

Beweiserleichterung im Kartellschadensersatz

Hilft der geplante § 33a Abs. 5 der 10. GWB-Novelle (überhaupt noch) weiter?

Von Cand. iur. Dr. med. **Philipp Graef**, Calw*

Der bereits einsehbare Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle zeigt, dass die „Beweiserleichterungen im Kartellschadensersatz“ durch den geplanten § 33a Abs. 5 GWB die potenziellen Kläger noch weiter stärken sollen. Aber wie viel Erleichterung im Rahmen der Beweisführung ist noch vertretbar? Der Aufsatz gibt eine Darstellung der Thematik im Zeitraum vor und nach der 9. GWB-Novelle mit Einbezug und Erörterung der BGH-Urteile vom 11.12.2018 sowie dem neuesten vom 28.1.2020 in Sachen Schienenkartell. Schließlich folgt eine kritische Würdigung des geplanten § 33a Abs. 5 der 10. GWB-Novelle und ein Ausblick auf zukünftige Schadensersatzklagen. Im Rahmen des Kartellschadensersatzes wird neben den direkten Abnehmern auch insbesondere auf durch mögliche Preisschirmeffekte Geschädigte eingegangen.

I. Einleitung

Mit der Entscheidung des BGH¹ vom 11.12.2018 betreffend das „Schienenkartell“ wurde die Beweispraxis der Instanzgerichte bezüglich des Bestehens einer Kartellbetroffenheit und eines Kartellschadens eingeschränkt: Der „doppelte Anscheinsbeweis“² ist zumindest für Altfälle³ in der praktizierten Form nicht mehr anwendbar. Vielmehr soll die Beweisführung hinsichtlich des „Ob“ des Schadens durch das Kartell und der Kartellbetroffenheit des Klägers zunächst auf einer tatsächlichen Vermutung beruhen, die aber einer Gesamtwürdigung bedarf.⁴ Mit Einführung der 9. GWB-Novelle gilt nun allerdings für Neufälle⁵ § 33a Abs. 2 S. 1 GWB, der zumindest für die dort genannten Kartellverstöße (widerleglich) vermutet, dass diese einen Schaden verursacht haben. Somit bleibt zunächst der Wegfall des Anscheinsbeweises für die Kartellbetroffenheit; während die Rechtsprechung also der Wertung der durch den Gesetzgeber geschaffenen (widerleglichen) Vermutung in § 33a Abs. 2 S. 1 GWB widerspricht, reagiert der Gesetzgeber wiederum der Rechtsprechung zuwider: Denn seit dem 7.10.2019 ist bereits der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle einsehbar, der in seinem § 33a Abs. 5 GWB eine (widerlegliche) Vermutung dafür enthält, „dass Rechtsgeschäfte über Waren oder Dienstleistungen mit kartellbeteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich eines Kartells fallen, von diesem Kartell erfasst waren.“ Der ehemals „doppelte Anscheinsbeweis“ – gegen den sich der BGH gestellt hat – wird somit

für zukünftige Fälle⁶ in eine „doppelte gesetzliche Vermutung“ umgewandelt. Der BGH hat nun zwar in seinem neuesten Urteil⁷ seine Rechtsprechungspraxis fortgesetzt, der Kartellbetroffenheit konkreter Geschäfte jedoch eine äußerst nachrangige Stellung im Rahmen der für den Schadensersatz notwendigen haftungsausfüllenden Kausalität eingeräumt; ist also die geplante Regelung betreffend § 33a Abs. 5 der 10. GWB-Novelle nunmehr obsolet?

Im Folgenden sollen nicht nur die Urteile des BGH erläutert und dessen Konsequenzen für die Beweisführung im Kartellschadensersatzrecht aufgezeigt (siehe III. 2 bzw. 3.), sondern auch eine umfassende Darstellung der verschiedenen Beweispraxen (insbesondere vor und nach dem 26.12.2016) aufgeführt und erörtert werden (siehe III. 1. und 4.). Schließlich erfolgt eine kritische Würdigung des Referentenentwurfs der neuen GWB-Novelle mit strukturierter Einordnung und vorausschauender Auseinandersetzung (siehe III. 5.); im Mittelpunkt hierbei steht vor allem die beweisrechtliche Stellungnahme im Rahmen der früheren sowie aktuellen gängigen Praxis unter Einbezug europarechtlicher Vorgaben. Hierbei wird ein gezieltes Augenmerk auf die direkten Kartellanten und „Umbrella-Kunden“ geworfen.

II. Beweiserleichterungen allgemein

1. Grundlagen

Hinsichtlich der Beweislastverteilung vor Gericht hat sich die Normentheorie⁸ etabliert, die sich strikt am Wortlaut der streitentscheidenden Normen orientiert und mittlerweile durch ihre historische, rechtsvergleichende und auch im geltenden Recht bestehende Anerkennung als fester Teil des geltenden Rechts in Deutschland angesehen werden kann⁹. Im Zivilprozess gilt sodann der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung, der meint, dass das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung entscheidet, ob eine tatsächliche Behauptung als wahr oder unwahr erachtet werden soll (§ 286 Abs. 1 S. 1 ZPO). Hierfür bedarf es weder einer absoluten Gewissheit¹⁰ noch ist das Gericht – abgesehen von den gesetzlich besonders normierten Fällen – an gesetzliche Beweisregeln gebunden, § 286 Abs. 2 ZPO.¹¹ Durch § 287 ZPO wird dieser richterliche Spielraum hinsichtlich der strittigen Frage des „Ob“ eines Schadens erweitert, wonach unter Würdigung aller Um-

* Der Autor ist promovierter Arzt und Student der Rechtswissenschaften an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ BGH BeckRS 2018, 33435.

² Rützel, WuW 2019, 130.

³ Kartellschadensersatzklagen, deren Schäden vor dem Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle (Art. 8: „mit Wirkung v. 27. Dezember 2016“) entstanden sind.

⁴ Vgl. BGH, Urte. v. 11.12.2018 – KZR 26/17, Rn. 65 f. (juris).

⁵ Kartellschadensersatzklagen, deren Schäden nach dem Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle entstanden sind.

⁶ Kartellschadensersatzklagen, deren Schäden nach dem Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle entstehen.

⁷ BGH, Urte. v. 28.1.2020 – KZR 24/17.

⁸ Rosenberg, Die Beweislast, 3. Aufl. 1953, S. 98 ff.

⁹ Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 112; vgl. Leibold, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, 1985, S. 38 ff.; vgl. Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975, S. 298 ff.

¹⁰ BGH, Urte. v. 14.12.1993 – VI ZR 221/92, Rn. 13 (juris).

¹¹ Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 392.

stände nach freier Überzeugung entschieden werden soll; so genügt in diesen Fällen – der haftungsausfüllenden Kausalität und eben nicht der haftungsbegründenden Kausalität (hier: § 286 Abs. 1 ZPO) – ein geringeres Maß an Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung.¹² Damit es aber überhaupt zu einer abschließenden richterlichen Würdigung kommen kann, müssen die Parteien im Sinne des Verhandlungsgrundsatzes in der mündlichen Verhandlung diejenigen einschlägigen Tatsachen und Beweismittel substantiiert vortragen, die Entscheidungsgrundlage zur Feststellung der Wahrheit sein sollen.¹³ Beweisbedürftig ist dabei nur, was die andere Partei bestreitet – zugestandene Tatsachen müssen vom Gericht im Sinne des § 138 Abs. 3 ZPO als wahr angesehen werden.¹⁴ Der Kläger hat folglich die anspruchsbegründenden und rechtserhaltenden Tatsachen darzulegen und im Streitfall zu beweisen,¹⁵ also das Gericht nach § 286 ZPO von der Wahrheit der Tatsachenbehauptung zu überzeugen ohne den Überbleib jeglicher vernünftiger Zweifel.¹⁶ Hierfür kennt sowohl die Rechtsprechung als auch das Gesetz verschiedene Rechtsfiguren.

2. Gesetzliche Vermutung

Mit der gesetzlichen Vermutung wird die Behauptungs- und Beweislast durch den Beweis der tatsächlichen Voraussetzungen derart umgekehrt, dass der Gegner die vorgetragene Vermutung nach § 292 ZPO widerlegen und als Hauptbeweis das Gegenteil darlegen muss, indem er beim Richter ernstliche Zweifel erweckt.¹⁷

3. Indizienbeweis

Der Indizienbeweis, der einen mittelbaren Beweis mittels Hilfstatsachen (also solchen, die zwar nicht selbst zum gesetzlichen Tatbestand gehören, aber auf das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals schließen lassen)¹⁸ darstellt, kommt bei streitigen und erheblichen Haupttatsachen zum Einsatz, der diese – wenn mit Hilfe des Indizes für schlüssig und unstreitig erklärt – beweist; dabei wird sowohl der gedankliche Schluss vom Indiz auf die streitige Haupttatsache als auch der Beweis über das streitige Indiz selbst als Indizienbeweis bezeichnet.¹⁹

4. Anscheinsbeweis

Dem Grundsatz nach können sich die Gerichte im Rahmen der freien Beweiswürdigung die Überzeugung vom Vorliegen bestimmter Tatsachen aufgrund von Indizien bilden.²⁰ Letztere können auf Erfahrungssätzen (beispielsweise Regeln der allgemeinen Lebenserfahrung oder durch spezielle Sachkunde gewonnene Regeln, wie etwa ökonomische) beruhen.²¹ Im Rahmen der Indizienbeweis stellt der gewohnheitsrechtlich (ungeschriebenes durch lang anhaltende Übung und übereinstimmende Rechtsüberzeugung [consuetudo et opinio iuris] Verbindlichkeit erlangtes Recht)²² anerkannte²³ Anscheinsbeweis eine typisierte Form dar: Tatsachen gelten dann als unstreitig oder bewiesen, wenn sie in Verbindung mit einem typischen Geschehensablauf den Schluss auf die Haupttatsache ermöglichen.²⁴ Da sich solche Gesetzmäßigkeiten insbesondere beim Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität finden, ist er dort besonders hilfreich.²⁵

Bei der Beweisführung mittels Indizien obliegt es dem Kläger nicht nur das Vorliegen der Indiztatsachen für sich, sondern auch einen hinreichend sicheren – mithin zwingenden und nicht nur möglichen –²⁶ Schluss dieser auf die Haupttatsache zu beweisen.²⁷ Regelmäßig führt also erst der gemeinsame Beweis mehrerer Umstände bezüglich des konkreten Sachverhalts zur Überzeugung des Gerichts.²⁸ Ein solcher Indizienbeweis kann jedoch aufgrund seines Beruhens auf einer Gesamtwürdigung nur als geführt angesehen werden, wenn ein Gegenbeweis, dessen Ziel es ist, beim Gericht ausreichend Zweifel zur Verhinderung des Erreichens des erforderlichen Beweismaßes zu erwecken,²⁹ erhoben worden ist.³⁰ Sodann muss der Kläger beim Anscheinsbeweis lediglich die Indiztatsache beweisen, da auf Grundlage eines gesicherten Erfahrungssatzes von einem typischen Geschehensablauf, also „Muster“³¹, ausgegangen werden kann.³² Ist die-

²⁰ BGH, Urt. v. 11.12.2018 – KZR 26/17, Rn. 49 (juris).

²¹ BGH, Urt. v. 11.12.2018 – KZR 26/17, Rn. 49 (juris).

²² Müller-Terpitz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 58. EL, Stand: Januar 2020, § 80 Rn. 130.

²³ Schilken (Fn. 11), Rn. 494.

²⁴ Rützel, WuW 2019, 130 (131); Laumen, in: Prütting/Gehrein, Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. 2018, § 286 Rn. 30; Thole, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 214; Prütting (Fn. 9), § 286 Rn. 48.

²⁵ Papadelli, Beweislastverteilung bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts, 2010, S. 113.

²⁶ Vgl. Laumen (Fn. 24), § 286 Rn. 51; BGH NJW 2004, 3423 (3424); Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, Kap. 3 Rn. 10.

²⁷ Rützel, WuW 2019, 130 (131).

²⁸ Vgl. Thole (Fn. 24), § 286 Rn. 214, 224; Ahrens (Fn. 26), Kap. 16 Rn. 5; Foerste, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 16. Aufl. 2019, § 286 Rn. 25; BGH, Urt. v. 17.2.1970 – III ZR 139/67, Rn. 115 (juris).

²⁹ Ahrens (Fn. 26), Kap. 3 Rn. 3.

³⁰ Rützel, WuW 2019, 130 (131); Thole (Fn. 24), § 286 Rn. 213; vgl. BGH DStR 2009, 1486, (1488).

³¹ BGH NJW 1991, 230 (231).

¹² Vgl. Schilken (Fn. 11), Rn. 395.

¹³ Vgl. Schilken (Fn. 11), Rn. 345 ff.; Thomas/Putzo/Reichold, Zivilprozessordnung, 36. Aufl. 2015, Einl I Rn. 1.

¹⁴ Pohlmann, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 69.

¹⁵ BGH, Urt. v. 8.11.1951 – IV ZR 10/51, Rn. 11 (juris); BGH, Urt. v. 17.2.1970 – III ZR 139/67, Rn. 72 (juris); BGH, Urt. v. 18.5.2005 – VIII ZR 368/03, Rn. 18 (juris).

¹⁶ Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. 2013, Rn. 44.

¹⁷ Schellhammer, Zivilprozess, 15. Aufl. 2016, Rn. 395 f.; Pohlmann (Fn. 14), Rn. 363; vgl. BGH, Urt. v. 23.02.1983 – IVa ZR 130/81, Rn. 12 ff. (juris).

¹⁸ Pohlmann (Fn. 14), Rn. 365.

¹⁹ Schellhammer (Fn. 17), Rn. 513 ff.

ser Beweis erbracht, ist dies für die Bildung der richterlichen Überzeugung mit dem erforderlichen Beweismaß ausreichend³³ und nur dann durch den Beklagten zu erschüttern, wenn er es vermag, Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die es ernsthaft möglich erscheinen lassen, dass im konkreten, vorliegenden Fall gerade nicht von dem gesicherten Erfahrungssatz ausgegangen werden kann und ein atypischer Geschehensablauf vorliegt.³⁴ Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass der Anscheinsbeweis gerade kein Teil der Beweislast ist und auch nicht die Beweislastverteilung ändert; denn der Anscheinsbeweis führt zu einer richterlichen Sachverhaltsfeststellung und kommt nicht erst dann – wie Beweislastregeln – zur Anwendung, wenn streitige Tatbestandsmerkmale endgültig unklar bleiben, *non liquet*³⁵ (und es einer Entscheidung zu Lasten einer Partei bedarf).³⁶

5. Tatsächliche Vermutung

Die tatsächliche Vermutung (*praesumptio facti*)³⁷ wurde bereits im Jahre 1960 vom BGH³⁸ als der „kleine Anscheinsbeweis“³⁹ umschrieben, denn es gebe neben dem Anscheinsbeweis, der auf zwingenden Erfahrungssätzen beruhe, dass sie den vollen Beweis für den betreffenden Lebensvorgang erbringen, auch Erfahrungssätze, die zwar eine geringere Wahrscheinlichkeit für ein bestimmtes Geschehen begründen, denen aber dennoch hinsichtlich des zu beurteilenden Sachverhalts eine Bedeutung bei der Beweiswürdigung zukommt.

Erschüttert oder widerlegt werden muss hierbei im Vergleich zum Anscheinsbeweis aufgrund der lediglich indizialen Bedeutung „nichts“, da sie für die richterliche Überzeugungsbildung allein nicht genügt – es bedarf vielmehr schon von Beginn an möglicher Gegenbeweise, wonach erst auf die Haupttatsache geschlossen werden kann.⁴⁰ Die Gegenpartei ist somit bereits in der notwendigen richterlichen Gesamtwürdigung – und nicht wie beim Anscheinsbeweis nachgela-

gert im Rahmen einer Erschütterung oder Widerlegung – zu berücksichtigen.⁴¹

6. Abgrenzung zwischen tatsächlicher Vermutung und Anscheinsbeweis

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen tatsächlicher Vermutung und Anscheinsbeweis ist vor allem problematisch, dass die tatsächliche Vermutung als „Komponente“ des Anscheins- bzw. als Fall des Indizienbeweises Anwendung findet;⁴² in dieser Form aber regelmäßig keine trennscharfe Differenzierung vorgenommen wird.⁴³ Erst der BGH⁴⁴ geht nun auch in seiner Rechtsprechung in Sachen Kartellschadensersatz von einem solchen Stufenverhältnis aus.⁴⁵ Es handelt sich dabei nicht um eine strukturelle, sondern graduelle Unterscheidung (in der Verlässlichkeit oder Typizität) aufgrund der den Rechtsfiguren zugrunde liegenden Erfahrungssätze.⁴⁶ Die Differenzierung wird deutlich, wenn man bedenkt, dass der Anscheinsbeweis einer geringeren Aufklärungsintensität bedarf – bei der tatsächlichen Vermutung wird eine Gesamtwürdigung aller Sachverhaltseinzelheiten in Bezug auf die zu beweisende Haupttatsache notwendig; somit ist auch für eine Erschütterung letzteren hinsichtlich des Ergebnisses eine geringere Hürde zu nehmen, weswegen der BGH wiederum für die Anwendung des Anscheinsbeweises Zurückhaltung fordert.⁴⁷

III. Beweiserleichterungen speziell im Kartellschadensersatz

1. Vor der 9. GWB-Novelle

a) Kartellschaden

Der Begriff Kartellschaden ist im Sinne der Art. 2 Nr. 5 und Art. 3 der Richtlinie 2014/104/EU als derjenige Schaden zu verstehen, den eine Person durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht erlitten hat.⁴⁸ Dass der Beweis – wie von der Rechtsprechung (zivilrechtlich) etabliert⁴⁹ – be-

³² Rützel, WuW 2019, 130 (131); BGH, Urt. v. 11.12.2018 – KZR 26/17, Rn. 50 (juris); Laumen (Fn. 24), § 286 Rn. 30; Thole (Fn. 24), § 286 Rn. 214; Ahrens, in: Wieczorek/Schütze, Kommentar zur ZPO und Nebengesetze, 4. Aufl. 2018, § 286 Rn. 50.

³³ Prütting (Fn. 9), § 286 Rn. 64; Thole (Fn. 24), § 286 Rn. 224.

³⁴ Rützel, WuW 2019, 130 (131); vgl. Ritz/Marx, WuW 2019, 91 (98); Greger, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 33. Aufl. 2020, Vor § 284 Rn. 29 ff.; BGH, Urt. v. 11.12.2018 – KZR 26/17, Rn. 50 (juris); Ahrens (Fn. 32), § 286 Rn. 81.

³⁵ Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast: eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, 1983, S. 14 f.

³⁶ Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 51 m.w.N.

³⁷ Prütting (Fn. 36), § 292 Rn. 27.

³⁸ BGH NJW 1961, 777 (779).

³⁹ Diese Umschreibung so bezeichnend: Ritz/Marx, WuW 2019, 91 (98).

⁴⁰ Roth, in: Festschrift für Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, 2015, S. 329 (340); Laumen (Fn. 24), § 286 Rn. 51.

⁴¹ Buschfeld/Egner, WRP 2019, 857 (859).

⁴² Völmann-Stückelbrock, in: Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, 2015, S. 539 (545).

⁴³ Vgl. Kersting, WuW 2019, 173 (175 m.w.N.); vgl. Weitbrecht, NZKart 2019, 70 (75 Fn. 57); Richter, NZKart 2019, 90 (91 f.).

⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 11.12.2018 – KZR 26/17, Rn. 55 ff. (juris).

⁴⁵ Beistimmend Rützel, WuW 2019, 130 (132).

⁴⁶ Hutschneider/Stieglitz, NZKart 2019, 363 (365 f.); Dworschak/Jopen, NZKart 2019, 126 (128); vgl. Kersting, WuW 2019, 173 (176).

⁴⁷ Hutschneider/Stieglitz, NZKart 2019, 363 (366); vgl. BGH, Urt. v. 11.12.2018 – KZR 26/17, Rn. 50 (juris); BGHZ 192, 84, Rn. 11 (juris).

⁴⁸ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 9 Rn. 41.

⁴⁹ OLG Düsseldorf WuW 2018, 541 f.; OLG München WuW 2018, 486 ff.; LG Stuttgart WuW 2019, 110; OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013 – 6 U 51/12 (Kart), Rn. 53 ff. (juris); LG Berlin NZKart 2014, 37 f.; KG Berlin, Urt. v. 1.10.2009 – 2 U 10/03 Kart – Rn. 38 f. (juris); ablehnend sogar für Infor-

treffend das „Ob“ des Schadens auf dem eines ersten Anscheins beruht, ist hinsichtlich der ökonomischen Untersuchungen zu Kartellwirkungen, die gezeigt haben, dass horizontale Wettbewerbsbeschränkungen regelmäßig eine Preiserhöhung zur Folge haben,⁵⁰ nachvollziehbar.⁵¹

b) Kartellbetroffenheit

Unter Kartellbetroffenheit in dem sich auf den Schaden beziehenden Sinne wird nicht die Aktivlegitimation (vergleiche § 33 Abs. 3 GWB), sondern die Kartellbefangenheit (als ungeschriebenes Merkmal)⁵² des spezifischen Geschäfts verstanden.⁵³ Ihr Nachweis ist eigenständig und nach Maßstab des § 287 ZPO zu erbringen.⁵⁴ Die Rechtsprechung hilft sich regelmäßig mit einer tatsächlichen Vermutung, dass ein zwischen Kartellamt und Abnehmer getätigtes Geschäft, das sich „nahtlos in den zeitlichen, sachlichen und räumlichen Bereich der Absprache“ einfügt, kartellbefangen ist und geht noch weiter, indem sie die Umsetzung der Absprachen in konkreten Geschäften einem üblichen Geschehensablauf gleichsetzt und im Ergebnis den Beklagten eine sekundäre Darlegungslast – aufgrund ihrer internen Kenntnisse – aufbürdet.⁵⁵

c) Schadensersatz im Rahmen des Preisschirmeffekts

Der Preisschirmeffekt, auch umbrella effect oder umbrella pricing genannt, meint, dass Wettbewerber dazu tendieren, sich den Preisen der großen den Wettbewerb bestimmenden Unternehmen anzupassen.⁵⁶ Das bedeutet, dass die kartellfreien Anbieter ihrerseits das Preisniveau „im Windschatten“ des Kartells an dessen erhöhte Preise angleichen; die Differenz zwischen den Preisen, die ein kartellfreier Wettbewerber nun unter eben solchen kartellfreien Bedingungen angeben und verlangt hätte, und den erhöhten Preisen, denen der kartellfreie Wettbewerber sich konsequenterweise angepasst hat, ist der Preisschirmeffekt.⁵⁷ Bereits Blair und Maurer⁵⁸ zeigten dies anhand ihres Modells, dessen Grundlage es ist, dass die Industrie ein homogenes Produkt⁵⁹ produziert und der Markt einerseits aus einigen großen Firmen und andererseits Kartell-

außenseitern (price taker)⁶⁰ besteht. Weiter wurde in diesem Modell angenommen, dass die großen, den Wettbewerb bestimmenden Unternehmen Preisabsprachen treffen und sowohl diese selbst als auch die Firmen der Kartellaußenseiter unter steigenden Grenzkosten produzieren.⁶¹ Den Kartellaußenseitern stehen dann verschiedene Handlungsoptionen zur Verfügung:

1. Die Kartellpreise werden adaptiert, sodass die Abnehmer die Ware nur noch zu dem wettbewerbsmanipulierten Preis erwerben können; somit erleiden alle Abnehmer quasi den gleichen Schaden – die Kartellaußenseiter profitieren somit ebenso von der Kartellbildung.⁶² Dieser Profit durch ein Kartell kann jedoch für Kartellaußenseiter eingeschränkt sein.⁶³
2. Bei den strategischen Kartellaußenseitern wird die Angebotsmenge erhöht, um die Nachfrage am Markt zu befriedigen; höhere Grenzkosten (der Kostenzuwachs der Gesamtkosten, der entsteht, wenn bei bestehender Produktionsmenge eine weitere Gütereinheit hergestellt wird)⁶⁴ werden in Kauf genommen.⁶⁵ Da dies regelmäßig ebenso zu einem Preisanstieg führt und dieser in einem reziproken Verhältnis zur Nachfrage steht,⁶⁶ fallen die Preisschirmeffekte geringer aus – denn Ursache hierfür ist größtenteils der grenzkostenbedingte Preisanstieg.⁶⁷
3. Die letzte Variante stellt eine Kombination aus Preisangleichung und Angebotserhöhung dar; um die Gewinnmarge zu erhöhen, wird der Preis (weitgehend) angeglichen, um Marktanteile der Kartellanten abzugreifen, wird das Angebot ausgeweitet.⁶⁸

Allerdings beruht dieses Modell auf der Homogenität der Produkte; mithin wurden jedoch für das Entstehen von Preisschirmeffekten eine Vielzahl von Faktoren festgestellt: neben der Homogenität (oder Heterogenität) der betroffenen Wirtschaftsgüter der Grad der Substituierbarkeit der Leistungs-

mationsaustausch ohne konkreten Produktbezug: LG Nürnberg-Fürth WuW 2018, 543 ff.

⁵⁰ Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 31 ff., 145.

⁵¹ Inderst/Thomas (Fn. 50), S. 145.

⁵² Lahme/Ruster, NZKart 2019, 196 ff.

⁵³ Vgl. Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2018, Rn. 468 ff., 485 ff.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 12.7.2016 – KZR 25/14, Rn. 47 (juris).

⁵⁵ LG Berlin NZKart 2014, 37; LG München I, Urt. v. 27.7.2016 – 37 O 24526/14, Rn. 69 ff. (juris).

⁵⁶ Deselaers, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 69. EL, Stand: Februar 2020, Art. 102 AEUV Rn. 401.

⁵⁷ Kühne, BB 2014, 1150 (1152).

⁵⁸ Blair/Maurer, Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics 25 (1995), 913 (931 ff.).

⁵⁹ Hierzu Stigler, The Organization of Industry, 1983, S. 40.

⁶⁰ Für strategische Kartellaußenseiter kommt es ebenso zu einem Preisschirmeffekt – differenziert werden kann zwischen diesen Verhaltensweisen dadurch, dass nicht-strategische Kartellaußenseiter ihren Preis „passiv“ an die erhöhte Nachfrage anpassen, strategische „aktiv“ direkt durch Preiserhöhung: Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, Umbrella Effect, Journal of Competition Law & Economics 10 (2014), 739 (744 ff.); Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, WuW 2014, 1043 (1046 ff.).

⁶¹ Vgl. Grossmann, Die kartellrechtliche Haftung für Preisschirmschäden, 2017, S. 39.

⁶² Grossmann (Fn. 61), S. 40; Blair/Maurer (Fn. 58), 937.

⁶³ Mit expliziten Beispielen zur Einschränkung: Grossmann (Fn. 61), S. 40 f.

⁶⁴ Pollert/Kirchner/Polzin/Pollert, Duden Wirtschaft von A bis Z, 2016, S. 67.

⁶⁵ Grossmann (Fn. 61), S. 41.

⁶⁶ Siebert/Lorz, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 15. Aufl. 2007, S. 53 f.

⁶⁷ Grossmann (Fn. 61), S. 41.

⁶⁸ Grossmann (Fn. 61), S. 41.

angebote der Kartellanten beziehungsweise der Kartellaußenseiter, der Grad der Produktdifferenzierung, das Vorliegen oder Nichtvorliegen (materieller oder immaterieller) Wechselkosten, die Art des Wettbewerbs, die Dauer des Kartellverstoßes, die Markttransparenz, der Grad der Marktdeckung, die Intensität des Restwettbewerbs unter den Kartellaußenseitern, Produktionskosten, Kapazitätsbeschränkungen oder sonstiger verhaltensökonomischer Momente.⁶⁹ Der BGH⁷⁰ hat sodann aufgrund einer hohen Marktdeckung, der längeren Dauer der Zuwiderhandlung und der Produkthomogenität, geschlussfolgert, dass sich Kartellaußenseiter (bewusst oder unbewusst) an den Kartellpreisen orientieren. In seinem Urteil vom 5.6.2014 hat der EuGH Art. 101 AEUV betreffend festgestellt, dass dieser nicht ausschließt, dass durch an einem Kartell beteiligten Unternehmen auch Schäden entstehen, die aus der Angleichung der Marktpreise an die höheren Preise nicht am Kartell beteiligter Unternehmen resultieren.⁷¹ Folglich ist ein kartellbeteiligtes Unternehmen immer dann für Schäden von Marktteilnehmern – ohne bestehende vertragliche Bindung zwischen einander – verantwortlich, wenn erwiesen ist, dass das Kartell nach den Umständen des konkreten Falles und insbesondere den Besonderheiten des betreffenden Marktes ein umbrella pricing durch eigenständig handelnde Dritte zur Folge haben konnte, und wenn diese Umstände und Besonderheiten den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben konnten; die Prüfung obliegt dem nationalen Gericht.⁷² Zu letzterem wird weiter ausgeführt, dass dieser Effekt der Preiserhöhung auch im „Windschatten“ des Kartells den Kartellbeteiligten gerade nicht verborgen bleibt.⁷³ Grundlage dieser Entscheidung sind die Auslegung des Art. 101 AEUV selbst und die Prinzipien zur Äquivalenz und Effektivität im Wettbewerbsrecht;⁷⁴ wengleich der „ursächliche Zusammenhang“ zwischen dem verbotenen Kartell und dem entstandenen Schaden eine Sache der Auslegung nach der innerstaatlichen Rechtsordnung bleibt,⁷⁵ so muss sich diese Auslegung dennoch im Rahmen der oben genannten Grundsätze bewegen und somit insbesondere die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.⁷⁶ Denn hinsichtlich Art. 101 AEUV, und insbesondere dessen in Absatz 1 ausgesprochenen Verbots, wäre die Wirksamkeit eingeschränkt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wett-

bewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.⁷⁷

Wengleich also ein Preisschirmeffekt einen kartellbedingten Schaden darstellen kann,⁷⁸ ist die Beurteilung der Beweisführung hinsichtlich der Kausalität in der deutschen Rechtsprechung und Literatur kontrovers.⁷⁹

2. Nach dem BGH-Urteil vom 11.12.2018 – Altfälle

a) Die Entscheidung

Der BGH löste den Fall wie folgt: Bezüglich des Kartellverstoßes ist der rechtskräftige Bußgeldbescheid des Bundeskartellamts nach § 33 Abs. 4 GWB a.F. (jetzt: § 33b GWB) bindend,⁸⁰ für die Kartellbefangenheit gilt das Beweismaß des § 286 ZPO, für den Schaden das des § 287 ZPO⁸¹ – in beiden Fällen verneint er den Anscheinsbeweis.⁸² Dies deshalb, da es trotz bestehenden ökonomischen Erfahrungswissens hinsichtlich der Wirkung von Kartellen, aufgrund der Vielgestaltigkeit und Komplexität wettbewerbsbeschränkender Absprachen, ihrer Durchführung und ihrer Wirkungen an der für den Anscheinsbeweis notwendigen Typizität fehle.⁸³ Denn auch wenn solche Absprachen regelmäßig eine möglichst umfassende Wirkung – durch bessere interne Absprachen und höhere Kartelldisziplin – erzielen sollten, um die angestrebten Preismarken zu erreichen, spreche letztlich noch keine sehr große Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Erzielung höherer Preise einem typischen Geschehensablauf entspreche.⁸⁴ Dieser Kartelleffekt hänge unter anderem ab von: der Anzahl der Marktteilnehmer, der Zahl der an den Absprachen beteiligten Unternehmen, ihren Möglichkeiten, die für die Umsetzung der Absprachen erforderlichen Informationen auszutauschen, dem Anteil der Marktdeckung, dem Grad der Kartelldisziplin und den Möglichkeiten der Marktgegenseite zur anderweitigen Deckung des Bedarfs oder andere Gegenmaßnahmen zu ergreifen.⁸⁵ Widersprüchlich ist in diesem Zusammenhang, dass einerseits von einer Stärkung der Vermutung geredet wird, je länger und nachhaltiger ein Kar-

⁶⁹ OLG Düsseldorf, Urte. v. 8.5.2019 – U (Kart) 9/18, Rn. 128 (juris).

⁷⁰ BGH, Beschl. v. 9.10.2018 – KRB 51/16, Rn. 71 (juris).

⁷¹ EuGH, Urte. v. 5.6.2014 – C-557/12, Rn. 37 (juris).

⁷² Pustlauk, EWeRK 2014, 305 (308); vgl. EuGH, Urte. v. 5.6.2014 – C-557/12, Rn. 34 (juris).

⁷³ EuGH, Urte. v. 5.6.2014 – C-557/12, Rn. 30 (juris).

⁷⁴ EuGH, Urte. v. 5.6.2014 – C-557/12, Rn. 22, 24 (juris); vgl. EuGH, Urte. v. 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, Rn. 64 (juris).

⁷⁵ EuGH, Urte. v. 5.6.2014 – C-557/12, Rn. 24 (juris).

⁷⁶ EuGH, Urte. v. 5.6.2014 – C-557/12, Rn. 26 (juris).

⁷⁷ EuGH, Urte. v. 5.6.2014 – C-557/12, Rn. 25 f. m.w.N. (juris).

⁷⁸ BGH, Urte. v. 12.6.2018 – KZR 56/16, Rn. 39 (juris).

⁷⁹ Einen Anscheinsbeweis bejahend: OLG Karlsruhe, Urte. v. 9.11.2016 – 6 U 204/15 Kart (2), Rn. 67 (juris); LG Köln, Teilurte. v. 15.5.2018 – 31 O 540/14, Rn. 208 ff. (juris); Inderst/Thomas (Fn. 50), S. 317, 331 ff.; Petrasincu, WuW 2016, 330 (331); offenlassend: OLG München WuW 2018, 486 (492); einen typischen Geschehensablauf ablehnend: LG München I, Urte. v. 27.7.2016 – 37 O 24526/14, Rn. 122 ff. (juris).

⁸⁰ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 45 f.).

⁸¹ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 52, 59), mit Verweis auf: BGH, Urte. v. 12.7.2016 – KZR 25/14, Rn. 41 ff. (juris).

⁸² BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 54 ff., 59 ff.).

⁸³ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 57).

⁸⁴ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 57).

⁸⁵ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 57).

tell praktiziert wurde;⁸⁶ andererseits die oben genannten Faktoren erheblichen Veränderungen unterliegen sollen, wenn sie sich über einen längeren Zeitraum erstrecken.⁸⁷ D.h., der BGH verwendet ein und dasselbe Argument für und gegen die Annahme eines Anscheinsbeweises.⁸⁸ Diese Begründung des BGH sollte in der Beweiswürdigung anders aufgefasst werden: Ein länger bestehendes Kartell begründet die tatsächliche Vermutung; auf den Einzelfall bezogen können dann von der Beklagten solche Veränderungen der Faktoren vorgebracht werden, um die Vermutung abzuschwächen.

Erschwerend hinzukomme nämlich auch, dass Kartellanten regelmäßig von Absprachen abweichen würden, um ihre Auftragszahl zu erhöhen;⁸⁹ dies umso mehr, je größer die Anzahl der Kartellanten sei und je geringer somit die Kapazitäten zur Überwachung des (abweichenden) Verhaltens – effektives Kartellverhalten würde sowohl eine Überwachung als auch eine Sanktionierung eines solchen absprachewidrigen Verhaltens beinhalten.⁹⁰ Fehlende Kartelldisziplin bedeute fehlende Typizität und somit mangelnde Voraussetzung für die Annahme eines auf einer sehr großen Wahrscheinlichkeit beruhenden Anscheinsbeweises.⁹¹

Diese Ablehnung des Anscheinsbeweises ist als umfassend zu betrachten und somit nicht nur auf die im Leitsatz erwähnten Quoten- und Kundenkartelle⁹² zu reduzieren, sondern gilt ebenso für Preiskartelle,⁹³ da er dieses expressis verbis in seiner Begründung mit aufführt⁹⁴. Allerdings behält der BGH die ökonomischen Erfahrungssätze hinsichtlich des Kartellschadens und der Kartellbetroffenheit bei, er misst ihnen nur einen geringeren Beweiswert bei.⁹⁵

Dennoch steht diese Rechtsprechung im inhaltlichen Widerspruch zu den europäischen Richtlinienvorgaben (Richtlinie 2014/104/EU) sowie dem daraufhin eingeführten § 33a Abs. 2 GWB, der nach § 292 ZPO zwingend zu beachten ist. In Ungarn gibt es beispielsweise schon seit Längerem sogar eine widerlegliche Vermutungsregel hinsichtlich des kartell-

bedingten Preisaufschlags (10 %).⁹⁶ Vielmehr sollte es für zukünftige Fälle also überhaupt nicht mehr um das „Ob“ eines Schadens, sondern um das „Wie“ gehen – der BGH möchte allenfalls mit der Entscheidung klarstellen, dass selbst im Rahmen der Vermutung des § 33a Abs. 2 GWB für Neufälle die Beweisführung anhand konkreter Sachverhaltsarbeit stattfinden soll und somit auch die ökonomischen Gutachten umso beweiskräftiger sind, je mehr konkrete Gegebenheiten sie einbeziehen.⁹⁷

b) Kartellschaden

Hierfür nimmt der BGH mangels erforderlicher Typizität lediglich eine tatsächliche Vermutung an, dass die im Rahmen eines Kartells erzielten Preise im Schnitt über denen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten.⁹⁸

c) Kartellbetroffenheit

Es besteht kein Anscheinsbeweis mangels erforderlicher Typizität, aber womöglich eine tatsächliche Vermutung dahingehend, dass Aufträge, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich der Absprachen fallen, auch von diesen erfasst und somit kartellbefangen waren.⁹⁹

d) Schadensersatz im Rahmen des Preisschirmeffekts

Wenn schon die Anwendung eines (doppelten) Anscheinsbeweises hinsichtlich des Warenbezugs von Kartellanten ausscheidet, dann muss dasselbe erst recht bei einem solchen von Kartellaußenseitern gelten.¹⁰⁰ Mangels entsprechender Erfahrungssätze, insbesondere da nicht nur Preiserhöhungen, sondern auch Preissenkungen der Kartellaußenseiter zur Generierung von Marktanteilen möglich sind,¹⁰¹ streitet auch keine Vermutung für kartellbedingte Preisschirmeffekte.¹⁰²

e) Kritik

Eine Anregung an den BGH-Senat nach seinem Urteil vom 11.12.2018, das den derzeitigen gesetzlichen Wertungen widerspreche, zur Richtigstellung, dass dieses Urteil zum einen eine Einzelfallentscheidung darstellt und zum anderen nicht für Preiskartelle gilt, gibt bereits Heyers.¹⁰³

Es ist fraglich, ob die Entscheidungspraxis (insbesondere der OLGs)¹⁰⁴ nicht bereits zu einer gewohnheitsrechtlichen

⁸⁶ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 55); BGH WuW/E DE-R 1567 (1569).

⁸⁷ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 57).

⁸⁸ Vgl. zur Begründung des Anscheinsbeweises durch eine tatsächliche Vermutung: Thole (Fn. 24), § 292 Rn. 7.

⁸⁹ So wohl Quellmalz, <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2018/12/kartellschaeden-norton-rose-und-rohnke-erstreiten-bgh-urteil-zum-anscheinsbeweis> (20.7.2020).

⁹⁰ Ewald, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, Kap. 1, § 7 Rn. 88 ff., 97 f.; Buschfeld/Egner, WRP 2019, 857 (859).

⁹¹ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 57).

⁹² BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 57).

⁹³ So auch Ritz/Marx, WuW 2019, 91 (97 f.).

⁹⁴ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 55, 58); nun aber die tatsächliche Vermutung hinsichtlich des durch die Kartellabsprache beeinflussten Preisniveaus durch Klarstellung wohl nur für Kunden- und Quotenkartelle geltend: BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Rn. 42 f. (juris).

⁹⁵ Ritz/Marx, WuW 2019, 91 (98).

⁹⁶ So der § 88/C des Gesetzes zum Verbot von unlauterem Marktverhalten und Wettbewerbsbeschränkungen: vgl. Grossmann (Fn. 61), S. 166 f.; Ritz/Marx, WuW 2019, 91 (98); Nagy, WuW 2010, 902; Kersting, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 7 Rn. 40.

⁹⁷ Ritz/Marx, WuW 2019, 91 (98).

⁹⁸ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 55 ff.).

⁹⁹ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 59 ff.).

¹⁰⁰ Buschfeld/Egner, WRP 2019, 857 (863).

¹⁰¹ Coppik/Haucap, WuW 2016, 55 ff.

¹⁰² Buschfeld/Egner, WRP 2019, 857 (863).

¹⁰³ Heyers, WuW 2019, 545 ff.

¹⁰⁴ „[V]on der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte etablierten Anscheinsbeweise zur Schadensverursachung und

Anerkennung des Anscheinsbeweises geführt hat, die Entscheidung somit lediglich als Ausnahme im Einzelfall anzusehen ist und überhaupt keine weiterreichenden Auswirkungen auf die Beweisverteilung im Kartellschadensersatzrecht hat. Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass es sich um das erste Urteil des BGH hinsichtlich dieser Frage(n) handelt und somit die höchstrichterliche Rechtsprechung in der Zukunft (mit großer Wahrscheinlichkeit) an diesen Grundsätzen festhaltende Entscheidungen überhaupt erst ein „Richterrecht“ schaffen würde.

Für die Praxis bedeutet dieses Urteil nach den zivilprozessrechtlichen Grundsätzen zunächst einmal nur, dass zwar für die Kartellbetroffenheit weiterhin der Maßstab des § 286 ZPO und die Verursachung des Schadens der abgesenkte Beweismaßstab des § 287 ZPO einschlägig sind; für beide ist jedoch die tatsächliche Vermutung (deren Erfahrungssatz zusammen mit der Typizität regelmäßig einen Anscheinsbeweis begründet hat) alleine nicht mehr ausreichend.¹⁰⁵ Freilich sind die Gerichte auch weiterhin in der Würdigung aller Umstände grundsätzlich frei und gerade nicht an Entscheidungen anderer Gerichte gebunden;¹⁰⁶ allerdings kann eine abweichende Entscheidung eines Instanzgerichts im Widerspruch zu den Prinzipien der Rechtsklar- und -sicherheit nach Art. 20 Abs. 3 GG¹⁰⁷ stehen und einen Revisionsgrund darstellen.¹⁰⁸ Indes ist der BGH durch seine Entscheidung aber von einer solchen revisionsrichterlichen Überprüfung abgerückt, da es sich bei der tatsächlichen Vermutung um eine Beweiswürdigung des befassen Gerichts handelt, die im Rahmen der Revision nur auf Widersprüchlichkeiten, Verstoß gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze sowie fehlende Würdigung von Teilen des Beweisergebnisses überprüft werden kann (§§ 546, 559 Abs. 2 ZPO).¹⁰⁹ Es ist dem Richter also gerade bei der tatsächlichen Vermutung selbst überlassen, welche Aussagekraft er dieser im Einzelnen und der Gesamtschau beimisst¹¹⁰ – durch die Anerkennung des der Anwendung der tatsächlichen Vermutung zugrundeliegenden Erfahrungssatzes im Schienenkartell¹¹¹ ist ein Prüfungsrecht des BGH in dieser Hinsicht zu verneinen.¹¹² Im Verlauf des Jahres 2019 ist an den Instanzgerichten weitgehend an die grund-

sätzliche Freiheit der Richter hinsichtlich Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung angeknüpft worden und der tatsächlichen Vermutung (für das „Ob“ des Kartellschadens und die Kartellbetroffenheit) somit ausreichend Raum für eine klägerfreundliche Entscheidung zugekommen.¹¹³ Allerdings gibt es auch Gerichte, die den Anscheinsbeweis weiterführen.¹¹⁴ Dabei muss auch immer im Hinterkopf behalten werden, dass die vorherigen Entscheidungen des BGH, die einen ökonomischen Erfahrungssatz für Schäden bejaht haben, hinsichtlich Hardcore-Kartellen¹¹⁵ getroffen worden sind; mit der im Dezember 2018 getroffenen Entscheidung differenziert er klar und deutlich zwischen tatsächlicher Vermutung und Anscheinsbeweis und tritt der Annahme letzteren unmissverständlich entgegen.¹¹⁶ Eine saubere Differenzierung wird jedoch nicht hinsichtlich der Beweismaßstäbe von Kartellbetroffenheit und der Kartellbetroffenheit im Sinne der Kartellbefangenheit von Aufträgen gemacht: Zunächst wird festgestellt, dass für die Feststellung, „dass der Klägerin aus der Abwicklung der in Rede stehenden Aufträge ein Schaden entstanden ist [...] der Beweismaßstab des § 287 Abs. 1 ZPO gilt“ und gleichzeitig auf eine seiner frühere Entscheidung – Lottoblock II¹¹⁷ – verwiesen.¹¹⁸ In dieser früheren Entscheidung wird allerdings zwischen der Betroffenheit im Rahmen der Aktivlegitimation und der Kartellbefangenheit von Aufträgen differenziert; wohingegen der BGH nun diese zwei Kriterien vermischt, indem er – mittels (missglücktem) erneutem Verweis¹¹⁹ – der Kartellbefangenheit das Beweismaß des § 286 ZPO zuschreibt, obwohl es dabei offensichtlich um die Kartellbefangenheit einzelner Aufträge und eben nicht um die Kartellbetroffenheit im Rahmen der Aktivlegitimation

Kartellbetroffenheit“: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Referentenentwurf, Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), S. 92.

¹⁰⁵ Vgl. Rützel, WuW 2019, 130 (132 ff.).

¹⁰⁶ v. d. Hövel, Richterliche Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2013, S. 70.

¹⁰⁷ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 90. EL, Stand: Februar 2020, Art. 20 VII Rn. 50 ff.

¹⁰⁸ Vgl. BGH NJW 2002, 2473 f.; BGH NJW 2003, 65 (66).

¹⁰⁹ Thiede, NZKart 2019, 202 (204); vgl. BGH NJW 2018, 68 (70).

¹¹⁰ BGH NJW 2004, 3423 (3424); BGH BeckRS 2009, 8888 (Rn. 21).

¹¹¹ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 55 ff.); LG Stuttgart NZKart 2019, 177 (178).

¹¹² Thiede, NZKart 2019, 202 (205).

¹¹³ Vgl. LG Stuttgart NZKart 2019, 435 (436 f.); verneinend auf eine Gesamtwürdigung gestützt: LG München I NZKart 2019, 392 (393); offen gelassen hinsichtlich der Anwendung der tatsächlichen Vermutung: LG Hannover NZKart 2019, 610 f.; tatsächliche Vermutung verneinend (sich in der Beweisführung vollständig auf die Entscheidung des BGH v. 11.12.2018 richtend): LG Leipzig NZKart 2019, 614 f.; LG Stuttgart, Ur. v. 25.7.2019 – 30 O 30/18, Rn. 90 ff. (juris); die tatsächliche Vermutung sogar für den Informationsaustausch über Bruttopreise annehmend: OLG Stuttgart NZKart 2019, 345 (346 f.); LG Stuttgart NZKart 2019, 177 f.

¹¹⁴ So LG Kiel NZKart 2019, 440 (441 f.), da die Entscheidung des BGH v. 11.12.2018 nur für Quoten- und Kundenschutzabsprachen gelte; nach Thiede, NZKart 2019, 375 (376), „in praktischer Hinsicht allenfalls geringe Unterschiede zwischen der Anwendung des Anscheinsbeweises und einer umfassender [sic] Würdigung bei einer tatsächlichen Vermutung“: OLG Stuttgart NZKart 2019, 345; sich deutlich gegen die BGH Entscheidung v. 11.12.2018 stellend: OLG Düsseldorf NZKart 2019, 157 (159 ff.); offenlassend: LG Stuttgart, Ur. v. 28.2.2019 – 30 O 47/17, Rn. 112 ff. (juris).

¹¹⁵ Kling/Thomas (Fn. 48), § 19 Rn. 97.

¹¹⁶ Hertel/Nuys/Penz, NZKart 2019, 86 (88).

¹¹⁷ BGH, Ur. v. 12.07.2016 – KZR 25/14, Rn. 41 ff. (juris).

¹¹⁸ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 52).

¹¹⁹ BGHZ 211, 146 (Rn. 47).

geht.¹²⁰ Zu erwarten wäre gewesen, dass der BGH im Dreischritt differenziert:

1. Aktivlegitimation, hierfür (Kläger-)Betroffenheit gemessen am Maßstab des § 286 ZPO im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität;
2. allgemein steigernde Wirkung des Preisniveaus aufgrund des Kartells sowie
3. Kartellbefangenheit der spezifischen Aufträge, jeweils gemessen am (erleichterten) Maßstab des § 287 Abs. 1 ZPO im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität.

Zu guter Letzt wird das Rechtsstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG hinsichtlich der Gewaltenteilung¹²¹ insbesondere durch die Entscheidung des BGH infrage gestellt: Denn in der Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle geht der Gesetzgeber gerade vom Anscheinsbeweis für Kartellschäden als Grundlage der Rechtsprechung aus;¹²² der BGH seinerseits aber aus Gründen intertemporaler Regelung nicht von dem neu etablierten Gesetz der Legislative. Hierbei ist besonders fraglich, ob dieses Urteil – wenngleich es sich (wohl) noch in den europarechtlichen Schranken der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsätze bewegt – mit dem deutschen Grundgesetz vereinbar ist.¹²³ Dies ist schlussendlich zu bejahen, da der BGH geltendes Recht anwendet – unabhängig davon, was der Gesetzgeber aufgrund ergangener Urteile im Rahmen der 9. GWB-Novelle kodifiziert hat.

f) Europarechtliche Problematik

Fraglich ist, inwieweit der BGH mit seiner Verneinung des doppelten Anscheinsbeweises sich (noch) im Rahmen der europarechtlichen Vorgaben bewegt: Denn in der Richtlinie 2014/104/EU findet sich im Erwägungsgrund 3 bereits die unbedingte Wichtigkeit insbesondere Privatpersonen zu schützen, „indem [die Gerichte] beispielsweise den durch Zuwiderhandlungen Geschädigten Schadensersatz zuerkennen“; darüber hinaus soll dies aber genauso für Unternehmen oder Behörden gelten. In Erwägungsgrund 4 wird dieser Kerngedanke des Schutzes des Geschädigten noch verdeutlicht, indem „in jedem Mitgliedstaat Verfahrensvorschriften bestehen [sollen], die gewährleisten, dass dieses Recht wirksam geltend gemacht werden kann.“ Allerdings kann es sich nur dann um eine solche Verletzung insbesondere des Effektivitätsgrundsatzes handeln, wenn eine nationale Vorschrift als außerordentlich problematisch einzustufen ist oder zu besonderen Wettbewerbsverzerrungen führt¹²⁴ – es geht dabei (nur) um

ein Mindestmaß an Effektivität des Unionsrechts¹²⁵. Diesen Anforderungen trägt der BGH mittels Beweiserleichterung in Form der tatsächlichen Vermutung Rechnung.¹²⁶

3. Nach dem BGH-Urteil vom 28.1.2020 – Altfälle

a) Kartellschaden

Der BGH führt seine Rechtsprechung vom 11.12.2018 fort; allerdings stellt er klar, dass dem Erfahrungssatz entgegen dem Anscheinsbeweis „kein abstrakt quantifizierbarer Einfluss auf das Ergebnis der Würdigung aller Umstände des Einzelfalles zu[komme].“¹²⁷ Dies wäre zum einen mit den Grundsätzen der freien richterlichen Überzeugungsbildung nicht zu vereinbaren und zum anderen hänge das Gewicht des Erfahrungssatzes ohnehin „entscheidend von der konkreten Gestaltung des Kartells und seiner Praxis sowie davon ab, welche weiteren Umstände feststellbar sind, die für oder gegen einen Preiseffekt der Kartellabsprache sprechen.“¹²⁸ Kontrovers scheinen die Ausführungen, dass sich mangels tatsächlichem Wissen über die exakte Entwicklung des Marktpreises ohne die Kartellabsprache jegliche Feststellungen des Tatrichters nur auf Hypothesen beruhen könnten¹²⁹ und diese auch nicht durch Sachverständigengutachten hinreichend bekräftigt beziehungsweise bewiesen werden. Meines Erachtens soll damit gerade nicht ausgedrückt werden, dass eine dem Maßstab des § 287 Abs. 1 ZPO entsprechende Überzeugung des Richters nie erreichbar ist, sondern lediglich, dass es sich um einen weiter zu untermauernden – *expressis verbis* nicht notwendigerweise auf Sachverständigengutachten zu stützenden – Indizienbeweis handelt.¹³⁰

b) Kartellbetroffenheit

Die Kartellbetroffenheit ist nun hinsichtlich des Kartellschadens (im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität) *expressis verbis* am Beweismaß des § 287 ZPO zu messen.¹³¹ Kritisch entgegnet der BGH jedoch der allgemeinen Notwendigkeit der Kartellbefangenheit eines konkreten Geschäfts: Denn hat der Tatrichter bereits die Überzeugung gefasst, dass auf dem betroffenen Markt mehrere Geschäfte auf einem höheren durch Kartellabsprache bedingten Preisniveau beruhen, dann bedarf es der Feststellung der Kartellbefangenheit eines einzelnen Auftrages überhaupt nicht.¹³² Weiterhin ist regelmäßig nicht einmal die Feststellung des Bezugs eines Auftrags zu einem Kartellanten beziehungsweise einer Auftragsvergabe zu dem Kartell nötig.¹³³

¹²⁰ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 59).

¹²¹ Herzog, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 18. Lfg., Stand: September 1980, Art. 20 Rn. 1 ff., 21 ff.

¹²² BT-Drs. 18/10207, S. 55 m.w.N.

¹²³ Kritisch ebenso Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 93.

¹²⁴ Classen, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 69. EL, Stand: Februar 2020, Art. 197 AEUV Rn. 25 f.

¹²⁵ Meessen, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht: Konturen eines europäischen Kartelldeliktsrechts?, 2011, S. 301.

¹²⁶ Ebenso Buschfeld/Egner, WRP 2019, 857 (861).

¹²⁷ BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Rn. 41 (juris).

¹²⁸ BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Rn. 41 (juris).

¹²⁹ BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Rn. 34 (juris).

¹³⁰ Vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Rn. 34 am Anfang (juris).

¹³¹ BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Leitsatz b) (juris).

¹³² BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Rn. 44 (juris).

¹³³ Vgl. BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Rn. 44 (juris).

c) Schadensersatz im Rahmen des Preisschirmeffekts

Zu den Ausführungen des Berufungsgerichts, dass „davon auszugehen [sei], dass sich solche Preise auch außerhalb des Kartells als Preisschirmeffekte niedergeschlagen hätten“¹³⁴, wird relativierend insoweit Stellung genommen, als dass die Möglichkeit – in diesem konkreten Fall – nicht ausgeschlossen sei.¹³⁵

d) Kritik

Die Rechtsprechung scheint mit dieser Entscheidung nicht nur wieder näher an den deutschen Gesetzgeber, sondern vielmehr auch an das System des europäischen Wettbewerbsrecht (dieses kennt nämlich die Voraussetzung der Kartellbetroffenheit im Sinne der Kartellbefangenheit einzelner Geschäfte nicht)¹³⁶ gerückt zu sein. Auch gelingt es ihm, klarzustellen, dass für die Kartellbefangenheit im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität der erleichterte Beweismaßstab des § 287 Abs. 1 ZPO gilt – die Differenzierung betreffend den oben aufgezeigten „Dreischritt“¹³⁷ findet somit in gewünschter Deutlichkeit statt. Es wird sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „[s]oweit dem Urteil des Senats vom 11.12.2018 (... [insbesondere der oben bereits kritisierten] Rn. 59...) etwas anderes zu entnehmen sein sollte, [...] nicht daran festgehalten [wird].“¹³⁸

4. Nach der 9. GWB-Novelle – Neufälle

Die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU im Rahmen der 9. GWB-Novelle sollte unter anderem die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch Unternehmen und Verbraucher bei einer Schädigung durch ein Kartell effektiver machen – Stichwort: private enforcement.¹³⁹

a) Kartellschaden

Hinsichtlich des Kartellschadens ist nun eine Differenzierung zwischen „Alt-“ und „Neu-“Fällen anzustellen: Für nach dem 26.12.2016 entstandene Schadensersatzansprüche spricht § 33a Abs. 2 S. 1 GWB eine widerlegliche Vermutung aus, dass ein Kartellverstoß (entsprechend der Definition der Regelung) ein Schaden verursacht hat und somit die Beweislast auf den Kartellanten verlagert wird (vergleiche § 292 ZPO). Hinsichtlich der von der Rechtsprechung etablierten tatsächlichen Vermutung gilt diese Beweislastverlagerung gerade nicht; vielmehr handelt es sich um Erfahrungssätze, die als Indiz (diese sind grds. vom Kläger darzulegen und zu beweisen) bei der Beweiswürdigung beachtlich sein können und bei einem typischen Geschehensablauf einen Anscheinsbeweis begründen könnten. Schon nach der Richtlinie 2014/104/EU

sollte von den Mitgliedsstaaten nach deren Art. 17 Abs. 1 S. 1 gewährleistet werden, „dass weder die Beweislast noch das Beweismaß für die Ermittlung des Schadensumfangs die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.“ Dies wurde sodann mit der 9. GWB-Novelle in § 33a Abs. 2 GWB, der „von der Rechtsprechung entwickelte Ansätze, wonach einer Zuwiderhandlung gegen § 1 oder Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Form von Kartellen nach allgemeiner Lebenserfahrung eine preissteigernde Wirkung zukommen soll oder ein erster Anschein für eine solche Wirkung der Zuwiderhandlung bestehe, woraus den Abnehmern ein Schaden entstanden sei“¹⁴⁰, umgesetzt. Explizit unberührt von dieser Regelung bleibt jedoch noch eine Vermutung hinsichtlich der Kartellbetroffenheit.¹⁴¹ Es bleibt allerdings bezüglich des § 33a Abs. 2 zu beachten, dass diese Vermutung nur für solche Kartelle im Sinne des § 33a Abs. 2 S. 2 GWB gilt; hiermit sind nicht alle horizontalen Vereinbarungen und schon gar nicht vertikale Vereinbarungen einbezogen.¹⁴²

Denn nach Art. 2 Nr. 14 wird das Kartell definiert als „eine Absprache oder eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter durch Verhaltensweisen [...], die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten, die Aufteilung von Märkten und Kunden einschließlich Angebotsabsprachen, Ein- und Ausfuhrbeschränkungen oder gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbschädigende Maßnahmen“¹⁴³. Damit sind Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen gerade nicht erfasst.¹⁴⁴ Für eine solche Erfassung im Rahmen einer Analogie mangelt es auch an der planwidrigen Regelungslücke,¹⁴⁵ denn in Erwägungsgrund 47 der Richtlinie 2014/104/EU wird die Beschränkung der Vermutung auf Kartelle damit begründet, dass „diese [gerade] durch ihren geheimen Charakter die Informationsasymmetrie verstärken und es dem Kläger erschweren, die für den Nachweis des Schadens erforderlichen Beweise zu beschaffen“; offiziellen Beschlüssen zu Unternehmensvereinigungen fehlt aber regelmäßig das Merkmal „geheim“.¹⁴⁶

Fräglich ist weiterhin, ob es sich bei § 33a Abs. 2 GWB um eine gesetzliche Vermutung oder einen Anscheinsbeweis¹⁴⁷ handelt. Da § 33a Abs. 2 GWB von einer Widerlegbarkeit der Vermutung spricht, ist zunächst einmal von einer echten gesetzlichen Vermutung nach § 292 ZPO auszugehen; denn der

¹³⁴ BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Rn. 9 (juris).

¹³⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Rn. 45 a.E. (juris).

¹³⁶ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, (Fn. 104), S. 92.

¹³⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Rn. 23 ff., 40 ff., 44 (juris).

¹³⁸ BGH, Urt. v. 28.1.2020 – KZR 24/17, Rn. 26 (juris).

¹³⁹ BT-Drs. 18/10207, S. 38 ff.

¹⁴⁰ BT-Drs. 18/10207, S. 55.

¹⁴¹ BT-Drs. 18/10207, S. 56.

¹⁴² Vgl. Kersting, WuW 2019, 173 (180).

¹⁴³ Art. 2 Nr. 14 der Richtlinie 2014/104/EU, im Vergleich zu Richtlinie (EU) 2019/1, Art. 2 Abs. 1 Nr. 11 die lediglich zusätzlich „– aber nicht ausschließlich –“ (damit Hervorhebung des als weit zu verstehenden Begriffs des Kartells jedoch weiterhin auf horizontaler Ebene) enthält.

¹⁴⁴ Lettl, WRP 2015, 537 (539 Rn. 10).

¹⁴⁵ Vgl. Inderst/Thomas (Fn. 50), S. 157 Fn. 711.

¹⁴⁶ Vgl. Kersting (Fn. 96), Kap. 7 Rn. 53.

¹⁴⁷ Hierfür: Stancke, NZKart 2017, 636 (637).

Anscheinsbeweis müsste lediglich erschüttert und nicht widerlegt werden¹⁴⁸ – allerdings benutzt die Richtlinie 2014/104/EU die Begriffe beispielsweise in Erwägungsgrund 41 synonym.¹⁴⁹ Dies hat aber – im Rahmen der Umsetzungsspielräume des deutschen Gesetzgebers – letztlich nichts mit der nationalen Fassung zu tun; vielmehr war der Gedanke des deutschen Gesetzgebers die von der Rechtsprechung entwickelten Ansätze, dass Kartellen nach allgemeiner Lebenserfahrung eine preissteigernde Wirkung zukomme und ein erster Anschein für eine solche Wirkung bestehe, woraus den Abnehmern ein Schaden entstanden sei, durch Normierung zu ersetzen¹⁵⁰. Dieser Gedanke würde verstärkt, wenn man bedenkt, dass ein Preisanstieg infolge eines Kartells einen typischen Geschehensablauf begründet, aber die dann mögliche „Erschütterung“ des Beweises durch die Gegenseite genügt, um den Kläger wiederum mit dem zu führenden Beleg desselbigen Effekts auch in einem atypischen Verlauf zu belasten.¹⁵¹

Allerdings ist der Wortlaut des § 33a Abs. 2 GWB eindeutig und, hätte der Gesetzgeber einen Anscheinsbeweis gewollt, hätte es keiner Regelung bedurft, da die Rechtsprechung ohnehin von einem solchen ausgegangen ist.¹⁵² Jedoch würde eine Regelung für Rechtsklar- und -sicherheit sorgen. Allerdings steht diesem Gedanken gegenüber, dass sich gerade deswegen bisher keine Regelung eines Anscheinsbeweises in deutschen Gesetzen findet, da es um die (richterliche) Würdigung von Tatsachen und der zugehörigen Typizität geht.¹⁵³

b) Kartellbetroffenheit

Mit der Neueinführung des § 33a Abs. 2 GWB ändert sich an den Beweisvoraussetzungen für die Kartellbetroffenheit nichts. Denn auch wenn, wie *Inderst* und *Thomas*¹⁵⁴ feststellen, § 33a Abs. 2 GWB – der „(widerleglich) vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht“ – nur dann Sinn ergebe, wenn der Schaden individuell zuzuordnen ist, also vom Eintritt des Schadens bei einem Kartellbetroffenen ausgeht, dann könnte die Vermutungsregel sich auch auf die Kartellbetroffenheit erstrecken; zumindest deutlich wird die Notwendigkeit dieses Kriteriums bezüglich eines Anspruchs auf Kartellschadensersatz. Diese Ausweitung der Vermutungsregel geht aber aufgrund mehrerer Tatsachen fehl: Zum einen ist die Rechtsprechung auch zum Anscheinsbeweis noch davon ausgegangen, dass ein Kartell nicht eine auf den Gesamtmarkt bezogene Preisanhebung begründet¹⁵⁵; zum anderen zeigt der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, dass mit der Einführung des § 33a Abs. 5 eine separate Vermutungsregel für

die Kartellbetroffenheit eingeführt werden soll¹⁵⁶. Schließlich findet sich in der Begründung zur 9. GWB-Novelle selbst der Hinweis, dass von der Vermutung (des § 33a Abs. 2 GWB) die Tatsache unberührt bleibt, „dass der Schadensersatz Beanspruchende von dem Kartell betroffen ist [dies ist dann der Fall, wenn durch das beanstandete Verhalten nachteilige Folgen für ihn eintreten konnten¹⁵⁷]. Der Anspruchsteller trägt auch weiterhin die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er Waren oder Dienstleistungen abgenommen oder geliefert hat, auf die – gegebenenfalls auch als Vorprodukt – sich der Verstoß bezogen hat.“¹⁵⁸ Auf der einen Seite ist nun also die bloße Möglichkeit eines Schadenseintritts ausreichend und entscheidend für die Feststellung der Kartellbetroffenheit, auf der anderen Seite genügt das Beziehen von Waren von einem Kartellanten aber noch nicht – der spezifische Geschäftsabschluss muss vom Kartell beeinträchtigt gewesen sein.¹⁵⁹ Zwar gilt für den Beweis der Kartellbetroffenheit zunächst der Vollbeweis nach § 286 ZPO,¹⁶⁰ dennoch können die Gerichte sogar zu einer anderen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast kommen¹⁶¹. Dies hatte zur Folge, dass teilweise ein Anscheinsbeweis dafür angenommen worden ist, dass ein Vertragsabschluss auf einem kartellierten Markt kartellbefangen ist.¹⁶²

c) Schadensersatz im Rahmen des Preisschirmeffekts

Letztlich ist ebenso fraglich, ob § 33a Abs. 2 GWB auch im Falle des Preisschirmeffektes, also auf Kartellaußenseiter anwendbar ist. Hierfür spricht nicht nur der Wortlaut der Richtlinie 2014/104/EU, sondern auch der der Norm selbst.¹⁶³

Dem wird entgegengehalten, dass rein denklogisch die Vermutung einer Schädigung von direkten Abnehmern beziehungsweise Lieferanten naheliegender ist als jene, dass die Abnehmer beziehungsweise Lieferanten von Kartellaußenseitern geschädigt worden sind.¹⁶⁴ Letztere Vermutung würde sich dann aber über das Setzen von zu hohen Preisen der Kartellbeteiligten bis hin zur Ermöglichung der Festsetzung von Preisen durch die Kartellaußenseiter, was bei unverfälschtem Wettbewerb so nicht möglich gewesen wäre, erstrecken.¹⁶⁵ Diese Möglichkeit hängt jedoch von einer Vielzahl von Faktoren ab; eine Ausdehnung der Schadensvermu-

¹⁴⁸ *Thomas*, ZHR 180 (2016), 45 (54).

¹⁴⁹ *Inderst/Thomas* (Fn. 50), S. 155 f.

¹⁵⁰ BT-Drs. 18/10207, S. 55.

¹⁵¹ *Inderst/Thomas* (Fn. 50), S. 156.

¹⁵² *Inderst/Thomas* (Fn. 50), S. 156.

¹⁵³ *Inderst/Thomas* (Fn. 50), S. 156; vgl. *Thomas*, ZHR 180 (2016), 45 (58 Fn. 54).

¹⁵⁴ *Inderst/Thomas* (Fn. 50), S. 154.

¹⁵⁵ OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013 – 6 U 51/12 (Kart), Rn. 42. (juris); LG Berlin NZKart 2014, 37 f.

¹⁵⁶ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 11.

¹⁵⁷ LG Hannover BeckRS 2016, 12506; LG Düsseldorf 19.11.2015 – 14d O 4/14, Rn. 213 (juris).

¹⁵⁸ BT-Drs. 18/10207, S. 56.

¹⁵⁹ *Inderst/Thomas* (Fn. 50), S. 123; vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013 – 6 U 51/12 (Kart), Rn. 49 ff. (juris).

¹⁶⁰ BGH, Urt. v. 12.07.2016 – KZR 25/14, Rn. 47 (juris).

¹⁶¹ BT-Drs. 18/10207, S. 56 m.w.N.

¹⁶² OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013 – 6 U 51/12 (Kart), Rn. 53 ff., 69 (juris).

¹⁶³ *Kersting* (Fn. 96), Kap. 7 Rn. 41; *Inderst/Thomas* (Fn. 50), S. 239; entgegen *Kersting* (Fn. 96), Kap. 7 Rn. 41 Fn. 76 verneinend: *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863 (1866); a.A. ebenso *Galle*, NZKart 2016, 214 (219).

¹⁶⁴ *Kersting* (Fn. 96), Kap. 7 Rn. 41.

¹⁶⁵ *Kersting* (Fn. 96), Kap. 7 Rn. 41.

tung hinsichtlich des umbrella pricings ist somit zweifelhaft.¹⁶⁶

Allerdings ist Art. 11 Abs. 6 der Richtlinie 2014/104/EU zu entnehmen, dass die Problematik des Preisschirmeffektes nicht unbekannt gewesen ist und eine Einschränkung diesbezüglich denkbar gewesen wäre.¹⁶⁷

5. Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle

a) Hintergrund

Mit den beiden Urteilen des EuGH¹⁶⁸, in denen unter anderem die unabdingbare Bedeutung des Effektivitätsgrundsatz im Rahmen der Kartellschadensersatzklagen klargestellt worden ist, sieht sich der Gesetzgeber in Deutschland verpflichtet, sich – insbesondere jetzt nach der neuen Rechtsprechung des BGH – der Problematik der Geltendmachung von Schadensersatz durch „jedermann“¹⁶⁹ zu widmen. Hinzukommt die bereits durch die Richtlinie 2014/104/EU erforderlich gewordene Umsetzung bezüglich einer wirksameren Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften. Deswegen soll § 33a Abs. 5 GWB implementiert werden, der eine (widerlegliche) Vermutung zu Rechtsgeschäften mit kartellbeteiligten Unternehmen und damit zugunsten von unmittelbaren Lieferanten und Abnehmern aufstellt, wonach diese innerhalb des sachlichen, räumlichen und zeitlichen Bereichs des Kartells von diesem Kartell betroffen sind.¹⁷⁰ Es soll also sichergestellt werden, „dass die Geschädigten eines Kartells den erlittenen Schaden von den Kartellbeteiligten wirksam einfordern können.“¹⁷¹ Denn bisher ist „die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oft schon deswegen vor erheblichen Schwierigkeiten gestanden, weil der Nachweis der Kartellbefangeneheit eines konkreten Geschäfts den Klägern mangels entsprechender Information nicht möglich war.“¹⁷² In der Folge würde es nun also zu einer Beweislastumkehr kommen; dies ist gerade deswegen aber gerechtfertigt, da der Rechtsverletzer als Kartellbeteiligter auch besser in der Lage zur Beweisführung ist, da er regelmäßig Zugang zu den nötigen beweiskräftigen Information hat.¹⁷³

b) Betroffenheit bei Preisschirmeffekt

Allerdings ist anzumerken, dass der Gesetzgeber explizit keine Erstreckung der Vermutung zur Kartellbetroffenheit auf Preisschirmeffekte vorsieht; damit sei jedoch keine Aussage verbunden, „ob und inwieweit auch in solchen Konstellationen eine Betroffenheit vorliegen kann.“¹⁷⁴

Diese Begründung ist allerdings insbesondere im Lichte der Kone-Entscheidung des EuGH¹⁷⁵ kritisch zu betrachten. Denn auf der einen Seite sollen auch durch Preisschirmeffekte Geschädigte einen Schadensersatz geltend machen können¹⁷⁶; auf der anderen Seite würde dies wohl zu einer uferlosen Ausweitung des Effektivitätsgrundsatz¹⁷⁷ führen. Sicherlich sind Schäden durch Preisschirmeffekte aufgrund der Vielzahl von sie beeinflussenden Faktoren äußerst kompliziert nachzuweisen und müssten zumindest in Anbetracht der BGH-Entscheidung vom Dezember letzten Jahres, der den Anscheinsbeweis unter anderem deswegen für den Schaden und die Kartellbetroffenheit verneinte, da der Kartelleffekt ebenso von einer Vielzahl an Faktoren abhängt,¹⁷⁸ durch eine rechtliche umfassende richterliche Würdigung aller Tatumstände zu beweisen sein. Dennoch möchte der Gesetzgeber eine widerlegliche Vermutung bezüglich der Kartellbetroffenheit ebenso für mittelbare Abnehmer mit § 33c Abs. 3 S. 2 GWB einführen, um keine Verschlechterung der prozessualen Situation für den (mittelbar) Betroffenen herbeizuführen, indem dieselbe Ware weiterveräußert wurde.¹⁷⁹ Diese Erleichterungen sollten dann auch für Schäden durch Preisschirmeffekte gelten. Dem entgegen ist folgender Gedanke¹⁸⁰ hinsichtlich der Tragweite der Einführung des § 33a Abs. 5 des Referentenentwurfs zur 10. GWB-Novelle nicht von der Hand zu weisen: Wenn seit der Kone-Entscheidung des EuGH¹⁸¹ auch derjenige einen Schadensersatz geltend machen kann, der Waren (oder Dienstleistungen) von einem Kartellaußenseiter bezogen hat und für diesen per se keine Kartellbetroffenheit zu bejahen wäre – logischerweise überhaupt nicht Voraussetzung des Anspruchs sein kann –, dann muss dies erst recht für direkte Abnehmer gelten (argumentum a fortiori).¹⁸² Der

¹⁶⁶ Kersting (Fn. 96), Kap. 7 Rn. 41; Inderst/Thomas (Fn. 50), S. 239, 331 ff.

¹⁶⁷ Kersting (Fn. 96), Kap. 7 Rn. 41

¹⁶⁸ EuGH, Urt. v. 20.9.2001 – C-453/99; EuGH, Urt. v. 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04.

¹⁶⁹ EuGH, Urt. v. 20.9.2001 – C-453/99, Rn. 26 (juris); EuGH, Urt. v. 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, Rn. 60 f., 90 (juris).

¹⁷⁰ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 93.

¹⁷¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 93.

¹⁷² Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 93.

¹⁷³ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 93.

¹⁷⁴ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 93.

¹⁷⁵ EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-557/12.

¹⁷⁶ In beiden Urteilen des EuGH (EuGH, Urt. v. 20.9.2001 – C-453/99; EuGH, Urt. v. 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04) wird von einem „Jedermann“-Recht auf Schadensersatz gesprochen – dies müsste wortlautgemäß auch durch Preisschirmeffekte Geschädigte einbeziehen.

¹⁷⁷ Jaeger, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kommentar zum Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 101 II AEUV Rn. 58.

¹⁷⁸ BGH BeckRS 2018, 33435 (Rn. 57 ff.).

¹⁷⁹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 93 f.

¹⁸⁰ Vgl. hierzu: LG Dortmund, Urt. v. 21.12.2016 – 8 O 90/14 (Kart), Rn. 113 ff. (juris).

¹⁸¹ EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-557/12.

¹⁸² Vgl. hierzu: Kapp, Speaker's Corner – Private Enforcement: Wann ist ein Schaden „kartellbetroffen“?, Luther Newsletter 2. Quartal 2017, S. 6, abrufbar unter

Gesetzgeber selbst geht bei der Betroffenheitsregelung von einer speziell deutschen aus, die erst jetzt aufgrund der Rechtsprechung des BGH einer Konkretisierung bedarf.¹⁸³ Dies wirft aber mehrere Überlegungen auf: Wenn die Regelung eine nur im deutschen Recht vorgesehene Tatbestandsvoraussetzung betrifft, dann ist es nur denklogisch, dass der EuGH in oben genannter Entscheidung eine solche überhaupt nicht geprüft hat. Dies würde dann aber wiederum den Schluss zulassen, dass der deutsche Gesetzgeber mangels europarechtlicher Bedeutung dieser Voraussetzung eine Klarstellung im Rahmen der geplanten Beweiserleichterung mittels § 33a Abs. 5 des Referentenentwurfs der 10. GWB-Novelle einführen wollte. Schließlich differenziert der nationale Gesetzgeber aber sehr wohl, indem er *expressis verbis* eine Erstreckung auf Preisschirmeffekte ablehnt.¹⁸⁴ Diese Differenzierung des Gesetzgebers in Deutschland ist im Ergebnis als richtig einzustufen; die Begründung hierzu geht schon überhaupt nicht deswegen fehl, weil europarechtlich die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen auch durch von Preisschirmeffekten Geschädigte anerkannt ist. Es wird hier vielmehr ein optimaler Spagat geschaffen zwischen Beweiserleichterungen für die Klägerseite und Einhaltung europarechtlicher Vorgaben (insbesondere auch des Effektivitätsgrundsatzes).

c) Systematische Beweiserleichterung der Betroffenheit

Mit der Etablierung des § 33c Abs. 3 S. 2 GWB wird umso mehr der mit Einführung der 9. GWB-Novelle auf Grundlage der ORWI-Entscheidung des BGH¹⁸⁵ anerkannte Einwand der Schadensabwälzung in § 33c Abs. 1 S. 2 GWB erschwert: Denn nun gibt es neben der Vermutung hinsichtlich einer Schadensweitergabe an mittelbare Abnehmer (§ 33c Abs. 2 GWB) auch eine solche bezüglich der Betroffenheit. Zwar soll sich erstere Vermutung sowohl zum Nachteil des Kartellanten als auch der dem mittelbaren Abnehmer vorgelagerten Marktstufe auswirken können,¹⁸⁶ jedoch steht der *passing-on defence*¹⁸⁷ dann entgegen, dass Schadensersatzklagen mittelbarer Abnehmer erleichtert werden sollen und damit der tatsächliche Schaden umso „präsenster“ würde. Dem widerspricht allerdings, dass damit wiederum die „Schadensweiterwälzung“ selbst ebenso offensichtlich würde und damit vielmehr die Beweisführung für die Beklagte erleichtert wäre. Schließlich bleibt nach den Ausführungen zu dieser den geplanten § 33a Abs. 5 der 10. GWB-Novelle ergänzenden Norm die Frage offen, warum der Gesetzgeber nicht konsequent ist und die Betroffenheit auch für durch Preisschirmeffekt Geschädigte (widerleglich) vermutet. Es ist davon auszugehen, dass dem

Gesetzgeber sehr wohl bewusst war, dass er sonst Kartellschadensersatzklagen, deren Voraussetzungen – gerade im Rahmen des Preisschirmeffekts – nicht ohne Weiteres auf Erfahrungswissen beruhen, Tor und Tür öffnen würde.

d) Fazit

Zwar ermöglicht der (neue) § 33a Abs. 5 GWB zusammen mit dem bereits etablierten § 33a Abs. 2 GWB das im Referentenentwurf angelegte Ziel, den wirksamen Wettbewerb schnell wiederherstellen zu können.¹⁸⁸ Allerdings scheint diese Regelung durch das klarstellende Urteil des BGH vom 28.1.2020 weitgehend obsolet.

IV. Zu viel (unnötige) Hilfe durch den Gesetzgeber?

Ob „Anscheinsbeweis Adieu“¹⁸⁹, „Anscheinsbeweis auf dem Abstellgleis“¹⁹⁰ oder „Der Anscheinsbeweis ist tot“¹⁹¹, die instanzgerichtliche Rechtsprechung wird sich zunächst weiter mit der BGH-Rechtsprechung (siehe oben zitierte Entscheidungen) auseinandersetzen müssen. Denn bis es zu „Neufällen“ beziehungsweise sogar zukünftigen Fällen kommt, wird die Rechtsprechung des BGH in Sachen Kartellschadensersatz zwangsläufig dazu führen, dass sich die Gerichte umfassender mit den eingebrachten Beweisen auseinandersetzen, um sich so auf der einen Seite im Rahmen der europarechtlichen Richtlinien zu bewegen, *scil.* klägerfreundlich, aber auf der anderen Seite auch die Hürden für Beklagtenbeweise nicht zu hoch zu setzen. Im Ergebnis werden die Einzelfälle auch als solche behandelt werden müssen; das bedeutet, dass umso mehr wieder am konkreten Sachverhalt gearbeitet werden muss und Sachverständigengutachten unumgänglich werden. Hierdurch muss allerdings wiederum der Spagat zwischen dem Jedermannsrecht, Kartellschadensersatz einzuklagen, und den Kosten für den dann nötigen Beweisaufwand geschaffen werden. Für zukünftige Fälle werden der Abs. 2 und der geplante Abs. 5 (der 10. GWB-Novelle) des § 33a GWB dazu führen, dass es in den kartellrechtlichen Verfahren hauptsächlich um die Schadenshöhe gehen wird. Dies aber birgt die Gefahr, dass die Judikative mit einer Flut an Kartellschadensersatzklagen konfrontiert wird, da durch die Legislative das Hindernis „konkreter Schadensnachweis“ weitgehend aus dem Weg geräumt worden ist. Unter anderem aus diesem Grund hat der Gesetzgeber wohl auch weiterhin die Bestimmung der Schadenshöhe den Gerichten nach § 287 ZPO überlassen und gerade keine Schadensvermutung eingeführt.¹⁹² Der deutsche Gesetzgeber trägt den durch den europäischen Gesetzgeber gesetzten Zielen durch die Nachschärfungen mittels Vermutungsregelungen konsequent Rechnung – er muss allerdings aufpassen, dass er nicht einen Schritt zu weit geht und die Beklagtenseite wehrlos macht. Vielmehr

https://www.luther-lawfirm.com/fileadmin/user_upload/PDF/Newsletter/Kartellrecht/Kartellrecht_Q2_2017.pdf (20.7.2020).

¹⁸³ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 92.

¹⁸⁴ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 92.

¹⁸⁵ BGHZ 190, 145.

¹⁸⁶ BT-Drs. 18/10207, S. 57.

¹⁸⁷ Inderst/Thomas, NZKart 2018, 158 (159 f.).

¹⁸⁸ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 2.

¹⁸⁹ Hertel/Nuys/Penz, NZKart 2019, 86 ff.

¹⁹⁰ Buschfeld/Egner, WRP 2019, 857 ff.

¹⁹¹ Makatsch, WuW 2019, 117 ff.

¹⁹² Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 93.

sollte er nun noch mehr den Fokus darauf legen, den Klägern die nötige Informationsbeschaffung zur Beweisführung zu erleichtern und dieser Asymmetrie nicht mit weiteren Vermutungsregeln (beispielsweise als Pendant zu dem geplanten § 33c Abs. 3 S. 2 GWB auch eine Erstreckung des geplanten § 33a Abs. 5 der 10. GWB-Novelle auf Preisschirmeffekte) begegnen.¹⁹³ Denn dann wäre trotz der Komplexität von Kartellschäden, die für einen fair trial¹⁹⁴ eine umfassende Auseinandersetzung mit allen Einzelheiten voraussetzen würde, eine zu einfache Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen möglich.

¹⁹³ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 104), S. 93: aufgrund der Informationsasymmetrie unter anderem Einführung des § 33a Abs. 5 GWB.

¹⁹⁴ OLG Saarbrücken BeckRS 2011, 5657.