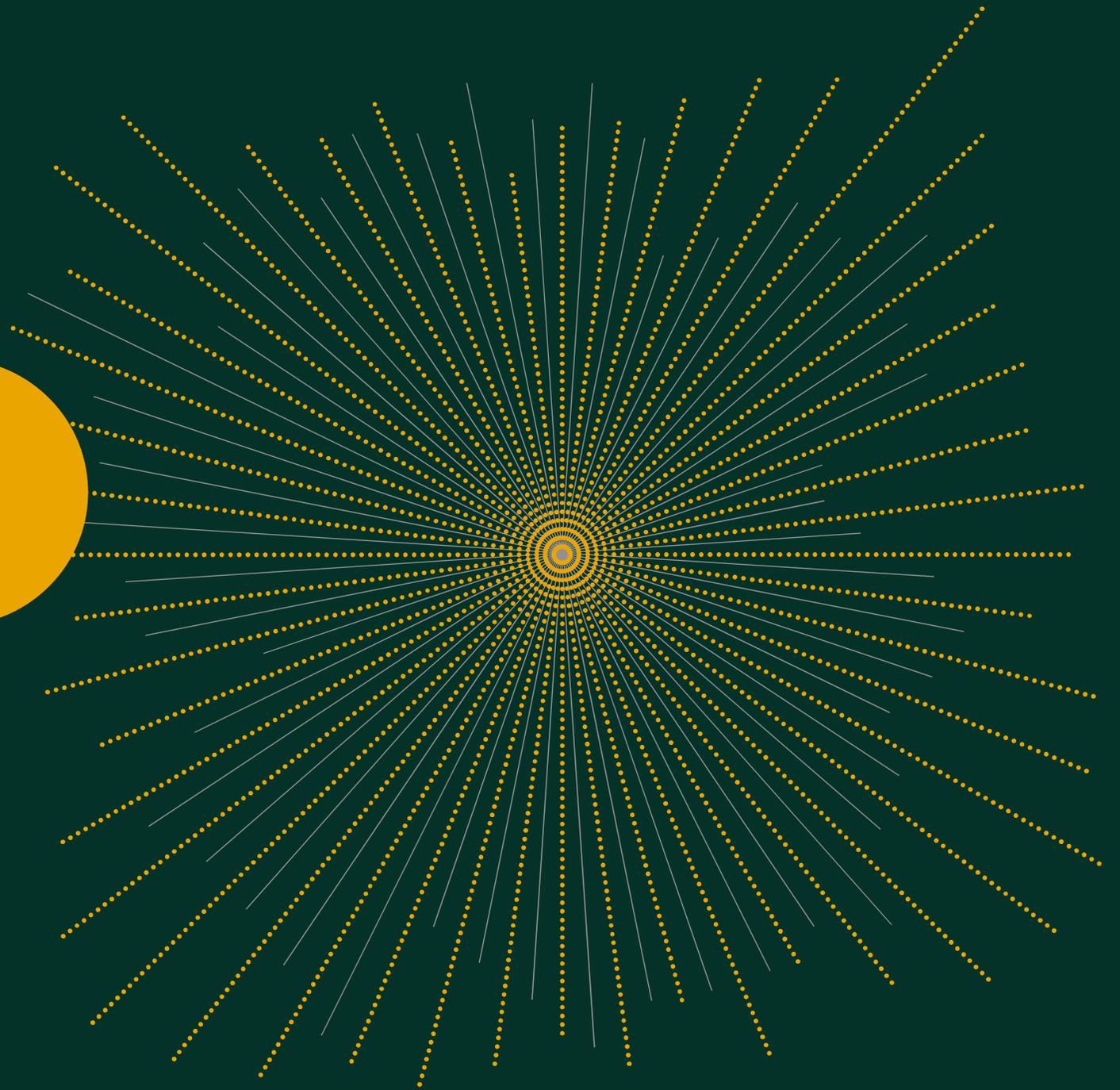


Die BGH Entscheidung LKW III

—
Zur (Un-)möglichkeit der
Widerlegung des "Ob" eines
Schadens

und ein paar Worte zu LKW IV...

Siehe auch „Cartel Damages without
Economic Experts?“ im Wolters Kluwer
Competition Law Blog vom 1.11.2024.



A middle-aged man with grey hair, wearing a blue suit jacket over a light blue shirt, is seated in a light-colored armchair. He is looking slightly to his right. The background consists of a wall with vertical wood paneling. To the right, there is a blurred view of an interior space with a window and some furniture.

LKW-Kartell III

04.11.2024

BGH, Urteil vom 5. Dezember 2023, KZR 46/21 - LKW III

„Vor diesem Hintergrund hätte die ... Revision ... aufzeigen müssen, **dass und aus welchen Gründen aufgrund der - nur den Kartellbeteiligten bekannten - Wirkungsweise des Kartells die Annahme gerechtfertigt ist, dass die Absprachen keine Auswirkungen auf die Preise haben konnten.**“ (Rn. 37)

„Qualitative Gegenindizien, die ... nachvollziehbar erklären, weshalb die Preiskoordinierung trotz ihrer langen Dauer wirkungslos geblieben ist, hat das Berufungsgericht dem Vortrag der Beklagten zu Recht nicht entnehmen können.“ (Rn. 40)

Theory of no harm

„Gegen seine Würdigung, dass die zu einem **insignifikanten Kartelleffekt führenden Regressionsanalysen der Beklagten [...] allein nicht geeignet seien, dies in Frage zu stellen, ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.** Denn die Aussage, ein Effekt sei insignifikant, bedeutet lediglich, dass die Nullhypothese - wonach das Kartell keinen Preiseffekt hatte - nicht [...] verworfen werden kann. **Sie stellt umgekehrt keinen Nachweis dafür dar, dass ein Preishöheneffekt und damit ein Schaden nicht eingetreten ist (.)**. ... **Dabei kann auch ein statistisch insignifikantes Ergebnis ... das Ergebnis einer statistisch signifikanten Schätzung eines Preiseffekts bestätigt (.)**.“ (Rn. 41)

Positiver Beweis keines Schadens

Vergleich frühere Entscheidungen



Die Anforderungen zur Widerlegung der tatsächlichen Vermutung wurden bislang vor allem in Stahl-Strahlmittel und Schlecker dargelegt:

- Nicht hinreichend, auf bloße Möglichkeit keines Schadens zu verweisen
- Es bedarf konkreter und widerspruchsfreier empirischer Evidenz
- Keine Forderung, Null-Schaden zusätzlich qualitativ zu plausibilisieren



Aussagen zur Bewertung empirischer Analysen bislang vor allem in LKW II:

- Regressionsanalyse Indiz für oder gegen Schaden, wenn hinreichend verlässliche Datengrundlage, korrekte Methode und signifikante Ergebnisse
- Bei Gesamtabwägung muss die Belastbarkeit der Analysen geprüft werden
- Nun muss Regressionsanalyse der Verteidigung lediglich „in den Blick“ genommen werden (keine Prüfung der Belastbarkeit mehr gefordert)

Theory of no harm



Kartelle werden zur Erzielung einer Kartellrendite gegründet:

- Theoretisch MUSS es einen Schaden geben, jedenfalls bei langer Dauer und wenn Akteure rational, gewinnmaximierend und mit Marktkenntnis sind
- Aber das gilt immer und trotzdem gibt es (wenige) Kartelle ohne Schaden



(Ökonomische) theory of no harm nur bei Aufgabe einzelner Annahmen:

- Umsatzmaximierung, Berücksichtigung sozialer Präferenzen
- Hybris und Illusion einer Kartellrendite, zum Beispiel wenn Akteure Rabatte gewähren und denken, diese müssten ohne Kartell noch größer sein (vgl. Guthrie et al., Cornell Law Review 2001, 777, 811 ff., Richter unterschätzen regelmäßig die Wahrscheinlichkeit, dass ihre Urteile in der Berufungsinstanz aufgehoben werden)



Märkte fördern Gewinnmaximierung und Entscheider kennen i. d. R. den Markt, aber in Ausnahmefällen (!) können die obigen Ausnahmen zutreffen. Die Alternativ-erklärungen sind aber nicht von Schutzbehauptungen zu unterscheiden.

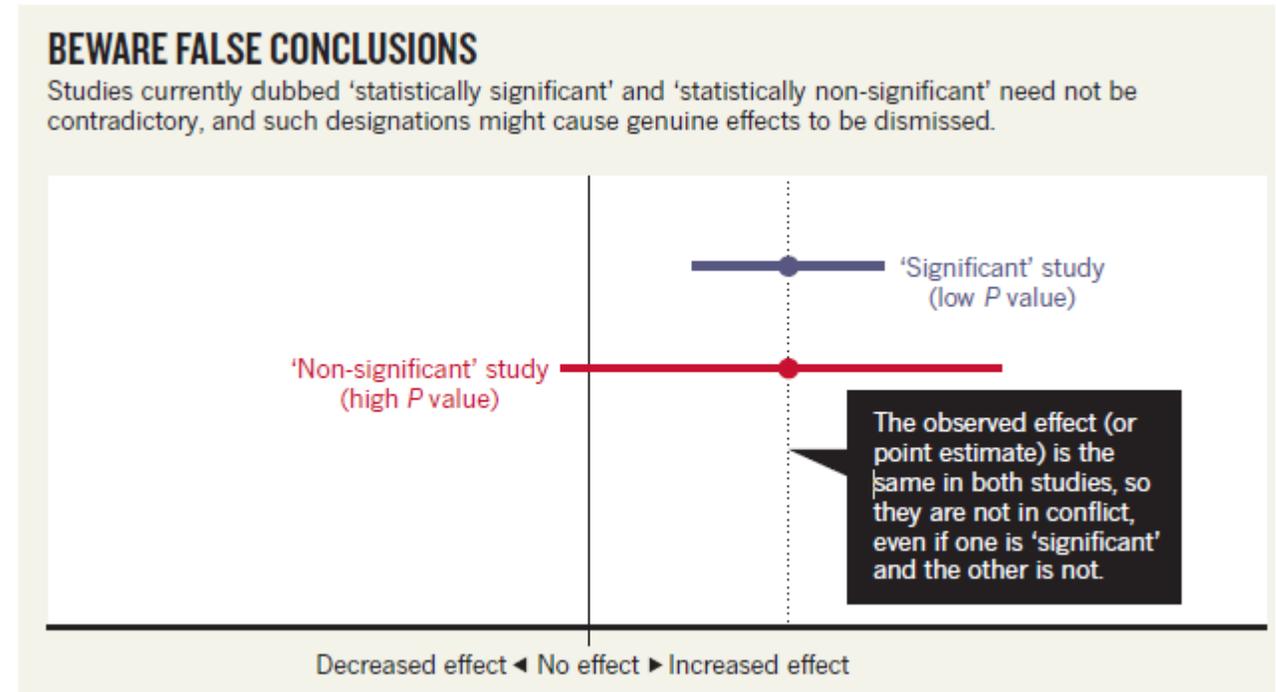
Einordnung empirische Analysen I

Die Abwesenheit von etwas kann nicht positiv bewiesen werden. „Mehr“ als eine Regressionsanalyse mit insignifikantem Ergebnis geht nicht.

Ein insignifikantes kann ein signifikantes Ergebnis bestätigen:

- Eine Studie schätzt einen positiven Effekt präzise und signifikant (oben, kleines Konfidenzintervall)
- Eine andere Studie schätzt dieselbe Höhe, aber unpräzise und daher insignifikant (unten, großes Konfidenzintervall)

Es wäre falsch, aus unterer Studie „kein Effekt“ abzuleiten, erst recht im Zusammenspiel mit der oberen Studie.



Quelle: Amrhein et al., Nature 2019, 305

Aber....

Einordnung empirische Analysen II

Die meisten Fälle eher wie hier rechts:

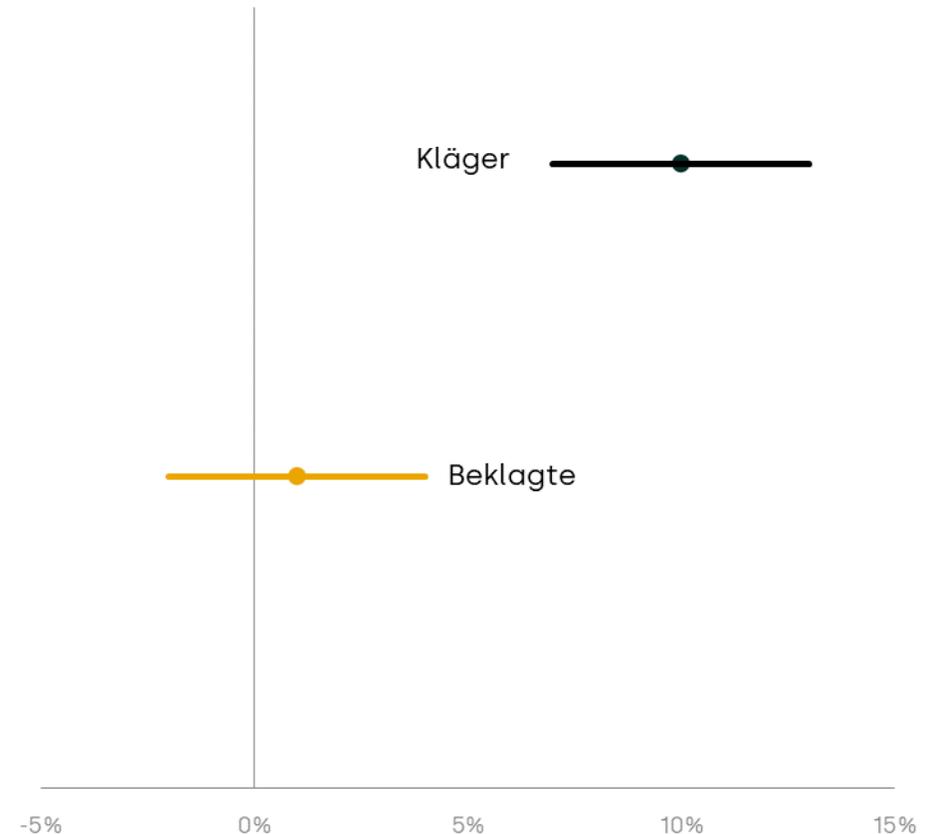
- Die Analyse der Klägerin sagt deutlich positiv und signifikant (Konfidenzintervall über Null).
- Die Analyse der Beklagten sagt kleiner Effekt und insignifikant (Konfidenzintervall schließt Null ein).

Wenn sich die Koeffizienten deutlich unterscheiden und beide Studien präzise sind, dann gilt das „*kann bestätigen*“ des BGH nicht.

Es wäre eigentlich zu klären:

- Welche Studie ist geeignet?
- Woher kommen die Unterschiede?
- Können die Ergebnisse angenähert werden?
- Welches Ergebnis überzeugt mehr?

Regressionsergebnisse (Beispiel) I



Einordnung empirische Analysen III

Manchmal ist eine präzise Schätzung nicht möglich (insb. wenn viele Variablen für z. B. technische Merkmale nötig, aber begrenzte Datenmenge).

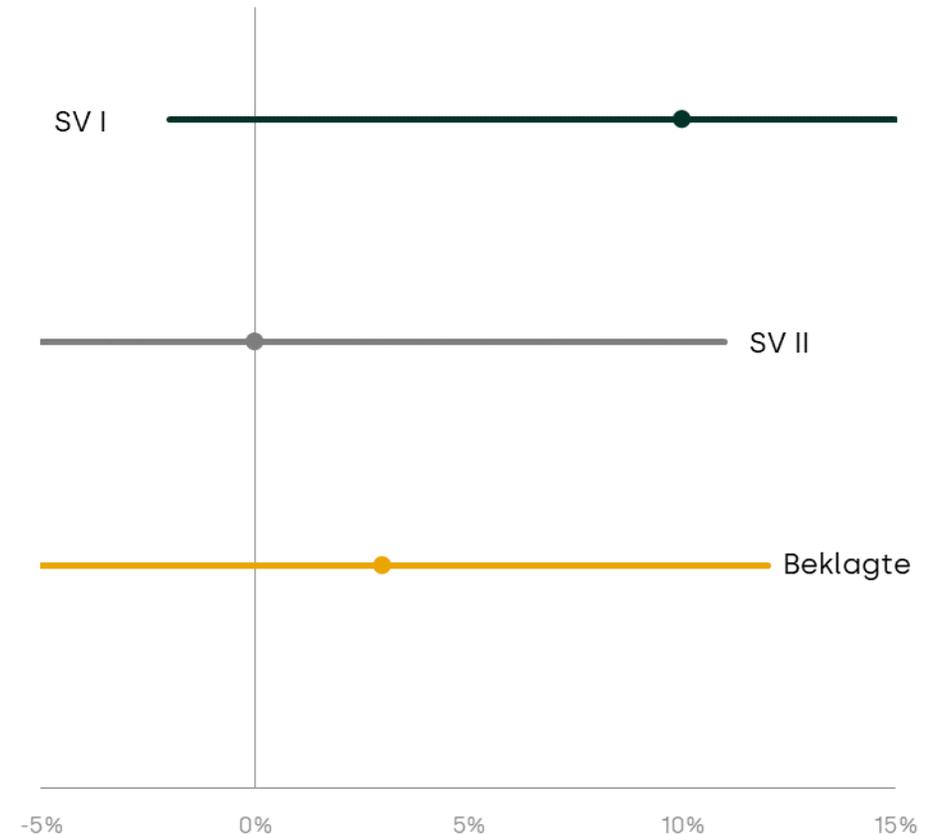
Beispiel:

- Sachverständiger schätzt 11 % insignifikant (SV I).
- Nach Korrektur für eine fragwürdige Modellierung Null, aber 11 % noch im Konfidenzintervall (SV II).
- Beklagte schätzt 3 % insignifikant und 11 % ist noch im Konfidenzintervall.

Die Literatur würde nahelegen, auf die Höhe der Koeffizienten zu schauen, also 0 % bis 3 %.

Oder doch 11 % weil nicht ausgeschlossen?

Regressionsergebnisse (Beispiel) II





LKW-Kartell IV

Schaden ohne Gutachten?



Angenommen die Klägerin legt (nur) den Bußgeldbescheid und Oxera (2009) vor. Die Beklagte ein Gutachten mit allgemeinen Einwänden (Airtours, Marktanteile, etc.) und einer Regression mit insignifikantem Ergebnis.



Nach LKW III und IV könnte Folgendes eintreten:

- Die Klage wird nicht wegen mangelnder Substantiierung abgewiesen (LKW IV)
- Das Gericht kann die allgemeinen Einwände verwerfen, weil sie nur eine theoretische Möglichkeit keines Schadens aufzeigen (LKW III, zuvor Stahl-Strahlmittel, Schlecker)
- Das Gericht kann die Regression der Beklagten verwerfen auch ohne diese im Detail zu bewerten, denn sie kann „Null“ nicht positiv beweisen (LKW III)
- Das Gericht kann in Folge dass „Ob“ bejahen. Damit hat es auch genug Anknüpfungspunkte für eine Schätzung (von ggf. bis zu 15%, LKW IV)

Allerdings...

Offene Fragen der Beweiswürdigung



Ein Gutachten sagt nicht nur etwas zum Ob, es sagt auch etwas zur Höhe, z. B. 3%.

- Die Klägerin hat den Bußgeldbescheid, der vielleicht eine Aussage zur „schwere“ des Verstoßes hergibt und Oxera (2009), woraus hervorgeht, dass die Schäden von Hardcore-Kartellen sehr heterogen sind.
- Die Beklagte hat eine Regressionsanalyse (anerkannte Methode), die sich auf den konkreten Einzelfall bezieht, die (vielleicht) methodisch korrekt ist und die ggf. auf einer verlässlichen Datengrundlage beruht.



Ist eine Gesamtabwägung aller vorgetragenen Indizien und Berücksichtigung dieser mit dem Gewicht, das ihnen zukommen kann, auch zur Höhe nötig?

- Welches Gewicht ein Regressionsgutachten hat, kann eigentlich nur durch Auseinandersetzung mit Daten, Methode und Ergebnissen bestimmt werden.
- Ein Gutachten *lege artis* müsste eigentlich ein höheres Gewicht als Oxera (2009) haben. Welche Höhe kann noch als allgemein unplausibel gelten?
- Werden Kläger dennoch ein Gutachten vorlegen, um nicht bei z. B. 3% zu landen?

Schlussbemerkung



Wenn ggf. in Zukunft ...

- Kläger nur noch überlegen, wie sie möglichst schlank zu einem (gar nicht mal so kleinen) Mindestschaden gelangen...
- und Beklagte nur noch, wie klein der vorgetragene Schaden sein darf, damit ihr Vortrag nicht verworfen wird...
- und Gerichte nur solchen Vortrag als Entscheidungsgrundlage erhalten, ...

... dann versucht niemand mehr, den tatsächlichen Schaden zu ermitteln.



Die Oxera Consulting LLP ist eine Limited Liability Partnership, die in England unter der Nr. OC392464 mit Sitz in Park Central, 40/41 Park End Street, Oxford OX1 1JD, GB; in Belgien unter der Nr. 0651 990 151 mit Sitz in Spectrum, Boulevard Bischoffsheim 12-21, 1000 Brüssel, Belgien; und in Italien unter der REA-Nr. RM - 1530473 mit Sitz in Via delle Quattro Fontane 15, 00184 Rom, Italien eingetragen ist. Die Oxera Consulting (France) LLP hat eine französische Niederlassung: 60 Avenue Charles de Gaulle, CS 60016, 92573 Neuilly-sur-Seine, Frankreich unter der RCS Nr. 844 900 407 00025. Die Oxera Consulting (Netherlands) LLP hat eine niederländische Niederlassung: Strawinskylaan 3051, 1077 ZX Amsterdam, Niederlande und ist unter der KvK-Nr. 72446218 eingetragen. Die Oxera Consulting GmbH ist in Deutschland unter der Handelsregisternummer HRB 148781 B (Amtsgericht Charlottenburg) mit Sitz in der Rahel-Hirsch-Straße 10, Berlin 10557, Deutschland eingetragen.

Oxera hat alle Anstrengungen unternommen, um die Richtigkeit des hierin enthaltenen Materials und die Integrität der hierin vorgenommenen Analysen sicherzustellen, übernimmt jedoch keinerlei Haftung für auf Grundlage der Inhalte vorgenommenen Handlungen.

Keines der Oxera-Unternehmen ist von einer Finanzbehörde oder -verordnung in einem der Länder, in denen sie tätig sind oder Dienstleistungen erbringen, autorisiert oder beaufsichtigt. Jeder, der eine bestimmte Anlage in Betracht zieht, sollte seinen eigenen Makler oder einen anderen Anlageberater konsultieren. Oxera übernimmt keine Haftung für eine bestimmte Anlageentscheidung, die auf eigenes Risiko des Anlegers erfolgen muss.

© Oxera 2024. Alle Rechte vorbehalten. Kurze Passagen dürfen zum Zwecke der Kritik oder Überprüfung zitiert werden; ansonsten ist die Verwendung oder Vervielfältigung jeglicher Teile nur mit unserer Erlaubnis gestattet.



Philipp Schliffke
Partner
+49 (0) 4022 898907
philipp.schliffke@oxera.com