugänglich sind. Außerdem kann für die beweibelastete Partei in einer bestimmten Verfahrenssituation ein Beweismaß gelten, dem die in Abschnitt 1 genannten Techniken ohne weiteres genügen. Dies kann zum einen der Fall sein, weil nach der betreffenden Rechtsordnung davon auszugehen ist, dass die verglichenen Märkte oder Zeiträume hinreichend ähnlich sind und die auf einen einfachen Vergleich gestützte Schadensschätzung für den Nachweis, den die Partei in einer bestimmten Verfahrenssituation erbringen muss, hinreichend genau ist. Zum anderen kann die Rechtsordnung angesichts der von einem Kläger vorgelegten Schadensschätzung und der Daten, die ihm mit vertretbarem Aufwand zugänglich sind, eine Verlagerung der Beweislast auf den Beklagten vorsehen. In einem solchen Fall mag der Beklagte möglicherweise eine Regressionsanalyse in Betracht ziehen, um die Ausführungen des Klägers zu entkräften.
93. Ferner können Verhältnismäßigkeitserwägungen eine wichtige Rolle spielen, da die Erhebung von Daten und ihre ökonometrische Analyse mit erheblichen Kosten verbunden sein können (auch für Dritte), die möglicherweise in keinem angemessenen Verhältnis zur Höhe des geltend gemachten Schadensersatzes stehen

oder sogar darüber hinausgehen. Solche Erwägungen können auch mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz Bedeutung erlangen⁸³.

94. Gerichte in den Mitgliedstaaten haben bislang zumeist direkte Anwendungen von Vergleichsmethoden ohne Regressionsanalysen zugrunde gelegt, die sich oft auf Durchschnittswerte stützten⁸⁴. Ferner haben sie Anpassungen an die Werte der beobachteten Datenbeobachtungen akzeptiert, wenn relativ einfach festzustellen war, worin sich ein Markt (oder Zeitraum), in dem eine Zuwiderhandlung erfolgte, von einem Vergleichsmarkt (oder -zeitraum) unterschied. Bislang wurden bei Schadensersatzklagen, die bei Gerichten in den Mitgliedstaaten wegen Kartellrechtsverstößen anhängig waren, nur wenige Erfahrungen mit ökonomischen Analysen gesammelt⁸⁵, obwohl diese Techniken wie oben dargelegt bei der Ermittlung der durch Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV erlittenen Schäden durchaus eine wertvolle Hilfe leisten können.
95. Die Gerichte in den Mitgliedstaaten nehmen manchmal auch einen „Sicherheitsabschlag“ vor, d. h. sie ziehen von den beobachteten Datenwerten einen nach dem Maßstab des anwendbaren Rechts ausreichenden Betrag ab, um Unsicherheiten in einer Schadensschätzung zu berücksichtigen⁸⁶. Alternativ kann auch eine Regressionsanalyse in Betracht gezogen werden, um diese anderen möglichen Einflussfaktoren zu berücksichtigen und um eine Untergrenze der entstandenen Schäden zu schätzen⁸⁷.

III. SIMULATIONSMODELLE, KOSTEN- UND FINANZGESTÜTZTE ANALYSE UND ANDERE METHODEN

96. Neben den Vergleichsmethoden gibt es auch andere Methoden, um ein Bild von der hypothetischen zuwiderhandlungsfreien Situation zu erhalten. Dazu zählen insbesondere die auf ökonomische Modelle gestützten Simulationen von Auswirkungen auf den Markt (A) und der Ansatz, bei dem ein wahrscheinliches zuwiderhandlungsfreies Szenario auf der Grundlage der Produktionskosten und einer angemessenen Gewinnspanne geschätzt wird (B).

A. Simulationsmodelle

97. Simulationsmethoden stützen sich auf ökonomische Modelle zu Marktverhalten. Ökonomische Untersuchungen der Funktionsweise von Märkten und des Wettbewerbs zwischen Unternehmen zeigen, dass es möglich sein kann, für Märkte mit bestimmten Eigenschaften die wahrscheinlichen Ergebnisse der Interaktionen auf diesem Markt vorherzusagen (z. B. den Preis, das Produktionsvolumen oder die

⁸³ Siehe oben Teil 1 Abschnitt I Randnr. 2.

⁸⁴ Die Heranziehung von Durchschnittswerten wurde z. B. im Urteil des Landgerichts Dortmunds vom 1. April 2004 in der Sache 13 O 55/02 Kart. – Vitaminpreise (WuW/DE-R 1352) akzeptiert.

⁸⁵ Ein neueres Beispiel, das entgangene Gewinne in einem Behinderungsmisbrauchsfall betrifft, ist die Entscheidung des Handelsgerichts Barcelona (Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona) vom 20. Januar 2011, Sache 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U. v Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

⁸⁶ Beispielsweise um die Auswirkungen etwaiger anderer Faktoren auf die Zielvariable auszuschließen. Siehe z. B. Kammergericht Berlin, Urteil vom 1. Oktober 2009, Sache 2 U 10/03 Kart.; Oberlandesgericht Karlsruhe, Urteil vom 11. Juni 2010, Sache 6 U 118/05 („Selbstdurchschreibepapier“).

⁸⁷ Die Regressionsanalyse ermöglicht im Übrigen nicht nur Schadensschätzungen, in denen bereits der Einfluss anderer Faktoren berücksichtigt ist, sondern auch die Messung der Genauigkeit solcher Schätzungen (in Form von Standardfehlern), wodurch die Ober- und Untergrenze des geschätzten Schadens ermittelt werden kann.

Gewinnspannen, die in diesem Fall zu erwarten wären). In der Industrieökonomik, einem Zweig der Volkswirtschaft, wurden Modelle für den Wettbewerb auf verschiedenen Arten von Märkten entwickelt, mit denen solche Marktergebnisse simuliert werden können. Diese Modelle reichen von Modellen für Monopolmärkte bis – am anderen Ende des Spektrums – zu Modellen für Märkte mit vollständigem Wettbewerb.

98. Bei den dazwischenliegenden Modellen zur Erklärung des Marktverhaltens von Unternehmen auf oligopolistischen Märkten handelt es sich insbesondere um die ursprünglich im 19. Jahrhundert von den Wirtschaftswissenschaftlern Augustin Cournot und Joseph Bertrand entwickelten Modelle. Das Bertrand-Oligopolmodell beschreibt einen Markt mit einer relativ geringen Zahl von Unternehmen (und hohen Marktzutrittsschranken), auf dem die Unternehmen über Preise und nicht über Produktionsmengen Wettbewerb betreiben. Die Unternehmen legen bei der Preisfestsetzung ihre Annahmen bezüglich der Preise ihrer Wettbewerber zugrunde. In diesem Modell steigen die Preise mit zunehmender Produktdifferenzierung. Das Cournot-Oligopolmodell beschreibt einen Markt mit einer relativ geringen Zahl von Unternehmen (und hohen Markteintrittsschranken), auf dem die Unternehmen über die Produktionsmenge miteinander konkurrieren. Vor der Preisfestsetzung legen die Unternehmen ihre Produktionsmengen (oder Produktionskapazitäten) gleichzeitig anhand der antizipierten Produktionsmengen der anderen Unternehmen fest. Es bestehen zahlreiche Erweiterungen und Abwandlungen der Cournot- und Bertrand-Modelle. Dazu zählen insbesondere auf die Spieltheorie⁸⁸ gestützte dynamische Oligopolmodelle, bei denen die wiederholten Interaktionen zwischen Unternehmen auf dem Markt berücksichtigt werden⁸⁹.
99. Auf Monopolmärkten werden die Preise wahrscheinlich am höchsten (und die Absatzmengen am geringsten) sein, während auf einem Markt mit vollständigem Wettbewerb die niedrigsten Preise (und höchsten Absatzmengen) zu finden sein dürften. Die von Bertrand beschriebenen Oligopole für Märkte mit differenzierten Produkten⁹⁰ und die Cournot-Oligopole führen in der Regel dazu, dass die Preise und Mengen zwischen denen liegen, die bei vollständigem Wettbewerb oder bei Monopolen zu erwarten sind; das genaue Ergebnis hängt von der Zahl der auf dem Markt tätigen Unternehmen und den Markteintrittsschranken, dem Grad der Differenzierung zwischen den Unternehmen und ihren Produkten sowie anderen Eigenschaften des betreffenden Marktes wie etwa Nachfragemerkmale (insbesondere Preissensibilität der Kunden) sowie Kapazitäten und Kostenstruktur der Hersteller ab.
100. Ausgehend von solchen theoretischen Erkenntnissen zu den Marktergebnissen (z. B. in Bezug auf die Preise), die bei einer bestimmten Kombination von Marktmerkmalen zu erwarten sind, können Simulationsmodelle zur Schätzung der Preise (oder anderer Variablen) erstellt werden, die wahrscheinlich auf diesem Markt eingetreten wären, wenn es keinen Verstoß gegen Artikel 101 oder 102 AEUV

⁸⁸ Die Spieltheorie analysiert das Verhalten von Menschen und Unternehmen in strategischen Situationen, in denen diese die Reaktion anderer auf ihr Handeln berücksichtigen müssen.

⁸⁹ Die Berücksichtigung wiederholter Interaktionen zwischen Unternehmen auf dem Markt kann beispielsweise hilfreich sein, um abgestimmtes Verhalten zwischen Unternehmen oder den Markteintritt eines neuen Wettbewerbers zu erklären.

⁹⁰ Auf einem Markt mit homogenen Gütern, auf dem keine Kapazitätsbeschränkungen bestehen, führt der Preiswettbewerb nach dem Bertrand-Modell dagegen zu starkem Wettbewerb und entsprechenden Marktergebnissen. Homogene Güter sind Güter, die bezüglich ihrer Qualität oder Merkmale geringe Unterschiede aufweisen.

gegeben hätte. Das Simulationsmodell sollte dabei die maßgeblichen Faktoren widerspiegeln, die a) das Angebot (die Art und Weise, wie der Wettbewerb zwischen Unternehmen erfolgt („Wettbewerbsinteraktionen“)⁹¹, und die Kostenstruktur von Unternehmen) und b) die Nachfrage (das Maß, in dem Kunden auf Preisänderungen reagieren) beeinflussen. Diese Faktoren werden durch eine Reihe von Gleichungen ausgedrückt, in die zudem einige Parameterwerte eingefügt werden müssen. Die Werte können bekannt sein, auf ökonomischen Schätzungen oder aber auf Annahmen beruhen, so dass das Ergebnis des Modells einigen beobachteten Variablen entspricht. Simulationsmodelle für die Ermittlung der zuwiderhandlungsfreien Fallkonstellation legen für den relevanten Markt die Struktur und die Eigenschaften zugrunde, die ohne die Zuwiderhandlung vorliegen würden. Diese können der Struktur und den Eigenschaften entsprechen, die im Zuwiderhandlungsszenario zu beobachten waren, sie können sich aber auch in gewissem Umfang davon unterscheiden⁹².

101. Die Nutzung von Simulationsmodellen für die Schadensschätzung lässt sich anhand des folgenden Beispiels veranschaulichen. Gäbe es auf einem differenzierten Produktmarkt (z. B. Schokoladenwaren) ein Kartell, so könnten die kartellfreien Preise anhand von Daten aus dem zuwiderhandlungsfreien Zeitraum wie folgt geschätzt werden: Erstens wäre zu schätzen, wie sich die Nachfrage nach jedem Schokoladenprodukt bei Änderungen des eigenen Preises (Eigenpreiselastizität) und bei Änderungen des Preises konkurrierender Produkte (Kreuzpreiselastizität) ändert⁹³. Zweitens wäre zu entscheiden, welches Modell die Wettbewerbsinteraktion zwischen Unternehmen im zuwiderhandlungsfreien Zeitraum angemessen widerspiegelt (im Schokoladenwarenbeispiel könnte z. B. das Wettbewerbsmodell von Bertrand verwendet werden). Auf dieser Grundlage kann unter Berücksichtigung von Kostenparametern (z. B. Grenzkosten) und Nachfrageparametern (z. B. Höhe der Nachfrage) berechnet werden, bei welchen Preisen die Unternehmen die höchsten Gewinne erzielen würden⁹⁴. Dann können die Werte einiger Parameter so angepasst werden, dass sie die relevanten Bedingungen im Zuwiderhandlungszeitraum widerspiegeln (z. B. durch die Annahme einer Erhöhung der Kakaokosten um 10 %). Nachdem all diese Informationen in Gleichungen gefasst worden sind, können (unter

⁹¹ Der Begriff „Wettbewerbsinteraktionen“ wird verwendet, um darzulegen, wie der Wettbewerb zwischen Unternehmen erfolgt (z. B., aber nicht nur, nach dem Modell von Bertrand oder Cournot), oder wie Unternehmen Wettbewerb unterlassen (z. B. im Falle eines kollusiven Verhaltens, das gegen die Wettbewerbsvorschriften verstößt). Eine Modellierung kann auch bei Märkten sinnvoll sein, auf denen die Preise über Auktionen oder andere Bieterverfahren gebildet werden, denn dort folgen die Interaktionen zwischen Wettbewerbern oftmals festen Regeln (Preise oder Produktionsmengen, die wahrscheinlich das Ergebnis einer Auktion oder eines anderen nicht durch die Zuwiderhandlung beeinträchtigten Bieterverfahrens sind, könnten anhand von Oligopolmodellen geschätzt werden, mit denen auf der Grundlage der Spieltheorie das wahrscheinliche Bieterverhalten der Wettbewerber auf diesem Markt in einem zuwiderhandlungsfreien Szenario simuliert wird).

⁹² Da die Zuwiderhandlung möglicherweise zu einer Veränderung der Marktstruktur geführt oder Änderungen auf dem Markt verhindert hat, die ansonsten eingetreten wären (z. B. Ausstieg eines ineffizienten Wettbewerbers) sind die (hypothetischen) Marktmerkmale in einem zuwiderhandlungsfreien Szenario nicht zwangsläufig dieselben wie in dem Szenario, in dem eine Zuwiderhandlung erfolgt. Zudem können sich die während einer Zuwiderhandlung beobachteten Marktanteile erheblich von denen unterscheiden, die ohne die Zuwiderhandlung vorliegen würden, da die Kartellmitglieder möglicherweise Absprachen über die Aufteilung von Märkten treffen.

⁹³ Technisch würde dies die Schätzung eines Nachfragesystems beinhalten, d. h. es würde ein Verfahren der unter Randnr. 90 genannten strukturellen ökonomischen Analyse angewendet.

⁹⁴ Die für diese Parameter für den zuwiderhandlungsfreien Zeitraum eingesetzten Werte (z. B. der in der Berechnung zugrunde gelegte Wert für die Grenzkosten) können so gewählt werden, dass die abgeleiteten Preise und Mengen den beobachteten Daten entsprechen.

der Annahme, dass Unternehmen größtmögliche Gewinne anstreben) die Preise simuliert werden, die diese Unternehmen wahrscheinlich im Zuwiderhandlungszeitraum in Rechnung gestellt hätten. Der kartellbedingte Preisaufschlag lässt sich anhand der Differenz zwischen den beobachteten Preisen und den simulierten kartellfreien Preisen schätzen.

102. Bei diesem Beispiel werden recht hohe Anforderungen an die erforderlichen Daten gestellt und komplexe Annahmen zugrunde gelegt. Für die Schadensschätzung können zwar auch einfachere Simulationsmodelle in Betracht kommen, doch diese hängen noch stärker von Annahmen ab, die das Ergebnis bestimmen, aber nur schwer zu überprüfen sind. So können Kartellschäden beispielsweise durch einen Vergleich der Monopolpreise (die die Preise im Zuwiderhandlungszeitraum widerspiegeln sollen) mit den nach einem Cournot-Modell zu erwartenden Preisen (die die Preise in einem zuwiderhandlungsfreien Szenario widerspiegeln sollen) berechnet werden, wofür Daten wie Marktanteile, Kosten und die Preiselastizität herangezogen werden müssten. Eine solche Methode hängt jedoch entscheidend von den im Zuwiderhandlungsszenario und im zuwiderhandlungsfreien Szenario zugrunde gelegten Wettbewerbsinteraktionen ab und birgt das Risiko, dass diese die Kartelltätigkeit im Zuwiderhandlungszeitraum und den Wettbewerb, wie er ohne die Zuwiderhandlung auf dem Markt erfolgt wäre, nicht zutreffend genug abbilden.
103. Simulationsmodelle können nicht nur in Kartellfällen (oder bei anderen mit Preiserhöhungen verbundenen Zuwiderhandlungen), sondern etwa auch bei Behinderungsmissbrauch zur Ermittlung der Auswirkungen auf den Markt eingesetzt werden. So könnte beispielsweise ein Oligopolmodell verwendet werden, um die Absatzmenge und den Marktanteil zu simulieren, die ein vom Markt verdrängter Wettbewerber ohne die Zuwiderhandlung erreicht hätte.
104. Jedes Modell, das Marktergebnisse simuliert, ist eine Annäherung an die Realität und stützt sich auf theoretische, oft aber auch auf tatsächliche Annahmen bezüglich der Merkmale des Marktes und des wahrscheinlichen Verhaltens von Anbietern und Kunden. Selbst wenn Modelle naturgemäß auf einer Vereinfachung der Realität beruhen, können sogar einfache Modelle in bestimmten Fällen bereits nützliche Erkenntnisse bezüglich der wahrscheinlichen Schäden liefern. Der Verweis darauf, dass ein Modell auf offenbar vereinfachenden Annahmen beruht, sollte daher nicht genügen, um es zu verwerfen; stattdessen sollte geprüft werden, inwieweit sich diese vereinfachenden Annahmen wahrscheinlich auf die Ergebnisse des Modells auswirken. Ein umfassendes Modell, das eine Reihe spezifischer Merkmale des betreffenden Marktes abbildet, kann bei richtiger Anwendung und Bewertung indes mit größerer Wahrscheinlichkeit dazu beitragen, dass die Simulation eine realistische Schätzung des hypothetischen zuwiderhandlungsfreien Szenarios darstellt. Doch sogar für sehr ausgefeilte Modelle ist es entscheidend, dass die richtigen Annahmen getroffen und insbesondere die zentralen Fragen, wie sich Wettbewerb und die Nachfrage im zuwiderhandlungsfreien Szenario wahrscheinlich dargestellt hätten, richtig beantwortet werden. Außerdem kann die Entwicklung komplexer Simulationsmodelle technisch anspruchsvoll sein und beträchtliche Datenmengen erfordern, die möglicherweise den betreffenden Parteien nicht immer zugänglich sind oder sich nicht immer zuverlässig genug schätzen lassen.
105. Dennoch können sowohl einfachere als auch komplexere Simulationsmodelle nützliche Erkenntnisse für die Schätzung der Ergebnisse liefern, die ohne eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder 102 AEUV auf einem Markt erzielt worden wären. Ob und in welcher Verfahrenssituation in einer Rechtsordnung die

Nutzung einer ökonomischen Simulation als angemessen und ihre Ergebnisse als zuverlässig genug erachtet werden, wird von den im konkreten Fall vorliegenden Umständen und den nach anwendbarem Recht geltenden Anforderungen abhängen.

B. *Kosten- und -finanzgestützte Methoden*

106. Andere Ansätze zur Schätzung der Preise, die ohne die Zuwiderhandlung wahrscheinlich zu beobachten gewesen wären, sind die sogenannte Kostenmethode⁹⁵ oder auf der Finanz- und Ertragslage der klagenden oder beklagten Unternehmen basierende Methoden (finanzgestützte Methoden).
107. Bei der kostengestützten Methode wird zu den Stückkosten ein Aufschlag für einen Gewinn addiert, der in einem zuwiderhandlungsfreien Szenario realistisch gewesen wäre. Durch einen Vergleich der daraus resultierenden Schätzung eines zuwiderhandlungsfreien Stückkostenpreises mit dem tatsächlichen Stückkostenpreis des oder der zuwiderhandelnden Unternehmen(s) kann man den Preisaufschlag schätzen⁹⁶.
108. Für die Anwendung der Kostenmethode kommen je nach den Merkmalen des betreffenden Wirtschaftszweigs verschiedene Arten von Produktionskosten in Betracht. Wichtig ist jedoch, dass Kosten und Gewinnspannen einheitlich behandelt werden. Wenn für diese Methode beispielsweise variable Kosten (d. h. Kosten, die je nach Produktionsvolumen schwanken) als Grundlage verwendet werden, sollte bei der Preisberechnung eine Bruttogewinnspanne (d. h. die Gewinnspanne nach Abzug der variablen Kosten) addiert werden. Ferner sei darauf hingewiesen, dass für die Ermittlung der Preise nicht nur die Kosten des Schädigers, sondern auch die Kosten eines Wettbewerbers relevant sein können (z. B. wenn der Marktpreis durch den am wenigsten effizienten Hersteller bestimmt wird).
109. Der erste Schritt bei der Anwendung der Kostenmethode besteht darin, die Stückkosten zu ermitteln. Stückkosten können geschätzt werden, indem die tatsächlich eingetretenen Produktionskosten des Schädigers/der Schädiger für die relevante Geschäftstätigkeit durch die Zahl der insgesamt hergestellten Produkte dividiert werden. Dieser Ansatz ist recht einfach umzusetzen, wenn Unternehmen oder Geschäftsbereiche nur ein Hauptprodukt herstellen. Solche Unternehmen oder Geschäftsbereiche veröffentlichen manchmal ihre Hauptkosten oder geben diese Informationen in ihren geprüften Abschlüssen in öffentlichen Registern an. In anderen Fällen ist der Zugang zu Daten und die Zuordnung von Gesamtkosten zu dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Produkt schwieriger. Wenn Buchhaltungsdaten zur Verfügung stehen, können Anpassungen erforderlich sein, da sich die buchhalterischen Kostendefinitionen von den – für die Preisschätzung relevanten – ökonomischen Kostendefinitionen unterscheiden können.

⁹⁵ Diese Methode wird auch als „Kostenaufschlagsmethode“ oder „Bottom-up-Kostenmodell“ bezeichnet. Sie wird im Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 19. Juni 2007 in der Kartellbußgeldsache KRB 12/07 (Kartell im Papiergroßhandel) als Ansatz angeführt, der in Fällen, in denen Vergleichs(markt)methoden nicht geeignet sind, zugrunde gelegt werden kann.

⁹⁶ In der Regel wird die Kostenmethode für die Ermittlung von Preisaufschlägen in Betracht gezogen. Es ist aber auch möglich, diese Methode bzw. Elemente davon für die Ermittlung anderer Schäden (z. B. der entgangenen Gewinne der vom Markt ausgeschlossenen Wettbewerber) einzusetzen. So schätzte das Oberlandesgericht Düsseldorf (Urteil vom 16. April 2008 in der Sache VI-2 U (Kart.) 8/06, 2 U 8/06, Stadtwerke Düsseldorf) die entgangenen Gewinne eines vom Markt verdrängten Wettbewerbers, indem es die Kosten des Wettbewerbers und die als Anteil dieser Kosten ausgedrückte wahrscheinliche Gewinnspanne mit einbezog.

110. Es kann vorkommen, dass die im Zuwiderhandlungszeitraum verzeichneten Produktionskosten nicht für die Kosten repräsentativ sind, die ohne die Zuwiderhandlung wahrscheinlich entstanden wären. Dies kann vor allem zwei Gründe haben: Erstens werden Unternehmen, die infolge ihres gegen Artikel 101 AEUV verstoßenden kollusiven Verhaltens keinem Wettbewerbsdruck unterliegen, möglicherweise weniger effizient arbeiten und deshalb höhere Produktionskosten aufweisen, als dies unter Wettbewerbsdruck der Fall gewesen wäre. Zweitens schränken gegen Artikel 101 oder 102 AEUV verstoßende Unternehmen möglicherweise ihre Produktion ein und verlieren deshalb während der Zuwiderhandlung Größenvorteile, die zu niedrigeren Produktionskosten geführt hätten. Wenn Hinweise auf solche Situationen vorliegen, kann es angebracht sein, die Daten für die beobachteten Kosten des Schädigers/der Schädiger anzupassen. Selbst ohne solche Anpassungen können die beobachteten Kosten bei Anwendung der Kostenmethode dennoch zur Schätzung einer Untergrenze des etwaigen Preisaufschlags beitragen.
111. Im zweiten Schritt der Kostenmethode muss eine „angemessene“ Gewinnspanne geschätzt und zu den Stückkosten hinzugerechnet werden. Für die Schätzung einer „angemessenen“ Gewinnspanne gibt es verschiedene Ansätze. Sie basieren entweder auf einem zeitlichen Vergleich, auf einem Marktvergleich oder auf ökonomischen Modellen und weisen daher Gemeinsamkeiten mit den oben beschriebenen Methoden auf. So kann die Schätzung der für ein zuwiderhandlungsfreies Szenario realistischen Gewinnspanne z. B. von den Gewinnspannen ausgehen, die ähnliche Unternehmen normalerweise in einem vergleichbaren räumlichen Markt, der nicht von der Zuwiderhandlung betroffen ist, oder auf vergleichbaren sachlich relevanten Märkten erzielen⁹⁷. In ähnlicher Weise können die Gewinnspannen des zuwiderhandelnden Unternehmens (oder eines ähnlichen Unternehmens) im Zeitraum vor bzw. nach der Zuwiderhandlung als Grundlage der Schätzung dienen. Beide Vergleichsmethoden beruhen auf der Annahme, dass der Zeitraum, der Markt oder das Unternehmen, auf die Bezug genommen wird, genügend Ähnlichkeiten aufweisen⁹⁸. Dabei wird insbesondere auf für die Gewinnspannen relevante Marktmerkmale wie den Wettbewerb auf dem Markt⁹⁹, die Kostenstruktur der Hersteller (einschließlich Innovationskosten), die Kapazitätsauslastung und Kapazitätsengpässe zu achten sein. Die Überprüfung dieser Annahmen ist nicht immer einfach, da viele Faktoren und strategische Entscheidungen in die Preisfestsetzung eines Unternehmens und die Festlegung seiner Gewinnspannen einfließen.
112. Ein anderer Ansatz zur Schätzung einer „angemessenen“ Gewinnspanne besteht darin, die Art des Wettbewerbs und die Merkmale des Marktes ohne die Zuwiderhandlung zu betrachten und aus den durch industrieökonomische Modelle gewonnenen Erkenntnissen eine wahrscheinliche Gewinnspanne abzuleiten¹⁰⁰. Ohne die Zuwiderhandlung können sich beispielsweise die Preise aufgrund einer relativen

⁹⁷ Bundesgerichtshof, Beschluss vom 19. Juni 2007 in der Kartellbußgeldsache KRB 12/07 (Papiergroßhandelskartell) zu den in „vergleichbaren Branchen“ erzielten Gewinnspannen.

⁹⁸ Wichtige Erwägungen zur Frage der hinreichenden Ähnlichkeit sind in Teil 2 Abschnitt II Randnrn. 38-58 angesprochen.

⁹⁹ Zum Beispiel wird geprüft, ob der Wettbewerb stark genug wäre, um die Preise in Richtung Grenzkosten zu drücken (wie im Modell des vollständigen Wettbewerbs angenommen wird), oder ob Gewinnspannen aufgrund einer oligopolistischen Struktur sogar ohne die Zuwiderhandlung höher gewesen wären.

¹⁰⁰ Siehe Teil 2 Abschnitt III Randnr. 97 ff.

Homogenität von Gütern und Überkapazitäten auf dem Markt in Richtung der Kosten bewegen; in solchen Fällen wäre die Gewinnspanne der Hersteller wahrscheinlich relativ niedrig¹⁰¹.

113. Die obigen Ausführungen machen deutlich, dass sowohl die Schätzung der ohne eine Zuwiderhandlung wahrscheinlich anfallenden Kosten als auch die Schätzung einer „angemessenen“ Gewinnspanne in der Praxis eine Reihe von schwierigen Fragen aufwerfen kann. Zudem setzt die Kostenmethode den Zugang zu Daten voraus, die möglicherweise im Eigentum der Gegenseite oder Dritter stehen. Dennoch kann diese Methode, je nach den Umständen des einzelnen Falls und den Anforderungen der geltenden Rechtsvorschriften, wertvolle Erkenntnisse für die Schätzung von Kartellschäden liefern.
114. Finanzgestützte Methoden basieren auf der Finanz- und Ertragslage des klagenden oder beklagten Unternehmens, um abzuschätzen, ob der Kläger einen Schaden erlitten hat und in welchem Umfang.
115. Handelt es sich bei dem Kläger bei einer Schadensersatzklage um ein Unternehmen, das durch die Zuwiderhandlung einen Schaden erlitten hat, kann eine Analyse der Finanz- und Ertragslage dieses Unternehmens (und insbesondere seiner Rentabilität) einen nützlichen Überblick über den Schaden verschaffen. Dies kann vor allem in Fällen nützlich sein, in denen ein Gewinnverlust eingeklagt wird, z. B. wenn ein Wettbewerber unrechtmäßig von einem Markt ausgeschlossen wird.
116. Auf dieser Grundlage können Standardmethoden zur Bewertung der Rentabilität eines Unternehmens (wie z. B. der „Kapitalwertmethode“, die den Kapitalwert künftiger Cashflows eines Unternehmens berechnet) verwendet werden, um sich einen Überblick über den Schadensbetrag zu verschaffen. Auch andere Methoden zur Unternehmensbewertung, einschließlich der Rechnungslegungsmethoden, können diesbezüglich nützlich sein.
117. Bei all diesen Methoden ist die kontrafaktische Fallkonstellation festzulegen: nach Berechnung der tatsächlichen Rentabilität des klagenden Unternehmens muss die Rentabilität für den Fall einer Nicht-Zuwiderhandlung bewertet werden. Diese Fallkonstellation kann sich beispielsweise auf Rentabilitätsdaten eines Vergleichsmarkts stützen – in diesem Fall ähnelt dieser Ansatz dann den zuvor erläuterten vergleichsgestützten Methoden.¹⁰² Zum Beispiel könnte die Rentabilität des Klägers vor und nach der Zuwiderhandlung zur Konzeption eines Nicht-Zuwiderhandlungsszenarios herangezogen werden. Auch ein alternativer Standard könnte bei der Festlegung einer kontrafaktischen Fallkonstellation verwendet werden. Beispielsweise könnten die Kapitalkosten als Benchmark verwendet werden: hierbei wird die Mindestgewinnspanne beschrieben, die zur Anlockung von Kapital in einer bestimmten Branche erforderlich ist. Folglich kann zweckmäßigerweise davon ausgegangen werden, dass das besagte Unternehmen bei einer Nicht-Zuwiderhandlung zumindest diesen Mindestgewinn erwirtschaftet hätte.

¹⁰¹ Kapitalkosten (d. h. die Kosten, zu denen ein Unternehmen auf dem Markt Kapital aufnehmen kann) werden in solchen Fällen manchmal als Annäherung an eine „angemessene“ Gewinnspanne betrachtet. Die Gewinnspannen, die erzielt werden, wenn keine Zuwiderhandlung erfolgt ist, können jedoch erheblich von den Kapitalkosten abweichen, z. B. wenn es keinen vollständigen Wettbewerb gibt, bestimmte Firmen unternehmensspezifische Kostenvorteile genießen oder bei Nachfrage- und Angebotsschocks.

¹⁰² Für weitere Einzelheiten siehe Randnr. 32 ff.

118. Die finanzgestützten Methoden haben den Vorteil, dass die Unternehmen selbst in den meisten Fällen über die für ihre Anwendung erforderlichen Informationen verfügen, da sie Rechnungslegungsanforderungen einhalten oder im Falle börsennotierter Unternehmen diese Angaben veröffentlichen müssen.

C. Andere Methoden

119. In diesem Praktischen Leitfaden sind die Methoden beschrieben, die bislang in der Rechtsprechung und in der Wissenschaft die größte Beachtung fanden. Die Darstellung erhebt jedoch kein Anspruch auf Vollständigkeit, denn es besteht durchaus die Möglichkeit, dass die beschriebenen Methoden verbessert oder neue Methoden entwickelt werden.
120. Zudem gibt es auch andere, *nicht* in diesem Praktischen Leitfaden erörterte Methoden, die insbesondere für die Schätzung einer Ober- oder Untergrenze¹⁰³ des erlittenen Schadens oder eine ungefähre Schätzung¹⁰⁴ von Nutzen sein können. Insbesondere wenn Rechtsordnungen die Möglichkeit einer approximativen Schätzung bieten, haben die mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Ermittlung eines angemessenen Schadensersatzes für die Geschädigten der sehr ins Detail gehenden Anwendung der in Abschnitt A und B dargelegten Methoden pragmatische Verfahren vorgezogen. In Fällen, in denen beispielsweise durch den Ausschluss eines neuen Marktteilnehmers vom Markt gegen Artikel 101 oder 102 AEUV verstoßen wurde, dienten manchmal Geschäftspläne als Informationsquelle für die wahrscheinlichen Unternehmensgewinne¹⁰⁵, selbst wenn diese manchmal an die Marktsituation oder anhand der Daten eines Vergleichsmarkts oder Vergleichsunternehmens angepasst wurden.
121. Es ist Sache der mitgliedstaatlichen Gerichte festzulegen, ob eine Methode nach geltendem Recht für die Schadensermittlung in einem bestimmten Fall Anwendung finden darf, solange der Effektivitäts- und der Äquivalenzgrundsatz des EU-Rechts beachtet werden.

IV. WAHL DER METHODEN

122. Alle in Abschnitt II und III beschriebenen Methoden können grundsätzlich nützliche Erkenntnisse hinsichtlich aller Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 101 und 102 AEUV und die verschiedenen Schäden liefern, die solche Zuwiderhandlungen in der Regel nach sich ziehen. Alle eignen sich grundsätzlich auch dazu, nicht nur die Höhe des rechtswidrigen Preisaufschlags in einem Preiskartell zu schätzen, sondern z. B. auch Absatz und Gewinn, die einem durch Behinderungsmissbrauch eines marktbeherrschenden Wettbewerbers geschädigten Unternehmen entgangen sind.
123. In diesem Zusammenhang sei noch einmal darauf hingewiesen, dass sich das hypothetische zuwiderhandlungsfreie Szenario immer nur schätzen lässt und keine sicheren und genauen Messungen möglich sind. Es gibt keine Methode, die in allen

¹⁰³ Eine Schätzung der Obergrenze wäre beispielsweise durch eine Critical-loss-Analyse möglich. Dabei wird geprüft, ab welcher Reduktion der abgesetzten Menge eine Preiserhöhung unprofitabel wird.

¹⁰⁴ So könnten für die Ermittlung der Gewinne in einem zuwiderhandlungsfreien Szenario zunächst die Kapitalkosten als Richtgröße („Benchmark“) herangezogen werden, wobei angenommen würde, dass das Unternehmen ohne die Zuwiderhandlung die Kapitalkosten eingenommen hätte, die der von den Kapitalgebern eines Unternehmens verlangten Mindestrendite entsprechen. Zu den Grenzen dieses Ansatzes siehe Fußnote 101.

¹⁰⁵ Siehe beispielsweise Højesteret (Oberster Gerichtshof, Dänemark), Urteil vom 20. April 2005, Sache UFR 2005.217H (GT Linien A/S v De Danske Statsbaner DSB und Scandlines A/S).

Fällen besser geeignet wäre als andere. Jede der oben beschriebenen Methoden hat besondere Eigenschaften, Stärken und Schwächen, aufgrund deren sie sich in einer bestimmten Situation mehr oder weniger für die Schätzung des erlittenen Schadens eignet. Die Methoden unterscheiden sich insbesondere in dem Grad der Leichtigkeit ihrer Anwendung und im Umfang, in dem sie sich entweder auf tatsächlich im Markt beobachtete Daten oder auf ökonomische Theorien gestützte Annahmen stützen. Ferner unterscheiden sie sich in dem Maß, in dem über die Zuwiderhandlung hinaus auch andere Faktoren berücksichtigt werden, die die Lage der Parteien beeinflusst haben können.

124. Welcher Ansatz für die Schadensermittlung unter den spezifischen Umständen eines konkreten Falls als geeignet erachtet werden kann, muss nach geltendem Recht bestimmt werden. Zu den hierbei möglicherweise relevanten Erwägungen zählen das Beweismaß und die Beweislast nach den anwendbaren Rechtsvorschriften, die Verfügbarkeit von Daten, der mit der Methode verbundene finanzielle und zeitliche Aufwand sowie die Verhältnismäßigkeit des Aufwands zur Höhe der betreffenden Schadensersatzforderung. Der finanzielle Aufwand umfasst in diesem Zusammenhang möglicherweise nicht nur die Kosten, die der beweisbelasteten Partei durch die Anwendung einer Methode entstehen, sondern auch die Kosten, die der Gegenseite bei der Entkräftung der Ausführungen der beweisbelasteten Partei entstehen, sowie die Kosten, die für die Justiz anfallen, wenn das Gericht die mit der Methode erzielten Ergebnisse, möglicherweise mit Hilfe eines gerichtlich bestellten Sachverständigen, prüft. Die Kosten und die Belastung des Geschädigten sowie deren Verhältnismäßigkeit können mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz besondere Relevanz erlangen¹⁰⁶. Die nach dem anwendbaren Recht zu treffende Entscheidung, ob eine, und wenn ja, welche der in diesem Praktischen Leitfaden beschriebenen Methoden und Techniken eingesetzt werden sollten, dürfte auch von der Verfügbarkeit anderer Beweismittel abhängen (z. B. von den Unternehmen vorgelegte Unterlagen über die Geschäftsentwicklung, aus denen hervorgeht, dass eine rechtswidrig vereinbarte Preiserhöhung zu einem bestimmten Zeitpunkt tatsächlich erfolgt ist).
125. In einem gegebenen Fall kann auch die Anwendung *mehrerer* Methoden (z. B. zeitlicher Vergleich und Vergleich räumlicher Märkte) alternativ oder kumulativ in Betracht gezogen werden. Führen zwei unterschiedliche Methoden zu ähnlichen Ergebnissen, so mag eine Rechtsordnung der auf diese Methoden gestützten Schätzung (möglicherweise eines Mindestschadens) eine erhöhte Beweiskraft beimessen. Kommen zwei Methoden hingegen zu augenscheinlich widersprüchlichen Ergebnissen (insbesondere wenn sich zwei gegnerische Parteien auf unterschiedliche Methoden stützen), ist es grundsätzlich nicht angemessen, den Mittelwert aus den beiden Ergebnissen zugrunde zu legen oder davon auszugehen, dass die widersprüchlichen Ergebnisse sich gegenseitig aufheben und somit *beide* Methoden nicht berücksichtigt werden sollten. Stattdessen sollte geprüft werden, warum unterschiedliche Ergebnisse zustande gekommen sind, und sorgfältig abgewogen werden, welche Stärken und Schwächen die jeweilige Methode allgemein und ihre Anwendung in dem gegebenen Fall hat.

¹⁰⁶ Siehe oben Teil 1 Abschnitt I Randnr. 2.

Teil 3 — Ermittlung eines durch Preiserhöhung verursachten Schadens

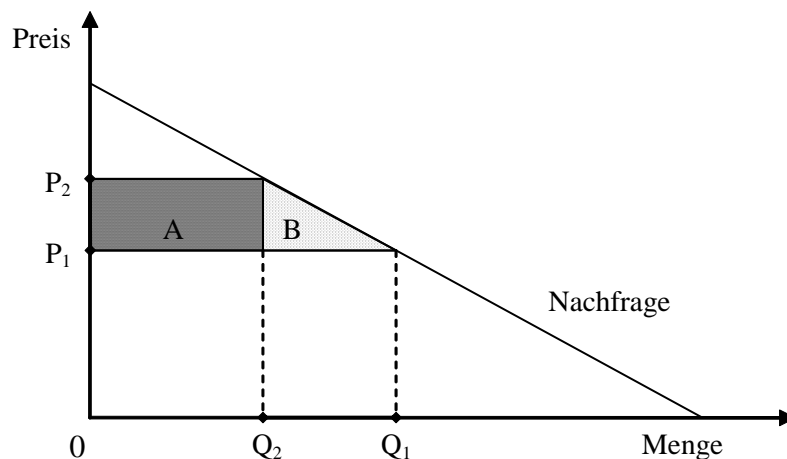
I. AUSWIRKUNGEN VON ZUWIDERHANDLUNGEN, DIE PREISERHÖHUNGEN ZUR FOLGE HABEN

126. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen können zur Erhöhung der Preise führen, die die unmittelbaren, oft aber auch die mittelbaren Kunden¹⁰⁷ der zuwiderhandelnden Unternehmen für das betreffende Produkt zahlen müssen. Unmittelbare Kunden der zuwiderhandelnden Unternehmen sind die Kunden, die das Produkt direkt von einem der zuwiderhandelnden Unternehmen erwerben; mittelbare Kunden erwerben ein von der Zuwiderhandlung betroffenes Produkt von unmittelbaren Kunden oder anderen mittelbaren Kunden.
127. Typische Beispiele für Zuwiderhandlungen, die Preiserhöhungen zur Folge haben, sind Preiskartelle oder missbräuchlich überhöhte Preise eines marktbeherrschenden Unternehmens. Ferner können Kunden durch eine Beschränkung des Absatzes oder eine Kunden- oder Marktaufteilung geschädigt werden – solche Wettbewerbsverfälschungen haben in der Regel Preiserhöhungen zur Folge. Eine andere Art von Schaden wird verursacht, wenn Zuwiderhandlungen die Stellung eines Wettbewerbers auf dem Markt beeinträchtigen; die Vorgehensweise bei der Ermittlung solcher Schäden und ihre Folgen für die Kunden werden in Teil 4 dargelegt.
128. Führen Zuwiderhandlungen zu Preiserhöhungen bei den betreffenden Produkten, können die durch die Zuwiderhandlung verursachten Schäden zwei Hauptgruppen¹⁰⁸ zugeordnet werden:
- (a) Schäden, die sich daraus ergeben, dass die unmittelbaren und mittelbaren Kunden der zuwiderhandelnden Unternehmen für jedes Produkt mehr bezahlen müssen, als sie es ohne die Zuwiderhandlung müssten (Preisaufschlag). Diese Schadensart wird in Abschnitt II ausführlicher dargelegt.
 - (b) Schäden, die auf den sogenannten „Mengeneffekt“ zurückzuführen sind, d. h. darauf, dass der Absatz der betreffenden Produkte aufgrund der Preiserhöhung sinkt. Diese Schadensart wird in Abschnitt III ausführlicher dargelegt.

¹⁰⁷ In einigen Fällen erhöhen Unternehmen, die selbst nicht gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoßen, möglicherweise ihre Preise, weil die Marktpreise aufgrund der Zuwiderhandlung gestiegen sind. Kunden dieser Unternehmen werden manchmal als „Preisschirm-Kunden“ („umbrella customers“) bezeichnet. In welchem Umfang solche Kunden von den zuwiderhandelnden Unternehmen Schadensersatz fordern können, hängt von den anwendbaren Rechtsvorschriften ab.

¹⁰⁸ Zu den anderen Schadensarten siehe Teil 1 Abschnitt III Randnr. 22.

Das folgende Schaubild stellt diese beiden Hauptauswirkungen in vereinfachter Form dar:



129. P_1 ist der Preis, der auf dem Markt in Rechnung gestellt wird, wenn keine Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder 102 AEUV den Wettbewerb beeinträchtigt. Auf einem Markt mit vollständigem Wettbewerb entspricht dieser Preis den Kosten, für die Produktion einer zusätzlichen Einheit („Grenzkosten“). Auf vielen Märkten besteht kein vollständiger Wettbewerb und die Preise auf diesen Märkten liegen, wenn keine Zuwiderhandlung erfolgt, über den Grenzkosten. Bei einem Preis P_1 wird die Menge Q_1 von den Kunden gekauft.
130. P_2 ist der höhere Preis, der auf eine Zuwiderhandlung zurückzuführen ist, die sich auf den Preis auswirkt. Dies hat wiederum eine geringere Nachfrage (Q_2) zur Folge, weil für einige Kunden der höhere Preis, den sie bezahlen müssen, mehr zählt als der Nutzen, den sie aus dem Besitz des Produkts oder aus der Dienstleistung ziehen. Diese Auswirkung wird als „Mengeneffekt“ bezeichnet. In welchem Umfang sich eine Preiserhöhung auf die Nachfrage auswirkt, hängt von der Nachfrageelastizität ab. Die Nachfrageelastizität misst, um wie viel Prozent sich die verkaufte Menge eines Produkts auf einem gegebenen Markt ändert, wenn sich der Preis auf einer bestimmten Nachfrageebene um ein Prozent ändert. Sie bietet wertvolle Hinweise auf den Umfang des Mengeneffekts bei kleinen Preisänderungen.
131. Das Rechteck A stellt den Wert dar, der aufgrund der Zuwiderhandlung von den Kunden auf die Schädiger übertragen wird: Die Kunden, die zu dem höheren Preis P_2 kaufen, müssen dem/den zuwiderhandelnden Unternehmen mehr zahlen, um das Produkt zu erhalten. Sie können Schadensersatz fordern, weil sie mehr bezahlen mussten. Wie dieser Schadensersatz ermittelt werden kann, wird in Abschnitt II erläutert.
132. Das Dreieck B stellt den Mengeneffekt dar bzw. den Nutzwert, auf den die Kunden verzichtet haben, die das Produkt zum Preis P_1 gekauft hätten, davon aber absahen, als der Preis auf den Preis P_2 stieg¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Für die Wirtschaft als Ganzes stellt dieses Dreieck daher den Wertverlust für Kunden aufgrund einer Verringerung der Produktionsmenge dar: Während der Preisaufschlag die Verteilung von Vermögenswerten innerhalb der Wirtschaft beeinträchtigt, stellt das Dreieck B den Wohlstand dar, der aufgrund der Zuwiderhandlung nicht geschaffen wurde. Dies wird in den Wirtschaftswissenschaften als „Wohlfahrtsverlust“ („deadweight loss“) bezeichnet.

133. Einige Kunden nutzen das betreffende Produkt für eigene Geschäftstätigkeiten wie den Weiterverkauf oder die Herstellung anderer Produkte. Wenn sie das Produkt nicht zum Preis P_2 kaufen (oder eine geringere Mengen kaufen), verzichten sie auf den Gewinn, den sie erzielt hätten, wenn sie zum Preis P_1 hätten kaufen können. Sie können für diesen entgangenen Gewinn Schadensersatz fordern. In Abschnitt III wird dargestellt, wie der Umfang solcher Schäden ermittelt werden kann. Andere Kunden sind Endkunden. Wenn sie nicht zum Preis P_2 kaufen, entgeht ihnen der Nutzen der Waren und Dienstleistungen, für die sie den Preis P_1 bezahlt hätten¹¹⁰. Nach den anwendbaren Rechtsvorschriften ist möglicherweise für alle oder einen Teil solcher Schäden Schadensersatz für den entgangenen Nutzen des Produkts zu leisten. Zumindest die Endkunden, die (z. B. für den Kauf eines Substitutionsguts) höhere Kosten tragen müssen und daher einen tatsächlichen Verlust¹¹¹ erlitten haben, müssen Schadensersatz erhalten können.
134. In den vorstehenden Ausführungen wurden die grundlegenden Auswirkungen von Zuwiderhandlungen dargelegt, die *höhere* Verkaufspreise zur Folge haben. Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV können aber auch auf der Nachfrageseite erfolgen und dazu führen, dass Schädiger für die von ihnen benötigten Produkte niedrigere Preise zahlen. Dies ist z. B. möglich, wenn ein Kundenkartell gebildet wird oder ein marktbeherrschender Kunde seine Marktmacht gegenüber den Anbietern missbraucht. In diesen Fällen würden die Auswirkungen auf die Preise in einem „Preisabschlag“ für den Anbieter des Schädigers bestehen und oft auch in einem Preisaufschlag auf den nachgelagerten Märkten, d. h. für die unmittelbaren und mittelbaren Kunden des Schädigers¹¹². Die für die Ermittlung von Preisaufschlägen verwendeten Methoden können grundsätzlich auch für die Ermittlung von Preisabschlägen eingesetzt werden, z. B. der niedrigeren Preise, die Mitglieder eines Kundenkartells den Anbietern zahlen.
135. Dieselben Methoden können grundsätzlich auch dann verwendet werden¹¹³, wenn auf den ersten Blick kein Aufschlag festzustellen ist, weil die Zuwiderhandlung zur künstlichen Stabilisierung der Preise über einen bestimmten Zeitraum diene, in dem die Preise unter normalen Marktbedingungen (d. h. ohne Zuwiderhandlung) gesunken wären. Im Folgenden wird der Begriff „Aufschlag“ auch für solche Situationen verwendet.

II. ERMITTLUNG VON PREISAUFSCHLÄGEN

136. Verschiedene Arten von Zuwiderhandlungen haben direkt oder indirekt Preisaufschläge zur Folge. Bei wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzklagen geht es oft um Preisaufschläge aufgrund von Kartellen; diese werden in Abschnitt A

¹¹⁰ Zudem besteht die Möglichkeit, dass Kunden einen über P_1 , aber unter P_2 liegenden Preis bezahlt hätten.

¹¹¹ Zu diesem Rechtsbegriff siehe verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04, Manfredi, Slg. 2006, I-6619, Randnr. 95.

¹¹² Kartellmitglieder bzw. Kunden mit einer beherrschenden Stellung auf den nachgelagerten Märkten werden wahrscheinlich weniger Vorleistungen erwerben, um eine Senkung der Inputpreise herbeizuführen; dadurch wird auch der Absatz gedrosselt und eine Erhöhung der Preise auf den nachgelagerten Märkten bewirkt.

¹¹³ Nur die auf einen zeitlichen Vergleich der Preise während und vor der Zuwiderhandlung („Vor-während-Vergleich“) gestützten Methoden wären offensichtlich ungeeignet, es sei denn, die Faktoren, die unter normalen Marktbedingungen zu einem Preisrückgang führen würden (z. B. gesunkene Rohstoffkosten), würden durch eine Regressionsanalyse oder einfache Anpassungen berücksichtigt.

behandelt. Die Ermittlung der Preisaufschläge, die auf andere Zuwiderhandlungen zurückzuführen sind, wird in Abschnitt B dargelegt.

A. Ermittlung kartellbedingter Preisaufschläge

137. Bei einer Schadensersatzklage muss der von dem/den Kläger(n) gezahlte Preisaufschlag im Rahmen der anwendbaren Rechtsvorschriften ermittelt werden. Wirtschaftswissenschaftliche und juristische Studien haben die Auswirkungen von Kartellen untersucht; einige ihrer Erkenntnisse sind in Abschnitt 1 dargelegt.
138. Bei Schadensersatzklagen sollte zwischen dem Preisaufschlag, der von dem unmittelbaren Kunden des zuwiderhandelnden Unternehmens (Abschnitt 2) gezahlt wurde, und dem dadurch für die mittelbaren Kunden auf verschiedenen Stufen der Lieferkette (Abschnitt 3) bewirkten Schaden unterschieden werden.

(1) Auswirkungen von Kartellen

139. Kartelle sind Absprachen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehr Unternehmen mit dem Ziel, die Wettbewerbsparameter durch Verhaltensweisen wie die Festlegung des Kauf- oder Verkaufspreises oder anderer Handelsbedingungen, die Zuteilung von Produktions- oder Absatzquoten oder die Aufteilung von Märkten (einschließlich Angebotsabsprachen) zu beeinflussen. Da das Ziel einer Kartellvereinbarung in der Verhinderung, Einschränkung oder Verzerrung des Wettbewerbs besteht, ist es nicht erforderlich, den Umfang ihrer konkreten Auswirkungen zu ermitteln, um festzustellen, ob solche Verhaltensweisen gegen Artikel 101 AEUV verstoßen¹¹⁴.
140. Die Kartellmitglieder riskieren bei einem Verstoß gegen die Wettbewerbsvorschriften, entdeckt zu werden und dass die Zuwiderhandlung durch einen Beschluss festgestellt und mit einer Geldbuße geahndet wird. Allein die Tatsache, dass Unternehmen dennoch solche rechtswidrigen Handlungen begehen, lässt darauf schließen, dass sie sich davon beträchtliche Gewinne erhoffen bzw. erwarten, dass das Kartell Auswirkungen auf den Markt und somit auch auf ihre Kunden hat¹¹⁵.
141. In einer von der Kommission in Auftrag gegebenen Studie wurden empirische Daten untersucht, die sich auf kartellbedingte Preisaufschläge und deren Umfang beziehen¹¹⁶. Die Studie stützt sich ihrerseits wieder auf verschiedene empirische Untersuchungen über die Auswirkungen von Kartellen. Dabei wird jedoch eine engere Auswahl aus denjenigen Kartellen getroffen, die in der bislang umfassendsten vorliegenden Studie untersucht wurden, denn es werden lediglich Kartelle berücksichtigt, a) die nach 1960 tätig waren (d. h. nur neuere Kartellfälle), b) für die eine Schätzung des durchschnittlichen Preisaufschlags verfügbar war (und nicht nur eine Schätzung der Ober- oder Untergrenze des Aufschlags), c) bei denen in der Untersuchung der relevanten Rahmenbedingungen die Methode zur Berechnung des durchschnittlichen Preisaufschlags explizit erläutert wurde, und d) die in von

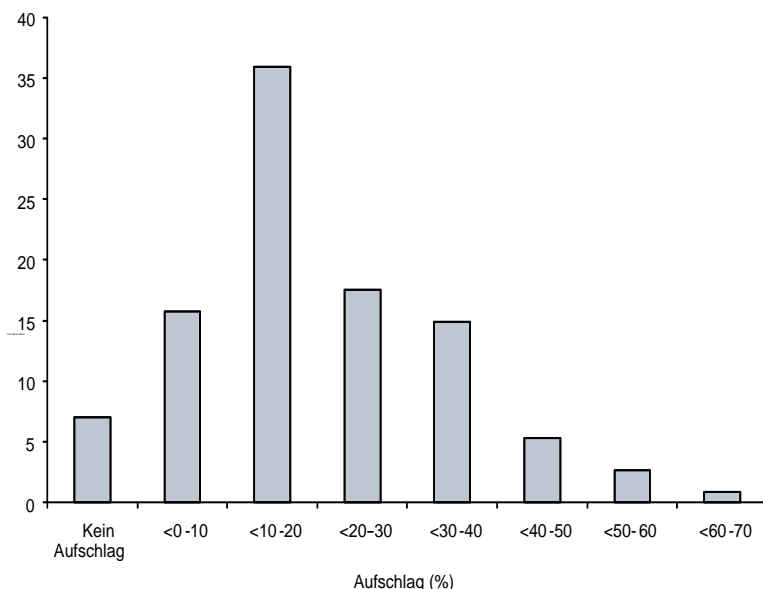
¹¹⁴ EuG-Urteil vom 15. März 2000, Cimenteries CBR SA u. a./Kommission, verbundene Rechtssachen T-25/95 ff., Slg. 2000, II-491, Randnrn. 837, 1531, 2589; Urteil vom 12. Juli 2001, Tate & Lyle/Kommission, Rechtssache T-202/98, Slg. 2001, II-2035, Randnrn. 72-74; Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (ABl. C 101 vom 27.4.2004), S. 97, Randnrn. 20-23).

¹¹⁵ Siehe auch Kammergericht Berlin, Urteil vom 1. Oktober 2009, Sache 2 U 10/03 Kart.; in diesem Urteil bezog sich das Gericht auf ein ähnliches Argument. Externe Studie im Auftrag der Kommission:

¹¹⁶ Externe Studie der Kommission „Quantifying antitrust damages“, 2009, S. 88 ff., verfügbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

Sachverständigen geprüften wissenschaftlichen („peer reviewed“) Artikeln oder Buchkapiteln behandelt wurden¹¹⁷. Auch wenn die Ergebnisse mit Vorsicht auszulegen sind¹¹⁸, so enthält die für die Kommission durchgeführte Studie dennoch wichtige Informationen über die Auswirkungen von Kartellen.

142. Ausgehend von den beobachteten Daten wurden in der Studie bei 93 % aller untersuchten Kartellfälle kartellbedingte Preisaufschläge festgestellt. Bezüglich des Umfangs dieser Preisaufschläge gelangte die Studie zu folgenden Ergebnissen¹¹⁹:



143. Der Studie zufolge verteilen sich die beobachteten Preisaufschläge auf ein breites Spektrum (wobei bei einigen Kartellen sogar Preisaufschläge von mehr als 50 % festzustellen waren). Bei rund 70 % aller in dieser Studie betrachteten Kartelle betragen die Aufschläge 10 % bis 40 %. Der durchschnittliche Preisaufschlag, der bei diesen Kartellen festzustellen war, beläuft sich auf rund 20 %.
144. Die in dieser Studie gewonnenen Erkenntnisse stimmen mit denen anderer empirischer Studien überein, denn sie besagen, dass a) die große Mehrheit der Kartelle tatsächlich zu einem Preisaufschlag führt, und es b) große Unterschiede zwischen den beobachteten Aufschlägen gibt. In allen anderen empirischen Studien wird die Höhe des durchschnittlichen Preisaufschlags weitgehend wie oben dargelegt geschätzt¹²⁰.

¹¹⁷ In dieser Studie werden insgesamt 114 Kartelle behandelt, bei denen verschiedene Arten von Kollusion (einschließlich Angebotsabsprachen) festzustellen waren. Die Stichprobe umfasst internationale und nationale Kartelle, die sich auf viele unterschiedliche Wirtschaftszweige auswirkten. Untersucht wurden Kartelle in den Vereinigten Staaten und Kanada sowie aus Europa und anderen Regionen.

¹¹⁸ Möglicherweise werden Kartelle, die Auswirkungen auf den Markt haben, in empirischen Studien stärker berücksichtigt als Kartelle ohne Auswirkungen, was die Studienergebnisse verzerren könnte. Weitere Ausführungen zur Auslegung der in der Studie „Quantifying antitrust damages“ verwendeten Daten sind dort auf S. 89 zu finden (bibliographische Angaben in Fußnote 116).

¹¹⁹ Studie „Quantifying antitrust damages“, S. 91 (bibliographische Angaben in Fußnote 116). Der Umfang des Preisaufschlags wird als Prozentsatz des tatsächlich gezahlten Preises angegeben. Wenn also der tatsächliche Preis (d. h. der durch die Zuwiderhandlung beeinflusste Preis) 100 EUR beträgt und der Aufschlag mit 10 % beziffert wird, müsste der zuwiderhandlungsfreie Preis 90 EUR betragen.

¹²⁰ Einzelheiten und weitere Angaben sind auf S. 89 ff. der Studie „Quantifying antitrust damages“ zu finden (bibliografische Angaben in Fußnote 116).

145. Diese Erkenntnisse über die Auswirkungen von Kartellen sind kein Ersatz für die Ermittlung des spezifischen Schadens, den Kläger in einem bestimmten Fall erlitten haben. Mitgliedstaatliche Gerichte haben jedoch auf der Grundlage solcher empirischer Erkenntnisse erklärt, dass Kartelle wahrscheinlich in der Regel einen Preisaufschlag bewirken und es für ein auf Schadenersatz in Anspruch genommenes Unternehmen mit zunehmender Dauer und Nachhaltigkeit eines Kartells immer schwieriger werde zu behaupten, dass sich das Kartell in einem konkreten Fall nicht nachteilig auf die Preise ausgewirkt habe¹²¹. Solche Schlussfolgerungen sind jedoch Sache der anwendbaren Rechtsvorschriften.

(2) Der ursprüngliche vom unmittelbaren Kunden gezahlte Preisaufschlag

146. Alle in Teil 2 beschriebenen Methoden und Techniken können grundsätzlich für die Ermittlung des Preisaufschlags eingesetzt werden, der von den unmittelbaren Kunden des zuwiderhandelnden Unternehmens ursprünglich gezahlt wurde. Andere Beweismittel (z. B. interne Unterlagen über eine spezifische Vereinbarung zu Preiserhöhungen) können Aufschluss über den Umfang des Aufschlags geben. Da der ursprüngliche Aufschlag direkt vom unmittelbaren Kunden an das/die zuwiderhandelnde(n) Unternehmen gezahlt wird, können etwaige Informationen über die rechtswidrig erzielten Gewinne auch zur Ermittlung dieses Aufschlags dienen, auch wenn damit der Betrag des gezahlten Preisaufschlags wahrscheinlich unterschätzt wird¹²².

147. Wie diese Methoden und Techniken für die Schätzung der Preise in einem zuwiderhandlungsfreien Szenario und dann, auf der Grundlage dieser Schätzung, für die Ermittlung des von den Kunden des zuwiderhandelnden Unternehmens gezahlten Preisaufschlags eingesetzt werden können, lässt sich anhand des in Teil 2 bereits erwähnten stilisierten Mehlkartell-Beispiels aufzeigen¹²³.

Das Mehlkartell

In diesem Beispiel entfällt die gesamte Mehlproduktion in einem Mitgliedstaat auf vier Mühlenunternehmen (Mühle A, Mühle B, Mühle C und Mühle D). Diese Mühlen erwerben von verschiedenen Landwirten Getreide, mahlen das Getreide und führen die geeigneten Behandlungen durch, packen das Mehl ab und verkaufen es an Bäckereiunternehmen. Die Bäckereiunternehmen verwenden das Mehl, um Brot zu backen, das sie an Verbraucher wie auch Supermärkte verkaufen.

Die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde untersucht den Markt wegen Verdachts auf Preisabsprachen und im Januar 2008 werden unangekündigte Nachprüfungen bei den Mühlenunternehmen durchgeführt. Im Juli 2010 erlässt die Wettbewerbsbehörde eine Entscheidung, in der festgestellt wird, dass alle vier Mühlenunternehmen gegen Artikel 101 AEUV verstoßen haben, indem sie sich vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2007 an einer einzigen, fortgesetzten Zuwiderhandlung beteiligten, die die

¹²¹ Ausführungen im Zusammenhang mit der Bewertung der rechtswidrigen Gewinne von Kartellmitgliedern zum Zwecke der Bußgeldbemessung enthält z. B. der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 28. Juni 2005 in der Sache KRB 2/05 (Transportbeton).

¹²² Siehe auch § 33 Absatz 3 Satz 3 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in dem erklärt wird, dass der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, bei der Schätzung des Schadens berücksichtigt werden kann.

¹²³ Jede Ähnlichkeit zwischen diesem fiktiven Beispiel und tatsächlichen Ereignissen wäre rein zufällig; das Beispiel gibt nicht die Auffassung der Kommission zu einem bestimmten Unternehmen oder Wirtschaftszweig oder zur Marktabgrenzung in einem Wirtschaftszweig wieder.

Mehlproduktion betraf, sich auf den gesamten Mitgliedstaat erstreckte und in (Absprachen zur) der Festsetzung der Preise bestand.

Ein Bäckereiunternehmen, das Mehl von einem dieser Mühlenunternehmen (Mühle A) bezog, verklagt dieses Unternehmen auf Ersatz des durch den Verstoß gegen Artikel 101 AEUV erlittenen Schadens¹²⁴. Das Bäckereiunternehmen macht geltend, dass die Zuwiderhandlung zu einem Anstieg der Mehlpreise geführt hat, und fordert Schadensersatz für den bei allen Käufen in den Jahren 2005, 2006 und 2007 bezahlten Preisaufschlag.

148. Das Bäckereiunternehmen ist unmittelbarer Kunde eines der zuwiderhandelnden Unternehmen. Wenn die Zuwiderhandlung zu höheren Preisen führte, zahlte das Bäckereiunternehmen für jede Einheit Mehl, die es in dem von den Preiserhöhungen betroffenen Zeitraum bezog, einen Preisaufschlag. Durch die Anwendung der beschriebenen Methoden und Techniken kann der Preis geschätzt werden, den das Bäckereiunternehmen ohne die Zuwiderhandlung für das Mehl gezahlt hätte. Durch Abzug des zuwiderhandlungsfreien Preises von dem tatsächlich vom Bäckereiunternehmen gezahlten Preis lässt sich der kartellbedingte Preisaufschlag pro erworbener Einheit bestimmen. Diese Zahl ist mit der Zahl der von dem Bäckereiunternehmen erworbenen Einheiten zu multiplizieren, um den tatsächlichen direkt auf den Preisaufschlag zurückzuführenden Verlust zu ermitteln (wobei angenommen wird, dass sich der Preis aufschlag im Zuwiderhandlungszeitraum nicht wesentlich änderte). Die Schätzung des von dem Bäckereiunternehmen bezahlten Preis aufschlags im vorliegenden Beispiel wird anhand von Vergleichsmethoden durchgeführt, da diese in der Praxis am häufigsten verwendet werden und oft wertvolle Ergebnisse für die Ermittlung des ursprünglichen Preis aufschlags liefern

a. Zeitlicher Vergleich

149. Im vorliegenden Beispiel kaufte das klagende Bäckereiunternehmen vor, während und nach dem Zeitraum, für den die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde eine Zuwiderhandlung festgestellt hat, Mehl von Mühle A. Damit, wie weiter oben beschrieben, anhand der vor und nach der Zuwiderhandlung tatsächlich gezahlten Preise die Preise rekonstruiert werden können, die ohne Zuwiderhandlung zu zahlen gewesen wären, muss zunächst ermittelt werden, welche Preise von der Zuwiderhandlung betroffen waren und welche nicht. Es gilt folglich zu bestimmen, ab wann sich der Kartellrechtsverstoß auf den Mehlmarkt auswirkte und wann diese Auswirkungen endeten.

150. Im vorliegenden Fall hat die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde die Dauer der Zuwiderhandlung bestimmt. In der Entscheidung sind die Beweise aufgeführt, die der Wettbewerbsbehörde vorlagen und aus denen hervorgeht, dass sich Vertreter der Mühlenunternehmen im Januar 2005 getroffen haben, um über ihre Preise zu sprechen, und dass sie sich danach monatlich zwecks Anpassung ihrer Preise trafen. Das letzte Treffen fand im Dezember 2007 statt. Der Wettbewerbsbehörde lagen keine Beweise für Treffen im Anschluss an die im Januar 2008 erfolgten Nachprüfungen vor Ort vor. Die Preise vor Januar 2005 und nach Dezember 2007 eignen sich deshalb in einem ersten Schritt als Material für einen zeitlichen Vergleich. Dennoch sollte überlegt werden, in welchem Umfang diese Zahlen als Vergleichswerte herangezogen werden können (siehe hierzu auch Teil 2).

¹²⁴ Es besteht auch die Möglichkeit, dass nach dem anwendbaren mitgliedstaatlichen Recht alle Kartellmitglieder gesamtschuldnerisch für den gesamten Kartellschaden haften. Das vorliegende Beispiel lässt solche Bestimmungen unberührt.

151. In einer Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde wird, wie weiter oben erläutert, die Zuwiderhandlung auf den Zeitraum beschränkt werden, für den der Behörde stichhaltige Beweise vorliegen, und darauf hingewiesen, dass die Zuwiderhandlung möglicherweise von längerer Dauer gewesen war¹²⁵. In diesem Falle könnte es angezeigt sein, nicht die Preisdaten (einschließlich des Preisaufschlags) für den von der Zuwiderhandlung betroffenen Zeitraum zu verwenden, selbst wenn eventuell genau diese Daten herangezogen werden, um die Untergrenze des Schadens zu bestimmen bzw. den Mindestumfang des Schadens zu schätzen.
152. Außerdem stimmen die Dauer des Kartellrechtsverstoßes und die Dauer der Auswirkungen der Zuwiderhandlung nicht unbedingt überein. Die Mühlenunternehmen verstießen gegen Artikel 101 AEUV, indem sie wettbewerbswidrige Absprachen trafen. Um zu bestimmen, auf welche Preise sich die Zuwiderhandlung nicht ausgewirkt haben könnte, muss untersucht werden, ab und bis wann die jeweilige Absprache nachteilige Auswirkungen zeigt und nicht, wann sie getroffen wurde. Wenn nachgewiesen werden kann, dass sich die Unternehmen im Januar 2005 zum ersten Mal trafen, ihre Absprache jedoch erst ab März 2005 umgesetzt wurde, sind die Preise vor März 2005 von der Zuwiderhandlung unberührt geblieben.
153. Was die Aussagekraft von Preisbeobachtungen nach Beendigung einer Zuwiderhandlung anbetrifft, so sei daran erinnert, dass kartellbedingte Auswirkungen auf einem Markt möglicherweise auch dann noch zu beobachten sind, nachdem die Kartellmitglieder die nach Artikel 101 AEUV untersagte Zusammenarbeit eingestellt haben¹²⁶. Dies gilt insbesondere für Oligopolmärkte, auf denen die Kartellmitglieder durch die Informationen, die ihnen aufgrund des Kartells zur Verfügung standen, in der Lage sind, langfristig – und nach Abstellung des Kartellrechtsverstoßes – eine Strategie zu verfolgen, die darauf abzielt, Preise zu verlangen, die über den für das kartellfreie Szenario zu erwartenden Preisen liegen, ohne dass sie Absprachen treffen müssten, die gegen Artikel 101 AEUV verstoßen würden¹²⁷. Außerdem besteht die Möglichkeit, dass die Kartellmitglieder nach Ende des Kartells auf eine andere Form der Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsvorschriften ausweichen, um die Preise, die sie ihren Kunden in Rechnung stellen, zu erhöhen. In diesen Fällen kann die Gefahr bestehen, dass sich die Zuwiderhandlung auch nach deren Abstellung weiterhin auf die Preise auswirkt, so dass der von den Kunden der Schädiger zu tragende Preisaufschlag bei einem zeitlichen Vergleich, für den die Preise nach der Zuwiderhandlung herangezogen werden, gegebenenfalls zu niedrig veranschlagt wird. Im vorliegenden Beispiel hat das klagende Bäckereiunternehmen Grund zu der Annahme, dass dies für die 2008 und in Folgejahren gezahlten Preise zutrifft; für seinen Vortrag vor Gericht konnte das Unternehmen deshalb diese Preise nur für eine grobe Berechnung der Untergrenze des durch den Preisaufschlag erlittenen Schadens verwenden.
154. Im vorliegenden Beispiel vertritt das klagende Bäckereiunternehmen die Auffassung, dass sich die vor der Zuwiderhandlung in Rechnung gestellten Preise für eine Schätzung des wahrscheinlichen hypothetischen Preises eignen. Vergleicht das klagende Unternehmen die Preise während der Zuwiderhandlung und im

¹²⁵ Siehe Teil 2 Abschnitt II Randnr. 1.

¹²⁶ Siehe auch Teil 2 Abschnitt II Randnr. 44.

¹²⁷ Ausführlichere Erläuterungen zu derartigen „koordinierten Wirkungen“ befinden sich in den „Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen“ (ABl. C 31 vom 5.2.2004, S. 5, Randnr. 39).

zuwiderhandlungsfreien Szenario, so wie sie beobachtet wurden, dann geht es implizit davon aus, dass die Differenz zwischen den Preisen der Jahre 2003 und 2004, in denen kein Kartellrechtsverstoß vorlag, und den Preisen, die in den Zuwiderhandlungsjahren 2005, 2006 und 2007 verlangt wurden, vollständig der Zuwiderhandlung zuzuschreiben ist. Es könnte jedoch auch andere Ursachen geben, die während des Zeitraums der Zuwiderhandlung die Preisentwicklung maßgeblich beeinflusst haben. Ein denkbarer Preisentwicklungsfaktor wären höhere Getreidepreise, denen mit Hilfe der in Teil 2 Abschnitt II B dargestellten Techniken Rechnung getragen werden könnte. Insofern andere wichtige Faktoren bekannt sind, denen durch eine Anpassung der Preisdaten entsprechend Rechnung getragen wurde, gewinnt das Vorbringen, dass die restliche Differenz zwischen den Preisen im Szenario ohne Zuwiderhandlung und den Preisen im Falle der geltend gemachten Zuwiderhandlung der Zuwiderhandlung zuzuschreiben ist, an Gewicht¹²⁸. Unter welchen Umständen Kläger oder Beklagte derartige Anpassungen vornehmen müssten, richtet sich nach dem jeweils anwendbaren Recht.

b. Andere Vergleichsmethoden

155. Neben dem zeitlichen Vergleich können auch andere Vergleichsmethoden (siehe Teil 2) für die Ermittlung des Betrags des vom unmittelbaren Kunden gezahlten, ursprünglichen Preisaufschlags in Frage kommen. So könnte im Falle des Mehlkartells das klagende Bäckereiunternehmen einen Preisvergleich mit anderen räumlichen Märkten oder einem anderen sachlichen Markt vornehmen, um aufzuzeigen, wie sich die Preise auf dem eigenen Markt ohne Zuwiderhandlung gestaltet hätten.
156. Eine Möglichkeit wäre der Vergleich der Preise auf einem anderen räumlichen Mehlmarkt. In der Annahme, dass sich das zuvor beschriebene Mehlkartell auf einen landesweiten Markt erstreckt, könnten Preisdaten für einen anderen Mitgliedstaat herangezogen werden, um den zuwiderhandlungsfreien Preis zu ermitteln. Im Falle von räumlichen Märkten, bei denen es sich um regionale Märkte handelt, könnten die Mehlpreise auf einem anderen regionalen Markt ein nützlicher Bezugswert sein.
157. Um als geeigneter Indikator für die Preise im zuwiderhandlungsfreien Szenario in Frage zu kommen, dürfen die Vergleichspreise nicht durch dieselbe oder eine ähnliche Zuwiderhandlung beeinflusst worden sein. Wenn im Falle des Mehlkartells Preisdaten von einem benachbarten räumlichen Markt herangezogen werden und es Beweise dafür gibt, dass sich die wettbewerbswidrige Absprache auch auf diesen benachbarten Markt erstreckte, dann würden die auf diesem Markt verlangten Preise dazu führen, dass der durch die Zuwiderhandlung bedingte Preisauflaufschlag zu niedrig veranschlagt werden würde. Außerdem kann sich die Zuwiderhandlung auf einem Markt durchaus auch auf den benachbarten Markt auswirken (z. B. in Form einer steigenden Nachfrage auf dem einem Markt, auf dem es keine Zuwiderhandlung gab), so dass es sich auch hier nicht wirklich um die Preise für das zuwiderhandlungsfreie Szenario handeln würde.

¹²⁸ Dies hat keine Auswirkungen auf die Anwendung einzelstaatlicher Vorschriften, nach denen der Kläger für den ersten Klägervortrag bzw. zur Erfüllung der ihm nach mitgliedstaatlichem Recht obliegenden Pflichten im Hinblick auf den Tatsachenvortrag einfache, nicht bereinigte Vergleiche zwischen den Preisen für die Zeit der Zuwiderhandlung und den zuwiderhandlungsfreien Preisen zugrunde legen darf (dies gilt insbesondere dann, wenn nach mitgliedstaatlichem Recht im Einzelfall der Schaden vom zuständigen Richter nicht auf Heller und Pfennig ausgerechnet, sondern geschätzt werden bzw. die Schadensfeststellung nach Recht und Billigkeit (ex aequo et bono) erfolgen darf). Die Bestimmungen zu Beweismaß und Beweislast bleiben somit unberührt.

158. Zeichnet sich der Vergleichsmarkt durch andere Merkmale aus, so lassen sich aus den Preisdaten für diesen Markt möglicherweise keine ausreichend repräsentativen Schlüsse zu den Preisen ziehen, die im zuwiderhandlungsfreien Szenario verlangt worden wären. Im vorliegenden Beispiel wird der von der Zuwiderhandlung betroffene Markt von vier Mühlenunternehmen bedient. Wenn zum Beispiel dargelegt werden kann, dass vor Beginn der kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen starker Wettbewerb geherrscht hat, entsprächen die Preisdaten für einen benachbarten Markt, auf dem ein Mühlenunternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat, nicht unbedingt den Preisen, die im Szenario ohne Kartellrechtsverstoß gegolten hätten, so dass sie lediglich als Grundlage für die Veranschlagung eines unteren Werts für den Schadensumfang dienen können.
159. Zieht das klagende Bäckereiunternehmen beobachtete Preisdaten für andere räumliche Märkte heran, geht es implizit davon aus, dass die Differenz zwischen den tatsächlich an die zuwiderhandelnden Unternehmen gezahlten Preisen und den auf dem Vergleichsmarkt vorherrschenden Preisen der Zuwiderhandlung zuzuschreiben ist. Je nach Sachlage im einzelnen Fall und den Anforderungen des anwendbaren Rechts können die in Teil 2 Abschnitt II B beschriebenen Techniken herangezogen werden, um mögliche andere Aspekte, die sich auf die Preise ausgewirkt haben könnten, zu ermitteln und diesen Rechnung zu tragen..
160. Des Weiteren kann der zuwiderhandlungsfreie Preis mittels eines Vergleichs mit den auf anderen sachlichen Märkten beobachteten Preisen geschätzt werden. Im Falle von Mehl könnte es sich allerdings als schwierig erweisen, einen ausreichend ähnlichen sachlichen Markt zu finden, der nicht von derselben oder einer ähnlichen Zuwiderhandlung betroffen ist.

(3) Abwälzung von Preisauflschlägen („passing on defence“)

161. Die unmittelbaren Kunden der zuwiderhandelnden Unternehmen, die einen kartellbedingten Preisauflschlag zahlen, verkaufen die betroffenen Produkte möglicherweise weiter (oder verwenden sie als Input für die Herstellung eigener Produkte oder die Erbringung von Dienstleistungen). Bei dem zuvor erörterten Mehkkartell sind die Bäckereiunternehmen die unmittelbaren Kunden der zuwiderhandelnden Unternehmen; sie verwenden das Mehl für Brot, das sie dann entweder direkt an Endverbraucher oder an Supermärkte verkaufen. Als Reaktion auf die höheren Mehlpriese könnten sie die Preise für ihre eigenen Waren oder Dienstleistungen (in diesem Falle das Brot, das sie verkaufen) erhöhen und würden folglich den ursprünglichen Preisauflschlag oder einen Teil desselben auf ihre Kunden (die Verbraucher oder Supermärkte) abwälzen (sogenanntes „pass-on“). Dasselbe geschieht, wenn *mittelbare* Kunden (z. B. im Mehkkartellfall die Supermärkte) ihre Verkaufspreise erhöhen und damit einen bereits an sie abgewälzten Preisauflschlag an ihre Kunden weitergeben.
162. Eine derartige Abwälzung von Preisauflschlägen beinhaltet in der Regel einen Mengeneffekt. Wie unter Randnummer 128 ff. erläutert, führt ein Preisanstieg normalerweise zu einem Rückgang der Nachfrage. Im Falle des Mehkkartells kann das Bäckereiunternehmen den Preisauflschlag über höhere Brotpreise auf die Supermärkte und Endverbraucher abwälzen. Es kann somit die nachteilige Wirkung des Preisauflschlags verringern, muss allerdings gleichzeitig eine sinkende Nachfrage in Kauf nehmen¹²⁹. Dieser Nachfragerückgang schlägt sich bei dem

¹²⁹ Auf diese direkte Verbindung zwischen der von einem Unternehmen vorgenommenen Abwälzung eines Preisauflschlags und seinem Absatz ist auch der Gerichtshof, wenn auch in einem anderen

Bäckereiunternehmen in Absatzeinbußen und entgangenem Gewinn nieder – ein Schaden, der auch durch die Zuwiderhandlung verursacht wurde und für den Ersatz geleistet werden sollte (siehe unten, Abschnitt III).

163. Der Preisanstieg infolge der Abwälzung eines Preisaufschlags und die erlittenen Absatzeinbußen stehen folglich in einem unmittelbaren Zusammenhang. Für die Abwälzung eines Preisaufschlags wie auch für Mengeneffekte sind letztlich dieselben Faktoren (insbesondere die Nachfrageelastizität bei nachgelagerten Kunden) maßgeblich, da sich die Nachfragebedingungen auf den nachgelagerten Märkten sowohl auf die Verkaufspreise als auch die entsprechenden Absatzmengen, mit denen das Bäckereiunternehmen seine Gewinne maximieren könnte, auswirken.
164. Wird im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzklage Ersatz für den Schaden infolge von Preisaufschlägen verlangt, kann die Abwälzung eines Preisaufschlags in zwei unterschiedlichen Szenarien zum Tragen kommen:
- (c) Ein unmittelbarer Kunde klagt auf Schadensersatz für den von ihm ursprünglich gezahlten Preisaufschlag (im vorliegenden Beispiel die Klage des Bäckereiunternehmens gegen Mühlenunternehmen A). Das beklagte Kartellunternehmen könnte jedoch daraufhin einwenden, dass dem unmittelbaren Kunden kein Ersatz für den durch den Preisaufschlag entstandenen Schaden geleistet werden sollte, da dieser den Preisaufschlag auf seine Kunden abgewälzt hat, indem er seine eigenen Preise erhöhte. Dies wird gemeinhin als „Einwand der Schadensabwälzung“ oder „passing-on defence“ bezeichnet. Die Abwälzung des Preisaufschlags durch den Käufer kann jedoch, wie weiter oben bereits angedeutet, bei diesem zu einem Rückgang des Absatzes führen, wodurch ihm Gewinne entgehen.
 - (d) Für die Klage eines mittelbaren Kunden gegen das zuwiderhandelnde Unternehmen (z. B. ein Supermarkt oder ein Kunde des Bäckereiunternehmens, der die Mühlenunternehmen auf Schadensersatz verklagt) könnte ebenfalls das Argument der Schadensabwälzung vorgebracht werden. So kann der mittelbare Kunde nur dann Schadensersatz für einen Preisaufschlag verlangen, wenn der ursprünglich vom unmittelbaren Kunden gezahlte Preisaufschlag ganz oder teilweise auf ihn abgewälzt wurde. Dies kann für Kläger, die sich auf unterschiedlichen Stufen der Lieferkette befinden (einschließlich Endkunden), von Bedeutung sein.
165. Wann in dieser Situation der Einwand der Schadensabwälzung vorgebracht wird und wer die Beweislast trägt, ist rechtlich unterschiedlich geregelt¹³⁰. Die wirtschaftlichen Aspekte, die im Falle einer Abwälzung von Preisaufschlägen bei der Ermittlung des Schadens zu berücksichtigen sind (siehe Randnummer 168 ff.), können jedoch unabhängig von der Ausgestaltung der jeweiligen Rechtsvorschriften nützlich sein.

Zusammenhang, in seinem Urteil vom 2. Oktober 2003 in der Rechtssache C-147/01, Weber's Wine World, Slg. 2003, I-11365, Randnrn. 98-99, eingegangen; dort heißt es, „dass einer Person durch derartige Preiserhöhungen „[...] selbst dann, wenn sie nachweislich ganz oder teilweise auf Dritte abgewälzt wurden, [...] aus einem Absatzrückgang ein wirtschaftlicher Schaden entstehen“ kann“.

¹³⁰

Im Weißbuch der Kommission „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ (KOM(2008) 165 endg. vom 2.4.2008) wird auf die verschiedenen Optionen bezüglich der Behandlung des Einwands der Schadensabwälzung im Falle von Schadensersatzklagen aufgrund von Wettbewerbsverstößen eingegangen.

166. In beiden Konstellationen können Kläger wie Beklagte zur Begründung ihrer Behauptung, dass der Preisaufschlag auf den mittelbaren Kunden abgewälzt wurde, zwei unterschiedliche Argumentationslinien verfolgen: Sie können
- (e) den ursprünglichen Preisaufschlag und anschließend den Grad des an den mittelbaren Kunden abgewälzten Schadens ermitteln, wenn möglich auf verschiedenen Stufen der Lieferkette und unter Anwendung der weiter oben erläuterten ökonomischen Methoden, oder
 - (f) sie können die oben erläuterten Methoden und Techniken verwenden, um zu bestimmen, ob der betreffende mittelbare Kunde einen Preisaufschlag gezahlt hat. Dieser zweite Ansatz dürfte oftmals leichter umzusetzen sein.
167. Klagt ein mittelbarer Kunde auf Schadensersatz aufgrund eines kartellbedingten Preisaufschlags, dann kann er entweder nachweisen, dass es einen ursprünglichen Preisaufschlag gab und dieser Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde¹³¹, oder aber den auf seiner Handelsstufe bestehenden Preisaufschlag in derselben Weise ermitteln, wie es ein unmittelbarer Kunde tun würde, nämlich im Wege eines Vergleichs des tatsächlich gezahlten Preises mit dem wahrscheinlichen zuwiderhandlungsfreien Preis. Anhand von Vergleichsmethoden ist es möglich, sich ein Bild von der Höhe des von mittelbaren Kunden gezahlten Preisaufschlags zu machen, ohne dass es nötig ist, den Grad der Schadensabwälzung zu ermitteln. So kann mittels eines zeitlichen Vergleichs der Preise, die der mittelbare Kunde vor und während der Zuwiderhandlung zahlte, festgestellt werden, wie stark diese Preise aufgrund der Zuwiderhandlung stiegen, ohne dass eine Feststellung bezüglich des Grads der Schadensabwälzung erfolgen muss.
168. Einen typischen Grad der Schadensabwälzung, der auf die meisten Fälle zutreffen würde, gibt es nicht. Für die Würdigung des Grads der Schadensabwälzung ist vielmehr eine sorgfältige Prüfung aller Merkmale des in Rede stehenden Marktes erforderlich. Im Einzelfall richten sich Vorliegen und Grad der Schadensabwälzung nach einer Vielzahl von Kriterien, so dass sie unter Berücksichtigung der spezifischen Bedingungen auf dem in Rede stehenden Markt geprüft werden müssen.
169. Nutzt der unmittelbare Kunde der zuwiderhandelnden Unternehmen die kartellbefangenen Waren, um auf dem nachgelagerten Markt zu konkurrieren, wird es wahrscheinlich für ihn nicht möglich sein, die zusätzlichen Kosten weiterzugeben (und wenn überhaupt, dann nur in geringem Umfang), wenn die Konkurrenten auf diesem nachgelagerten Markt einen solchen oder ähnlichen Preisaufschlag nicht tragen müssen (z. B. wenn diese ihren Input von einem Markt beziehen, auf dem das Kartell nicht greift). Im Falle des Mehlkartells steht das klagende Bäckereiunternehmen in Bezug auf Produktion und Vertrieb von Brot im Wettbewerb mit anderen Bäckereiunternehmen. Solange diese anderen Bäckereiunternehmen ihr Mehl nicht von den Kartellmitgliedern beziehen, weil sie das Mehl anderenorts günstiger beziehen können, befindet sich das Bäckereiunternehmen, das sein Mehl bei einem Kartellmitglied kauft, gegenüber seinen Wettbewerbern im Nachteil, da es die mit dem Preisaufschlag verbundenen Zusatzkosten nicht abwälzen kann.

¹³¹ Wenn der mittelbare Kunde seine Klage mit dem Grad der Schadensabwälzung substantiiert und die Zuwiderhandlung einen Kostenfaktor betrifft, der im Vergleich zu den Gesamtkosten des Produkts gering ist, könnte sich der Grad der Schadensabwälzung für andere, größere Kostenfaktoren, die sich einfacher veranschlagen lassen, als nützlicher Indikator erweisen.

170. Sind alle Unternehmen auf diesem nachgelagerten Markt dem Kartell ausgesetzt und in ähnlicher Weise mit einem Preisaufschlag konfrontiert, so dürfte der unmittelbare Kunde wahrscheinlich in der Lage sein, zumindest einen Teil des Preisaufschlags weiterzugeben. Der Grad einer solchen Schadensabwälzung richtet sich nach der Wettbewerbsintensität auf dem nachgelagerten Markt. Besteht auf dem nachgelagerten Markt vollständiger Wettbewerb, dann wird der Preisaufschlag zu praktisch 100 % abgewälzt, denn auf Märkten mit vollständigem Wettbewerb entspricht der Preis den Grenzkosten, so dass ein Preisanstieg beim Input direkt zu einem entsprechenden Anstieg der Kosten/Output-Preise führen wird. Auf Märkten mit unvollständigem Wettbewerb ist es wahrscheinlich, dass betroffene Unternehmen nicht unbedingt 100 %, aber zumindest einen Teil des Preisaufschlags abwälzen. Handelt es sich bei dem unmittelbaren Kunden um einen Monopolisten auf dem nachgelagerten Markt, so wird er den Preisaufschlag in einem solchen Umfang abwälzen, dass trotz der Tatsache, dass bei einer Abwälzung des Preisaufschlags die Nachfrage wahrscheinlich zurückgeht, ein gewinnmaximierender Preis erlangt werden kann¹³².
171. Außerdem können sich in solchen Situationen (bei ansonsten unveränderten Bedingungen) folgende Merkmale ebenfalls auf den Grad der Schadensabwälzung auswirken:
- Preiselastizität der Nachfrage und Nachfragereaktion, d. h. wie stark reagieren die Kunden auf Preiserhöhungen. Eine Abwälzung des Preisaufschlags ist dann wahrscheinlich, wenn die Kunden nach einer Preiserhöhung nicht unbedingt zu anderen Produkten wechseln (unelastische Nachfrage) und die Kunden bei höheren Preisen weniger stark auf Preiserhöhungen reagieren.
 - Die Veränderung der Grenzkosten bei veränderten Produktionsmengen: Eine umfassende Abwälzung ist weniger wahrscheinlich, wenn die Grenzkosten aufgrund einer Produktionsdrosselung erheblich sinken, da die geringere Produktionsmenge in der Produktion billiger ist (z. B. bei Kapazitätsbeschränkungen). Umgekehrt erfolgt eine umfassende Abwälzung des Preisaufschlags mit größerer Wahrscheinlichkeit dann, wenn die Grenzkosten nach einer Produktionsdrosselung (z. B. aufgrund mangelnder Kapazitätsbeschränkungen) nicht besonders stark sinken.
 - Die Auswirkung der Zuwiderhandlung auf verschiedene Kostenarten: Wirkt sich die Zuwiderhandlung auf die variablen Kosten aus, ist die Wahrscheinlichkeit einer Abwälzung des Preisaufschlags größer als wenn sie sich auf die fixen Kosten auswirkt.
 - Dauer der Zuwiderhandlung und Häufigkeit der Geschäftsabschlüsse: Bei lang anhaltenden Zuwiderhandlungen ist es wahrscheinlich, dass bis zu einem gewissen Grad eine Abwälzung des Preisaufschlags erfolgt; dies gilt ebenfalls für Branchen, in denen häufige Geschäftsabschlüsse und Preisanpassungen gang und gäbe sind

¹³² Der genaue Grad der Schadensabwälzung wird sich nach der Nachfrage des unmittelbaren Kunden und dessen Kostenstruktur richten. So würde in dem einfachen Falle eines Monopolisten mit linearer Nachfrage (d. h. die Beziehung zwischen Menge und Preis kann durch eine Gerade dargestellt werden) und konstanten Grenzkosten die Schadensabwälzung bei 50 % des direkten Preisaufschlags liegen.

B. Ermittlung schädigender Preisaufschläge, die auf andere Arten von Wettbewerbsverstößen zurückzuführen sind

172. Kartelle sind nur eine Form wettbewerbsrechtlicher Zuwiderhandlungen, die zu höheren Preisen für die Kunden der zuwiderhandelnden Unternehmen und somit zu schädigenden Preisaufschlägen (bzw. im Falle von Zuwiderhandlungen, die die Belieferung der zuwiderhandelnden Unternehmen betreffen, zu „Preisabschlägen“) führen. Andere Verhaltensweisen, die zu schädigenden Preisaufschlägen führen können, sind Verstöße gegen Artikel 101 AEUV im Wege von wettbewerbswidrigen Joint Ventures und die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 102 AEUV in Form überhöhter Preise.
173. Diesen Zuwiderhandlungen ist gemein, dass sie dem bzw. den zuwiderhandelnden Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Möglichkeit eröffnen, ihre Kundenpreise zu erhöhen¹³³. Ein solcher Preisaufschlag führt wiederum zu einem Nachfragerückgang und somit zu dem weiter oben beschriebenen Mengeneffekt.
174. Die zuvor beschriebenen Methoden und Techniken¹³⁴, die in Kartellfällen zur Ermittlung des kartellbedingten Preisaufschlags herangezogen werden, können grundsätzlich auch zur Ermittlung des durch Preisaufschlag bedingten Schadens in Verbindung mit anderen Zuwiderhandlungen verwendet werden. Dabei muss zunächst die Frage geklärt werden, wie die Position des Klägers wohl ausgesehen hätte, wäre es nicht zu der spezifischen Zuwiderhandlung gekommen.

III. ERMITTLUNG EINES DURCH MENGENEFFEKT VERURSACHTEN SCHADENS

175. Steigt der Preis für ein bestimmtes Produkt, sinkt die Nachfrage nach diesem Produkt. Wie stark bei einer Zuwiderhandlung die Preise steigen und die Absatzmengen sinken, hängt von denselben, gemeinsam zu würdigenden Kosten- und Nachfrageparametern ab. Preisaufschlag- und Mengeneffekte stehen folglich in unmittelbarem Zusammenhang.
176. Bei einem Preisaufschlag an eine zwischengelagerte Kundenebene (siehe Randnummer 161 ff.) ist der Mengeneffekt ebenfalls eng an die Abwälzung der Preisaufschläge entlang der Lieferkette an den Endkunden geknüpft. Wenn ein Kunde der zuwiderhandelnden Unternehmen den Preisaufschlag nicht weitergibt und diesen somit vollständig absorbiert, wird sein Absatz nicht aufgrund der Zuwiderhandlung zurückgehen, da er von seinen Kunden keine höheren Preise verlangt. Wird der Preisaufschlag allerdings teilweise oder vollständig auf den Endkunden abgewälzt, dann ist dieser Kunde (wie unter Randnummer 128 beschrieben) mit höheren Preisen konfrontiert und wird seine Nachfrage senken. Entsprechend wird die Nachfrage auf dem vorgelagerten Markt der Lieferkette zurückgehen.
177. Wie weiter oben erläutert, bedeutet ein solcher Nachfragerückgang („Mengeneffekt“) für alle unmittelbaren und mittelbaren Kunden der zuwiderhandelnden Unternehmen, die das betreffende Produkt für ihre eigene Geschäftstätigkeit verwenden, dass sie aufgrund der Zuwiderhandlung weniger verkaufen und ihnen der Gewinn für alle Einheiten, die sie aufgrund dieses Effekts nicht absetzen können, entgeht. Dieser

¹³³ Bzw. wenn sich die Zuwiderhandlung auf die Lieferung an die zuwiderhandelnden Unternehmen bezieht, dass der Preis gesenkt wird, den diese Lieferanten von ihren Kunden erhalten.

¹³⁴ Siehe Absatz 149 ff. und 155 ff.

entgangene Gewinn ist ein ersatzfähiger Schaden¹³⁵, der anhand der in Teil 2 beschriebenen Methoden und Techniken ermittelt werden kann.¹³⁶

178. Mit Hilfe der Vergleichsmethoden und -techniken, deren Anwendung für die Ermittlung des ursprünglich vom unmittelbaren Kunden verlangten Preisaufschlags weiter oben erläutert ist, kann der Kläger nützliche Anhaltspunkte für die Ermittlung seiner Absatz- und Gewinneinbußen finden. So kann mit Hilfe eines zeitlichen Vergleichs oder eines Marktvergleichs das zuwiderhandlungsfreie Absatzvolumen rekonstruiert werden, d. h. bestimmt werden, wie viele Einheiten der Kläger hätte verkaufen können, wenn keine Zuwiderhandlung vorgelegen hätte. Diese Methoden und Techniken können außerdem für die Ermittlung der hypothetischen Gewinnspanne im zuwiderhandlungsfreien Szenario genutzt werden. Im Einzelfall könnte ein Gericht durchaus einer vereinfachten Anwendung dieser Methoden zustimmen, z. B. indem es die durchschnittliche Gewinnspanne pro Geschäftsabschluss ermittelt und diese dann mit den Einheiten multipliziert, die aufgrund der Zuwiderhandlung nicht verkauft wurden¹³⁷.
179. Der entgangene Gewinn ist eine Form des Schadens, der bei Zuwiderhandlungen auftritt, durch die Wettbewerber vom Markt verdrängt werden. In Teil 4 dieses Praktischen Leitfadens wird die Ermittlung eines solchen Schadens näher ausgeführt. Die Erkenntnisse in diesem Teil können für die Ermittlung des auf Preiserhöhungen zurückzuführenden entgangenen Gewinns relevant sein.

¹³⁵ Verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04 Manfredi, Slg. 2006, I-6619, Randnr. 95.

¹³⁶ Mit Ausnahme der kostengestützten Methode.

¹³⁷ Siehe auch nachfolgend Absatz 191.

TEIL 4 — Ermittlung des Schadens aufgrund von Behinderungsmissbrauch

I. FOLGEN DES BEHINDERUNGSMISSBRAUCHS

180. Verstöße gegen Artikel 101 oder 102 AEUV können dazu führen, dass Wettbewerber vollständig von einem Markt verdrängt werden oder dass ihre Marktanteile schrumpfen. Die Folge derartiger Zuwiderhandlungen auf die Wettbewerber wird gemeinhin als „Marktabstottung“ bezeichnet. Hierzu zählt unter anderem die gegen Artikel 102 verstoßende missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung in Form von Kampfpreisunterbietung, Ausschließlichkeitsbindungen, Lieferverweigerung, Kopplung und Bündelung oder Preis-Kosten-Schere¹³⁸. Diese Formen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung werden als „Behinderungsmissbrauch“ bezeichnet. Der Ausschluss bzw. die Verdrängung eines Wettbewerbers von einem Markt kann auch Zweck oder Folge einer gegen Artikel 101 AEUV verstoßenden Verhaltensweise sein. Daher kann der Begriff „Behinderungspraktiken“ verwendet werden, der Zuwiderhandlungen sowohl gegen Artikel 101 AEUV als auch gegen Artikel 102 AEUV abdeckt.
181. Durch Behinderungspraktiken, die gegen die Wettbewerbsvorschriften des AEUV verstoßen, verzerren die zuwiderhandelnden Unternehmen den Wettbewerb, um ihre Stellung auf dem Markt zu verbessern oder künstlich aufrechtzuerhalten. Dies betrifft unmittelbar ihre Wettbewerber, da sich deren Position auf dem Markt verschlechtert, sie vom Markt verdrängt werden oder ihr Markteintritt verhindert wird. Behinderungspraktiken können sich auf die Kosten auswirken, die ein Wettbewerber tragen muss, den Preis, den er für seine Produkte verlangen oder auch die Mengen, die er produzieren oder absetzen kann. Durch derartige Verhaltensweisen entgeht den betroffenen Wettbewerbern Gewinn.
182. Indem Behinderungspraktiken die Marktstellung der Wettbewerber und folglich auch den Wettbewerb beeinträchtigen und zu höheren Preisen, weniger Auswahl und Einbußen in Bezug auf Qualität und Innovation führen, schaden sie auch den Kunden. Die aus Behinderungspraktiken resultierenden Nachteile für die Kunden werden nicht unbedingt sofort deutlich, da die entsprechenden Verhaltensweisen in erster Linie auf die Konkurrenten abstellen, um den von den Kunden ausgehenden Wettbewerbsdruck auf die zuwiderhandelnden Unternehmen zu mindern. Während die zuwiderhandelnden Unternehmen mit den in Teil 3 beschriebenen Zuwiderhandlungen unmittelbar einen rechtswidrigen Gewinn erzielen und damit ihre Kunden unmittelbar schädigen, können sich Behinderungspraktiken zunächst nachteilig auf die zuwiderhandelnden Unternehmen auswirken und – wie typischerweise bei Kampfpreisen der Fall – kurzfristig zu niedrigeren Kundenpreisen führen. In den folgenden Abschnitten wird getrennt auf die Ermittlung des Schadens der Wettbewerber (Abschnitt II) und die Ermittlung des Schadens der Kunden (Abschnitt III) eingegangen.
183. Nach dem AEUV haben Verbraucher und Unternehmen, die aufgrund von Behinderungspraktiken einen Schaden erlitten haben, Anspruch auf Schadensersatz. Wie bereits weiter oben angesprochen, hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Ersatz des erlittenen Schadens nicht nur den Ersatz der Vermögenseinbuße (*damnum*

¹³⁸ Zur Beschreibung dieser Praktiken siehe auch Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009, S.7.

emergens), sondern auch des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) sowie die Zahlung von Zinsen beinhaltet¹³⁹. Für die Zwecke der Ermittlung des Schadens aufgrund von Behinderungspraktiken wird in den Abschnitten hauptsächlich auf das Konzept des „entgangenen Gewinns“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs eingegangen. Der Begriff „entgangener Gewinn“ wird hier in einem weiten Sinne verwendet und bezeichnet die Differenz zwischen den tatsächlichen Gewinnen eines Unternehmens und den Gewinnen, die das Unternehmen hätten erzielen können, wenn die in Rede stehende Zuwiderhandlung nicht erfolgt wäre. Die nachstehend beschriebenen Ansätze zur Ermittlung eines solchen entgangenen Gewinns berühren nicht die Möglichkeit der geschädigten Parteien, nach mitgliedstaatlichem Recht Schadensersatz für andere Schadensposten zu verlangen. Einige Aspekte des entgangenen Gewinns im weiteren Sinne können in den einzelnen Mitgliedstaaten durchaus auch unter andere Rechtskonzepte fallen (z. B. entgangene Geschäftsmöglichkeiten¹⁴⁰ oder Reputationsverlust); außerdem sind auf Behinderungspraktiken zurückzuführende Schadensarten denkbar, die über das Konzept des entgangenen Gewinns hinausgehen.

II. ERMITTLUNG DES SCHADENS DER WETTBEWERBER

184. 185. Wettbewerbern können Gewinne aufgrund geringerer Einnahmen (z. B. durch Rückgang der Absatzmenge) oder höherer Kosten (z. B. wenn die Zuwiderhandlung den Preis eines Inputs betrifft) entgehen. Insgesamt schlagen sich diese in einem Rückgang der Marktanteile des betreffenden Wettbewerbers nieder. In den nachstehenden Abschnitten wird nach einer kurzen Beschreibung dessen, wie sich Behinderungspraktiken im Laufe der Zeit auf Wettbewerber auswirkt (Abschnitt A), und einer Darstellung des allgemeinen Ansatzes für die Ermittlung des entgangenen Gewinns (Abschnitt B) auf einige typische Sachverhalte bei der Ermittlung des durch Behinderungspraktiken entstandenen Schadens eingegangen. Hier geht es um Fälle, in denen Behinderungspraktiken die Wettbewerber (Abschnitt C) und neue Marktteilnehmer (Abschnitt D) beeinträchtigen und der Schaden auch Wirkung in die Zukunft entfaltet.

A. *Der zeitliche Aspekt bei Behinderungspraktiken*

185. Behinderungspraktiken wirken sich je nach betrachtetem Zeitraum unterschiedlich auf die Wettbewerber aus. Zu Beginn einer solchen Verhaltensweise ist es für die Wettbewerber in der Regel schwierig, ihre Produkte abzusetzen oder (wo es um eine Behinderungspraktik auf der Vorlieferantenebene geht) die betreffenden Produkte zu beziehen. Aufgrund höherer Kosten und rückläufiger Einnahmen geht ihre Gewinnspanne zurück. In der Regel schrumpfen ihre Marktanteile, oder ihr Marktanteil ist geringer als es normalerweise, d. h. ohne Zuwiderhandlung (die z. B. ihre Expansion verhindert), der Fall gewesen wäre. Diese Phase kann mit einem Gewinnzuwachs für die Schädiger einhergehen. Dies ist allerdings nicht automatisch der Fall, da ihnen aus der Umsetzung der Behinderungspraktik (z. B. Preissenkungen, Nichtbelieferung eines Wettbewerbers und folglich Absatzrückgang, Einräumung von Rabatten oder anderen Vorteilen) möglicherweise Kosten entstehen, die ihre Gewinne kurzfristig schmälern. Letztendlich aber werden durch das Verhalten Wettbewerber vom Markt verdrängt.

¹³⁹ Verbundene Rechtssachen C-295/04 bis 298/04 Manfredi, Slg. 2006, I-6619, Randnr. 95.

¹⁴⁰ Unter entgangenen Geschäftsmöglichkeiten versteht man die Möglichkeiten, die einem Unternehmen durch illegalen Behinderungsmissbrauch entgangen sind.

186. Sobald der Markteintritt von Wettbewerbern erfolgreich verhindert oder deren Präsenz auf dem Markt verringert oder ganz ausgeschaltet worden ist, gleichen die Schädiger ihre Kosten in der Regel wieder aus und erzielen zulasten der Kunden und der vom Markt verdrängten Wettbewerber höhere Gewinne. In diesem Fall zahlen die Kunden (entweder relativ bald nach Beginn der Zuwiderhandlung oder nach einem bestimmten Zeitraum) höhere Preise und müssen Einbußen in Bezug auf Qualität oder Produktauswahl hinnehmen. Diese Folgen für die Kunden ergeben sich allerdings nicht erst bei einem vollständigen Ausschluss eines Wettbewerbers von einem Markt. Sie können vielmehr schon ab Beginn der Behinderungspraktik vorliegen, nämlich dann, wenn es zwar noch Wettbewerber auf dem Markt gibt, der von ihnen ausgehende Wettbewerbsdruck jedoch nicht mehr so stark ist.
187. Wird eine Behinderungspraktik von den zuständigen Wettbewerbsbehörden aufgedeckt oder im Wege zivilrechtlicher Schadensersatzklagen abgestellt, können nach und nach wieder Wettbewerbsbedingungen hergestellt werden. In diesem Rahmen sei unterstrichen, dass in vielen Fällen eine Wiederherstellung der Marktbedingungen, so wie sie sich ohne Zuwiderhandlung gestalteten, praktisch unmöglich ist. Häufig lassen sich die strukturellen Folgen einer Zuwiderhandlung nur schwierig oder langsam beheben (aufgrund von bestehenden vertraglichen Verpflichtungen, Netzwerkeffekten oder anderen Bedingungen, die dem vom Markt verdrängten Wettbewerber den nochmaligen Markteintritt erschweren). Deshalb gibt es in einigen Fällen keine vollständige Übereinstimmung zwischen dem Szenario vor der Zuwiderhandlung und den jeweils aktuellen Marktgegebenheiten.

B. *Allgemeiner Ansatz für die Ermittlung des entgangenen Gewinns*

188. Um festzustellen, ob und in welchem Umfang Wettbewerbern Gewinn entgangen ist, muss der von den Wettbewerbern während der Zuwiderhandlung auf dem betroffenen Markt erzielte Gewinn mit dem Gewinn verglichen werden, den sie im Szenario ohne Zuwiderhandlung (d. h. im kontrafaktischen Szenario) mit diesen Produkten hätten erzielen können¹⁴¹. Wann immer gezeigt werden kann, dass der vom Markt verdrängte Wettbewerber in der zuwiderhandlungsfreien Konstellation höhere Gewinne erzielt hätte und dass die Differenz durch die Zuwiderhandlung verursacht wurde, ist dem Wettbewerber ein Schaden entstanden, selbst wenn sein Marktanteil unverändert geblieben ist oder die Gewinne aufgrund anderer Faktoren insgesamt gestiegen sind¹⁴².
189. Die tatsächlichen Gewinne des betreffenden Unternehmens sind in der Regel die Differenz zwischen den tatsächlichen Einnahmen und den tatsächlichen Kosten. Entsprechend können die Gewinne, die im Szenario ohne Zuwiderhandlung erzielt worden wären (zuwiderhandlungsfreie Gewinne), ermittelt werden, indem die geschätzten Kosten im Szenario ohne Zuwiderhandlung (zuwiderhandlungsfreie Kosten)¹⁴³ von den Einnahmen, die für die zuwiderhandlungsfreie Fallkonstellation

¹⁴¹ Dies betrifft nicht Schadensersatzklagen, bei denen es nur um den Ersatz eines Teils dieses Verlusts, d. h. nur die zusätzlich entstandenen Kosten, geht. Derartige Klagen sind in der Praxis gängig, weil es einfachere Ansätze für die Ermittlung des erlittenen Schadens gibt; siehe hierzu Randnr. 192.

¹⁴² So mag ein neuer Marktteilnehmer mit großem Wachstumspotenzial in der Lage gewesen sein, seine Gewinnspannen aufrechtzuerhalten, ohne die Zuwiderhandlung hätte er jedoch seine Gewinnspannen verbessern können.

¹⁴³ Bei der Veranschlagung des dem betreffenden Unternehmens durch die Zuwiderhandlung entgangenen Gewinns müssen ebenfalls die Kosten berücksichtigt werden, die dem Unternehmen normalerweise bei der Steigerung der Produktion entstanden wären. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Stückkosten des Unternehmens nicht zwangsläufig seinen Stückkosten im kontrafaktischen Szenario entsprechen. Im Falle steigender Skalenerträge beispielsweise wären die Stückkosten im kontrafaktischen Szenario

zu erwarten gewesen wären (Zuwerhandlungsfreie Einnahmen), abgezogen werden¹⁴⁴. Die Höhe des entgangenen Gewinns ist die Differenz zwischen dem zuwerhandlungsfreien und dem tatsächlichen Gewinn. Im Falle der Verhinderung eines Markteintritts sind die tatsächlichen Gewinne in der Regel gleich Null oder sind sogar negativ, wenn der vom Markt verdrängte Marktteilnehmer Kosten auf sich genommen hat (z. B. Investitionen für den Markteintritt), die sich nicht rentiert haben.

190. Dieser Grundansatz für die Kalkulation des entgangenen Gewinns kann auf unterschiedliche Weise angewandt werden. So ist es im Szenario ohne Zuwerhandlung möglich, die zuwerhandlungsfreien Einnahmen des vom Markt verdrängten Wettbewerbers mit den tatsächlichen Einnahmen auf dem von der Zuwerhandlung betroffenen Markt zu vergleichen. Nachdem der entgangene Gewinn ermittelt worden ist, können die vom Unternehmen aufgrund geringerer Produktionsmengen vermiedenen Kosten abgezogen werden, um die Höhe des entgangenen Gewinns zu ermitteln. Bei dieser Vorgehensweise zur Ermittlung des entgangenen Gewinns müssen die dem Unternehmen insgesamt entstandenen Kosten nicht exakt ermittelt werden; es reicht eine Schätzung jener Kosten, die nicht mit der Zuwerhandlung im Zusammenhang stehen.
191. Es gibt noch andere pragmatische Ansätze, die sich im Einzelfall für die Ermittlung des entgangenen Gewinns eignen. So könnte eine durchschnittliche Gewinnspanne pro Einheit der im zuwerhandlungsfreien Szenario gehandelten Produkte geschätzt werden, die dann mit der Anzahl der Einheiten, die aufgrund der Zuwerhandlung nicht verkauft wurden, multipliziert wird¹⁴⁵. Für eine solche Schätzung der durchschnittlichen Gewinnspanne pro Einheit können eine oder mehrere, für das Geschäft des Klägers mit dem betroffenen Produkt ausreichend repräsentative Transaktionen herangezogen werden. Bei dieser Kalkulation sind die vermiedenen Kosten implizit enthalten.¹⁴⁶
192. In der Praxis ist bei Schadensersatzklagen zu beobachten, dass sich die vom Markt verdrängten Wettbewerber manchmal entscheiden, nur für einen Teil des erlittenen Schadens Ersatz zu verlangen, z. B. für die Kosten, die ihnen entstanden sind, weil sie auf Behinderungspraktiken reagieren mussten¹⁴⁷, für verlorene Investitionen Kosten (versunkene Kosten), die im Vorfeld für den geplanten Eintritt in den Markt,

niedriger als die beobachteten Kosten, weil das Unternehmen im kontrafaktischen Szenario (d. h. wenn es von der Zuwerhandlung nicht betroffen wäre) mehr produzieren würde.

¹⁴⁴ Siehe z. B. Stockholms tingsrätt (Bezirksgericht Stockholm), Urteil vom 20. November 2008; verbundene Sachen T-32799-05 und T-34227-05 (Europe Investor Direct AB and others v VPC Aktiebolag), Rechtsmittel anhängig.

¹⁴⁵ Ein Beispiel für einen pragmatischen, auf reale Kosten- und Einnahmendaten gestützten Ansatz, der durch Regressionstechniken umgesetzt wird, ist die Entscheidung des Handelsgerichts Barcelona (Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona) vom 20. Januar 2011, Sache 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U. v Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

¹⁴⁶ Für die Schätzung der durchschnittlichen Gewinnspanne kann es sich durchaus als zweckmäßig erweisen, zu berücksichtigen, wie sich die Kosten und Einnahmen im zuwerhandlungsfreien Szenario entwickelt hätten. So kann die Gewinnspanne, die in der Zeit vor der Zuwerhandlung verzeichnet wurde, im Zuwerhandlungszeitraum aus anderen, nicht mit der Zuwerhandlung verbundenen Gründen zurückgegangen sein, z. B. aufgrund eines Nachfragerückgangs oder höherer Inputkosten, die durch andere Faktoren verursacht wurden. Außerdem könnte sich der Produktionsrückgang bei dem vom Markt verdrängten Wettbewerber auf dessen Stückkosten auswirken, wodurch sich auch die Gewinnspanne bei den Einheiten, die der Wettbewerber nach wie vor verkauft, verändert.

¹⁴⁷ Zum Beispiel zusätzliche Marketing-Aufwendungen zur Sicherung der Marktstellung.

von dem sie abgeschottet wurden, erforderlich waren¹⁴⁸, oder für unverhältnismäßig hohe Kosten im Falle einer Preis-Kosten-Schere oder von Preisdiskriminierung¹⁴⁹, die gegen EU-Wettbewerbsrecht verstoßen. Eine Entscheidung, auf partiellen Schadensersatz zu klagen, fußt manchmal auf der Erwägung, dass die Ermittlung des Umfangs dieser Schadensarten einfacher ist, weniger Daten erfordert und entsprechende Beweise eher verfügbar sind. Wenn auf Ersatz des entgangenen Gewinns geklagt wird, ergibt sich bei einer auf der Grundlage der zusätzlich entstandenen (versunkenen oder auch nicht versunkenen) Kosten erfolgenden Ermittlung des Schadens, bei der der insgesamt entgangene Gewinn geschätzt wird, in der Regel ein geringerer Wert.

193. Unabhängig von der gewählten Methode oder Technik ist mit der Ermittlung des entgangenen Gewinns zumeist eine Bewertung komplexer Daten verbunden, die sich auf eine hypothetische zuwiderhandlungsfreie Situation beziehen; diese Daten werden herangezogen, um die tatsächliche Stellung des vom Markt verdrängten Wettbewerbers und oft auch mit Blick auf wahrscheinliche künftige Entwicklungen zu prüfen. Die Bewertung von Gewinnen, die ein Unternehmen erzielt hätte, einschließlich künftiger Gewinne, kann von so vielen Faktoren abhängen, dass es unter Umständen zweckmäßig sein kann, weniger anspruchsvolle Anforderungen bei der Ermittlung des Schadensumfangs zu stellen. Deshalb lassen die Rechtsordnungen den Gerichten häufig Beurteilungsspielraum in Bezug auf die maßgeblichen Daten und statistischen Methoden und deren Verwendung für die Ermittlung des Schadens¹⁵⁰.

C. Schon auf dem Markt präsente Wettbewerber

194. Wettbewerber, die aufgrund von Behinderungspraktiken einen Schaden erlitten haben, können, falls sie dies wünschen, den Schaden anhand der in Teil 2 beschriebenen Methoden und Techniken ermitteln. Das zuwiderhandlungsfreie Szenario kann dabei wie folgt rekonstruiert werden: entweder anhand eines Vergleichs des Ergebnisses desselben Unternehmens in einer Zeit, in der keine Zuwiderhandlung zum Tragen kam, oder aber anhand eines Vergleichs mit einem ähnlichen Unternehmen auf demselben Markt oder anhand aggregierter Gewinne der Branche¹⁵¹ oder aber anhand des Ergebnisses desselben oder eines ähnlichen Unternehmens auf einem anderen Markt, d. h. einem Markt ohne Behinderungsmissbrauch. Andernfalls kann anhand von Modellen, die auf Simulationsmethoden beruhen, eine grobe Einschätzung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios vorgenommen werden, d. h., es wird anhand einer Reihe von Annahmen (z. B. bezüglich der Art des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Unternehmen) simuliert, was wahrscheinlich geschehen wäre, wenn der vom Markt verdrängte Wettbewerber am Marktgeschehen hätte teilnehmen können und nicht von dem Behinderungsmissbrauch betroffen gewesen wäre. Andere Methoden können ebenfalls herangezogen werden; so liefern die Finanzdaten der beteiligten Unternehmen wertvolle Erkenntnisse darüber, wie die Unternehmensrendite

¹⁴⁸ Zum Beispiel Kosten für den Bau eines neuen Werks auf diesem Markt.

¹⁴⁹ Siehe z. B. Lietuvos apeliacinis teismas (litauisches Berufungsgericht), Entscheidung vom 26. Mai 2006, Sache 2A-41/2006 (Stumbras), und Højesteret (Oberster Gerichtshof, Dänemark), Entscheidung vom 20. April 2005, Sache 387/2002 (GT Linien A/S v DSB).

¹⁵⁰ Siehe z. B. verbundene Rechtssachen C-104/98 und C-37/90, Mulder und andere/Rat und Kommission, Slg. 2000, I-203, Randnr. 79.

¹⁵¹ Siehe Randnrn. 35, 48 und 66.

wahrscheinlich ausgefallen wäre, wenn sie nicht von der Zuwiderhandlung betroffen gewesen wären.

Lieferverweigerung im Falle eines wichtigen Inputs für handelsübliche Lösungsmittel

Worldco ist ein führender internationaler Hersteller von Rohstoffen, die als Input für die Produktion von handelsüblichen Lösungsmitteln benötigt werden. Das Unternehmen Eusolv ist seit 1995 auf dem Lösungsmittelmarkt tätig und erzielt den größten Teil seines Umsatzes mit dem Verkauf von Betanol. Für die Herstellung von Betanol benötigt Eusolv „Rawbeta“, das es von Worldco bezieht. Worldco hat für die Produktion von Rawbeta eine marktbeherrschende Stellung inne; Rawbeta ist der einzige Rohstoff, der sich für die industrielle Produktion von Betanol eignet und zu erschwinglichen Preisen erhältlich ist, so dass sich der Verkauf von Betanol lohnt. Die Worldco-Tochtergesellschaft Subco, die seit 2004 Betanol herstellt und somit ein Wettbewerber von Eusolv ist, bezieht Rawbeta ebenfalls von Worldco.

2006 stellt Worldco seine Rawbeta-Lieferungen an Unternehmen, die Betanol in der Europäischen Union verkaufen, ein; Worldco beliefert nur noch seine Tochter Subco. Daraufhin versucht Eusolv zunächst, Rawbeta von anderen Anbietern zu beziehen bzw. Rawbeta durch andere Rohstoffe zu ersetzen, die allerdings in experimentellen Verfahren hergestellt werden und deshalb erheblich teurer sind, was die Betanol-Preise in die Höhe treibt. Gleichzeitig ist das Betanol qualitativ schlechter und weniger für kommerzielle Zwecke geeignet. Folglich geht der Betanol-Verkauf von Eusolv nach und nach zurück, so dass das Unternehmen die Herstellung von Betanol 2010 ganz einstellt. Im selben Jahr erhebt Eusolv Schadensersatzklage gegen Worldco und dessen Tochter Subco wegen entgangener Gewinne aufgrund einer Lieferverweigerung. Das Gericht befindet, dass es sich beim Geschäftsgebaren von Worldco um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung handelt, der gegen Artikel 102 AEUV verstößt.

(1) Zeitlicher Vergleich

195. Sind schon auf dem Markt präsen te Wettbewerber von einer Behinderungspraktik betroffen, so ist es wahrscheinlich, dass für diese Unternehmen bereits Daten vorliegen, die aus einem nicht von der Zuwiderhandlung betroffenen Zeitraum stammen. In solchen Fällen kann der dem geschädigten Wettbewerber entgangene Gewinn im Wege eines zeitlichen Vergleichs geschätzt werden. So könnte die zuwiderhandlungsfreie Fallkonstellation unter Zuhilfenahme von Angaben zu Einnahmen und Kosten des geschädigten Unternehmens ermittelt werden, die sich auf eine Zeit beziehen, in der die Behinderungspraktik noch keine Wirkung zeigte¹⁵². In vielen Fällen von Behinderungspraktiken sind gegebenenfalls Angaben für die Zeit nach der Zuwiderhandlung nicht verfügbar oder nicht gleichermaßen geeignet. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn sich aufgrund der Zuwiderhandlung die Struktur des Markts ändert oder es unwahrscheinlich ist, dass dessen Auswirkungen eher kurzfristiger Natur sind (z. B. im Falle des Marktausschlusses eines Wettbewerbers und bestehender Schranken für einen zeitnahen Wiedereintritt in den Markt oder auch bei Verlusten von Marktanteilen, die aufgrund von Netzwerkeffekten nur schwer wieder zurückzugewinnen sind)¹⁵³.

¹⁵² Als Beispiel für die Schätzung eines Schadens aufgrund einer gegen Artikel 101 AEUV verstoßenden Zuwiderhandlung anhand eines zeitlichen Vergleichs (Situation vor und während der Zuwiderhandlung) sei hier die Entscheidung des Berufungsgerichts Mailand (Corte d'Appello di Milano) vom 3. Februar 2000, Sache I, 308 (Inaz Paghe v Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro) genannt.

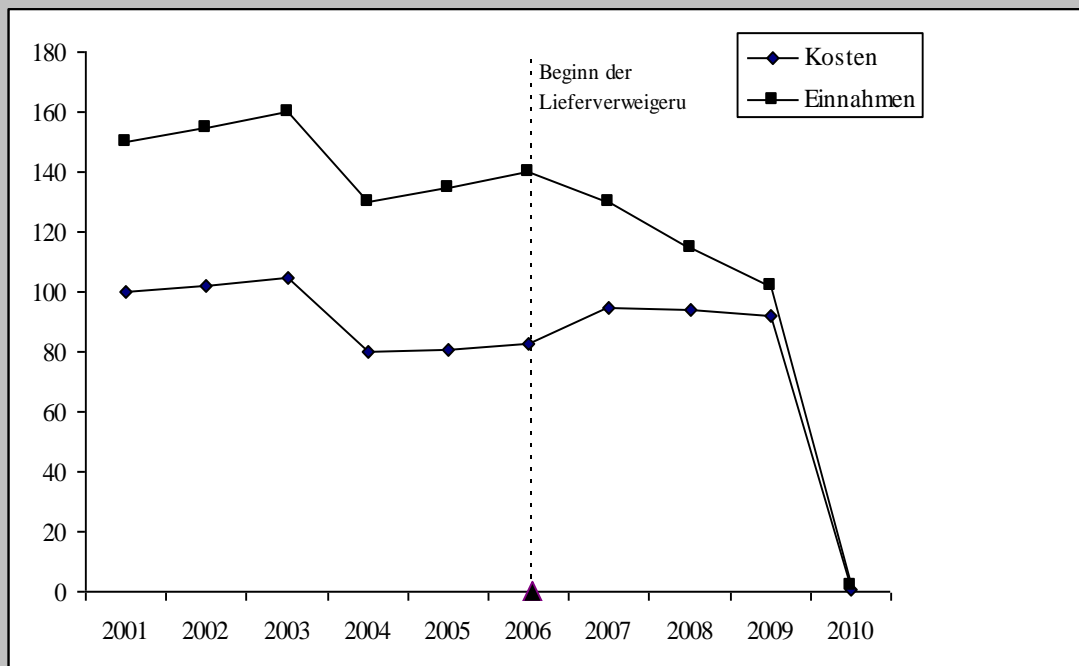
¹⁵³ Ein Produkt unterliegt Netzwerkeffekten, wenn sein Wert für den einzelnen Benutzer mit der Anzahl der Benutzer steigt.

Im Betanol-Beispiel gibt es keine verlässlichen Daten für die Zeit nach der Zuwiderhandlung, da das geschädigte Unternehmen Eusolv nicht mehr auf dem Markt tätig ist und das Unternehmen nicht unbedingt unmittelbar nach Beendigung der Zuwiderhandlung wieder in den Markt einsteigen wird. Deshalb hat sich Eusolv entschieden, anhand von Daten aus der Zeit vor 2006, als der Behinderungsmissbrauch begann, ein wahrscheinliches Szenario ohne Zuwiderhandlung zu konstruieren.

196. Unter Umständen können die für den Vergleich herangezogenen Angaben zu den Einnahmen und Kosten vor Beginn der Zuwiderhandlung weiter verfeinert werden. So kann der Beklagte, je nach den anwendbaren mitgliedstaatlichen Vorschriften über die Beweiserbringung und die Beweislast, den vom Kläger veranschlagten Schaden in Frage stellen, indem er auf andere Aspekte hinweist, die das Ergebnis eines Unternehmens negativ beeinflusst haben könnten, aber nicht mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen. Denkbar wären hier unter anderem Kürzungen bei den Ausgaben für die Produktvermarktung, eine geringere Wettbewerbsfähigkeit des Produkts oder höhere Kosten für Inputs, die der auf Schadensersatz klagende Wettbewerber benötigt. Umgekehrt könnte auch nachgewiesen werden, dass die Lage des geschädigten Wettbewerbers im zuwiderhandlungsfreien Szenario besser als vor der Zuwiderhandlung gewesen wäre, z. B. weil er gute Wachstumsaussichten hatte. Je länger ein Wettbewerber auf dem in Rede stehenden Markt tätig und je stabiler seine Stellung auf diesem Markt war, desto verlässlicher ist in der Regel die Bezugnahme auf die spezifische Marktlage während eines früheren, von jeglicher Zuwiderhandlung freien Zeitraums. Dies bedeutet, dass bei einer Bezugnahme auf ein Szenario vor der Zuwiderhandlung gegebenenfalls mehr Anpassungen erforderlich sind¹⁵⁴, wenn es sich bei dem geschädigten Wettbewerber um einen neuen Marktteilnehmer handelt, da es wahrscheinlicher ist, dass dessen Marktanteil höheren Schwankungen unterliegt.

¹⁵⁴ Diese Anpassungen könnten mit Hilfe der ab Randnr. 59 ff. beschriebenen Techniken vorgenommen werden.

Im nachstehenden Beispiel hat Eusolv Angaben zu seinen gesamten tatsächlichen Einnahmen und Kosten in Verbindung mit der Herstellung und dem Verkauf von Betanol zur Verfügung gestellt.

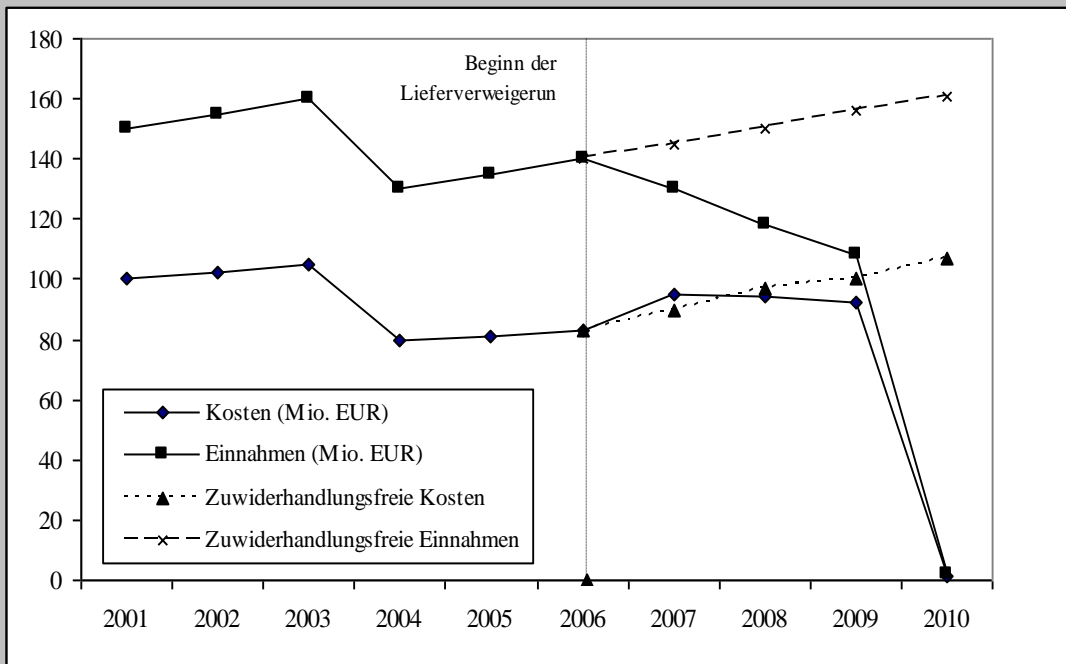


Um zu gewährleisten, dass die zuwiderhandlungsfreie Fallkonstellation aussagekräftig ist, wurden keine Daten herangezogen, die sich auf die Zeit vor 2004 beziehen, da Subco, der größte Konkurrent von Eusolv, vor 2004 noch nicht auf dem Markt tätig war. Von 2004 bis 2006 war der Marktanteil von Eusolv stabil.

Eusolv hat im Einklang mit den mitgliedstaatlichen Vorschriften über Beweislast und Beweismaß Angaben zu den „kontrafaktischen“ Mengen, Einnahmen und Kosten übermittelt, die zu erwarten gewesen wären, wenn die Zuwiderhandlung nicht erfolgt wäre.

Festzustellen ist, dass aufgrund einer stärkeren Verwendung von Betanol in der Industrie die Nachfrage nach diesem Produkt kontinuierlich gestiegen (und folglich der Markt gewachsen) ist. Da die Marktanteile von Eusolv nach dem Markteintritt von Subco stabil blieben, geht Eusolv in seiner Klage von der Annahme aus, dass es ohne die Zuwiderhandlung einen ähnlichen Marktanteil behalten hätte. Ausgehend von dieser Annahme hat Eusolv Zahlen zu seinen „kontrafaktischen“ Einnahmen für die Jahre 2006-2010 vorgelegt, die auf der Grundlage des Gesamtwerts des Marktes und des Anteils von Eusolv an diesem Markt berechnet wurden. Die Zahlen zu den Stückkosten für die Jahre 2004 bis 2006 stammen aus der eigenen Buchführung¹⁵⁵. Es wurde nachgewiesen, dass die Kosten stark mit den Preisen der für die Herstellung von Betanol benötigten Inputs korrelierten, d. h., ein Anstieg der Inputpreise führte direkt zu einem entsprechenden Kostenanstieg. Die Experten von Eusolv schätzten die „kontrafaktischen“ Stückkosten anhand der aus der Branche verfügbaren Informationen über die Inputpreise und haben u. a. mittels Regressionsanalyse den Veränderungen bei den Inputpreisen und Effizienzgewinnen aufgrund höherer Produktionsmengen Rechnung getragen. Die Höhe der „kontrafaktischen“ Gesamtkosten für die Jahre 2006–2010 wird durch Multiplikation der geschätzten Stückkosten mit der Anzahl der Einheiten, die im zuwiderhandlungsfreien Szenario verkauft worden wären, ermittelt.

¹⁵⁵ Diese beinhalten auch die zeitlich verteilten versunkenen Kosten.



Die auf diese Weise ermittelten Zahlen werden dann wie folgt mit den tatsächlichen Einnahmen und Kosten von Eusolv verglichen: Die tatsächlichen Gewinne (tatsächliche Einnahmen minus tatsächliche Kosten) werden von den zu widerhandlungsfreien Gewinnen (zu widerhandlungsfreie Einnahmen minus zu widerhandlungsfreie Kosten) abgezogen. Dies ergibt die Höhe des geschätzten und von Eusolv eingeklagten Schadens.

Worldco und Subco machen jedoch geltend, dass Eusolv seine Kapazitäten hätte ausbauen müssen, um die für 2006–2010 erwartete Nachfrage an Einheiten liefern zu können. Eusolv hätte versunkene Kosten auf sich nehmen müssen, die nicht in die Kalkulation eingeflossen seien. Dieser Einwand wird vom Gericht akzeptiert und der Ersatz des entgangenen Gewinns wird entsprechend herabgesetzt (indem die erwarteten versunkenen Kosten für die betreffenden Jahre anteilmäßig von den von Eusolv übermittelten Zahlen abgezogen werden).

197. In Fällen von Behinderungspraktiken kann der Marktanteil ein wichtiger Indikator sein, wenn der entgangene Gewinn mit Hilfe von Vergleichsmethoden (z. B. zeitlicher Vergleich) ermittelt wird. So kann für das zu widerhandlungsfreie Szenario der wahrscheinliche Marktanteil des vom Markt verdrängten Wettbewerbers mit Hilfe eines Vergleichs ermittelt werden. Der entgangene Gewinn kann dann durch Multiplikation der beobachteten Daten für die tatsächlichen Stückkosten und Einnahmen (bzw. der tatsächlichen durchschnittlichen Gewinnspanne) mit den zusätzlichen Mengen, die dem höheren, „kontrafaktischen“ Marktanteil im zu widerhandlungsfreien Szenario entsprechen, ermittelt werden. Dem liegt hier die Annahme zugrunde, dass Kosten und Einnahmen pro Einheit sich in der zu widerhandlungsfreien Fallkonstellation kaum ändern würden und von einer Rechtsordnung als Schätzwert des erlittenen Schadens bzw. möglicherweise als Anscheinsbeweis oder als ausreichende Grundlage für eine Verlagerung der Beweislast vom Kläger auf den Beklagten akzeptiert werden könnten¹⁵⁶. Bei einer

¹⁵⁶ Siehe Corte d'Appello di Roma (Berufungsgericht Rom), Entscheidung vom 20. Januar 2003, Sache I, 2474 (Albacom S.p.A. v Telecom Italia S.p.A.); in dieser Sache hat das Gericht den Schaden mittels Multiplikation der vor dem Zu widerhandlungszeitraum insgesamt vom Schädiger geschlossenen Verträge mit dem Marktanteil der Kläger multipliziert, um den Schaden zu schätzen.

genaueren Schätzung würde, bei ausreichendem Datenbestand, der Entwicklung der Kosten und Einnahmen in der zuwiderhandlungsfreien Fallkonstellation Rechnung getragen werden.

198. Wird bei der Schätzung des entgangenen Gewinns der Marktanteil als Indikator herangezogen, ist zu bedenken, dass dieser Schwankungen unterliegen kann, die nicht auf die Zuwiderhandlung, sondern auf andere Faktoren zurückzuführen sind (so ging 2004 bei Markteintritt von Subco der Marktanteil von Eusolv für Betanol zurück)¹⁵⁷. Sollte aufgrund einer Zuwiderhandlung der Markt als Ganzes geschrumpft sein, dann würde eine auf der Grundlage des tatsächlichen Marktanteils erfolgende Schätzung der Einnahmen des vom Markt verdrängten Unternehmens zu niedrig ausfallen.

(2) Andere Vergleichsmethoden

199. Für die Entwicklung eines Szenarios ohne die in Rede stehende Zuwiderhandlung können aber auch andere räumliche oder sachliche Märkte für den Vergleich herangezogen werden¹⁵⁸. Folglich können auch die Kosten und Einnahmen desselben oder eines ähnlichen Unternehmens auf einem anderen Markt herangezogen werden, um die Kosten und Einnahmen des geschädigten Wettbewerbers im zuwiderhandlungsfreien Szenario zu schätzen. Mit diesen Methoden kann auch die Zuverlässigkeit einer mittels zeitlichen Vergleichs oder anderer Methoden vorgenommenen Schätzung gewürdigt werden. Lässt zum Beispiel das vor der Zuwiderhandlung erwirtschaftete Ergebnis des einzigen Wettbewerbers eines Unternehmens, das zuvor eine Monopolstellung innehatte, erkennen, dass dieser Wettbewerber ohne die Zuwiderhandlung einen bestimmten Marktanteil gehalten hätte, könnte die Schätzung durch die Feststellung untermauert werden, dass dasselbe oder ein ähnliches Unternehmen, das mit dem ehemaligen Monopol auf einem vergleichbaren räumlichen Markt konkurriert, einen ähnlichen Marktanteil hält; etwaigen Unterschieden zwischen den Unternehmen oder betreffenden Märkten ist dabei Rechnung zu tragen.

D. Verhinderung des Markteintritts

200. Behinderungspraktiken können nicht nur zu einer Verschlechterung der Marktstellung eines schon auf dem relevanten Markt präsenten Wettbewerbers führen, sondern auch den Markteintritt eines potenziellen Wettbewerbers, der noch nicht auf dem Markt tätig ist, verhindern. Durch die Abschottung eines Marktes gegenüber neuen Marktteilnehmern kann diesen ein großer Schaden entstehen, für den sie Anspruch auf Schadensersatz haben. Die Rechtsordnungen sollten den mit der Ermittlung eines solchen Schadens verbundenen Problemen Rechnung tragen und sicherstellen, dass es für neue Marktteilnehmer, deren Markteintritt verhindert wurde, nicht praktisch unmöglich und übermäßig erschwert wird, auf Schadensersatz zu klagen¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Aus diesem Grund wird im vorliegenden Beispiel der stabile Marktanteil von Eusolv nach 2004 für die Ermittlung des Schadensumfangs herangezogen.

¹⁵⁸ Juzgado Mercantil número 5 de Madrid (Handelsgericht Madrid), Entscheidung vom 11. November 2005, Sache 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. v Telefónica de España S.A.), bestätigt von der Audiencia Provincial de Madrid (Berufungsgericht Madrid), Entscheidung vom 25. Mai 2006, Sache 73/2006.

¹⁵⁹ In einigen Fällen ist es nach geltenden Rechtsvorschriften möglich, den Schaden mit Hilfe pragmatischer Ansätze zu ermitteln (z. B. Berechnung des Gesamtwerts des dem geschädigten Unternehmen entgangenen Markts in Bezug auf Gewinne, der dann mit einem Prozentsatz multipliziert wird, der dem Marktanteil entspricht, den das ausgeschlossene Unternehmen wahrscheinlich hätte

201. Der Sachverhalt des verhinderten Markteintritts ist mit besonderen Gegebenheiten verbunden, die bei der Ermittlung des Schadens berücksichtigt werden sollten. Insbesondere wenn das geschädigte Unternehmen in einen Markt eintreten wollte, auf dem es vorher nicht tätig war, gibt es zwangsläufig keine beobachtbaren Daten zum Ergebnis des geschädigten Unternehmens auf diesem Markt.
202. Der allgemeine Ansatz für die Ermittlung der den Wettbewerbern im Falle eines verhinderten Markteintritts entgangenen Gewinne unterscheidet sich nicht wesentlich von jenem in Verbindung mit einer Marktabschottung, aufgrund dessen sich die Marktstellung der schon auf dem relevanten Markt präsenten Wettbewerber verschlechtert hat, da in beiden Fällen eine Würdigung der zuwiderhandlungsfreien Gewinne, d. h. der Gewinne, die im zuwiderhandlungsfreien Szenario hätten erwirtschaftet werden können, erfolgen muss. Diese können dann mit der tatsächlichen Situation verglichen werden. Bei einem verhinderten Markteintritt ist es wahrscheinlich, dass der vom Markt ausgeschlossene Wettbewerber keine Gewinne erzielt oder sogar Verluste erlitten hat (z. B. weil er Kosten tragen musste, die er nicht ausgleichen konnte, da ihm der Markteintritt verwehrt wurde).
203. Wie weiter oben dargelegt, gibt es Fälle, in denen die vom Markt ausgeschlossenen Wettbewerber nur Schadensersatz für in Verbindung mit dem angestrebten Markteintritt entstandene Kosten und nicht für den gesamten entgangenen Gewinn verlangen. Dieser Ansatz ist einfacher als die Forderung auf Ersatz des entgangenen Gewinns, da nur die dem Kläger entstandenen versunkenen Kosten ermittelt werden müssen.

Medizinisch-technische Ausrüstung

Das Unternehmen Newco plant, ein neues medizinisches Gerät in einem Mitgliedstaat auf einen Markt zu bringen, auf dem Medco eine beherrschende Stellung einnimmt. Um rentabel zu sein, müsste Newco einen bestimmten Mindestanteil auf diesem Markt erreichen, damit Größenvorteile zum Tragen kommen können.

Um erhebliche Absatzeinbußen aufgrund des Markteintritts von Newco zu vermeiden und Newco daran zu hindern, das erforderliche Mindestabsatzvolumen zu erzielen, geht Medco mit einer Reihe von Kunden Alleinbezugsbindungen ein. Dies bedeutete, dass Newco nicht mit Medco konkurrieren konnte und es dem Unternehmen nicht gelang, sich gewinnbringend auf dem Markt zu behaupten. Da sich Newco nicht auf dem Markt durchsetzen konnte, sind die Verbraucherpreise im Durchschnitt gestiegen. Das Verhalten von Medco verstößt gegen Artikel 102 AEUV, so dass Newco Anspruch auf Ersatz des ihm aufgrund der Zuwiderhandlung entgangenen Gewinns hätte. Um eine umfassende Analyse des entgangenen Gewinns zu vermeiden, klagte Newco nur auf Ersatz der versunkenen Kosten, die dem Unternehmen für den neuen Produktionsstandort und den Markteintritt entstanden waren (einschließlich Finanzierungskosten und der nicht ausgleichbaren Verluste für den Ankauf von Inputs).

204. In Fällen, in denen der Markteintritt neuer Wettbewerber verhindert wurde, gibt es weder Angaben, die sich auf die Einnahmen und Kosten für den betreffenden Markt in der Zeit vor der Zuwiderhandlung beziehen würden, noch können die Angaben zu der Zeit nach der Zuwiderhandlung aufgrund etwaiger späterer Auswirkungen der

erreichen können). Wenn sich beispielsweise der Gewinn der auf dem betroffenen Markt tätigen Unternehmen nach der Zuwiderhandlung auf insgesamt 200 Mio. EUR beläuft und der Marktanteil des vom Markt ausgeschlossenen Wettbewerbers ohne die Zuwiderhandlung mit 30 % veranschlagt wird, könnte der entgangene Gewinn nach diesem Konzept auf 60 Mio. EUR geschätzt werden.

Zu widerhandlung als Bezugswerte für einen Vergleich herangezogen werden. In diesen Fällen sollte für die Erstellung eines zu widerhandlungsfreien Szenarios ein vergleichbarer räumlicher oder sachlicher Markt, auf dem dasselbe oder ein vergleichbares Unternehmen tätig ist, herangezogen werden. Diese sachlichen oder räumlichen Märkte müssen einen ausreichenden Grad an Ähnlichkeit aufweisen, wenngleich es durchaus möglich ist, gewissen Unterschieden Rechnung zu tragen¹⁶⁰.

205. In einigen Fällen reicht eventuell die Würdigung der finanziellen Ergebnisse aus, um genügend Daten für die Schätzung der zu widerhandlungsfreien Gewinne an der Hand zu haben¹⁶¹.

Im obigen Beispiel beabsichtigt Newco, die drei größten privaten Gesundheitszentren in einem Mitgliedstaat mit einer neuen Art von Film für Röntgenapparate zu beliefern. Der Markt für medizinisch-technische Geräte für private Gesundheitszentren ist in diesem Fall ein Ausschreibungsmarkt. Aufgrund einer technologischen Verbesserung kann Newco seine Produkte zu einem günstigeren Preis anbieten als Medco. Medco, bei dem es sich um das marktbeherrschende Unternehmen für Röntgenmaschinen handelt, koppelt jedoch die Produkte, indem es von Gesundheitszentren, die ihre Filme nicht bei Medco beziehen, einen höheren Preis für die Röntgenmaschinen verlangt. Folglich erhält Newco keine Aufträge. In diesem Falle wies Newco nach, dass es in der Lage war, die von den Gesundheitszentren benötigten Mengen zu dem gebotenen Preis zu liefern, und legte ausführliche Daten zu seinen Kosten vor. Anhand dieser Angaben und in der Annahme, dass Newco den Zuschlag erhalten hätte, weil sein Preisangebot das günstigste war, könnten die erwarteten Gewinnspannen geschätzt werden, ohne dass ein zeitlicher Vergleich oder ein Vergleich mit anderen räumlichen oder sachlichen Märkten erforderlich wäre.

E. Schadensersatz für künftige Verluste

206. Vom Markt verdrängte Wettbewerber können nicht nur für die Gewinne, die ihnen im Zeitraum der Zu widerhandlung entgangen sind, sondern auch für jene, die ihnen danach entgangen sind¹⁶², Schadensersatz fordern. Dies ist besonders relevant, wenn vom Markt verdrängte Wettbewerber aufgrund der langfristigen Auswirkungen einer beendeten Zu widerhandlung nicht wieder auf dem Markt Fuß fassen oder ihren Marktanteil nicht vollständig wiedererlangen können. In diesem Fall würde Schadensersatz für künftige Gewinne gefordert, d. h. für Gewinne, die einem Unternehmen nach der Einreichung und der Entscheidung über die Schadensersatzklage wahrscheinlich entgehen.
207. Die Ermittlung solcher Schäden ist nicht nur technisch schwierig, sondern wirft auch Probleme im Hinblick auf den Zeitraum auf, in dem entgangene Gewinne noch ermittelt und ersetzt werden können. In diesem Bereich spielt das mitgliedstaatliche

¹⁶⁰ Entsprechende Anpassungen können bei ausreichendem Datenbestand im Wege der Regressionsanalyse erfolgen. Siehe Erläuterungen ab Randnr. 69 ff. Ein Beispiel für die Würdigung eines Behinderungsmissbrauchs, bei der zu Vergleichszwecken ein anderer räumlicher Markt herangezogen wurde, ist die Entscheidung des Handelsgerichts Madrid (Juzgado Mercantil número 5 de Madrid) vom 11. November 2005, Sache 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. v Telefónica de España S.A.), bestätigt von der Audiencia Provincial de Madrid (Berufungsgericht Madrid), Entscheidung vom 25. Mai 2006, Sache 73/2006.

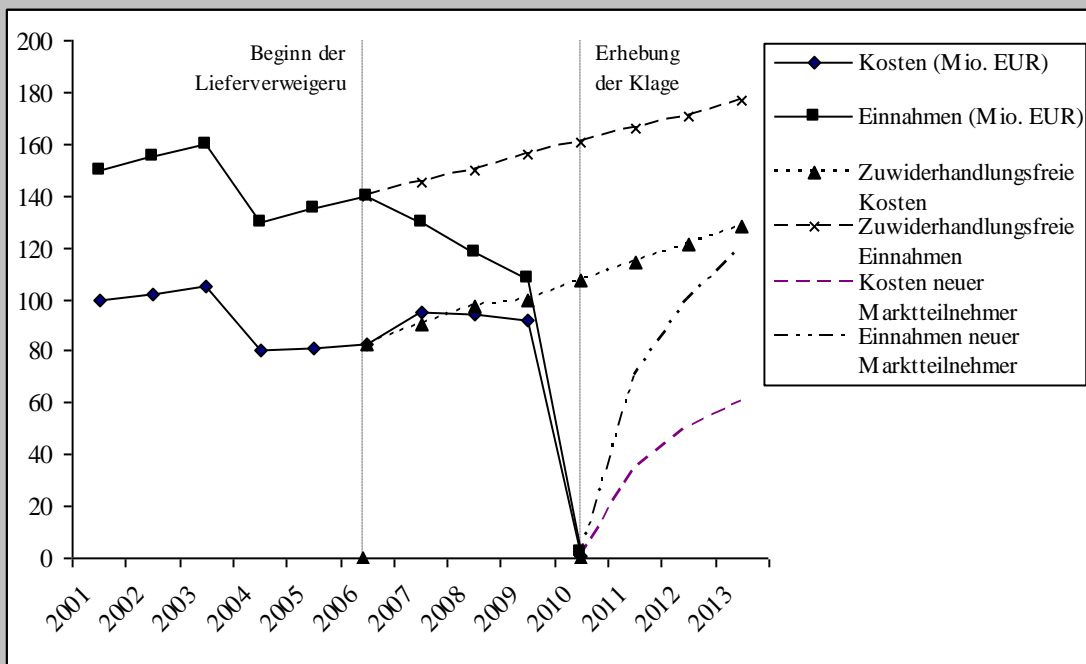
¹⁶¹ Zur Veranschaulichung der Ermittlung des Schadens eines von einem Ausschreibungsmarkt ausgeschlossenen neuen Marktteilnehmers sei hier das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. April 2008, Sache VI-2 U (Kart.) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf), genannt.

¹⁶² Als Beispiel für die Zuerkennung von Schadensersatz auch für den Zeitraum nach dem Ende einer Zu widerhandlung siehe Østre landsrets (Landgericht für Ostänemark), Entscheidung vom 20. Mai 2009, Sache B-3355-06 (Forbruger-Kontakt A/S v Post Danmark A/S).

Recht eine wichtige Rolle, da es beispielsweise festlegt, unter welchen Umständen Schadensersatz für künftige Verluste gefordert werden kann oder nach welchen pragmatischen Regeln diese Frage im Einzelfall zu behandeln ist¹⁶³.

208. Für die Festlegung der Frist, innerhalb deren Schadensersatzforderungen für entgangene künftige Gewinne möglich sind, kann unter anderem die für einen erneuten Marktzutritt benötigte Zeit relevant sein. In anderen Fällen kann die Festlegung aufgrund der Umstände des Einzelfalls einfacher sein. So kann im obigen Beispiel mit den Röntgengeräten die Laufzeit der Aufträge, für die Newco ein Angebot abgab, als sinnvoller Zeitraum erachtet werden, für den entgangene künftige Gewinne nach den anwendbaren mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften ersetzt werden sollten. In anderen Fällen könnte auch der Zeitraum in Betracht gezogen werden, in dem das Unternehmen die Produktion von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen ohne neue Investitionen in vertretbarer Weise hätte fortsetzen können.

Im Betanol-Beispiel kann Eusolv auch Schadensersatz für die Gewinne fordern, die das Unternehmen nach 2010 hätte erzielen können (2010 war das Jahr, in dem es vom Markt verdrängt wurde und auf Schadensersatz geklagt hatte). In einem solchen Fall könnten für Projektionen dieselben Techniken angewendet werden, die für die Ermittlung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios in den Jahren 2006–2010 verwendet wurden. Entgangene künftige Gewinne können selbstverständlich nicht für einen unbestimmten Zeitraum geltend gemacht werden. Eusolv beschloss, den Zeitraum, den das Unternehmen nach Abstellung der Zuwiderhandlung für seinen erneuten Markteintritt wahrscheinlich benötigen würde, als Richtgröße zugrunde zu legen.



III. ERMITTLUNG DES SCHADENS DER KUNDEN

209. Unternehmen, die wettbewerbsbeschränkende Absprachen treffen oder ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen, um einen Wettbewerber zu verdrängen,

¹⁶³ Bei der Schätzung künftiger Gewinne sollte in der Regel ihr Wert abgezinst werden, um den Geldwertverlust im Laufe der Zeit widerzuspiegeln.

entstehen bei der Durchführung der Zuwiderhandlung möglicherweise Kosten oder vorübergehend geringere Gewinne. Sie bringen dieses Opfer, um den Wettbewerb zu verzerren und dadurch schließlich in eine Position zu gelangen, in der sie aufgrund der verfälschten Marktbedingungen höhere Gewinne erzielen und somit auf Kosten ihrer Kunden die vorübergehenden Verluste oder Gewinneinbußen wettmachen können. In den folgenden Abschnitten werden zwei typische Situationen dargelegt, in denen Kunden durch Behinderungspraktiken Schaden entsteht. Für die Zwecke der Schadensermittlung können Schäden, die Kunden durch Behinderungspraktiken erwachsen, analog zu den in Teil 3 des Praktischen Leitfadens erörterten Schäden aufgrund von Zuwiderhandlungen, die zu Preiserhöhungen führen, behandelt werden.

A. *Verlustrausgleich*

210. Das klarste Beispiel für Schäden, die Kunden in der Ausgleichsphase der Behinderungspraktik entstehen, ist die Kampfpreisunterbietung, bei der ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem es seine Preise künstlich so niedrig ansetzt, dass seine Wettbewerber nicht mithalten können und schließlich aus dem Markt ausscheiden oder eine Verringerung ihres Marktanteils hinnehmen müssen. Sobald die Wettbewerber vom Markt verdrängt sind oder ein höherer Marktanteil erzielt worden ist, verzeichnen die Schädiger aufgrund des geringeren Wettbewerbsdrucks höhere Gewinne.
211. Der Verlustrausgleich kann als eine weitere Phase der Zuwiderhandlung betrachtet werden, die Preisaufschläge für die Kunden des Schädigers zur Folge haben kann. Diese Preisaufschläge stellen einen durch Behinderungsmissbrauch bewirkten Schaden dar, für den Kunden Schadenersatz geltend machen können.

Verlustrausgleich im Fall einer Kampfpreisunterbietung

Betrachten wir z. B. den Markt für eine Flugstrecke zwischen zwei Städten. Auf diesem Markt hat der etablierte Anbieter Titan Airlines, der Flüge mit hochwertigen Borddienstleistungen zu einem Standardpreis von 1000 EUR anbietet, eine marktbeherrschende Stellung inne. Ein weiterer Anbieter auf diesem spezifischen Markt ist die kleinere Bluesky Airlines, die erst seit kurzem dieselbe Strecke zu einem Preis von 800 EUR bedient.

Nun setzt Titan Airlines Kampfpreise fest, indem es seine Flugpreise aus strategischen Gründen auf einen Standardpreis von 500 EUR senkt. Bei diesen Kampfpreisen kann Bluesky Airlines nicht mehr rentabel wirtschaften, so dass das Unternehmen schließlich vom Markt verdrängt wird. Danach nutzt der marktbeherrschende Anbieter Titan Airlines den geringeren Wettbewerb und erhöht seinen Gewinn, indem er höhere Preise als vor der Kampfpreisfestlegung – also mehr als den ursprünglichen Standardpreis von 1000 EUR – verlangt. Wenn Titan Airlines so lange, bis wieder ein Wettbewerber in den Markt eintritt, einen Preis von 1100 EUR verlangt, dann müssen seine Fluggäste aufgrund der Zuwiderhandlung einen Aufschlag von 100 EUR zahlen.

212. Für die Ermittlung von Preisaufschlägen, die auf einen Verlustrausgleich zurückzuführen sind, ist im Prinzip dasselbe Konzept anzuwenden, wie im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen erörtert wurde, die auf direkterem Wege Preiserhöhungen bewirken (siehe Teil 3). Da der durch Behinderungsmissbrauch verursachte Schaden nicht auf die Wettbewerber des zuwiderhandelnden Unternehmens beschränkt ist, sondern alle Kunden auf einem spezifischen Markt betrifft, sind die für preisaufschlagsbedingte Schäden angestellten Überlegungen auch in diesem Fall relevant.

213. Die Stellung, die ein Unternehmen durch Behinderungsmissbrauch auf einem Markt erlangt, führt nicht immer zu höheren Preisen für die Kunden des zuwiderhandelnden Unternehmens. Doch auch wenn es nicht zu Preisaufschlägen kommt, kann die Zuwiderhandlung Schäden für die Kunden (z. B. in Form von Qualitätseinbußen) bewirken. Im obigen Beispiel könnte das marktbeherrschende Unternehmen Titan Airlines zu seinem Standardpreis von 1000 EUR zurückkehren und somit keine höheren Preise als vor dem Marktausschluss der Bluesky Airlines berechnen. Fluggäste, die auf dieser Strecke reisen, hätten dennoch Nachteile, wenn Titan Airlines z. B. die durch den geringeren Wettbewerbsdruck gebotene Gelegenheit für qualitative Einschnitte bei seinen Borddienstleistungen nutzen würde.
214. Für Kunden des verdrängten Wettbewerbers sieht die Lage möglicherweise anders aus als für Kunden des Schädigers, denn sie müssen nach dem Marktausschluss des Wettbewerbers unter Umständen Produkte des zuwiderhandelnden Unternehmens beziehen, die nicht nur von geringerer Qualität, sondern auch noch teurer sein können als die Produkte des verdrängten Unternehmens. Je nach anwendbaren Rechtsvorschriften haben sie die Möglichkeit nachzuweisen, dass sie ohne die Zuwiderhandlung die Produkte des verdrängten Wettbewerbers zu einem niedrigeren Preis gekauft hätten. In diesem Fall ähnelt die zu betrachtende Auswirkung im Prinzip einem Preisaufschlag. Der Aufschlag lässt sich dann durch einen Vergleich des Preises, zu dem der Schädiger das Produkt im tatsächlichen Szenario verkauft, mit dem Preis, den der verdrängte Wettbewerber im zuwiderhandlungsfreien Szenario berechnet, ermitteln.

So werden ehemalige Fluggäste der Bluesky Airlines möglicherweise einen Preisaufschlag feststellen, wenn sie aufgrund der Verdrängung dieser Fluglinie vom Markt gezwungen sind, bei Titan Airlines teurere Flüge zu buchen. Der Aufschlag bestünde in diesem Fall in der Differenz zwischen dem tatsächlich an Titan Airlines gezahlten Preis von 1000 EUR und dem Preis von 800 EUR, den die Bluesky Airlines berechnet hätte, wenn sie nicht vom Markt verdrängt worden wäre. In diesem Fall würde der Aufschlag für Fluggäste, die von Bluesky Airlines zu Titan Airlines wechseln müssten, 200 EUR betragen.

B. Schaden für Wettbewerber, die Kunden zuwiderhandelnder Unternehmen sind

215. In Fällen, in denen ein Wettbewerber auch Kunde eines Schädigers ist, könnte dem Wettbewerber insoweit ein Schaden aus dem Behinderungsmissbrauch entstehen, als er Waren oder Dienstleistungen vom Schädiger bezieht. In diesen Fällen kann der vom Markt verdrängte Wettbewerber zum einen Ausgleich für den durch die Zuwiderhandlung herbeigeführten Kostenanstieg fordern, zum anderen kann er sich aber auch dafür entscheiden, Schadensersatz für den Gewinn zu fordern, der ihm dadurch entgangen ist, dass er aufgrund der Zuwiderhandlung weniger produziert oder verkauft hat¹⁶⁴.
216. Bei der Schadensermittlung ist davon auszugehen, dass Wettbewerber, die einen Aufschlag zahlen müssen, in einer ähnlichen Position sind wie Kunden von Kartellmitgliedern oder von Unternehmen, die eine andere zu einem Preisaufschlag führende Zuwiderhandlung begehen. Dies lässt sich am Betanol-Beispiel veranschaulichen, in dem nun die Annahme zugrunde gelegt wird, dass das marktbeherrschende Unternehmen Worldco sich nicht weigert, Rawbeta an Eusolv

¹⁶⁴ Als Beispiel für die Schätzung von Schäden, die einem Wettbewerber als Kunden des Schädigers durch Preisdiskriminierung entstanden, sei hier die Entscheidung des Højesteret (Oberster Gerichtshof, Dänemark), Entscheidung vom 20. April 2005, Sache 387/2002 (GT Linien A/S v DSB) genannt.

zu liefern, sondern beschließt, Eusolv einen höheren Preis für Rawbeta zu berechnen, um die Gewinnspanne dieses Unternehmens zu verringern. In einem solchen Fall gilt Ähnliches wie im Falle einer Preiserhöhung aufgrund anderer Zuwiderhandlungen. Im obigen Beispiel würde Eusolv Schadensersatz für den Aufschlag fordern, der in der Differenz zwischen dem aufgrund des Behinderungsmissbrauchs gezahlten Preis und dem Preis, den Eusolv ohne die Zuwiderhandlung gezahlt hätte, zu sehen ist. Wenn der Aufschlag weitergegeben wird, könnten auch die Kunden von Eusolv Schadensersatzforderungen stellen und Eusolv könnte einen Ausgleich für die Mengen fordern, die das Unternehmen aufgrund der Preiserhöhung nicht verkauft hat.

Verzeichnis der zitierten Rechtssachen

Gerichtshof der Europäischen Union

Rechtssache 238/78, Ireks-Arkady GmbH/Rat und Kommission, Slg. 1979, 2955.
Rechtssache C-271/91, Marshall, Slg. 1993, I-4367.
Rechtssache C-308/87, Grifoni II, Slg. 1994, I-341.
Verbundene Rechtssachen C-104/89 und C-37/90, Mulder und andere/ Rat und Kommission, Slg. 2000, I-203.
Rechtssache C-453/99, Courage, Slg. 2001, I- 6297.
Rechtssache C-147/01, Weber's Wine World , Slg. 2003, I-11365.
Verbundene Rechtssachen C-295/04 bis 298/04, Manfredi, Slg. 2006, I-6619.
Rechtssache C-360/09, Pfeleiderer, Slg. 2011, I-5161.
Rechtssache C-199/11, Europäische Gemeinschaft/ Otis NV und andere, Slg. 2012, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

Gericht der Europäischen Union

Rechtssache T-202/98, Tate & Lyle/Kommission, Slg. 2001, II-2035.
Verbundene Rechtssachen T-25/95 us., Cimenteries CBR SA/Kommission, Slg. 2000, II-491.

Gerichte der Mitgliedstaaten

Corte d'Appello di Milano (Berufungsgericht Mailand), Entscheidung vom 3. Februar 2000, Sache I, 308 (Inaz Paghe v Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro).
Corte d'Appello di Roma (Berufungsgericht Rom), Entscheidung vom 20. Januar 2003, Sache I, 2474 (Albacom S.p.A. v Telecom Italia S.p.A.).
Corte d'Appello di Milano (Berufungsgericht Mailand), Entscheidung vom 11. Juli 2003 (Bluvacanze).
Cour d'Appel de Paris (Berufungsgericht Paris), Entscheidung vom 23. Juni 2003 (Lescarcelle-De Memoris v OGF).
Landgericht Dortmund, Entscheidung vom 1. April 2004, Sache 13 O 55/02 Kart. (Vitaminpreise).
Højesteret (Oberster Gerichtshof, Dänemark), Entscheidung vom 20. April 2005, Sache 387/2002 (GT Linien A/S v DSB).
Bundesgerichtshof, Beschluss vom 28. Juni 2005, Sache KRB 2/05 (Transportbeton).
Juzgado Mercantil número 5 de Madrid (Handelsgericht Madrid), Entscheidung vom 11. November 2005, Sache 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. v Telefónica de España S.A.).
Audiencia Provincial de Madrid (Berufungsgericht Madrid), Entscheidung vom 25. Mai 2006, Sache 73/2006.
Lietuvos apeliacinis teismas (litauisches Berufungsgericht), Entscheidung vom 26. Mai 2006, Sache 2A-41/2006 (Stumbras).
Corte Suprema di Cassazione (Oberster Kassationshof, Italien), Entscheidung vom 2. Februar 2007, Sache 2305 (Fondiarria SAI SpA v Nigriello).
Bundesgerichtshof, Beschluss vom 19. Juni 2007, Sache KBR 12/07 (Papiergroßhandelskartell).
Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz, Entscheidung vom 17. August 2007, Sache 17 R 91/07 p (Fahrschule).
Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 16. April 2008, Sache VI-2 U (Kart.) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf).
Stockholms tingsrätt (Bezirksgericht Stockholm), Urteil vom 20. November 2008; verbundene Sachen T 32799 05 und T-34227-05 (Europe Investor Direct AB and others v VPC Aktiebolag), Rechtsmittel anhängig.
Tribunal Administratif de Paris, Entscheidung vom 27. März 2009, (SNCF/ Bouygues).
Østre landsrets (Landgericht für Ostdänemark), Entscheidung vom 20. Mai 2009, Sache B-3355-06 (Forbruger Kontakt A/S v Post Danmark A/S).
Kammergericht Berlin, Urteil vom 1. Oktober 2009, Sache 2 U 10/03 Kart.
Oberlandesgericht Karlsruhe, Urteil vom 11. Juni 2010, Sache 6 U 118/05; Rechtsmittel anhängig beim Bundesgerichtshof.

Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona (Handelsgericht Barcelona), Entscheidung vom 20. Januar 2011, Sache Nr. 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribucìon Eléctrica S.A.).

Bundesgerichtshof, Entscheidung vom 28. Juni 2011, Sache KZR 75/10.

Competition Appeal Tribunal, Entscheidung vom 28. März 2013, Sache Nr. 1166/5/7/10 (Albion Water Limited/ Dŵr Cymru Cyfyngedig).