

Quelle: <https://research.owlit.de/document/a3f73952-2d5f-3220-a5fa-535832868908>

gespeichert: 16.03.2022, 10:16 Uhr

Zeitschrift	Wirtschaft und Wettbewerb
Autoren	Dr. Anna Huttenlauch, (NYU), LL.M. / Josefa Dengler, LL.M. / Paul Voges <i>Dr. Anna Huttenlauch, (NYU), LL.M., Partnerin, BLOMSTEIN, Berlin, Josefa Dengler, LL.M., Associate, BLOMSTEIN, Berlin, Paul Voges, ehem. wissenschaftlicher Mitarbeiter, BLOMSTEIN, Berlin und Doktorand an der Helmut-Schmidt-Universität, Hamburg. Die Verfasserinnen beraten regelmäßig zu Kartellschadensersatzverfahren und sind in mehreren anhängigen Prozessen Verfahrensbevollmächtigte.</i>
Rubrik	Abhandlung
Referenz	15.03.2022, WUW1400575
Verlag	Fachmedien Otto Schmidt

Jüngere Entwicklungen im Kartellschadensersatzrecht (Teil 1)

Dr. Anna Huttenlauch, (NYU), LL.M. / Josefa Dengler, LL.M. / Paul Voges

Das Kartellschadensersatzrecht hat sich in letzter Zeit dynamisch entwickelt. Der zweiteilige Beitrag gibt einen Überblick über praxisrelevante Rechtsprechung und Gesetzgebung. Der erste Teil beschäftigt sich mit den BGH-Urteilen Schienenkartell II, IV und V sowie dem ersten Urteil zum Lkw-Kartell. Insgesamt zeigt sich, dass die Entscheidungen für mehr Rechtssicherheit sorgen, etwa durch die Verortung der Kartellbefangenheit als haftungsausfüllendes Merkmal oder bei der Ausformung der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen. Es bleiben aber weiterhin Fragen offen, zu denen der BGH und der EuGH in Zukunft Stellung beziehen müssen. Der zweite Teil wendet sich Fragen der Schadensfeststellung und der Schätzung der Schadenshöhe nach § 287 Abs. 1 ZPO zu.

Recent developments in cartel damages law

The essay provides an overview of the latest developments in cartel damages law. It consists of two parts. The first part focuses on the German Federal Court's (BGH) judgments Schienenkartell II, IV and V as well as its first judgment on the trucks cartel. The authors discuss the binding effect of administrative decisions of cartel authorities for follow-on damages claims, the legal requirements of „Betroffenheit“ and „Kartellbefangenheit“, the after-effects of cartels on prices and the passing-on defence. In summary, the decisions of the BGH provide more legal certainty overall, but some questions will still need to be clarified by the BGH and the ECJ in the future. The second part of this essay will address the assessment of concrete damages and their amount.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. Reichweite der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen

1. Lkw-Kartell-Urteile des BGH
 2. Landgerichtliche Urteile zur Bindungswirkung
 3. Bewertung und Ausblick
- III. Betroffenheit, Kartellbetroffenheit und Kartellbefangenheit
- IV. Nachwirkung von Kartellen
- V. Passing-On Defence
1. Prävention vs. Überkompensation?
 2. Anrechnung öffentlich-rechtlicher Zuwendungen
 3. Weitere praxisrelevante Aspekte
 4. Künftige Entwicklungen
- VI. Schlussfolgerungen und Ausblick

I. Einleitung

Das deutsche Kartellschadensersatzrecht erlebt in den letzten Jahren eine dynamische Entwicklung. Allen voran hat der im September 2019 neu ins Leben gerufene „Vollzeitkartellsenat“¹ beim Bundesgerichtshof mit mehreren Grundsatzentscheidungen für deutlich mehr Rechtsklarheit gesorgt. Daneben setzen zunehmend auch Instanzgerichte wichtige Impulse für die Ausformung der deutschen Kartellschadensersatzpraxis.

In diesem Beitrag werden besonders praxisrelevante Entwicklungen der jüngeren Zeit dargestellt und eingeordnet, u. a. die BGH-Urteile *Schienenkartell II*, *IV*, *V* und *VI* sowie *Lkw-Kartell* und *Lkw-Kartell II*, das Urteil des LG Dortmund zum Schienenkartell sowie die mit der zehnten GWB-Novelle – z. T. bereits in Reaktion auf diese Rechtsprechung – eingeführten Regelungen des § 33a Abs. 2 Satz 4 GWB und § 33c Abs. 3 Satz 2 GWB. Der erste Teilbeitrag befasst sich mit der Reichweite der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen (hierzu I.), den Merkmalen der Betroffenheit und der Kartellbefangenheit bzw. Kartellbetroffenheit (hierzu II.), der Nachwirkung von Kartellen (hierzu III.) sowie der Passing-On Defence (hierzu IV.). Im zweiten Teilbeitrag werden die jüngeren Entwicklungen zur Schadensfeststellung und zur Schätzung des Schadensumfangs nach § 287 Abs. 1 ZPO besprochen.

II. Reichweite der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen

In Bezug auf die Reichweite der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen gemäß § 33b GWB (zuvor § 33 Abs. 4 GWB 2005) hat der BGH mit den lang erwarteten ersten Urteilen zum Lkw-Kartell seine grundlegende *Lottoblock II*-Entscheidung aus dem Jahr 2016 bestätigt und konkretisiert und damit die Bedeutung kartellbehördlicher Entscheidungen für den Ausgang von nachfolgenden

Kartellschadensersatzverfahren unterstrichen. Praxisrelevant sind außerdem Urteile des LG Nürnberg-Fürth und des LG Hannover.

1. Lkw-Kartell-Urteile des BGH

Mit seinen ersten beiden Urteilen zum Lkw-Kartell bestätigt der BGH zunächst seine bisherige Rechtsprechungslinie zur Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen, die er mit der *Lottoblock II*-Entscheidung begründet hat. Danach erstreckt sich die Bindungswirkung auf alle rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen, mit denen die Kartellbehörde den Kartellrechtsverstoß begründet, nicht dagegen auf weitergehende „*Beschreibungen und Erwägungen*“ sowie auf die Fragen der Schadenskausalität und der Schadenshöhe.²

Die Entscheidungen des BGH zum Lkw-Kartell enthalten außerdem neue Hinweise dazu, in welcher Weise die kartellbehördlichen Feststellungen im Kartellschadensersatzprozess zu berücksichtigen sind. So hat der Tatrichter die bindenden Feststellungen „*umfassend und erschöpfend*“ zu berücksichtigen.³ In tatsächlicher Hinsicht bedeutet dies, dass bindende Feststellungen auch etwa in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzung des Schadens vollständig beachtet werden müssen und diese insoweit nicht beweisbedürftig sind,⁴ etwa sofern das Bundeskartellamt Feststellungen zur Dauer des Kartells, zur Marktabdeckung oder zur Kartelldisziplin getroffen hat, die im Rahmen der Schadensschätzung als Indizien herangezogen werden können. Darüber hinaus kann der Tatrichter nach dem BGH aus den bindenden Feststellungen sogar Schlussfolgerungen ziehen, die über die Bindungswirkung der Feststellung eines Kartellverstoßes hinausgehen.⁵ Der Tatrichter darf z. B. aus Feststellungen der Kartellbehörde zu einem jahrelangen Austausch von Preislisten und weiteren preisrelevanten Informationen sowie zu koordiniert geplanten Listenpreiserhöhungen schließen, dass dieser Austausch geeignet war, sich in höheren Transaktionspreisen auszuwirken.⁶

Der Tatrichter kann seine Entscheidung außerdem auf nicht bindende kartellbehördliche Feststellungen stützen, soweit er dabei die allgemeinen Beweiswürdigungsregeln einhält,⁷ und die Feststellungen nicht Art. 16 Abs. 1 der VO (EG) 1/2003 der Kommissionsentscheidung widersprechen.⁸ Nach *Meier-Beck*, ehemals Vorsitzender Richter des Kartellsenats am BGH, muss der Tatrichter jedoch deutlich aufzeigen, welche Feststellungen vom Bundeskartellamt stammen und welche er selbst getroffen hat.⁹

Als mittlerweile klargestellt gelten darf auch, dass die Bindungswirkung gleichermaßen für kartellbehördliche Entscheidungen gilt, die im Rahmen eines Vergleichs ergangen sind.¹⁰ Der BGH begründet das damit, dass die Betroffenenrechte auf Gewährung rechtlichen Gehörs und auf ein faires Verfahren durch die Mitwirkung an Vergleichsgesprächen und die Annahme des Vergleichs ausreichend gewahrt seien. Unveröffentlichte Dokumente aus dem Vergleichsverfahren, wie etwa ein Fragebogen der Kommission an die Kartellbeteiligten, können den Inhalt der kartellbehördlichen Feststellungen aber nicht einschränken.¹¹ Diese Klarstellungen bestätigt der BGH in *Lkw-Kartell II*.¹²

2. Landgerichtliche Urteile zur Bindungswirkung

Ebenfalls erwähnenswert sind zwei landgerichtliche Urteile: Das LG Nürnberg-Fürth befasste sich mit der Frage der Bindungswirkung von Bußgeldbescheiden zulasten des Kronzeugen, gegen den selbst kein Bußgeldbescheid ergangen ist. Wenig überraschend stellte das Gericht fest, dass die Bescheide gegen die anderen Kartellbeteiligten keine Bindungswirkung gegenüber dem Kronzeugen entfalten. Das Gericht gestand den Bußgeldbescheiden jedoch Indizwirkung sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht zu.¹³

Mit einer ganz anderen Frage zur Bindungswirkung befasst sich eine EuGH-Vorlage des LG Hannover: Das Gericht strebt eine Klärung durch den EuGH an, wie ein Kommissionsbeschluss auszulegen ist.¹⁴ Konkret geht es darum, ob die Feststellung der Kommission, wonach von der Zuwiderhandlung „*Lastkraftwagen*“ betroffen seien („*ausgenommen Lastkraftwagen für militärische Zwecke*“), auch Sonder- bzw. Spezialfahrzeuge, insbesondere Müllfahrzeuge, umfasst.¹⁵ Der EuGH wird die Anforderungen klären müssen, die bei der Auslegung von Kommissionsentscheidungen gelten, an deren Feststellungen Gerichte später gebunden sind. Es ist z. B. unklar, ob – wie bei der Auslegung von Gesetzen – dabei auch die Entstehungsgeschichte der Entscheidung berücksichtigungsfähig ist. Dann nämlich könnte das LG Hannover bei der Auslegung etwa berücksichtigen, dass die Kommission in einem Auskunftersuchen an die Beklagte den Umfang der Untersuchung dahingehend konkretisiert hatte, dass der Begriff Lastkraftwagen „Sonder-/Spezialfahrzeuge (z. B. Militärfahrzeuge, Feuerwehrfahrzeuge)“ nicht erfasse.¹⁶

3. Bewertung und Ausblick

Die jüngere Rechtsprechung besonders des BGH zum Lkw-Kartell bestätigt die Bedeutung der kartellbehördlichen Bußgeldentscheidung für die Erfolgsaussichten einer follow-on-Schadensersatzklage. Je detaillierter die Kartellbehörde die Verstöße und deren Auswirkungen auf den Markt in der Bußgeldentscheidung darstellt, desto intensiver werden Kläger künftig darauf setzen, sich auf diese Feststellungen zu stützen und die indiziellen Anknüpfungspunkte zu ihren Gunsten zu verwerten.¹⁷

Die Bindungswirkung einer kartellbehördlichen Entscheidung gilt nach der *Sumal*-Entscheidung des EuGH gleichermaßen bei der Klage gegen eine Tochtergesellschaft eines kartellbeteiligten Unternehmens. Der EuGH entschied insofern, dass anstelle der am Kartell beteiligten Muttergesellschaft eine mit dieser in wirtschaftlicher Einheit stehende Tochtergesellschaft verklagt werden kann, sofern zwischen der Tätigkeit der Tochtergesellschaft und dem Kartellverstoß ein konkreter Zusammenhang besteht.¹⁸ Das Spannungsverhältnis zwischen den justiziellen Rechten der nicht am Bußgeldverfahren beteiligten Tochtergesellschaft (etwa aus Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union) und dem Kohärenzgebot des Art. 16 Abs. 1 Satz 1 VO (EG) 1/2003 löste der EuGH damit zulasten der justiziellen Rechte auf. Das Kohärenzgebot verbiete es den mitgliedstaatlichen Gerichten, Entscheidungen zu erlassen, die einer Kommissionsentscheidung zu Art. 101, 102 AEUV zuwiderliefen. Die Kommissionsentscheidung sei damit auch in Verfahren gegen die Tochtergesellschaft bindend.¹⁹ Zu Entscheidungen nationaler Kartellbehörden zu Art. 101, 102 AEUV, für die keine Art. 16 VO (EG) 1/2003 direkt entsprechende Kohärenzregelung existiert, musste sich der EuGH nicht verhalten. Allerdings dürfte auch für diese Fälle eine Bindungswirkung nach § 33b GWB (zuvor § 33 Abs. 4 GWB 2005) anzunehmen sein.²⁰

III. Betroffenheit, Kartellbetroffenheit und Kartellbefangenheit

Hinsichtlich der bislang nicht trennscharf abgegrenzten und oft synonym verwendeten Tatbestandsmerkmale der Betroffenheit und der Kartellbefangenheit bzw. Kartellbetroffenheit hat die Rechtsprechung in jüngerer Zeit ebenfalls Klarheit geschaffen. Zum einen gibt der BGH in seinem Urteil *Schienenkartell II* in Reaktion auf die neueste EuGH-Rechtsprechung eine weite, verallgemeinerungsfähige Definition für die Betroffenheit im Rahmen des haftungsbegründenden Tatbestands i. S. des § 33 Abs. 1 GWB 2005 vor.²¹ Zum anderen schafft er Ordnung in der Anspruchsprüfung: Das Merkmal der Kartellbetroffenheit (bzw. besser und daher im Folgenden: Kartellbefangenheit)²² eines bestimmten Erwerbsvorgangs, also die Frage, auf welche konkreten Beschaffungsvorgänge sich ein Kartellverstoß ausgewirkt hat, wird ein für alle Mal der haftungsausfüllenden Kausalität zugeordnet und im Rahmen des haftungsbegründenden Tatbestands als Prüfmerkmal aufgegeben.²³ Das hat zur Folge, dass nicht der Maßstab des § 286 ZPO, sondern der vereinfachte Maßstab des § 287 ZPO für die Überzeugungsbildung des Gerichts gilt.²⁴ Mit dem Merkmal der Betroffenheit wird im haftungsbegründenden Tatbestand die subjektive Anspruchsberechtigung des Anspruchsinhabers erfasst.²⁵ Die Definition der Betroffenheit i. S. des § 33 Abs. 1 GWB 2005 durch den BGH in *Schienenkartell II* ist denkbar weit und klägerfreundlich.²⁶ Anhand des Beweismaßstabs des § 286 ZPO ist zu prüfen, ob „*dem Anspruchsgegner ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anzulasten ist, das – vermittelt durch den Abschluss von Umsatzgeschäften oder in anderer Weise – geeignet ist, einen Schaden des Anspruchstellers mittelbar oder unmittelbar zu begründen*“.²⁷ Hintergrund dieser weiten Auslegung ist die klägerfreundliche Rechtsprechung des EuGHs zur Anspruchsberechtigung beim Kartellschadensersatzanspruch, die der BGH ausdrücklich zitiert. Hiernach kann jedermann Schadensersatz verlangen, soweit nur ein Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem nach Art. 101 AEUV verbotenen Verhalten besteht.²⁸ In den bisher nach dem neuen Maßstab entschiedenen Fällen war die Betroffenheit i. S. des § 33 Abs. 1 GWB 2005 für den BGH jeweils offensichtlich: Die Geschädigten hatten von kartellbeteiligten Unternehmen unmittelbar oder mittelbar²⁹ Waren bezogen, die jeweils eindeutig von der Kartellabsprache erfasst waren.³⁰

Es drängt sich die Frage auf, ob mit der weiten Auslegung der Betroffenheit im haftungsbegründenden Tatbestand durch den BGH überhaupt noch Fälle denkbar sind, in denen eine Betroffenheit verneint wird.³¹ Eine eigenständige, möglicherweise begrenzende Funktion ist etwa in solchen Fällen denkbar, in denen jedenfalls nicht eindeutig ist, ob sich der Kartellverstoß auf die streitgegenständlichen Erwerbsvorgänge ausgewirkt hat, etwa weil die Klägerin von der Beklagten auch Waren auf anderen sachlichen oder räumlichen Märkten bezogen hat.³² Umgekehrt ist ein Kartellverstoß, von dem feststeht, dass er den geltend gemachten Schaden tatsächlich verursacht hat, zwangsläufig immer auch geeignet, einen Schaden zu verursachen.³³

Mit dem Merkmal der Kartellbefangenheit wird geprüft, ob „*sich die Kartellabsprache auf den in Rede stehenden Beschaffungsvorgang, auf den der Anspruchsteller sein Schadensersatzbegehren stützt, tatsächlich ausgewirkt hat*“.³⁴ Es geht hierbei um die Zurechnung des individuellen Schadens zur festgestellten Kartellabsprache.³⁵ In ausdrücklicher Abkehr von *Schienenkartell I* stellt der BGH klar, dass die tatsächliche, nachteilige Auswirkung des Kartellverstoßes ausschließlich im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität nach dem Beweismaßstab des § 287 ZPO zu prüfen ist – und nicht im haftungsbegründenden Tatbestand.³⁶ Was die Kläger dafür konkret darlegen müssen, wird in der Rechtsprechung uneinheitlich gesehen; eine Klärung durch den BGH wäre auch insofern wünschenswert. In der Literatur wird etwa vorgeschlagen, dass Kläger der Darlegungslast genügen, wenn sie greifbare Anhaltspunkte liefern, die eine Schätzung des Tatrichters über die betroffenen Transaktionen

ermöglichen.³⁷

Zusammengefasst hat der BGH mit dem Urteil *Schienenkartell II* eine längst überfällige Verortung des Tatbestandsmerkmals der Kartellbefangenheit vorgenommen und eine zwar weite, aber brauchbare, klägerfreundliche Definition der Betroffenheit i. S. des § 33 Abs. 1 GWB 2005 vorgegeben. Die weiteren Urteile zum Schienenkartell setzen diese abgesenkten Anforderungen zugunsten von Schadensersatzklägern konsequent und unverändert um.³⁸ Diese klägerfreundliche Rechtsprechung folgt dem Appell der europäischen Kartellschadensersatzrichtlinie, die Durchsetzung kartellbedingter Schadensersatzansprüche nicht übermäßig zu erschweren und den Wettbewerbsvorschriften zu höchstmöglicher Wirkung zu verhelfen.³⁹

IV. Nachwirkung von Kartellen

Auch mit der Nachwirkung von Kartellen hat sich die Rechtsprechung in jüngerer Zeit verschiedentlich befasst. Eine einheitliche Entscheidungspraxis ist allerdings bisher nicht erkennbar. Besonders umstritten ist weiterhin die Frage, inwiefern Beweiserleichterungen für Nachwirkungen in Betracht kommen.

Dass Kartelle grundsätzlich Nachlaufeffekte haben können, dass also die Preisüberhöhung über den Zeitraum der eigentlichen Zuwiderhandlung hinaus fortbestehen kann, ist spätestens seit der *ORWI*-Entscheidung des BGH anerkannt.⁴⁰ Ob sogar eine tatsächliche Vermutung oder jedenfalls ein Erfahrungssatz für eine Nachwirkung – und womöglich sogar für einen bestimmten Nachwirkungszeitraum – gilt, ist dagegen nach wie vor lebhaft umstritten.⁴¹ Während die Frage von der Rechtsprechung bisher vor allem für sog. Hardcore-Kartelle diskutiert wurde, kam sie in jüngerer Zeit auch in Bezug auf Informationsaustausch-Fälle auf.

Das OLG Frankfurt lehnte Nachwirkungen des in Rede stehenden Kartellverstoßes (Informationsaustausch) ab, stützte sich dabei allerdings maßgeblich darauf, dass der Kläger die ausschlaggebenden Umstände aus Sicht des Gerichts nicht ausreichend dargelegt hatte. In einer etwas nebulösen Formulierung lehnt das OLG sodann zwar eine „Vermutung der Fortsetzung des kartellrechtswidrigen Verhaltens“ ab; der Verweis auf die *Lottoblock II*-Entscheidung des BGH verdeutlicht aber, dass sich diese Aussage auf das Verhalten der Zuwiderhandlung an sich sowie dessen etwaige Fortdauer bezieht, nicht auf dessen Auswirkungen nach festgestellter Beendigung.⁴² Auch das LG Nürnberg-Fürth konnte einen Nachlaufeffekt im konkreten Sachverhalt nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen, weil es keine der drei Situationen für anwendbar hielt, die die ökonomischen Gutachtern der Beklagten als „ökonomisch wahrscheinliche“ Szenarien für Nachlaufeffekte dargestellt hatten. Die Frage, ob bei Informationsaustausch-Fällen grundsätzlich bestimmte Besonderheiten mit Blick auf eine mögliche Nachwirkung anzunehmen sind, stellte sich damit nicht mehr.⁴³

Eine Klärung ergibt sich auch nicht dadurch, dass nunmehr für Schadensersatzansprüche, die nach dem 26.12.2016 entstanden sind, die gesetzliche Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB gilt. Denn es ist umstritten, ob die gesetzliche Schadensvermutung auch die Nachwirkung eines Kartells erfasst.⁴⁴ Für eine solche Geltung kann zwar angeführt werden, dass der BGH den durch die Nachwirkung des Kartells bedingten Schaden als „*schadenserhöhenden Faktor*“⁴⁵ betrachtet. Der im Nachwirkungszeitraum entstandene Schaden könnte daher als Bestandteil des Schadens erfasst werden, für dessen Bestehen die Vermutung des § 33a Abs. 2 GWB gilt. Die ablehnende Position beruft sich indes auf den Wortlaut der Norm, welche Nachwirkungen

nicht erfasse, und auf die grundsätzlich je nach Einzelfall sehr unterschiedlichen Gesamtumstände, die eine generelle Vermutungswirkung nicht erlaubten.⁴⁶

V. Passing-On Defence

Nach dem grundlegenden *ORWI*-Urteil 2011 hatte sich der BGH in den Entscheidungen *Schienerkartell IV* und *Schienerkartell V* erstmals wieder mit dem Einwand der Schadensweiterwälzung auseinanderzusetzen.⁴⁷ Beide Entscheidungen ergingen allerdings noch zur alten Rechtslage, da die Kartellschadensersatzrichtlinie – und ihre Umsetzungsnorm, § 33c Abs. 1 Satz 2 GWB – noch nicht anwendbar war.⁴⁸ Die Urteile enthalten teils wortgleiche Passagen zur Schadensweiterwälzung, wobei *Schienerkartell V* die ausführlichere Begründung enthält. Die Klägerin in diesem Verfahren, das Nahverkehrsunternehmen der Stadt Essen, hatte von der beklagten Kartellbeteiligten Gleisoberbaumaterialien erworben. Der BGH musste über zwei Passing-On Einwendungen entscheiden: Zum einen wendete die Beklagte ein, die Klägerin habe den Schaden durch eine Erhöhung der Fahrkartenpreise an ihre Kunden weitergegeben (dazu 1.). Außerdem machte sie geltend, die Klägerin habe den Schaden an das Land Nordrhein-Westfalen weitergegeben, von dem sie Zuwendungen für Infrastrukturausgaben erhalten hatte (dazu 2.). Neben der Auseinandersetzung mit diesen spezifischen Einwendungen enthält das Urteil weitere praktisch relevante Hinweise und Konkretisierungen im Umgang mit der Passing-On Defence (dazu 3.). Insgesamt zeigt das Urteil, dass der BGH an einen erfolgreichen Einwand der Schadensweiterwälzung weiterhin hohe Anforderungen stellt, um einen angemessenen Ausgleich der Interessen von Schädiger und Geschädigten zu gewährleisten.

Die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme der Kartellbeteiligten tritt bekanntermaßen vor allem bei vertikalen Wertschöpfungsketten auf, d. h. wo unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern der Kartellbeteiligten gleichermaßen Schadensersatzansprüche zustehen können, die miteinander konkurrieren.⁴⁹ Vorliegend waren dies zum einen mögliche Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen die Beklagte wegen einer kartellbedingten Preisüberhöhung für Gleisoberbaumaterialien und zum anderen mögliche Ansprüche des Landes Nordrhein-Westfalen wegen einer kartellbedingten Erhöhung der Zuwendung an die Klägerin.

1. Prävention vs. Überkompensation?

Den Einwand, die Klägerin habe einen möglicherweise kartellbedingten Preisaufschlag durch eine Erhöhung der Fahrkartenpreise an ihre Kunden weitergegeben, lehnte das Gericht im Ergebnis ab.⁵⁰ Selbst wenn man grundsätzlich von einer Abwälzung des Schadens ausginge, seien in der vorliegenden Konstellation allenfalls marginale, kaum verlässliche und nur mit großem Aufwand feststellbare Auswirkungen auf die Fahrkartenpreise zu erwarten. Da nach dem BGH angesichts dessen mit der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen der Fahrgäste nicht zu rechnen war, hätte bei Anerkennung des Weiterwälzungseinwands eine unbillige Entlastung der Beklagten gedroht.⁵¹ Dies kann als grundsätzliche Ablehnung der Passing-On Defence bei sog. Streuschäden gelesen werden.

Eine mögliche Überkompensation der Klägerin nahm der BGH dagegen explizit in Kauf, um

Wettbewerbsverstöße bereits präventiv zu verhindern.⁵² In Anlehnung an die jüngere Rechtsprechung des EuGH hebt der BGH den zivilrechtlichen Kartellschadensersatzanspruch als „*integralen Bestandteil des Systems zur effektiven Durchsetzung kartellrechtlicher Verbotstatbestände*“ hervor⁵³ und verweist dabei explizit auch auf das unionsrechtliche Verbot der Nichthaftung von Kartellbeteiligten, das in Art. 12 Abs. 1 der Kartellschadensersatzrichtlinie niedergelegt ist: Ein Kartellbeteiligter dürfe nicht damit rechnen können, seiner zivilrechtlichen Haftung auch nur teilweise zu entgehen.⁵⁴

Es drängt sich hier gleichwohl die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Rechtsprechung mit dem Verbot der Überkompensation auf, das ebenfalls in der Kartellschadensersatzrichtlinie enthalten ist (Art. 3 Abs. 3). Der BGH lässt grundsätzlich die Möglichkeit zu, dass der unmittelbare Abnehmer der Kartellbeteiligten die gesamte kartellbedingte Preisüberhöhung als Schaden einklagen kann, obwohl eine zumindest teilweise Weiterleitung ernsthaft in Betracht kommt. Im Streitfall entfaltete die Kartellschadensersatzrichtlinie zwar noch keine Wirkung, da die Klage vor dem 26.12.2014, d. h. vor deren Anwendbarkeit, erhoben worden war.⁵⁵ In einem *obiter dictum* gab der BGH aber zu erkennen, dass er seine Rechtsprechung selbst innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie für europarechtskonform hält.⁵⁶ Ob diese Einschätzung Bestand haben wird, hängt davon ab, ob Art. 3 Abs. 3 der Kartellschadensersatzrichtlinie so ausgelegt werden kann, dass eine Überkompensation im Ausnahmefall aus Gründen der Prävention zulässig ist. Dafür lässt sich der Sinn und Zweck der Richtlinie anführen, wonach die effektive Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen gewährleistet werden soll.⁵⁷ Dagegen spricht der Wortlaut „*darf nicht zu Überkompensation führen*“. Sobald sich die Frage in Bezug auf Fälle stellt, auf welche die Richtlinie zeitlich anwendbar ist, könnte insofern mit einer Vorlage an den EuGH zu rechnen sein.⁵⁸

2. Anrechnung öffentlich-rechtlicher Zuwendungen

Der BGH hatte außerdem über den Einwand einer Schadensweitergabe an das Land Nordrhein-Westfalen zu entscheiden, von dem die Klägerin öffentlich-rechtliche Zuwendungen für Infrastrukturausgaben erhalten hatte. Deren Höhe richtete sich im Grundsatz nach der Höhe der Infrastrukturausgaben. Die Beklagte hatte geltend gemacht, die Klägerin habe den kartellbedingten Preisaufschlag bei den erworbenen Gleisoberbaumaterialien an das Land weitergegeben, indem sie wegen der Preisüberhöhung eine entsprechend höhere Zuwendung erhalten habe.⁵⁹

Der BGH erkannte an, dass der Einwand der Vorteilsausgleichung zwar grundsätzlich auch bei öffentlichen Zuwendungen erhoben werden kann, die im Kausalzusammenhang mit dem schadensauslösenden Ereignis stehen.⁶⁰ Im Ergebnis lehnte er einen Vorteilsausgleich zu Lasten der Klägerin aber ab und begründete dies damit, dass das Land Nordrhein-Westfalen der Klägerin vor Beginn des Verfahrens bereits alle etwaigen kartellbedingten Schadensersatzansprüche abgetreten hatte. Damit sei eine doppelte Inanspruchnahme der Kartellbeteiligten durch die Klägerin und den Zuwendungsgeber von vornherein nicht zu befürchten gewesen, da alle Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Beschaffungsvorgang ohnehin in der Hand der Klägerin gebündelt waren.⁶¹

Die Klägerin hatte die abgetretenen Schadensersatzansprüche des Zuwendungsgebers sogar bereits selbst mit geltend gemacht, allerdings nur hilfsweise. Um der Klägerin gleichwohl Ersatz für den insgesamt entstandenen Schaden zusprechen zu können, legte der BGH den Antrag der Klägerin so aus, dass diese die Ansprüche in

ihrer Gesamtheit und nicht etwa in einem Stufenverhältnis von Haupt- und Hilfsantrag verfolgt habe.⁶² Diese – sehr freie – Auslegung des Klageantrags wurde durchaus kritisch aufgenommen, handelt es sich doch bei dem Anspruch aus eigenem Recht und dem aus abgetretenem Recht um zwei verschiedene Streitgegenstände, über deren prozessuale Bescheidung der Kläger verfügen kann.⁶³ Auswirken kann sich dies etwa insbesondere, wenn bezüglich des einen Anspruchs verjährungshemmende Maßnahmen eingeleitet worden sind, bezüglich des anderen Anspruchs aber nicht.⁶⁴

Die praktische Relevanz dieser Abtretungskonstellation scheint allerdings letztlich eher gering zu sein. Denn die Lösung des BGH setzt eine Einigung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Abnehmer über den Ausgleich im Innenverhältnis voraus.⁶⁵ Eine solche Einigung ist nur realistisch, wenn unmittelbare und mittelbare Abnehmer gleichgerichtete Interessen haben, etwa bei der Abtretung von Ansprüchen innerhalb eines Konzernverbunds. In den meisten vertikalen Wertschöpfungsketten sind die Interessen aber typischerweise gerade nicht gleichgerichtet⁶⁶: Sind unmittelbare und mittelbare Abnehmer voneinander unabhängige Unternehmen, wird im Regelfall jeder von ihnen einen möglichst hohen Schaden für sich beanspruchen wollen. Angesichts solch widerstreitender Interessen ist eine vorherige Einigung über die Quoten im Innenverhältnis eher unwahrscheinlich, sodass die Lösung des BGH in den meisten Konstellationen keine Rolle spielen dürfte.

3. Weitere praxisrelevante Aspekte

Schienerkartell V enthält darüber hinaus weitere praxisrelevante Feststellungen. Zum einen verzichtet der BGH in der Entscheidung auf das Fehlen eines Mengenschadens als Voraussetzung für eine erfolgreiche Passing-On Defence. Ein Mengenschaden ist der Schaden, den der unmittelbare Abnehmer dadurch erleidet, dass er bei einer Weitergabe der kartellbedingten Preisüberhöhung an die nächste Marktstufe Absatzeinbrüche erleidet.⁶⁷ Dieser Schaden kann naturgemäß nicht durch eine Weitergabe der kartellbedingten Preisüberhöhung kompensiert werden. Noch in *ORWI* hatte der BGH das Fehlen eines solchen Schadens als Voraussetzung für eine erfolgreiche Passing-On Defence angesehen.⁶⁸ In *Schienerkartell V* unterstreicht der BGH nun, dass das nicht mehr der Fall sein soll. Allerdings verschwindet der (fehlende) Mengenschaden nicht komplett aus dem Prüfprogramm, sondern wird zum Abwägungsposten bei der Frage, ob die Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung zu einer unbilligen Entlastung der Kartellbeteiligten führen würde.⁶⁹

Darüber hinaus stellt der BGH in *Schienerkartell V* klar, dass statt einer vermögenswirksamen Transaktion auch das Anbieten einer Dienstleistung (dort: des Personennahverkehrs) einen Anschlussmarkt bilden kann, dessen Preise von Kartellabsprachen auf vorgelagerten Märkten beeinflusst werden können.⁷⁰ Diese Frage war zuletzt etwa vom LG Dortmund noch anders gesehen worden.⁷¹ Außerdem soll auch für die Schadensweiterwälzung der Maßstab des § 287 ZPO gelten.⁷²

4. Künftige Entwicklungen

Mit Blick auf die Passing-On Defence sind zukünftig weitere Entwicklungen zu erwarten: insbesondere könnte der EuGH zum Spannungsverhältnis zwischen einer Überkompensation des unmittelbaren Abnehmers und der Präventionswirkung erfolgreicher Kartellschadensersatzklagen angerufen werden, welches der BGH vorerst

zugunsten der Prävention aufgelöst hat. Ebenfalls dürfte interessant werden, ob der Auskunftsanspruch der Kartellbeteiligten gegenüber den unmittelbaren Abnehmern nach § 33g Abs. 2 GWB die praktische Durchsetzbarkeit der Passing-On Defence tatsächlich erleichtern wird, oder ob über das Merkmal der „Unverhältnismäßigkeit“ die strengen Maßstäbe der früheren Rechtsprechung weiterhin Anwendung finden.

Schließlich hat die jüngste GWB-Novelle weitere gesetzliche Erleichterungen für Kartellbetroffene gebracht, deren praktische Auswirkungen noch zu beobachten sein werden: Mit § 33c Abs. 3 Satz 2 GWB gilt die Vermutung der Kartellbetroffenheit des § 33a Abs. 2 Satz 4 GWB nun auch für mittelbare Abnehmer, was verhindern soll, dass allein die Weiterveräußerung einer Ware zu einer Verschlechterung der prozessualen Situation bezüglich der Kartellbetroffenheit führt.⁷³

VI. Schlussfolgerungen und Ausblick

Das deutsche Kartellschadensersatzrecht ist unter dem Appell der europäischen Kartellschadensersatzrichtlinie insgesamt klägerfreundlicher geworden: Die Anforderungen an die Darlegung des haftungsbegründenden Tatbestands wurden abgesenkt, die verschiedenen Vermutungsregeln zugunsten von Klägern inhaltlich geschärft und die Bedeutung kartellbehördlicher Feststellungen bestätigt und gestärkt. Die zahlreichen gerichtlichen und gesetzgeberischen Klarstellungen und Konkretisierungen der letzten Jahre zu vielen Aspekten des Kartellschadensersatzanspruchs kommen letztlich auch Beklagten zugute, weil sie für ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit sorgen. Da gleichzeitig noch etliche Rechtsfragen offen und einige Verfahren anhängig sind, ist weiterhin mit dynamischen Entwicklungen zu rechnen.

Der zweite Teil dieses Aufsatzes wird sich mit Fragen rund um die Feststellung des konkreten Schadens beschäftigen, die den Tatrichtern häufig Probleme bereitet, da der kontrafaktische Wettbewerbspreis nur mit erheblichen Schwierigkeiten ermittelt werden kann. Wir werden dabei auf neuere Entscheidungen zum Hilfsmittel der tatsächlichen Schadensvermutung, zum Umgang mit ökonomischen Sachverständigengutachten, Metastudien, Schadenspauschalierungsklauseln sowie zur freien tatrichterlichen Schadensschätzung eingehen.

Redaktionelle Hinweise:

- Eine statistische Gesamtschau zum Kartellschadensersatz in Deutschland von 2003 bis 2017 unternimmt Rengier, WuW 2018, 613 = WUW1284862;
- Vgl. auch Weitbrecht, „Kartellschadensersatz in Deutschland nach Schienenkartell II“, WuW 2020, 257 = WUW1332781;
- Lahme/Ruster/Helle, „Prozessuale und materielle Bestimmtheitsanforderungen auf dem Prüfstand des Kartellschadensersatzrechts“, Teil 1, WuW 2021, 276 = WUW1362313, Teil 2, WuW 2021, 330 = WUW1362314.

Fußnoten

- ¹ So Prof. Dr. Peter Meier-Beck, ehemals Vorsitzender Richter des neuen Kartellsenats am BGH, in einem Interview mit dem beck-Verlag: <https://fmos.link/12577> (zuletzt abgerufen am 14.03.2022), Prof. Dr. Peter Meier-Beck ist im September 2021 in den Ruhestand getreten.
- ² BGH, Urt. v. 13.04.2021, KZR 19/20, WuW 2021, 569 Rn. 18 – Lkw-Kartell II; BGH, Urt. v. 13.04.2021, KZR 20/20, juris, Rn. 23; BGH, Urt. v. 23.09.2020, KZR 35/19, WuW 2021, 109, Rn. 24 – Lkw-Kartell; BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, WuW 2016, 488 Rn. 13 – Lottoblock II.
- ³ Vgl. BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 2), Rn. 89 – Lkw-Kartell.
- ⁴ Vgl. Franck, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 6. Aufl. 2020, § 33b Rn. 16.
- ⁵ BGH, Urt. v. 13.04.2021 (Fn. 2), Rn. 59 – Lkw-Kartell II; BGH, Urt. v. 13.04.2021, KZR 20/20, juris, Rn. 58; BGH, Urt. v. 23.09.2020, KZR 35/19, WuW 2021, 109 Rn. 61 – Lkw-Kartell.
- ⁶ BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 2), Rn. 61 – Lkw-Kartell.
- ⁷ BGH, Urt. v. 13.04.2021 (Fn. 2), Rn. 59 – Lkw-Kartell II; BGH, Urt. v. 13.04.2021, KZR 20/20, juris, Rn. 58.
- ⁸ Vgl. Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), § 33b Rn. 28.
- ⁹ Meier-Beck, WuW 2021, 686, 694 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 2), Rn. 61 – Lkw-Kartell.
- ¹⁰ BGH, Urt. v. 13.04.2021 (Fn. 2), Rn. 24; BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 2), Rn. 25 ff. – Lkw-Kartell.
- ¹¹ BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 2), juris, Rn. 35 – Lkw-Kartell; Beutelmann/Scherzinger, NZKart 2021, 153, 154. Zu den Grenzen der Bindungswirkung siehe im Übrigen bereits die Lottoblock II-Entscheidung, BGH, Urt. v. 12.07.2016 (Fn. 2) – Lottoblock II.
- ¹² BGH, Urt. v. 13.04.2021 (Fn. 2), Rn. 19 – Lkw-Kartell II.
- ¹³ LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 14.01.2021, 19 O 9454/15, juris, Rn. 79 ff. – Süßwaren-Kartell.
- ¹⁴ Europäische Komm, Beschl. v. 19.07.2016, C (2016) 4673 final in der Sache AT.39824 – Lastkraftwagen.
- ¹⁵ LG Hannover, Beschl. v. 19.10.2020, 13 O 24/19, WuW 2021, 133 – Spezialfahrzeuge.
- ¹⁶ LG Hannover, Beschl. v. 19.10.2020 (Fn. 15), juris, Rn. 31 ff. – Spezialfahrzeuge. Der BGH scheint der Möglichkeit einer solchen Auslegung grundsätzlich offen gegenüberzustehen, BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 2), juris, Rn. 35 – LKW-Kartell.
- ¹⁷ So auch Beutelmann/Scherzinger, NZKart 2021, 153, 155.

- ¹⁸ EuGH, Urt. v. 06.10.2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, WuW 2021, 637 – Sumal. Weitergehend Kersting/Otto, NZKart 2021, 651; Uebele, WuW 2021, 683; Bauermeister, WuW 2021, 559.
- ¹⁹ EuGH, Urt. v. 06.10.2021 (Fn. 18), Rn. 55 – Sumal. Eine kritische Würdigung in Anm. Lieder/Bialluch, EWiR 2022, 38, 40 und Anm. Klumpe, NJW 2021, 3583, 3589.
- ²⁰ Dafür spricht eine richtlinienkonforme Auslegung des § 33b GWB (bzw. § 33 Abs. 4 GWB 2005) nach ErwG 34 und Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (im Folgenden: Kartellschadensersatzrichtlinie). Für eine Bindungswirkung z. B. Kersting/Otto, NZKart 2022, 14, 17; Wagener, NZKart 2020, 238, 241; vgl. auch Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), § 33b Rn. 21, 27.
- ²¹ BGH, Urt. v. 28.01.2020, KZR 24/17, WuW 2020, 202, Rn. 25 – Schienenkartell II.
- ²² Zum Teil wurde und wird statt des Begriffs der „Kartellbefangenheit“ der Begriff „Kartellbetroffenheit“ verwendet, was zur dogmatischen Verwirrung sicherlich beigetragen hat. Sofern die Kartellbetroffenheit zur Beschreibung des haftungsausfüllenden Tatbestands des Kartellschadensersatzanspruchs verwendet wird, sind die Begriffe synonym (siehe etwa BGH, Urt. v. 19.05.2020, KZR 70/17, juris, Rn. 24 – Schienenkartell III). Vorzugswürdig ist in Übereinstimmung mit der Terminologie des BGH in Schienenkartell II und zur besseren sprachlichen Abgrenzung zum Merkmal der Betroffenheit aus dem haftungsbegründenden Tatbestand jedoch der Begriff der Kartellbefangenheit.
- ²³ BGH, Urt. v. 28.01.2020 (Fn. 21), Rn. 25, 27 – Schienenkartell II; Hempel, in: BeckOK KartellR, GWB, 1. Ed. 2020, § 33a Rn. 25; siehe auch Hutschneider/Stieglitz, NZKart 2020, 180.
- ²⁴ BGH, Urt. v. 28.01.2020 (Fn. 21), Ls. 2 – Schienenkartell II.
- ²⁵ So auch Lahme/Ruster/Helle, WuW 2021, 330, 331.
- ²⁶ Ob für den neuen § 33a Abs. 1 GWB auch das Merkmal der Betroffenheit i. S. des § 33 Abs. 3 GWB über den Verweis auf § 33 Abs. 1 GWB gilt oder der Gesetzgeber bei § 33a GWB auf dieses Merkmal verzichten wollte, ist in der Literatur umstritten. Für die Geltung des Merkmals der Betroffenheit z. B. Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, GWB, 9. Aufl. 2018, § 33 Rn. 10 ff., 27; Bornkamm/Tolkmitt, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 33a Rn. 9; gegen die Geltung dieses Merkmals etwa Kersting, in: LMRKM, 4. Aufl. 2020, GWB, § 33a Rn. 13; Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), § 33a Rn. 20. Ob die beiden Auffassungen in praktischer Hinsicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, darf allerdings bezweifelt werden. Schließlich gilt ohnehin die Jedermann-Rechtsprechung des EuGH (siehe hierzu unten Fn. 28), an der sich auch ein Tatbestandsmerkmal der Betroffenheit messen lassen müsste, Kersting, in: LMRKM (Fn. 26), § 33a Rn. 13.
- ²⁷ BGH, Urt. v. 28.01.2020 (Fn. 21), Rn. 25 – Schienenkartell II.
- ²⁸ EuGH, Urt. v. 13.07.2006, C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 = WuW 2006, 1069, Rn. 61, 91 – Manfredi; EuGH, Urt. v. 14.03.2019, C724/17, ECLI:EU:C:2019:204, WuW 2019, 253 Rn. 26 – Skanska; EuGH, Urt. v. 12.12.2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 = WuW 2020, 83, Rn. 27 ff. – Otis u. a./Land Oberösterreich; hierauf bezieht sich BGH, Urt. v. 28.01.2020 (Fn. 21), Rn. 24 – Schienenkartell II.
- ²⁹ Dazu Anm. Thiede, EuZW 2021, 988, 1000.

- ³⁰ Für das Schienenkartell: BGH, Urt. v. 28.01.2020 (Fn. 21), Rn. 25 – Schienenkartell II; BGH, Urt. v. 19.05.2020 (Fn. 22), Rn. 24 – Schienenkartell III; BGH, Urt. v. 19.05.2020, KZR 8/18, WuW 2020, 597, Rn. 25 – Schienenkartell IV; BGH, Urt. v. 23.09.2020, KZR 4/19, WuW 2021, 37, Rn. 18 – Schienenkartell V; BGH Urt. v. 10.02.2021, KZR 63/18, juris, Rn. 15 – Schienenkartell VI und für das Lkw-Kartell: BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 2), Rn. 32 – Lkw-Kartell; BGH, Urt. v. 13.04.2021 (Fn. 2), Rn. 22 – Lkw-Kartell II und BGH, Urt. v. 13.04.2021, KZR 20/20, juris, Rn. 27. So auch Petzold/Steinle, NZKart 2020, 176, 177.
- ³¹ Ebenso Lahme/Ruster/Helle, WuW 2021, 330, 331. Die Frage gilt auch für den neuen § 33a GWB unabhängig davon, ob man diesem ein Tatbestandsmerkmal der Betroffenheit zuschreibt oder eine anders geartete Prüfung der subjektiven Anspruchsberechtigung des haftungsbegründenden Tatbestandes vornimmt. Zur Verortung als (subjektive) Anspruchsberechtigung vgl. Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), § 33a Rn. 19.
- ³² Insb. zu diesen und weiteren Beispielen Petzold/Steinle, NZKart 2020, 176, 177.
- ³³ LG Dortmund, Urt. v. 30.09.2020, 8 O 115/14 (Kart), juris, Rn. 59; zumindest an der Bedeutung zweifelnd Weitbrecht, WuW 2020, 257, 259; grundlegend W.-H. Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 92. EL November 2018, § 33a GWB Rn. 24; gegen eine fortwirkende Bedeutung des Merkmals Klumpe/Thiede, NZKart 2020, 104, 105.
- ³⁴ BGH, Urt. v. 28.01.2020 (Fn. 21), Rn. 26 – Schienenkartell II; BGH, Urt. v. 11.12.2018, KZR 26/17, WuW 2019, 91, Rn. 59 ff. – Schienenkartell I.
- ³⁵ BGH, Urt. v. 28.01.2020 (Fn. 21), Rn. 27 – Schienenkartell II.
- ³⁶ Der ehemals Vorsitzende Richter des Kartellsenats am BGH Meier-Beck bezeichnet die Aussagen des BGH in der ersten Entscheidung zum Schienenkartell bezüglich der Kartellbefangenheit jüngst als „Kollateralschaden“ der Ablehnung eines Anscheinsbeweises, Meier-Beck, WuW 2021, 686, 693.
- ³⁷ Lahme/Ruster/Helle, WuW 2021, 330, 333 ff. Insbesondere überzeugt das Argument, dass im Rahmen der Schadensschätzung der § 287 Abs. 1 ZPO mit seinen reduzierten Anforderungen an die Darlegungslast gleichermaßen auf den Kartellaufschlag wie auf die Kartellbefangenheit Anwendung finde. Dementsprechend müsse auch für die Kartellbefangenheit ausreichen, wenn die Kläger hinreichende Anknüpfungstatsachen darlegen, die eine Schätzung des Tatrichters darüber ermöglichen, welche Erwerbsvorgänge vom Kartell betroffen waren, Lahme/Ruster/Helle, WuW 2021, 330, 333 ff.
- ³⁸ BGH, Urt. v. 19.05.2020 (Fn. 22), Rn. 24 – Schienenkartell III; BGH, Urt. v. 19.05.2020 (Fn. 30), Rn. 25 – Schienenkartell IV; BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30), Rn. 17 – Schienenkartell V; BGH Urt. v. 10.02.2021 (Fn. 30), Rn. 15 – Schienenkartell VI.
- ³⁹ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union; siehe etwa ErwG 6 und 11.
- ⁴⁰ BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10, WuW 2012, 57, Rn. 84 – ORWI; Bestätigung durch BGH, Urt. v. 12.06.2018, KZR 56/16, WuW 2018, 405, Rn. 36 – Grauzementkartell II. Siehe auch etwa Kersting, in: LMRKM (Fn. 26), § 33a Rn. 56.
- ⁴¹ Für einen solchen Erfahrungssatz OLG München, Urt. v. 28.06.2018, 29 U 2644/17 Kart, WuW 2018, 536, Rn. 66 – Weichenkartell; wohl ebenfalls für einen Erfahrungssatz aber gegen die Annahme einer bestimmten Dauer Kersting, in: LMRKM

(Fn. 26), § 33a Rn. 56; für das Bestehen eines Erfahrungssatzes für einen bestimmten Zeitraum BGH, Urt. v. 28.06.2011 (Fn. 40), Rn. 84 – ORWI; siehe auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.11.2016, 6 U 204/15 Kart (2), juris, Ls. 6, Rn. 66 – Grauzementkartell; OLG München, Urt. v. 08.03.2018, U 3497/16 Kart, WuW 2018, 486, Rn. 75, 178 – Schienenfreunde; vgl. zudem OLG Celle, Urt. v. 12.08.2021, 13 U 120/16 (Kart), WuW 2021, 591, Rn. 166 f; Bornkamm/Tolkmitt, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 1, 13. Aufl. 2018, § 33a GWB Rn. 29; Wiedemann/Topel, in: KartellR-HdB, 4. Aufl. 2020, § 50 Zivilrechtliche Sanktionen Rn. 81; gegen das Bestehen eines Erfahrungssatzes bzw. einer tatsächlichen Vermutung für eine Nachwirkung, OLG Frankfurt/M., Urt. v. 17.11.2015, 11 U 73/11 (Kart), juris, Rn. 43 ff.; OLG Frankfurt/M., Urt. v. 12.05.2020, 11 U 98/18 (Kart), juris, Rn. 316; LG Stuttgart, Urt. v. 30.01.2020, 30 O 9/18, juris, Rn. 52; Roth, in: FK Kartellrecht, 92. EL. 2018, Rn. 101.

⁴² OLG Frankfurt/M., Urt. v. 12.05.2020 (Fn. 41), Rn. 316.

⁴³ LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 20.08.2020, 19 O 7770/18 = juris, Rn. 162.

⁴⁴ Befürwortend Inderst/Thomas, in: Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 478; Kersting, in: LMRKM (Fn. 26), § 33a, Rn. 56; ablehnend Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), § 33a, Rn. 90 f.; Roth, in: FK Kartellrecht, 92. EL. 2018, § 33a, Rn. 101.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 28.06.2011 (Fn. 40), Rn. 84 – ORWI.

⁴⁶ Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), § 33a Rn. 90.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 28.06.2011 (Fn. 40) – ORWI; BGH, Urt. v. 19.05.2020 (Fn. 30) – Schienenkartell IV; BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30) – Schienenkartell V; siehe dazu auch Weitbrecht, NZKart 2021, 208.

⁴⁸ Vgl. Art. 22 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie.

⁴⁹ Weitbrecht, WuW 2021, 86, 89 f.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30), Rn. 32 ff. – Schienenkartell V.

⁵¹ BGH, Urt. v. 23.09.2020, KZR 4/19 (Fn. 30), Rn. 54 ff. – Schienenkartell V.

⁵² BGH, Urt. v. 23.09.2020, KZR 4/19 (Fn. 30), Rn. 50 ff. – Schienenkartell V. Weitbrecht, WuW 2021, 86, 88. In Anwendung dieser BGH-Rechtsprechung für das Spanplattenkartell OLG Celle, Urt. v. 12.08.2021, 13 U 120/16 (Kart), WuW 2021, 591, Rn. 216 f.

⁵³ Der BGH zitiert u. a. EuGH, Urt. v. 12.12.2019, C-435/18, EU:C:2019:1069, WuW 2020, 83 Rn. 22, 24 m. w. N.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30), Rn. 50, 53 – Schienenkartell V.

⁵⁵ Vgl. Art. 22 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30), Rn. 53 – Schienenkartell V.

- ⁵⁷ Vgl. etwa Erwägungsgründe 6 und 11 der Kartellschadensersatzrichtlinie.
- ⁵⁸ So auch Weitbrecht, WuW 2021, 86, 90 und NZKart 2021, 208, 212.
- ⁵⁹ BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30), Rn. 59 ff. – Schienenkartell V.
- ⁶⁰ BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30), Rn. 61 – Schienenkartell V.
- ⁶¹ BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30), Rn. 59 ff., 62 – Schienenkartell V.
- ⁶² BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30), Rn. 62 – Schienenkartell V. Bestätigt in BGH, Urt. v. 10.02.2021, KZR 94/18, WuW 2021, 465, Rn. 19.
- ⁶³ Weitbrecht, WuW 2021, 86, 90.
- ⁶⁴ Petzold, NZKart 2020, 592, 595 unter Verweis auf LG Frankfurt/M., Urt. v. 10.08.2018, 2-03 O 239/16.
- ⁶⁵ Weitbrecht, WuW 2021, 86, 90; Hutschneider/Middelschulte, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 1. Aufl. 2017, § 43 Rn. 26.
- ⁶⁶ Weitbrecht, WuW 2021, 86, 90.
- ⁶⁷ Vgl. Europäische Komm., Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags, ABl. 2019 C 267, 4, Rn. 15. Zu diesem Effekt auch Hauser/Frantzmann, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 1. Aufl. 2018, Rn. 798.
- ⁶⁸ BGH, Urt. v. 28.06.2011 (Fn. 40), Rn. 69 – ORWI.
- ⁶⁹ BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30), Rn. 51, 57 – Schienenkartell V.
- ⁷⁰ BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30), Rn. 46 – Schienenkartell V.
- ⁷¹ LG Dortmund, Urt. v. 27.06.2018, 8 O 13/17 (Kart), WuW 2018, 644, Rn. 160 ff. – Lkw-Kartell; Weitbrecht, WuW 2021, 86, 87.
- ⁷² BGH, Urt. v. 23.09.2020 (Fn. 30), Rn. 39 – Schienenkartell V.
- ⁷³ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 19/23492, S. 89 f.