

# Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung

Fuchs / Weitbrecht

2019  
ISBN 978-3-406-65046-8  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

haben soll, „diese Vermutung zu widerlegen“. In Umsetzung dieser Vorgabe sieht nunmehr **§ 33a Abs. 2 S. 1 GWB** eine **widerlegliche Vermutung** dahingehend vor, „**dass ein Kartell einen Schaden verursacht**“. Ein „Kartell“ in diesem Sinne wird im Einklang mit Art. 2 Nr. 14 der RL definiert als eine „Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter“ (§ 33a Abs. 2 S. 2 GWB). Ausgeklammert bleiben somit Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung. Zur Veranschaulichung werden **vier Regelbeispiele** („Zu solchen Absprachen gehören insbesondere“) aufgelistet (§ 33a Abs. 2 S. 3 GWB), die ebenfalls aus der RL übernommen worden sind<sup>228</sup>. Diese umfassen neben horizontalen Preis- und Konditionenabsprachen die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten sowie die Aufteilung von Märkten und Kunden (einschließlich Angebotsabsprachen, Ein- und Ausführbeschränkungen). Darüber hinaus werden auch „gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbschädigende Maßnahmen“ erfasst<sup>229</sup>.

**b) Inhalt und Rechtsnatur.** Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2014/104/EU verlangt seinem **49** eindeutigen Wortlaut nach die Einführung einer widerleglichen Vermutung hinsichtlich der Schadensentstehung durch ein Kartell<sup>230</sup>. Dementsprechend wird nach § 33a Abs. 2 S. 1 GWB „widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht“. Nach der Gesetzesbegründung erstreckt sich die Vermutung „auf das Bestehen eines Schadens und dessen Verursachung durch den Verstoß“<sup>231</sup>, während die Höhe des verursachten Schadens unberührt bleibt<sup>232</sup>. Gleiches gilt für die individuelle Betroffenheit des Anspruchstellers<sup>233</sup>.

**Fraglich** ist, ob es sich bei § 33a Abs. 2 S. 1 GWB um eine prozessuale **Vermutung im** **50** **Sinne des § 292 ZPO** handelt, die zu einer vollständigen Umkehr der Beweislast führt. Für andere Vermutungstatbestände im GWB wird dies durchaus unterschiedlich beurteilt. So lehnt die überwiegende Auffassung eine Überwälzung der formellen und materiellen Beweislast für die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung nach § 18 Abs. 4 GWB trotz vergleichbarer Formulierung („Es wird vermutet, dass...“) ab<sup>234</sup>. In Kartellzivilverfahren löse diese Vermutung lediglich eine **sekundäre Darlegungslast** des marktanteilstarken Unternehmens aus<sup>235</sup>. Bei Erfüllung des Vermutungstatbestands obliege es dem potentiellen Normadressaten, im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren die Gründe darzulegen, aus denen es dennoch über keine beherrschende Stellung verfügt. Einen dahingehenden substantiierten Vortrag habe dann der Anspruchsteller zu widerlegen<sup>236</sup>. Im Gegensatz dazu

<sup>228</sup> BegrRegE, BT-Drs. 18/10207, S. 55 (zu § 33a Abs. 2).

<sup>229</sup> Der RegE enthielt noch den Passus „sonstige“ (gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbschädigende Maßnahmen); der Verzicht auf dieses Merkmal ist wohl darauf zurückzuführen, dass eine Reminiszenz an das früher von der Rechtsprechung verlangte Erfordernis eines zielgerichteten Wettbewerbsverstoßes zum Nachteil bestimmter Konkurrenten (vgl. dazu → Rn. 3) vermieden werden sollte.

<sup>230</sup> Ob die RL damit „eine gesetzliche Vermutung i. S. v. § 292 ZPO“ fordert, so *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 1. Aufl. 2015, S. 238 f., erscheint allerdings fraglich, da die RL keine definitive Vorgabe zur dogmatischen Qualifikation oder Verankerung der erstrebten Verbesserung der Beweisposition des Anspruchstellers macht.

<sup>231</sup> BegrRegE, BT-Drs. 18/10207, S. 55 (zu § 33a Abs. 2).

<sup>232</sup> So auch Erwägungsgrund 47 der RL 2014/104/EU.

<sup>233</sup> BegrRegE, BT-Drs. 18/10207, S. 56 (unberührt bleibt „die Tatsache, dass der Schadensersatz Beanspruchende von dem Kartell betroffen ist“).

<sup>234</sup> *Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Möschel*, 5. Aufl. 2014, GWB § 18 Rn. 173; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Kühnen*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, GWB § 18 Rn. 111; *aA* (Vermutung iSd § 292 ZPO) *MüKoGWB/Wolf*, 2. Aufl. 2015, § 18 Rn. 43 f.; *Pohlmann ZHR* 164 (2000), 589 (590 ff.).

<sup>235</sup> *Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Möschel*, 5. Aufl. 2014, GWB § 18 Rn. 173; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Kühnen*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, GWB § 18 Rn. 111; *Wiedemann/Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 42; in der Tendenz auch BGH WuW/E BGH 2483 (2489) – Sonderungsverfahren; für Anscheinsbeweis *Wiedemann/Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 42.

<sup>236</sup> *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Kühnen*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, GWB § 18 Rn. 111.

bringt die Oligopolvermutung des § 18 Abs. 6 GWB nach praktisch einhelliger Auffassung eine echte Umkehr der Darlegungs- und Beweislast mit sich, wie sich aus dem Widerlegungstatbestand des Abs. 7 ergibt („wenn die Unternehmen nachweisen“).<sup>237</sup>

- 51 § 33a Abs. 2 S. 1 GWB scheint mit seiner Formulierung zwischen den Vermutungstatbeständen für die Einzelmarktbeherrschung (§ 18 Abs. 4 GWB) auf der einen und für die Oligopolmarktbeherrschung (§ 18 Abs. 6 und Abs. 7 GWB) auf der anderen Seite zu stehen: Einerseits fehlt bei der Schadensvermutung in § 33a Abs. 2 S. 1 GWB ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass dem Unternehmen, das den Vermutungstatbestand erfüllt, im Rahmen der Widerlegung der Nachweis gegenteiliger Umstände obliegt. Andererseits wird die Vermutung explizit als „widerleglich“ bezeichnet, woran es bei § 18 Abs. 4 GWB fehlt. Nach der Gesetzesbegründung soll die neue Regelung die bisher von der Rechtsprechung entwickelten **Ansätze für einen Anscheinsbeweis „ersetzen“**<sup>238</sup>. Die Vermutung könne insbesondere durch den Nachweis der Schadensabwälzung widerlegt werden<sup>239</sup>. Beide Formulierungen deuten auf eine **weiterreichende Vermutungswirkung** zugunsten des Anspruchstellers als die Beweiserleichterung durch den von der Rechtsprechung anerkannten Anscheinsbeweis hin. Dafür spricht auch die mit der Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie beabsichtigte Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. § 33 Abs. 2 S. 1 GWB ist daher als eine echte **Vermutung iSd § 292 ZPO** zu qualifizieren, so dass es insoweit zu einer **Umkehr der Darlegungs- und Beweislast** kommt<sup>240</sup>. Die Folge ist, dass der Anspruchsteller **das Ob der Schadensentstehung und seine Verursachung durch das Kartell** nicht mehr nachweisen muss, weil die Beweislast insoweit auf den Kartellanten übergegangen ist. Diesem obliegt die Widerlegung der Vermutung durch den Beweis, dass die Kartellabsprache keinen Schaden verursacht hat. Hinsichtlich der Schadenshöhe bleibt dagegen der Anspruchsteller darlegungs- und beweispflichtig. Dabei genügt es allerdings, hinreichend präzise Anknüpfungstatsachen für eine Schätzung des Schadensumfangs nach § 287 ZPO vorzutragen und bei Bestreiten nachzuweisen.

- 52 c) **Anwendungsbereich und Reichweite.** Die Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB gilt **nur für die generell preissteigernde Wirkung** von Kartellen und die dadurch verursachte Vermögensschädigung der Abnehmer<sup>241</sup>. **Nicht erfasst** wird dagegen die **konkrete Kartellbetroffenheit des jeweiligen Anspruchstellers**<sup>242</sup>. Insoweit verbleibt es bei dem von der Rechtsprechung anerkannten zweiten Anscheinsbeweis bzw. einer (schwächeren) tatsächlichen Vermutung<sup>243</sup>.

<sup>237</sup> Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Kühnen, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, GWB § 18 Rn. 115, 117; Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Möschel, GWB, 5. Aufl. 2014, § 18 Rn. 166, 176 mwN; einschränkend Wiedemann/Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 42.

<sup>238</sup> BegrRegE, BT-Drs. 18/10207, S. 55.

<sup>239</sup> BegrRegE, BT-Drs. 18/10207, S. 55.

<sup>240</sup> Im Ergebnis ebenso Thole ZWeR 2017, 339 (343); Kersting/Podszun/Kersting, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 46; Kahlenberg/Heim BB 2016, 1155 (1157); Langen/Bunte/Bornkamm/Tolkmitt GWB § 33a Rn. 25; Berg/Mäsch/Mäsch GWB § 33a Rn. 19; einschränkend Weibrecht NJW 2017, 1574 (1575) („materiellrechtliche Vermutung“); krit. zur Umkehr der Beweislast (bezüglich der in diesem Sinne interpretierten Vorgabe des Art. 17 Abs. 2 Schadensersatz-RL) noch Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 1. Aufl. 2015, S. 239 („zu weitreichend“).

<sup>241</sup> Vgl. zu diesem ersten Anscheinsbeweis für einen kartellbedingten Preisanstieg oben → Rn. 35 ff.

<sup>242</sup> Vgl. BegrRegE, BT-Drs. 18/10207, S. 55: „Der Anspruchsteller trägt auch weiterhin die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er Waren oder Dienstleistungen abgenommen oder geliefert hat, auf die – ggf. auch als Vorprodukt – sich der Verstoß bezogen hat.“ Zust. Kersting/Podszun/Kersting, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 46 mwW.

<sup>243</sup> Vgl. hierzu → Rn. 43 ff. Zurückhaltend insoweit BegrRegE, S. 55, die von der Darlegungs- und Beweislast des Anspruchstellers ausgeht, aber eine andere Verteilung durch die Gerichte unter Hinweis auf die Urteile des OLG Karlsruhe 31.7.2013 – 6 U 51/12 (Kart) Rn. 53, (juris), und des LG Berlin 6.8.2013 – 16 O 193/11 Kart Rn. 50(juris), für nicht ausgeschlossen hält.

Der **sachliche Anwendungsbereich** der gesetzlichen Vermutung beschränkt sich auf **53 horizontale Kartelle**, wobei mit den **Regelbeispielen** in § 33a Abs. 2 S. 3 Nr. 1–3 GWB Preis- und Quotenkartelle sowie Markt- und Kundenaufteilungen und damit die wichtigsten bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen besonders hervorgehoben werden. Mit dem vierten Regelbeispiel (§ 33a Abs. 2 S. 3 Nr. 4 GWB) werden „gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbschädigende Maßnahmen“ erfasst. Darunter fallen insbesondere kollektive Boykottmaßnahmen, also vereinbarte oder abgestimmte Liefer- oder Bezugssperren, mit denen aktuelle oder potentielle Konkurrenten aus dem Markt gedrängt oder von ihm ferngehalten werden sollen<sup>244</sup>. In einem solchen „Gruppenboykott“ liegt ebenso wie bei den anderen drei Regelbeispielen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, die schon ihrer Natur nach als schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs anzusehen ist<sup>245</sup>.

Der Grundtatbestand des „Kartells“ in Abs. 2 Satz 2 erfasst darüber hinaus nach seinem **54** Wortlaut auch **andere horizontale Verhaltensabstimmungen**<sup>246</sup>. Zunächst dürfte eine Koordinierung unter Beteiligung von **potentiellen Konkurrenten**, wie auch sonst, der zwischen aktuellen Wettbewerbern gleichzustellen sein<sup>247</sup>. Darüber hinaus liegt die Auslegung nahe, dass sich die **Bedeutung der vier explizit aufgeführten Regelbeispiele** nicht darin erschöpft, exemplarisch die wichtigsten Tatbestände bezweckter horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen zu veranschaulichen. Vielmehr ist die Kartelldefinition als Grundlage für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Schadensvermutung restriktiv auszulegen und sollte daher auf **bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen mit vergleichbarer Intensität** wie die explizit aufgeführten Regelbeispiele begrenzt werden<sup>248</sup>. Dafür spricht, dass bei „milderen“ Formen horizontaler Verhaltenskoordination kein typischer Erfahrungssatz über das Schadenspotential als Basis für eine generelle Schadensvermutung existiert. Eine noch weitergehende Bedeutung zur Eingrenzung des Begriffs des „Kartells“, für das die Vermutung des Abs. 2 gelten soll, ist dagegen nicht angezeigt. Insbesondere wäre es verfehlt, aus dem Passus „gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbschädigende Maßnahmen“ in Nr. 4 auf die implizite (Wieder-)Einführung des Kriteriums der „Zielgerichtetheit“ eines Kartellverstoßes als Voraussetzung für die Anspruchsberechtigung zur Geltendmachung von Schadensersatz zu schließen<sup>249</sup>.

<sup>244</sup> Ein abgestimmter „Gruppenboykott“ zur kollektiven Umsetzung einer Liefer- oder Bezugssperre ist sowohl nach Art. 101 Abs. 1 AEUV als auch nach § 1 GWB seiner Natur nach auf die Ausschaltung des Wettbewerbs gerichtet und damit als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzuordnen. Im deutschen Recht ist darüber hinaus schon der einseitige Bykottaufruf grundsätzlich verboten (§ 21 Abs. 2 GWB), während im europäischen Recht insoweit eine entsprechende Vorschrift fehlt.

<sup>245</sup> Commission Staff Working Document, Guidance on restrictions of competition „by object“ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, 25.6.2014, SWD(2014) 198 final, S. 11 Ziffer 2.5 („Collective boycott agreements“) vgl. a. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Nordemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, GWB § 1 Rn. 17 aE. Zur grundsätzlichen Einordnung von „group boycotts and other concerted refusals to deal“ als per se-Wettbewerbsbeschränkung im US-amerikanischen Antitrustrecht s. Sullivan/Grimes/Sagers, The Law of Antitrust – an Integrated Handbook, 3. Aufl. 2016, § 5.8, S. 284 ff. mwN.

<sup>246</sup> Unschädlich ist, dass der deutsche Gesetzgeber in der Legaldefinition des Kartells neben der abgestimmten Verhaltensweise in Übereinstimmung mit Art. 2 Nr. 14 der RL den Terminus „Absprache“ statt „Vereinbarung“ (so Art. 101 Abs. 1 AEUV) benutzt, so auch Lettl WM 2016, 1961 (1962); Kersting/Podszun/Kersting, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 50. Gleiches gilt für den Verzicht auf den expliziten Hinweis, dass verbotene Preisfestsetzungen „auch im Zusammenhang mit Rechten des geistigen Eigentums“ erfasst sind.

<sup>247</sup> Der potentielle Wettbewerb ist generell gleichermaßen schützenswert wie aktueller Wettbewerb, vgl. nur Immenga/Mestmäcker/Zimmer, 5. Aufl. 2014, GWB § 1 Rn. 110; Langen/Bunte/Hengst, 13. Aufl. 2018, AEUV Art. 101 Rn. 168 ff. mwN.

<sup>248</sup> In diese Richtung auch Brömmelmeyer NZKart 2016, 2 (3); Kersting/Podszun/Kersting, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 54 (lediglich Erfassung horizontaler Kernbeschränkungen, nicht aber sonstiger nicht bezweckter horizontaler Beschränkungen); Berg/Mäsch/Mäsch GWB § 33a Rn. 18 (keine Erfassung lediglich bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen); zurückhaltend Galle NZKartA 2016, 214 (219) (Zweifel an der Erstreckung auf sonstige horizontale Kernverstöße wie etwa einen per se unzulässigen Informationsaustausch).

<sup>249</sup> Diese Gefahr bestand nach dem Gesetzentwurf, der noch auf „sonstige gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbschädigende Maßnahmen“ (Hervorhebung hinzugefügt) abstellte. Vgl. zur Aufgabe

- 55 Für **vertikale Absprachen** oder Verhaltensabstimmungen oder **einseitige missbräuchliche Verhaltensweisen** marktbeherrschender oder marktstarker Unternehmen nach §§ 19 ff. GWB **gilt die Schadensvermutung dagegen nicht**<sup>250</sup>.
- 56 Generell **nicht erfasst** sind zudem **Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen**. Eine in der Literatur vereinzelt erwogene analoge Anwendung der Vermutung, wenn der Beschluss eine Verhaltensabstimmung zwischen Wettbewerbern bewirke<sup>251</sup>, kommt nicht in Betracht<sup>252</sup>. Denn die RL begründet die Einführung des Vermutungstatbestands explizit mit dem geheimen Charakter von Kartellen und den aus der verstärkten Informationsasymmetrie resultierenden erhöhten Beweisschwierigkeiten für den Geschädigten<sup>253</sup>. Daran fehlt es in der Regel bei offiziellen Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen<sup>254</sup>. Im Übrigen besteht für die analoge Erstreckung des Vermutungstatbestands auf derartige Beschlüsse auch kein Bedürfnis, weil der Beschluss allein noch keinen Schaden verursachen dürfte und die Vermutung eingreift, wenn es im Zuge der Umsetzung des Beschlusses tatsächlich zu einem abgestimmten Verhalten von im Wettbewerb miteinander stehenden Mitgliedern der Unternehmensvereinigung kommt.
- 57 Hinsichtlich der **Art des Schadens** enthält § 33a Abs. 2 S. 1 GWB – ebenso wie Art. 17 Abs. 2 RL – **keinerlei Vorgabe**. Die Vermutung bezieht sich darauf, dass die horizontale Kartellabsprache „*einen Schaden*“ verursacht hat. Anhaltspunkte für Differenzierungen, etwa zwischen Preisüberhöhungsschaden, entgangenem Gewinn und sonstigen Schadenspositionen oder nach **Gruppen von Geschädigten** (direkte und indirekte Abnehmer, Kunden von Kartellaußenseitern, Lieferanten, Konkurrenten etc), sind nicht ersichtlich<sup>255</sup>. Neben dem im Vordergrund stehenden Preiserhöhungsschaden<sup>256</sup> werden daher nach zutreffender Ansicht **auch der Mengenschaden**<sup>257</sup> in Form entgangenen Gewinns als Folge des damit typischerweise verbundenen Nachfragerückgangs **sowie die Existenz eines Preisschirmeffekts** von der Vermutung **erfasst**<sup>258</sup>. Obwohl den Kritikern zuzugeben ist, dass die Annahme einer Schädigung auch der Kunden oder Lieferanten von Kartellaußenseitern einen weiteren Zwischenschritt erfordert, nämlich die Vermutung der Existenz und Ausnutzung eines Preissetzungsspielraums durch Kartellaußenseiter als wahrscheinliche Folge des Kartells, stellt ein solches Szenario doch keine außergewöhnliche Situation dar, sondern entspricht einem typischen Geschehensablauf<sup>259</sup>. Darüber hinaus kommt die Vermutung nicht nur bei Schäden von Abnehmern zum Zuge, sondern greift spiegelbildlich auch zugunsten von Lieferanten ein, die einen kartellbedingt zu geringen Erlös für ihre Produkte erzielen<sup>260</sup>.

des früher von der Rechtsprechung herangezogenen Kriteriums der „Zielgerichtetheit“ des Wettbewerbsverstoßes bereits → Rn. 2 ff.

<sup>250</sup> Allg. Ansicht, s. nur *Brömmelmeyer* NZKart 2016, 2 (3); *Galle* NZKart 2016, 214 (219); *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 51 f.; *Lettl* WRP 2015, 537 (539); *Weißbrecht* WuW 2015, 959 (966).

<sup>251</sup> *Lettl* WRP 2015, 537 (539).

<sup>252</sup> Im Ergebnis ebenso *Berg/Mäsch/Mäsch* GWB § 33a Rn. 18.

<sup>253</sup> Erwägungsgrund 47 der RL 2014/104/EU.

<sup>254</sup> *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 53.

<sup>255</sup> Ebenso *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 41, 43 ff.

<sup>256</sup> Dass die BegrRegE, S. 55 f. nur diesen erwähnt, schadet nicht. Vgl. auch Erwägungsgrund 47 der Richtlinie 2014/104/EU (Bezugnahme auf den Schaden „insbesondere durch Auswirkungen auf die Preise“).

<sup>257</sup> *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 43; *Kersting* VersR 2017, 581 (583); **aA** wohl *Galle* NZKart 2016, 214 (220), der auch schon einen Anscheinsbeweis für einen Mengeneffekt ablehnt (S. 217).

<sup>258</sup> Wie hier *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 41; *Berg/Mäsch/Mäsch* GWB § 33a Rn. 17; wohl auch *Kahlenberg/Heim* BB 2016, 1863 (1866); **aA** *Galle* NZKart 2016, 214 (219); *Langen/Bunte/Bornkamm/Tölkemitt* § 33a Rn. 28 (Vermutung für Preisschirmeffekte „wohl zu verneinen“); *zweifeln KölnKomm KartR/Krohs* GWB § 33 Rn. 223.

<sup>259</sup> So auch OLG Karlsruhe 9.11.2016 – 6 U 204/15 Kart (2), NZKart 2016, 595 (597); *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 41; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 431 ff., 417; wohl auch *Petrasincu* WuW 2016, 330 (331); **krit.** aber *Galle* NZKart 2016, 214 (217); *Langen/Bunte/Bornkamm/Tölkemitt* GWB § 33a Rn. 28.

<sup>260</sup> Vgl. *BegrRegE*, S. 56; *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 42.

Soweit in der Literatur vereinzelt die Gefahr einer pauschalen Ausweitung des Kreises der potentiell Geschädigten und der Arten eines möglichen Schadens gesehen wird<sup>261</sup>, ist dem entgegenzuhalten, dass die überwiegend befürwortete, am uneingeschränkten Wortlaut orientierte weite Auslegung des Vermutungstatbestands nach § 33a Abs. 2 GWB keineswegs mit der Auferlegung einer undifferenzierten und in der Praxis kaum zu erfüllenden Widerlegungspflicht des Kartellanten verbunden ist. Denn zum einen ist eine Widerlegung des vermuteten Schadenseintritts nach § 33a Abs. 2 GWB für den Kartelldelinquenten immer nur gegenüber konkreten Anspruchstellern und der von ihnen im Einzelfall geltend gemachten Schadsenposition erforderlich. Dabei können durchaus **unterschiedlich hohe Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung** zB nach Art des geltend gemachten Schadens zu stellen sein<sup>262</sup>. So dürfte es einem Kartellanten leichter fallen, gegenüber dem Kunden eines Kartellaußenseiters anhand konkreter Marktumstände die Existenz eines Preisschirmeffekts zu widerlegen als das Bestehen eines Preisüberhöhungsschadens gegenüber einem direkten Kunden des Kartells.

Zum anderen erstreckt sich die **Vermutung nicht** auf die **konkrete Kartellbetroffenheit** des jeweiligen Anspruchstellers. **Direkte Abnehmer** oder Lieferanten müssen daher beweisen, dass sich das Angebots- oder Nachfragekartell auf das von ihnen erworbene bzw. gelieferte Produkt erstreckt (hat)<sup>263</sup>. Insoweit kommt ihnen aber weiterhin die von der Rechtsprechung entwickelte mildere Form der Beweiserleichterung (Anscheinsbeweis bzw. tatsächliche Vermutung) zugute (dazu → Rn. 43 ff.). **Mittelbare Abnehmer** können sich zwar bezüglich der Entstehung eines Schadens beim direkten Abnehmer auf die Vermutung des § 33a Abs. 2 GWB berufen; für die konkrete eigene Betroffenheit bedarf es aber darüber hinaus des Nachweises sowohl der Kartellbefangtheit der Produkte ihres Lieferanten als auch der Abwälzung seines Schadens auf sie selbst<sup>264</sup>. Für letzteres können sie sich dem Grunde (nicht der Höhe nach) auf die Vermutung des § 33c Abs., 2 GWB berufen. Deren Wirkung ist allerdings im Vergleich zu der nach § 33a Abs. 2 GWB schwächer, weil ihre Widerlegung keinen vollen Beweis des Gegenteils erfordert, sondern lediglich die Glaubhaftmachung eines anderen Geschehensablaufs (§ 33c Abs. 3 GWB) (näher hierzu → § 6 Rn. 126 ff.). Entsprechendes gilt für **indirekte Lieferanten** (§ 33c Abs. 4 GWB)<sup>265</sup>.

Der Umstand, dass es bei den **Kunden von Kartellaußenseitern** definitionsgemäß an der „Kartellbefangtheit“ der bezogenen Produkte fehlt, führt nicht dazu, dass bei ihnen keine konkrete Kartellbetroffenheit feststellbar und nachzuweisen wäre. Vielmehr bedeutet die konkrete Kartellbetroffenheit in diesem Zusammenhang, dass der Abnehmer nachweisen muss, das fragliche Produkt von einem Unternehmen auf dem kartellierten Markt, auf dem gemäß der Vermutung des § 33 Abs. 2 GWB „ein Schaden“ eingetreten ist, bezogen zu haben.

**d) Widerlegung der Vermutung.** Die in Anspruch genommenen Kartellanten können das Eingreifen der Schadensvermutung auf zwei Wegen verhindern. Zunächst können sie darlegen, dass die **tatbestandlichen Voraussetzungen** der Vermutung nicht gegeben sind. Da die Beweislast für deren Eingreifen beim Anspruchsteller liegt, genügt es, insoweit die richterliche Überzeugung vom Vorliegen der Vermutungsbasis zu erschüttern<sup>266</sup>. Dies wäre etwa gegeben, wenn das Gericht nicht unerhebliche Zweifel bekäme, ob die fragliche

<sup>261</sup> Vgl. *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 1. Aufl. 2015, S. 239.

<sup>262</sup> *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 45.

<sup>263</sup> *BegrRegE*, S. 55 f.; ebenso *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 46 (Nachweis des Erwerbs oder der Lieferung eines kartellbefangenen Produkts); *Klumpe/Thiede* BB 2016, 3011 (3012); *Lettl WM* 2016, 1961.

<sup>264</sup> Ähnlich *Makatsch/Mir* EuZW 2015, 7 (12) (zur RL); *Kahlenberg/Heim* BB 2016, 1863 (1867); *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 47; *Lettl WRP* 2015, 537 Rn. 27.

<sup>265</sup> *BegrRegE*, S. 55 f.; *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 48.

<sup>266</sup> Insofern zutreffend *Kersting/Podszun/Kersting*, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 55, der freilich zugleich von der Führung des „Gegenbeweises“ durch den Anspruchsteller spricht.

Verhaltensabstimmung tatsächlich eine schwerwiegende horizontale bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

- 62 Ist die Vermutung dagegen zur Überzeugung des Gerichts anwendbar, bleibt den Kartellbeteiligten nur die Möglichkeit, sie durch den **Beweis des Gegenteils** zu widerlegen (§ 292 S. 1 ZPO). Dafür muss der Kartellant als Anspruchsgegner den vollen Beweis nach § 286 ZPO erbringen, dass das Kartell keinen Schaden verursacht hat. Für eine dahingehende richterliche Überzeugung ist zwar keine absolute Gewissheit, wohl aber eine so hohe Wahrscheinlichkeit erforderlich, dass „ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit“ erreicht ist, der etwaigen restlichen Zweifeln Schweigen gebietet<sup>267</sup>.
- 63 Fraglich ist, ob sich die Widerlegung der vermuteten Verursachung eines Schadens durch den Kartellverstoß auf sämtliche vorstellbaren Schadensarten beziehen muss (Preiserhöhungsschaden, Mengenschaden, Preisschirmeffekt)<sup>268</sup> oder ob es genügt, den **Beweis des Gegenteils nur für den vom Kläger behaupteten Schaden** zu führen. Für letzteres sprechen entscheidend die Grundsätze der Prozessökonomie und des *ne ultra petita* (§ 308 Abs. 1 ZPO). Das formale Argument, dass eine gesetzliche Vermutung eingreife, ohne dass sich die begünstigte Partei darauf berufen müsse und sich bei § 33a Abs. 2 GWB eben auf alle genannten Schadensarten beziehe, vermag dagegen ebenso wenig zu überzeugen wie der Hinweis, dass der Nachweis eines Nichtvorliegens bestimmter Schadensarten im konkreten Fall im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO berücksichtigt werden könne, ohne das Eingreifen der Vermutung insgesamt in Zweifel zu ziehen<sup>269</sup>. Dabei wird übersehen, dass ein Eingreifen der Schadensvermutung dem Grunde nach ebenso wie eine mögliche Schätzung der Schadenshöhe nicht abstrakt zu prüfen sind, sondern jeweils nur, soweit sie sich auf den vom konkreten Kläger geltend gemachten Anspruch beziehen. MaW: Wenn der direkte Abnehmer eines Kartellbeteiligten auf Schadensersatz wegen eines Preiserhöhungsschadens klagt, braucht der beklagte Kartellant zur Widerlegung der Schadensvermutung nur nachzuweisen, dass kein solcher Schaden entstanden ist. Ausführungen zur Widerlegung eines gar nicht geltend gemachten entgangenen Gewinns (Mengenschadens) oder eines Preisschirmeffekts sind dagegen überflüssig. Insoweit findet auch von vornherein keine Schadensschätzung nach § 287 ZPO statt; diese beschränkt sich vielmehr auf den Umfang des allein geltend gemachten Preiserhöhungsschadens.
- 64 In der Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle wird als Beispiel für eine Widerlegung der Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB die Weitergabe der Preiserhöhung durch den unmittelbaren Abnehmer an die nächstfolgende Marktstufe genannt<sup>270</sup>. Dagegen wird eingewandt, dass eine Schadensabwälzung voraussetzt, dass ein solcher zunächst einmal entstanden sein muss<sup>271</sup>. Der spätere **Wegfall des Schadens durch die Weitergabe der erhöhten Preise** dürfte eher eine Frage der Bemessung der (noch vorhandenen) Höhe des Schadens sein. Doch im Ergebnis schadet es nicht, die vollständige Abwälzung des Schadens als Widerlegung der Schadensvermutung zu qualifizieren. Denn entscheidend ist letztlich, ob im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs noch ein Schaden vorhanden ist. Andernfalls läuft die Schadensvermutung ins Leere.
- 65 **e) Fazit.** Im Ergebnis führt die allgemeine Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB lediglich dazu, dass den Kartellbeteiligten die Möglichkeit eines pauschalen Bestreitens der Entstehung kartellbedingter Schäden und damit der Aktivlegitimation eines potentiellen Klägers genommen wird. Auch wenn ihnen eine Widerlegung der Vermutung nicht gelingt, können sie einer Inanspruchnahme entgehen, indem sie den Anschein der konkreten Kartellbetroffenheit des Klägers erschüttern. Zudem obliegt es nach wie vor dem

<sup>267</sup> Vgl. nur Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO § 286 Rn. 18 mwN; ähnlich Zöller/Greger, ZPO, § 286 Rn. 19 („persönliche Gewissheit“ des Richters).

<sup>268</sup> Dafür Kersting/Podszun/Kersting, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 56 f.

<sup>269</sup> So aber die Argumentation von Kersting/Podszun/Kersting, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 57.

<sup>270</sup> BegrRegE, S. 55 f.; zust. Lettl WM 2016, 1961.

<sup>271</sup> Kersting VersR 2017, 581 (583); Kersting/Podszun/Kersting, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 58; Berg/Mäsch/Mäsch GWB § 33a Rn. 19.

Kläger, den Umfang des erlittenen Schadens darzulegen und ggf. zu beweisen. Die insoweit nach Art. 17 Abs. 1 RL bestehenden Anforderungen, dass die Regeln der Mitgliedstaaten über die Beweisanforderungen und die Beweislast im Zusammenhang mit der Ermittlung des Schadensumfangs die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren darf, erfüllte das deutsche Recht bereits vor Umsetzung der RL, zumal auch die geforderte Befugnis der nationalen Gerichte zur Schadensschätzung mit § 287 ZPO bereits existierte (§ 33 Abs. 3 S. 3 GWB aF, jetzt § 33a Abs. 3 GWB).

### III. Mittelbare Abnehmer (kartellbefangener Produkte auf nachgelagerten Marktstufen)

**1. Entwicklung der Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle.** Bis zur 7. GWB-Novelle 2005 kam es für die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von kartelldeliktischen Ansprüchen darauf an, ob der Anspruchsteller zum geschützten Personenkreis der verletzten Kartellrechtsvorschrift gehörte. Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur hatte insoweit verlangt, dass ein zielgerichteter, dh gegen bestimmte Unternehmen gerichteter Verstoß<sup>272</sup> bzw. eine unmittelbare und objektive Betroffenheit des Anspruchstellers<sup>273</sup> als Voraussetzung für einen kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch vorliegen müsse. Auch nach der Aufgabe dieser Schutzgesetzkonzeption durch die 7. GWB-Novelle und ihrer Ersetzung durch den Begriff des „Betroffenen“ nach § 33 Abs. 1 S. 1 und S. 3 GWB (aF) blieb lange Zeit ungeklärt, ob sich die Anspruchsberechtigung auf die unmittelbare Marktgegenseite beschränkte<sup>274</sup> oder auch mittelbaren Abnehmern auf entfernteren Marktstufen in der Vertriebskette zukam<sup>275</sup>.

Erst mit seiner ORWI-Entscheidung aus dem Jahr 2011 hat der BGH diesen restriktiven Tendenzen endgültig und zu Recht der Boden entzogen<sup>276</sup>. Obwohl die Entscheidung sogar noch zum alten Gesetzesstand vor der 7. GWB-Novelle ergangen ist<sup>277</sup>, also unter der Geltung des Schutzgesetzkonzepts, beansprucht sie gleichermaßen Geltung für die Auslegung des Merkmals des „Betroffenen“ iSd § 33 Abs. 1 S. 3 GWB aF (= § 33 Abs. 3 GWB)<sup>278</sup>.

<sup>272</sup> Vgl. dazu nur Langen/Bunte/Bornkamm, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Aufl. 2011, GWB § 33 Rn. 18, 26 mwN.

<sup>273</sup> So zB (unter Abgrenzung von der Zielgerichtetheit des Verstoßes) OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 233 (240) – Inkontinenzhilfen; LG Dortmund WuW/E DE-R 1352 (1353) – Vitaminpreise Dortmund; weitergehend OLG Stuttgart WuW/E DE-R 161 (162 f.) (Schutz der Marktgegenseite).

<sup>274</sup> Vor allem zur Vermeidung einer ausufernden Haftung des Kartelldelinquenten hatte zuvor eine beachtliche Meinungsströmung in der Literatur, der sich auch das OLG Karlsruhe als Vorinstanz im ORWI-Verfahren des BGH angeschlossen hatte, eine Begrenzung der Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen rechtswidriger Kartellabsprachen auf die unmittelbare Marktgegenseite für erforderlich gehalten, vgl. insbes. Koch WuW 2005, 1210 (1219 f.) (Einschränkung der Anspruchsberechtigung auf „unmittelbar Betroffene“); nur für den Schadensersatzanspruch auch Bechtold, GWB, 6. Aufl. 2010, § 33 Rn. 11; im Ergebnis ebenso Gömer, Die Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB, 2007, S. 215 ff. (keine Schadenszurechnung bei mittelbaren Abnehmern, da Preiserhöhung infolge gestiegener eigener Kosten der Geschäftspartner zum „allgemeinen Marktrisiko“ gehöre).

<sup>275</sup> So die wohl überwiegende Auffassung schon vor dem ORWI-Urteil des BGH. Sie verwies insbes. auf die „Jedermann“-Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. 2001, I-6297 – Courage and Crehan; EuGH 13.7.2006 – verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 – Vincenzo Manfredi ua, und billigte grundsätzlich auch den Abnehmern kartellbefangener Produkte auf nachgelagerten Marktstufen einen Anspruch auf Schadensersatz zu, KG 1.10.2009, WuW/E DE-R 2773 (2783 ff.) – Berliner Transportbeton (jedenfalls, wenn der Geschädigte ein Unternehmen ist); Immenga/Mestmäcker/Emmerich, 4. Aufl. 2007, GWB § 33 Rn. 29; Fuchs WRP 2005, 1384 (1394 f.); Fuchs ZWeR 2011, 192 (198 ff.); MünchKomm-KartR/Säcker/Jaacks, 1. Aufl., EG Art. 81 Rn. 891; Zimmer/Höft ZGR 2009, 662 (683); Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, S. 381 ff., 389; Logemann, S. 342 ff., 356 f.

<sup>276</sup> BGH 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431 Rn. 16 f. – ORWI.

<sup>277</sup> So ausdrücklich BGH 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431 Rn. 13 – ORWI.

<sup>278</sup> Dück/Eufinger WRP 2011, 1530 (1531); Lübbig/Mallmann WRP 2012, 166 (167); vgl. auch die Pressemitteilung des BGH Nr. 118/2011 v. 29.6.2011 am Ende.

- 68 Mit der **grundsätzlichen Bejahung der Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer** der am Kartell beteiligten Unternehmen hat der BGH in seinem ORWI-Urteil schon vor Erlass und Umsetzung der europäischen Schadensersatzrichtlinie eine lang anhaltende Rechtsunsicherheit beendet. Auch nach Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle war es trotz der gesetzgeberischen Tendenz zu einer extensiven Bestimmung des Kreises der Anspruchsberechtigten umstritten geblieben, ob Folgeabnehmer auf entfernteren Marktstufen tatsächlich als „Betroffene“ angesehen werden konnten. Ein Grund für den fort-dauernden Meinungsstreit<sup>279</sup> war die enge Verknüpfung der Frage der Aktivlegitimation mittelbarer Abnehmer mit der Problematik der Zulassung des Einwands der Schadensabwälzung (hierzu ausführlich → § 6 Rn. 88 ff.). Die meisten Literaturstimmen, die sich gegen die Anerkennung der sog. *passing-on defense* aussprachen, befürworteten zur Vermeidung der Gefahr einer doppelten oder sogar mehrfachen Inanspruchnahme der Kartellanten durch direkte und mittelbare Abnehmer auf nachfolgenden Marktstufen eine Beschränkung der Anspruchsberechtigung auf die direkten Kunden der Kartellanten. Auf der anderen Seite sträubten sich die Befürworter einer prinzipiellen Aktivlegitimation mittelbarer Abnehmer mehrheitlich dagegen, die Berufung auf eine Schadensabwälzung grundsätzlich auszuschließen. Nur vereinzelt sprach man sich für die gleichzeitige Anerkennung der Anspruchsberechtigung nachgelagerter Kartellkunden und den prinzipiellen Ausschluss der *passing-on defense* (mit Ausnahme weniger begrenzter Fallgruppen) aus, wobei man das Risiko einer unzumutbaren Mehrfachbelastung der Schädiger wegen der zumeist fehlenden hinreichenden Klageanreize der mittelbaren Abnehmer auf entfernteren Marktstufen für wenig realistisch, jedenfalls aber über Anrechnungsmechanismen beherrschbar hielt<sup>280</sup>. Auch wenn viel dafür spricht, dass durch den grundsätzlichen Ausschluss der *passing-on defense* die Klageanreize des direkten Abnehmers und damit die Effektivität der privaten Kartellrechtsdurchsetzung gestärkt würden, hat sich dieser Ansatz *de lege lata* nicht durchsetzen können.
- 69 **2. Aktuelle Rechtslage nach der 9. GWB-Novelle.** Mit der Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie entsprechend den Vorgaben in Art. 12 Abs. 1 und 4, Art. 13 der Richtlinie ist der Einwand der Schadensabwälzung gesetzlich kodifiziert worden (§ 33c Abs. 1 S. 2 GWB) und gemäß Art. 14 Abs. 2 sogar eine (widerlegliche) Vermutung zugunsten des mittelbaren Abnehmers für eine Weitergabe eines kartellrechtswidrigen Preisaufschlags dem Grunde nach durch einen Direktabnehmer begründet worden (§ 33c Abs. 2 GWB). Zugleich wird damit indirekt die Aktivlegitimation mittelbarer Abnehmer gesetzlich anerkannt.
- 70 Die Aktivlegitimation mittelbarer Abnehmer ist daher heute einhellig anerkannt<sup>281</sup>. Sie fallen unter den Begriff der „sonstigen Marktteilnehmer“ iSd § 33 Abs. 3 GWB. Zu diesen gehören insbes. auch die **Endverbraucher**<sup>282</sup>. Auch wenn diese nur selten in der Lage sein werden, vor der Einführung von wirksamen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes ihre etwaigen Ansprüche geltend zu machen, ist die prinzipielle Anspruchsberechtigung jedweder mittelbarer Abnehmer zu begrüßen.

<sup>279</sup> Vgl. zum Meinungsstand vor dem ORWI-Urteil des BGH *Fuchs* ZWeR 2011, 192 (197 f.) mwN.

<sup>280</sup> Vgl. im Einzelnen *Fuchs* ZWeR 2011, 192 (210 ff.); *Fuchs*, in Remien (Hrsg.), Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, S. 55, 75 ff. Teilweise wurde auch vorgeschlagen, die Problematik einer möglichen Mehrfachbelastung des Schädigers durch die Annahme einer Gesamtgläubigerschaft (§ 428 BGB) der Ersatzberechtigten auf verschiedenen Marktstufen zu lösen, vgl. KG, Urt. v. 1.10.2009 – 2 U 10/03 Kart, WuW/E DE-R 2773 (2775) – Berliner Transportbeton; MüKoEuWettbR/Säcker/Jaecks, 2. Aufl. 2015, Art. 101 AEUV Rn. 760; krit. *Guski* ZWeR 2010, 278 (292 ff.); *Kamann/Ohlhoff* ZWeR 2010, 303 (315 ff.); abl. Langen/Bunte/Bornkamm, 12. Aufl. 2010, GWB § 33 Rn. 103 f.; *Fuchs* ZWeR 2011, 192 (208 ff.) mwN.

<sup>281</sup> S. nur Langen/Bunte/Bornkamm/Tölkemitt § 33a Rn. 6; Kersting/Podszun/Kersting, 9. GWB-Novelle, Kap. 7 Rn. 22; Berg/Mäsch/Mäsch § 33a Rn. 23, § 33c Rn. 10.

<sup>282</sup> So schon BegrRegE (7. GWB-Novelle), BT-Drs. 15/3640, 53; *Bechtold/Bosch*, GWB, 8. Aufl. 2015, § 33 Rn. 11; Immenga/Mestmäcker/Emmerich, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, GWB § 33 Rn. 18.