

Praxis des Anscheinsbeweises im Kartellschadensersatzrecht

Thiede, Thomas; Träbing, Tim

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Thiede, T., & Träbing, T. (2016). Praxis des Anscheinsbeweises im Kartellschadensersatzrecht. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht : NZKart*, 9, 422-427. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-55742-7>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Dr. Thomas Thiede, Graz, Dortmund und Tim Träbing, Dortmund*

Praxis des Anscheinsbeweises im Kartellschadensersatzrecht – ein Rechtsprechungsbericht

Kartellrechtliche Schadensersatzklagen werden immer bedeutender und beherrschen zunehmend die kartellrechtliche Diskussion. Im Rahmen dieser Verfahren – die in aller Regel als follow on-Verfahren bei Hardcore Kartellen geführt werden – sehen sich Geschädigte damit konfrontiert, die Kartellbefangenheit ihres Erwerbsgeschäftes beweisen zu müssen. Der nachfolgende Beitrag referiert die einschlägigen Entscheidungen der Instanz- und Obergerichte hinsichtlich der Frage, ob den Geschädigten hierfür ein Anscheinsbeweis als Beweiserleichterung zur Verfügung steht.

I. Einführung

Der Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen ist die Schaffung der Kartellschadensersatzrichtlinie¹ durch den europäischen Gesetzgeber, welche bis zum Jahresende 2016 durch den deutschen Gesetzgeber umzusetzen ist.² Wissenschaft und Praxis meldeten zum Teil erhebliche Bedenken an der Effektivität der Richtlinie an,³ unter anderem im Hinblick auf den – wohl nach wie vor – bestehenden Umfang der Darlegungs- und Beweislast des Klägers. Insbesondere wurde darauf verwiesen, dass gerade in zivilrechtlichen Verfahren im Nachgang zum behördlichen Verfahren (sog. *follow-on* Verfahren) Geschädigte sich oftmals mit der erheblichen Hürde konfrontiert sähen, beweisen zu müssen, dass ein konkretes abgeschlossenes Geschäft des Klägers von einer Kartellabsprache hinsichtlich des konkreten Erwerbsvorganges individuell betroffen war. Tatsächlich enthält die Richtlinie insofern nur sehr begrenzt neue Regelungen, sodass die geltende Rechtslage in dieser Frage weitergelten dürfte.⁴

Schon bisher ist ausweislich § 33 GWB der Kartellant im Falle des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit zum Ersatz des „aus dem Verstoß entstandenen Schadens“ verpflichtet. Mithin setzt ein Schadensersatzanspruch jedenfalls voraus, dass der durch den Kläger abgeschlossene Vertrag kartellbefangen, also von einer verbotenen Vereinbarung zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen oder von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die eine Verhinderung Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, beeinflusst war.⁵ Für den Nachweis einer solchen Kartellbefangenheit genügt es *prima vista* auch nicht, dass das Bundeskartellamt einen Kartellverstoß durch die Verkäufer festgestellt hat; die Feststellungswirkung des Bußgeldbescheides nach § 33 Abs. 4 GWB beschränkt sich nach ganz überwiegender Ansicht allein auf eine Teilnahme an einem Kartell, betrifft also weder eine abstrakt-generelle preissteigernde Wirkung des Kartells noch die Beeinflussung des individuell-konkreten Erwerbssaktes der Geschädigten.⁶

Zweifelsohne sind eben jene Nachweise der preiserhöhenden Wirkung eines Kartells sowie der Kartellbetroffenheit des jeweiligen einzelnen Erwerbsvorgangs für die Geschädigten schwer zu führen. Wie ein Studium der jeweils einschlägigen, nachfolgend in der gebotenen Kürze zu erörternden Gerichtsentscheidungen offenbart, scheint es in der Praxis jedenfalls strittig, ob ohne erklärte Abwendung vom materiellen Recht allein unter Zuhilfenahme beweisrechtlicher Mittel der Haftungsstandard bei Kartellschadensersatzprozessen zulasten der Kartellanten mittels eines Anscheinsbeweises

sowohl hinsichtlich der preissteigernden Wirkung von Kartellen als auch der Befangenheit eines konkreten Geschäfts verschoben werden kann.⁷

Bekanntlich setzt ein Anscheinsbeweis einen typischen Geschehensablauf voraus, also einen Sachverhalt, der nach der Lebenserfahrung auf das Bewirken einer bestimmten Folge oder deren Verursachung durch ein bestimmtes Verhalten geschlossen werden kann. Liegen die Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises vor, muss die andere Partei den Anschein erschüttern, also Tatsachen darlegen, die einen atypischen Sachverhalt begründen.⁸ Daraus ergibt sich auch der wesent-

* *Dr. iur. Thomas Thiede, LL.B., LL.M.*, ist Universitätslektor an der Karl-Franzens-Universität Graz, Fellow des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) sowie des European Law Institute (ELI), Wien, Österreich und z. Z. Rechtsreferendar am LG Dortmund. *Tim Träbing* ist Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Ruhr-Universität Bochum und z. Zt. Rechtsreferendar am LG Dortmund. Die Autoren danken Herrn *VorsRiLG Dr. Gerhard Klumpe* für zahllose hilfreiche Hinweise und seine stete Bereitschaft, diesen Beitrag jederzeit zu diskutieren, sowie Frau *Sonja Akbal* für die Beschaffung der einschlägigen Literatur.

1 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedsstaaten in der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349, 1 ff. (im Folgenden: *RiLi*).

2 Vgl. Art. 23 RiLi.

3 Vgl. aus der (abundanten) Literatur alle m. w. N. *Fiedler*, Der aktuelle Richtlinienentwurf der Kommission – der große Wurf für den kartellrechtlichen Schadensersatz? BB 37/2013, 2179 ff.; *Fiedler/Huttenlauch*, Der Schutz von Kronzeugen- und Settlementerklärungen vor der Einschätzung durch Dritte nach dem Richtlinien-Vorschlag der Kommission, NZKart 2013, 350 ff.; *Gugler/Schuhmacher* (Hrsg.), Schadensersatz bei Kartellverstößen (2015); *Howard*, Too little, too late? The European Commission's Legislative Proposals on Anti-Trust Damages Actions, JECLAP 2013, Vol 4 No 6, 455 ff.; *Klumpe/Thiede*, Kritische Bemerkungen zum derzeitigen Stand einer Europäischen Kartellschadensersatzrichtlinie aus Sicht der deutschen Praxis, ÖZK 2016, 124 ff.; *Makatsch/Mir*, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“? EuZW 2015, 7 ff.; *Mederer*, Richtlinienentwurf über Schadensersatzklagen im Bereich des Wettbewerbsrechts, EuZW 2013, 847 ff.; *Weitbrecht*, Schadensersatzansprüche der Unternehmer und Verbraucher wegen Kartellverstößen, NJW 2012, 881 ff.

4 Vgl. Art. 17 Abs. 2 S. 1 RiLi, vgl. hierzu *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen (2015), 238 ff.; *Klumpe/Thiede*, ÖZK 2016, 123 ff. und jüngst § 33 a Abs. 1, 2 S. 1 GWB-E vom 1.7.2016, online unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/ncunte-gwb-novelle,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

5 Vgl. zutreffend *Thomas/Inderst*, Schadensersatz bei Kartellverstößen (2015), 127; a. A. wohl jüngst *Galle*, Der Anscheinsbeweis in Schadensersatzklagen, NZKart 2016, 214 f., der jedoch statt von „Kartellbefangenheit“ von „Schaden“ spricht, vgl. diesbezüglich auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013, 6 U 51/12 Kart. – *Löschfahrzeuge*, NZKart 2014, 366 ff.

6 Selbiges gilt für Pressemitteilungen und sonstige Beschlüsse des Bundeskartellamts, insbesondere soweit dort Rechtsauffassungen dargelegt werden. Vgl. im übrigen *Emmerich*, in Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., 2014 § 33 GWB, Rn. 85 ff., 96 m. w. N.; *Bornkamm*, in Langen/Bunte, Kartellrecht Bd. 1, 11. Aufl. 2010, § 33 Rn. 144.

7 Vgl. hierzu statt aller die überzeugenden Ausführungen von *B.C. Steining*, Verschärfungen der Verschuldenshaftung (2007), 72 ff. sowie *Stoll*, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176 (1976), 145 ff.

8 Vgl. grundlegend *Diederichsen*, Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, VersR 1966, 214, 222; *Greger*, Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweises, VersR 1980, 1091 ff.; *ders.*, in Zöller, ZPO, 31. Aufl., Vor § 284, Rn. 29 ff.; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess (1975), 98, 130; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1996), 95 ff.; *ders.*, in MüKo-ZPO, 4. Aufl., § 283, Rn. 52; *Rosenberg*, Die Beweislast (1953) 187 ff.; *Wassermeyer*, Der Prima Facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen (1954), 2 ff., 15 ff. alle mit umfangreichen w. N.

liche Unterschied zur sekundären Darlegungslast. Während bei der Figur des Anscheinsbeweises von einer bereits bewiesenen oder unstreitig gestellten Tatsache auf bisher unbewiesene Tatsachen geschlossen werden kann, liegen bei der sekundären Darlegungslast die wesentlichen Tatsachen außerhalb der Sphäre der eigentlich beweibelasteten Partei. Somit genügt ein bloßes Bestreiten des Prozessgegners nicht; vielmehr kann von diesem in zumutbarem Umfang die Darlegung der gegenteiligen Umstände verlangt werden.⁹

II. Entscheidungen ohne Anscheinsbeweis

Eine erste Gruppe in der Rechtsprechung lehnt in der Sache jedwede Erleichterungen im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast ab, weshalb den Kläger zur Begründung eines Kartellschadensersatzes sowohl hinsichtlich der generell-abstrakten Auswirkung eines Kartells, also einer allgemeinen, kartellbedingten Preissteigerung, als auch hinsichtlich einer individuell-konkreten Betroffenheit des jeweiligen, streitgegenständlichen Erwerbsvorgangs die volle Darlegungslast trifft und er den Vollbeweis ohne Beweiserleichterung zu erbringen hat.

So entschied das LG München¹⁰ im Jahre 2011 hinsichtlich der zuvor durch das Bundeskartellamt festgestellten kartellrechtswidrigen Absprachen in den Jahren von 1998 bis 2007 zur Festsetzung der Verkaufspreise von Auftausalz, wonach die Beklagten das Absatzgebiet im süddeutschen Raum zu jeweils zwei Dritteln des Marktvolumens in Baden-Württemberg und etwa der Hälfte in Bayern aufgeteilt hätten, dass dem Bescheid nach § 33 Abs. 4 GWB zwar Bindungswirkung hinsichtlich der Feststellung des Kartellverstoßes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zukomme. Damit, so das LG München, sei jedoch lediglich eine Grundabsprache sanktioniert, Feststellungen zu einzelnen Aufträgen jedoch nicht explizit getroffen worden, sodass es jedenfalls am Nachweis der individuell-konkreten Betroffenheit des jeweiligen Erwerbsvorganges fehle. Dies sei nur der Fall, so das LG München, wenn sämtliche Aufträge in Bayern vom Kartell erfasst wären, was jedoch der Tenor des Bescheids nicht hergebe, schließlich hieße es dort, dass nur die Hälfte der abgesprochenen Menge auf Bayern entfiele. Damit stünde im Umkehrschluss fest, dass nicht sämtliche Aufträge in Bayern von der Grundabsprache erfasst gewesen seien. Folglich sei eine Absprache hinsichtlich der streitgegenständlichen Beschaffungsvorgänge nicht dargelegt und bewiesen. Da es sich um eine Anspruchsvoraussetzung handle, treffe die Klägerin die Beweislast; ein entsprechender Vortrag lag jedoch nicht vor. Die Klägerin könne sich überdies keineswegs auf die sekundäre Beweislast der Beklagten mit dem Argument berufen, dass sie insoweit über kein Herrschaftswissen verfüge, außerhalb des von der Klagepartei darzulegenden Geschehensablaufs stehe und auch keine Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen besitze. Keine Partei sei verpflichtet, dem Gegner die für den Prozess benötigten Informationen zu verschaffen. Es sei lediglich im Einzelfall zu prüfen, ob es dem Prozessgegner, der ja die Tatsachen kennt, im Rahmen seiner Erklärungslast nach § 138 Abs. 2 ZPO ausnahmsweise zuzumuten sei, dem Beweispflichtigen eine ordnungsgemäße Darlegung durch nähere Angaben zu ermöglichen. Ein solcher Ausnahmefall liege jedoch nicht vor, weil es der Beklagten nicht zuzumuten sei, sich selbst zu belasten und die Beklagte ein schützenswertes Interesse an der Geheimhaltung ihrer Kalkulationsgrundlagen habe, die widrigenfalls offen zu legen wären. Ohnedies könne sich die Klägerin die notwendigen Informationen über Akteneinsicht in die Verfah-

rensakten des Bundeskartellamts ohne größere Mühen selbst verschaffen.¹¹

Auf die begrenzte Bindungswirkung des Bußgeldbescheids hob auch das OLG München¹² in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2013 hinsichtlich Absprachen beim Abschluss und der Durchführung von Verträgen zur Vermarktung von Fernschwerbezeiten ab. Zunächst hielt das OLG fest, dass es für die geltend gemachte Feststellungsklage genüge, dass die Entstehung eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadens wahrscheinlich sei.¹³ Nach den allgemeinen Regeln sei die Klägerin hinsichtlich eben jener Verletzungshandlung beweibelastet, wobei sie sich diesbezüglich nicht auf den Bußgeldbescheid berufen könne, weil sich die Bindungswirkung des Bescheides nach § 33 Abs. 4 GWB allein auf den Kartellverstoß beschränke, sich also nicht auf die weiteren Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches erstrecke, die vollständig von der Klägerin darzulegen gewesen seien.¹⁴

Recht rigoros ging auch das LG Stuttgart¹⁵ in einer Entscheidung aus dem Jahre 2013 hinsichtlich des Feuerlöschfahrzeugkartells vor: Das Bundeskartellamt hatte im Jahre 2011 gegen die Beklagte mit entsprechendem Bescheid ein Bußgeld wegen Absprachen bei der Herstellung von Feuerwehrfahrzeug mit Drehleitern verhängt. Die Existenz des vom Bundeskartellamt festgestellten Kartells und ihre Beteiligung an diesem Kartell wurde von der Beklagten vor dem LG abgestritten; sie behauptete, dass sie alleinige Herstellerin von Gelenkfahrzeugen gewesen sei.¹⁶ Das LG Stuttgart bemängelte, dass die Klägerin „nicht einmal ansatzweise substantiiert dargelegt und in geeigneter Weise unter Beweis gestellt“ habe, wann welche Unternehmen bezüglich dieses konkreten Feuerwehrfahrzeuges welche konkrete Vereinbarung getroffen haben sollten, durch die der Wettbewerb bezüglich der

9 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 17.1.2008 – III ZR 239/06, NJW 2008, 982. Damit besteht auch zwischen Anscheinsbeweis und sekundärer Beweislast – jedenfalls im hier betrachteten Zusammenhang – dogmatisch kein bzw. nur äußerst begrenzter Nexus, vgl. jedoch Nachweise in Fn. 10, 26.

10 LG München, Urt. v. 25.4.2012, 37 O 16434/11 – Auftausalz I, LG München, Urt. v. 25.4.2012, 37 O 16435/11 – Auftausalz II.

11 Dies ist u. E. außerordentlich praxisfern, vgl. etwa Makatsch/Mir, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“, EuZW 2015, 8; Klumpe/Thiede, ÖZK 2016, 123 ff.

12 OLG München, Urt. v. 21.2.2013, U 5006/11 Kart. – Fernsehwerbezeiten, NZKart 2013, 162 = WuW 2013, 755.

13 Wobei, *nota bene*, die Schadenswahrscheinlichkeit nach der Rechtsprechung des BGH nicht hoch sein muss, vgl. etwa BGH, Urt. v. 24.1.2006, XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 ff. = NJW 2006, 830 ff.

14 Zu diesen weiteren Voraussetzungen zählten, so das OLG, insbesondere die Kausalität des Kartellverstoßes für den behaupteten Schaden oder – wie hier im Falle eines Antrags auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht – die Wahrscheinlichkeit eines Schadenscintritts durch den Kartellverstoß, vgl. vorherige Fn. Der Vortrag der Klägerin vermochte *in casu* eine solche Wahrscheinlichkeit nicht begründen: Weder der weit überproportionale Anstieg sowohl der Brutto- als auch der Nettowerbemarktanteile im Vergleich zur Entwicklung der Zuschauermarktanteile bei der Klägerin nach Beendigung der kartellrechtswidrigen Rabattpraxis, wie auch die Behauptung, Mitarbeiter von Media-Agenturen hätten der Klägerin gegenüber erklärt, dass die Klägerin bei Werbebuchungen aufgrund der Rabattpraxis der beiden großen Sendergruppen teilweise nicht berücksichtigt worden sei, vermochten das OLG München umzustimmen.

15 LG Stuttgart, Urt. v. 25.2.2013, 11 O 225/12 – Löschfahrzeuge I; mit gleicher Argumentation LG Stuttgart, Urt. v. 31.1.2013, 41 O 39/12 KH1 – Löschfahrzeuge II.

16 Die Beklagte legte dar, dass es bezüglich des Gelenkdrehleitersaufbaus, mit dem das Fahrzeug versehen werden sollte, im Jahr 1999 außer ihr selbst überhaupt keine sonstigen Anbieter gegeben habe, sodass niemand vorhanden gewesen sei, mit dem sie insoweit eine den Wettbewerb beschränkende oder verfälschende Vereinbarung hätte treffen können.

Ausschreibung der Klägerin verhindert, beschränkt oder verfälscht worden sei.

III. Entscheidungen unter Anwendung eines Anscheinsbeweises

Die nachfolgend zu erörternden Entscheidungen, welche sich Beweiserleichterungen zugunsten der Kläger bedienen, beschäftigen sich in der Regel zunächst mit dem Nachweis einer Preissteigerung im Marktgefüge (sogleich 1.), um sodann darauf aufbauend, auch eine konkrete Betroffenheit des jeweiligen Erwerbsgeschäftes abzuleiten (sogleich 2.).¹⁷

1. Anscheinsbeweis im Hinblick auf eine allgemeine Preissteigerung im Marktgefüge

Der Ausgangspunkt aller Entscheidungen, die hinsichtlich des zu führenden Beweises Erleichterung in Form (mindestens) eines Anscheinsbeweises bejahen, ist ein Urteil des LG Dortmund aus dem Jahr 2004 zum sogenannten Vitaminkartell:¹⁸ Die europäische Kommission hatte 2001 gegen 8 Vitaminhersteller Geldbußen in Höhe von 800 Millionen Euro verhängt; nunmehr klagten Abnehmer auf Kartellschadensersatz. Die übergeordnete Relevanz des Urteils ergibt sich daraus, dass das LG Dortmund hinsichtlich der Kartellbefangenheit eines Geschäftes – soweit ersichtlich, als erstes deutsches Instanzgericht – festhielt, dass sich diese bei einem Preiskartell schon daraus ergebe, dass nach der Lebenserfahrung davon auszugehen sei, dass ein im Wettbewerbspreis gefundener Preis niedriger sei als ein kartellierter Preis, sich mit anderen Worten also eine Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Kartellpreis und dem hypothetischen Wettbewerbspreis, ergebe. Dem folgend hatte nun die Beklagte einen atypischen Geschehensablauf dahingehend nachzuweisen, dass *keine* Kartellbetroffenheit des Klägers vorlag, was ihr nicht gelang.¹⁹

Das zeitlich nachfolgende Urteil des Kammergerichts Berlin²⁰ aus dem Jahre 2009 befasste sich mit dem Transportbetonkartell. Die Beklagte, eine Anbieterin von Transportbeton in Berlin, die im Jahr 1999 vom Bundeskartellamt belangt worden war, sah sich mit der Klage eines geschädigten Bauunternehmers konfrontiert. Das Kammergericht Berlin sprach die Verpflichtung der Transportbetonfirma zum Kartellschadensersatz wegen eines Quotenkartells aus. Ob das Kammergericht nur eine Aussage hinsichtlich der konkret-individuellen Betroffenheit der Klägerin, oder, bei verständiger Auslegung wohl näherliegend, bereits die allgemeine Preissteigerung aufgrund des Kartells im Auge hatte, bleibt zwar unklar, immerhin legte das Gericht unter dem Begriff und Definition des „Mindestschadens“ – gemeint war wohl die abstrakte Preissteigerung im Marktgefüge – bereits die Grundlage für zahlreiche weitere, nachfolgende Entscheidungen. Für die Bestimmung dieses „Mindestschadens“, verstanden als Differenz zum tatsächlich gezahlten Preis, die mit hinreichender Sicherheit als jedenfalls entstanden anzusehen wäre, wenn das Kartell nicht existiert hätte, verwies das Kammergericht darauf, dass sich das Quotenkartell jedenfalls preissteigernd ausgewirkt habe. Schließlich, so der Erfahrungssatz des Kammergerichts, habe ein Quotenkartell typischerweise wettbewerbsbeschränkende Aspekte, weil keinerlei Anreiz bestünde, die Preise zu senken, weil man sich hierdurch keine neuen Marktanteile erschließen könne, demgegenüber jedoch ganz erhebliche Anreize vorhanden seien, die Preise zu erhöhen, weil man ja auch keine Marktanteile verlieren könne. Da eine Vermutung dahin gehe, dass der typische Unternehmer seinen Gewinn zu maximieren versuche, d. h. nicht ohne Grund seine Preise senke bzw. eine

sich ihm eröffnende Möglichkeit zur Preissteigerung nutze, sei ein „Mindestschaden“, also eine allgemeine Preissteigerung als Folge des Kartells zu vermuten.

Im Jahr 2013 fällte das OLG Karlsruhe²¹ ein Urteil im Löschfahrzeugekartell, welches u. E. durchaus als Leitentcheidung für Beweiserleichterungen im Rahmen der Problematik der Kartellbefangenheit gelten darf, weil es erstmals die jeweiligen Ebenen und die diesbezüglich geführten Beweise exakt trennt und sodann die Abhängigkeiten der Ebenen voneinander darlegt. So nimmt der Senat in einem ersten Schritt einen Anscheinsbeweis dahingehend an, dass das Bestehen des Quotenkartells zu insgesamt höheren Preisen geführt habe, was mit den typischerweise wettbewerbsbeschränkenden Effekten eines Quotenkartells begründet wurde. Dem Kammergericht Berlin folgend,²² stellte er fest, dass der jeweilige Anbieter aufgrund des Quotenkartells im Vergleich zu einer Situation ohne entsprechende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung einen geringeren Anreiz zur Senkung seiner Preise habe, weil er sich durch die Preissenkung keine zusätzlichen Marktanteile erschließen kann. Überdies habe er größere Möglichkeiten seine Preise zu erhöhen, weil er nicht Gefahr laufe, durch die Preiserhöhung Marktanteile an seine Wettbewerber zu verlieren.

Diese Trennung zwischen allgemeiner Preissteigerung aufgrund eines Kartells und ganz konkreter Kartellbetroffenheit findet sich zwar nicht in dem im selben Jahr ergangenen Urteil des Landgerichts Berlin,²³ gleichwohl lassen sich auch aus dieser Entscheidung zum Aufzugs- und Fahrtreppenkartell Schlüsse für das hier behandelte Thema ziehen. Der Klage vorausgegangen war der Bußgeldbescheid der Europäischen Kommission; die Beklagte hatte im Rahmen des Verfahrens vor der Kommission die unerlaubte Absprache in sachlicher Hinsicht bei Neugeschäften mit Fahrtreppen eingeräumt. Nach Ansicht des LG Berlin dient ein Kartell dazu, die Wettbewerbsmechanismen auf einem bestimmten Markt ganz oder teilweise zum Nutzen der Kartellteilnehmer außer

17 Obgleich Kartellschadensersatzklagen gegen Hardcore-Kartelle Gegenstand des vorliegenden Beitrags sind, muss jedenfalls erwähnt werden, dass der BGH auch bei anderen Kartellrechtsverstößen, *in casu* einer Verhaltensabstimmung i. S. d. § 21 GWB, einen einstufigen Anscheinsbeweis zulässt. So hat der BGH in seiner Entscheidung vom 12. Juli 2016, KZR 25/14 – *Lottoblock II* festgehalten, dass jedenfalls bei einer einmaligen kartellrechtswidrigen Abstimmung, die auf zeitlich unbeschränkte Wettbewerbswirkungen angelegt sei, eine Vermutung dafür spreche, dass diese von den beteiligten Unternehmen dauerhaft beachtet werde und das Marktgeschehen andauernd beeinflusse, solange sich die maßgeblichen Umstände nicht wesentlich änderten. Diese Vermutung entfalle auch nicht mit der Zustellung der Verfügung des Bundeskartellamts. Vielmehr sei für die Widerlegung der Vermutung in einem solchen Fall erforderlich, dass sich ein an dem Kartellrechtsverstoß beteiligtes Unternehmen offen und eindeutig von der Abstimmung distanzieren. Vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.4.2014, VI-U (Kart) 10/12, U (Kart) 10/12, NZKart 2014, 280 ff. = ZfWG 2014, 327 ff. = WuW/E DE-R 4394 ff.

18 LG Dortmund, Urt. v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart. – *Vitaminpreise*, WuW 2004, 1182 = EWS 2004, 434.

19 Umgekehrt gibt es nach Ansicht des LG Dortmund keinen Erfahrungswert, der dafür spreche, dass höhere Einkaufspreise auch zu höheren Verkaufspreisen führen. Auch hinsichtlich möglicher Umstände, die dazu geführt haben könnten, dass der Kläger den überhöhten Kartellpreis nicht gezahlt haben könnte, sah das Landgericht die Beklagten darlegungs- und beweisbelastet; aber auch hierfür hatte die Beklagte weder substantiiert vorgetragen noch Beweis angeboten.

20 KG Berlin, Urt. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart. – *Berliner Transportbeton*, WuW 2010, 189 = BauR 2010, 235 = WuW/E DE-R, 2773 ff. = GWR 2010, 69 ff. = GRURPrax 2010, 46.

21 OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013, 6 U 51/12 Kart. – *Löschfahrzeuge*, NZKart 2014, 366 = BWGZ 2013, 1011.

22 KG Berlin, Urt. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart. – *Berliner Transportbeton*.

23 LG Berlin, Urt. v. 6.8.2013, 16 O 193/11 Kart. – *Fahrtreppen*, WuW 2014, 1240; vgl. auch LG Erfurt, Urt. v. 3.7.2015, 3 O 1050/14 – *Erfurter Schienen*.

Kraft zu setzen. Bereits allein daraus sei zu folgern, dass das Kartell gebildet und gehalten wird, weil es höhere als sonst am Markt erzielbare Preise erbringe. Sodann bediente sich das LG Berlin methodisch eines komparativen Satzes,²⁴ der das Ausmaß des durch die Beklagte zu erbringenden Nachweises eines atypischen Geschehensablaufes umreist: Da der Mehrerlös durch die Außerkraftsetzung der Marktmechanismen entstehe, käme der Dauer der Kartellabsprachen und ihrer Intensität eine erhebliche Bedeutung zu. Je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert und je flächendeckender es angelegt werde, desto höher sei der Begründungsaufwand, wenn die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile verneint werden, folglich ein atypischer Geschehensablauf dargelegt werden solle. Unter Anlegung dieses Maßstabes gelangte das LG Berlin zu einer Annahme von kartellbedingt überhöhter Preise im Marktgefüge: Das Kartell habe sich flächendeckend über Deutschland und angrenzende Staaten²⁵ erstreckt, sodass es der Klägerin tatsächlich unmöglich gewesen sei, dem Kartell auszuweichen.²⁶

Im vergangenen Jahr war es dann das LG Nürnberg-Fürth,²⁷ welches ein in der Sache hochrelevantes Urteil fällte: Zunächst verweist das Gericht in seinem hinsichtlich des Kaffeekartells ergangenen Feststellungsurteil auf den bestandskräftigen Bußgeldbescheid. Unter Verweis auf den Charakter der Feststellungsklage und der damit allein zu beurteilenden erhöhten Wahrscheinlichkeit eines Schadens,²⁸ zog das Landgericht für den Anscheinsbeweis, dass sich ein Kartell preissteigernd auswirke, einerseits die Ausführungen des Bundesgerichtshofes in ORWI heran,²⁹ weil dort ausgesprochen wurde, dass sich die mit Kartellen bezweckte Preisanhebung regelmäßig in Form höherer Preise auswirke. Andererseits nimmt das LG auf die Ordnungswidrigkeitensache des BGH vom 28.6.2005 Bezug.³⁰ Ausweislich dieser höchstrichterlichen Entscheidung liege es nach der Lebenserfahrung nahe, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise höher liegen als die im Wettbewerb erreichbaren Marktpreise.³¹ Die Bildung eines Kartells und seine Durchführung indizierten daher, dass den Beteiligten hieraus jeweils auch ein Vorteil erwachse; Unternehmen bildeten derartige Kartelle, um keine Preissenkung vornehmen und damit auch keine Gewinnschmälerung hinnehmen zu müssen. Nach ökonomischen Grundsätzen sei laut BGH bei Kartellen regelmäßig eine Kartellrendite entstanden, welche spiegelbildlich einer Preissteigerung im Marktgefüge entspreche, sodass vorliegend angesichts der niedrigeren Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit im Rahmen der Feststellungsklage die Kartellbefangenheit auch durch das I.G Nürnberg-Fürth zu bejahen war.

Um Feststellungsklagen handelte es sich auch bei den Entscheidungen des LG Mannheim aus März 2015.³² Die jeweilige Klägerin machte unter Bezugnahme auf den Bußgeldbescheid geltend, dass Beschaffungsvorgänge Gegenstand von Kartell- bzw. Submissionsabsprachen gewesen seien. Die Beklagte bestritt nicht die allgemeinen Feststellungen des Bundeskartellamts zur Existenz und Funktionsweise des Kartells, sondern verwies darauf, dass sich aus dem Bußgeldbescheid nichts zur Kartellbefangenheit einzelner Beschaffungsvorgänge ergebe und der Bußgeldbescheid in dieser Hinsicht keine detaillierten Aussagen enthalte, auf die sich eine etwaige Bindungswirkung erstrecken könne. Nach Ansicht des LG Mannheim spricht trotz dieses Vortrags der Anschein dafür, dass die Beschaffungstätigkeit der Klägerin von dem Kartell betroffen war. Unter Verweis auf die Begründung der bereits erörterten Entscheidung des OLG Karlsruhe³³ habe auch das im Schienenkartell praktizierte

Stammkundenmodell typischerweise wettbewerbsbeschränkende Effekte, vor allem, wenn es – wie vorliegend – über einen erheblichen Zeitraum und in erheblichem Umfang aufrechterhalten werde. Die Beklagte habe demgegenüber nichts vorgebracht, dass mit der Annahme eines allgemein überhöhten Kartellpreinsniveaus unvereinbar wäre. Sie habe insbesondere nicht aufgezeigt, dass sich in bestimmten Regionen oder bei bestimmten (Gruppen von) Geschäften, die nicht von – ausdrücklichen – Absprachen betroffen sein sollen, ein abweichendes Preisniveau herausgebildet hätte.

Im Juli 2015 folgte sodann ein weiteres sachverhaltsmäßig weitestgehend identisches Verfahren vor dem LG Mannheim.³⁴ Hier führte die Beklagte – ganz im Einklang mit den oben geschilderten Urteilen des LG München³⁵ – gegen die Kartellbefangenheit an, sie habe sich nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes nicht bundesweit, sondern nur regional an Absprachen beteiligt. Freilich drang sie damit nicht durch, weil allein dieser Vortrag, so das LG Mannheim, nicht genüge, den Anscheinsbeweis einer abstrakten Preissteigerung im Marktgefüge zu erschüttern: Zwar träfe zu, dass der Bußgeldbescheid keine nähere Aussage dazu treffe, in welchen Regionen sich die Beklagte an Absprachen beteiligt habe. Indessen habe aber auch die Beklagte nicht vortragen, ob es sich bei der Region, in der die Klägerin ihre Beschaffungsvorgänge tätigte, um eine „kartellfreie“ Region gehandelt habe, noch habe es die Beklagte unternommen, einen solchen Vortrag anhand konkreter, für Wettbewerb sprechende Umstände – etwa einer Vielzahl unterschiedlicher

24 Zu dieser Methode vgl. B.A. Koch, Wilburg's Flexible System in a Nutshell, in H. Koziol/B.C. Steininger (Hrsg.), *European Tort Law 2001* (2002), 545 ff.; ders., Wer hat Angst vor Walter Wilburg?, in Khakzadeh-Leiler/Schmid/K. Weber (Hrsg.), *Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen* (2014), 29 ff.; vgl. ferner Wilburg, *Elemente des Schadensrechts* (1941); ders., *Zusammenspiel der Kräfte beim Aufbau des Schuldrechts*, AcP 163 (1964), 246 ff.; F. Bydliński, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., 1991, 529 ff.; Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., 1983, 74 ff.; Koziol, *Grundfragen des Schadensersatzrechts* (2009), 13, Rn. 1/27 ff.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1991), 469 ff.; Otte, *Komparative Sätze im Recht*, JbRR 2 (1972) 301 ff.; Schülcher, *Theorie der sozialen Schadensverteilung* (1977); Schobel, *Der Ersatz frustrierter Aufwendungen* (2003), 179 ff.; Thiede, *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen* (2010), 382 ff.; ders., *Theory in Paractice: Lessons from Norway*, in Helland/Koch (Hrsg.), *Nordic and Germanic Legal Methods* (2014), 369 ff.

25 *In concreto* Luxemburg, die Niederlande und Belgien.

26 Ein Bestreiten einer Mitkartellantin wertete das LG Berlin als unerheblich, weil sich diese Tatsache aus der zur Akte gereichten Niederschrift der Eröffnungsverhandlung ergebe und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass diese das Geschehen unrichtig wiedergegeben worden sei. Die mit Nichtwissen bestreitende Mitkartellantin trafe diesbezüglich eine sekundäre Darlegungslast, weil sie als Kartellteilnehmerin und im konkreten Fall Mitbietende die Projekte kenne, hinsichtlich derer Absprachen getroffen wurden. Ihre in den Raum gestellte, nicht näher erläuterte oder substantiierte Behauptung, es habe keine Kartellabsprachen in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrtreppenprojekt gegeben, genüge unter diesen Umständen ebenso wenig wie das einfache Bestreiten der behaupteten Kartellbefangenheit.

27 LG Nürnberg-Fürth, Ur. v. 28.1.2015, 3 O 10183/13 – *Kaffee*.

28 Vgl. oben Fn. 13.

29 BGH, Ur. v. 28.6.2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145 ff. = BB 2012, 75 ff. = WuW/E DE-R 3431 ff. = NJW 2012, 928 ff.

30 BGH, Ur. v. 28.6.2005, KRB 2/05, NJW 2006, 163.

31 BGH, Ur. v. 28.6.2005, KRB 2/05, NJW 2006, 163.

32 LG Mannheim, Ur. v. 13.3.2015, 7 O 110/13 Kart. – *Mannheimer Schienen I*; LG Mannheim, Ur. v. 13.3.2015, 7 O 111/13 Kart. – *Mannheimer Schienen II*.

33 OLG Karlsruhe, Ur. v. 31.7.2013, 6 U 51/12 Kart. – *Löschfahrzeuge*, oben Fn. 21.

34 LG Mannheim, Ur. v. 3.7.2015, 7 O 111/14 Kart. – *Mannheimer Schienen III*.

35 Vgl. LG München, Ur. v. 25.4.2012, 37 O 16434/11 – *Auftausatz I* und LG München, Ur. v. 25.4.2012, 37 O 16435/11 – *Auftausatz II*, oben Fn. 10.

Zuschlagsempfänger oder eines Vergleichs des Preisgefüges – näher zu belegen.

Die im November letzten Jahres durch das LG Düsseldorf³⁶ im Autoglaskartell ausgefertigte Entscheidung scheint die bisher gefundenen Grundsätze nur mehr zu bestätigen: Auch das LG Düsseldorf führte aus, dass dem Kommissionsbescheid keine Bindungswirkung über die bloße Feststellung des Kartellverstoßes hinaus zukomme und die Klägerin folglich bezüglich der Entstehung eines Kartellschadens auf der ersten Stufe darlegungs- und beweisbelastet sei; jedoch kämen der Klägerin die Grundsätze über den Anscheinsbeweis zu Gute, weil es nach der Lebenserfahrung nahe liege, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise höher lägen als die im Wettbewerb erreichbaren Marktpreise. Dabei verweist die Entscheidung *expressis verbis* auf Urteile des Berliner Kammergerichts³⁷ und des OLG Karlsruhe³⁸.

Mit einem weiteren Argument nahm auch das LG Frankfurt am Main in seiner Entscheidung zum Schienenkartell aus März 2016 einen bundesweiten Preisanstieg an.³⁹ Das LG verwies hierfür auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Kone.⁴⁰ Der EuGH setze nämlich voraus, dass für die Annahme einer allgemeinen, kartellbedingten Preiserhöhung genüge, dass das Kartell ein „*umbrella pricing*“ durch eigenständig handelnde Dritte zur Folge hätte haben und dies den Kartellbeteiligten nicht habe verborgen bleiben können. Genau so liege es auch hier: Angesichts der Besonderheiten des wohl begrenzten Marktes für Schienen, Weichen und Schwellen sei davon auszugehen, dass ein „*umbrella pricing*“ durch außenstehende Marktbeteiligte Folgekonsequenz des Kartells habe sein können, weil die Kartellanten den Markt in wesentlichem Umfang dominiert hätten.

2. Anscheinsbeweis auch hinsichtlich Kartellbefangenheit des einzelnen Geschäfts

Ist also der Beweis der generell-abstrakten Preiserhöhung im Gefolge eines Kartells (womöglich im Wege des Anscheinsbeweises) erbracht, gilt es für die Kläger auch die individuell-konkrete Kartellbefangenheit des jeweiligen Erwerbsgeschäfts darzulegen und zu beweisen.

Wie bereits eingangs geschildert, ist ein solcher Nachweis der konkreten Kartellbefangenheit bereits *volens volens* in der Entscheidung des LG Dortmund⁴¹ im Vitaminkartell bejaht worden, indem es den Erfahrungssatz, dass ein im Wettbewerbspreis gefundener Preis niedriger sei als ein kartellierter Preis, auch hinsichtlich des jeweiligen Erwerbsgeschäftes anwendete. Damit musste die Beklagte einen atypischen Geschehensablauf dahingehend nachweisen, dass keine individuelle Betroffenheit des Klägers vorlag, was *in concreto* nicht gelang.

Auch das Urteil des Kammergerichts Berlin aus dem Jahre 2009 zielt in diese Richtung.⁴² Sofern man unterstellt, dass das Kammergericht schlicht beide Ebenen, d. h. abstrakte und konkrete Betroffenheit meinte, ist auch hier der Anscheinsbeweis hinsichtlich letzterer als zulässig erachtet worden, wonach keinerlei Anreiz für die Kartellanten bestünde, die Preise zu senken, weil man hierdurch keinerlei neue Marktanteile erschließen könne, sodann im Gegenteil die Preise erhöhte. Gekoppelt an die Vermutung des *homo oeconomicus*, mithin dem gleichsam zu unterstellenden Ziel der Gewinnmaximierung, ergibt sich demgemäß auch die konkrete Kartellbefangenheit.

Es ist ebenfalls bereits oben angesprochen worden, dass das OLG Karlsruhe⁴³ auch für den Nachweis der Kartellbefan-

genheit des konkreten Erwerbs des Löschfahrzeuges auf einen zweiten Anscheinsbeweis abstellte, obgleich – wie das Gericht einräumt – nicht bekannt gewesen sei, wie hoch der Marktanteil der Beklagten zum Zeitpunkt des Angebots war, ob dieser also über oder unter der Kartellquote lag. Da davon auszugehen sei, dass das Preisgefüge infolge des Quotenkartells insgesamt höher war, als es ohne das kartellrechtswidrige Quotenkartell gewesen wäre, sei daraus zu schließen, dass selbst der konkrete Preis des am Kartell *nicht* beteiligten weiteren Bieters schon kartellbedingt höher lag, als er ohne das Quotenkartell gelegen hätte. Diese Aussage ist nicht etwa eine *petitio principii*, sondern dieser zweite Anscheinsbeweis fußt darauf, dass eben jene Preiserhöhung nicht nur die Kartellbeteiligten, sondern eben alle Marktteilnehmer betraf. Beide Anscheinsbeweise bedingen somit einander, finden ihre Begründung aber in gänzlich anderen Überlegungen.

Eine erste Entscheidung des Kammergerichts Berlin aus dem Jahre 2009 und der dort angewendete methodische Ansatz ist bereits oben angesprochen worden.⁴⁴ Danach bildete das Berliner Gericht einen komparativen Satz hinsichtlich der Anforderungen an den Nachweis eines atypischen Geschehensablaufes. In einem darauf folgenden Urteil⁴⁵ wendete nun wiederum ein Berliner Gericht hinsichtlich des Schienenkartells diesen komparativen Satz auch hinsichtlich der zweiten Stufe, also der konkreten Kartellbefangenheit des jeweiligen Geschäfts an. Nachdem die Existenz des Kartells seit den 1950er Jahre als sicher gelten konnte, insbesondere durch die Beklagte auch nicht bestritten worden war, nahm das LG Berlin an, dass sämtliche vergangenen Beschaffungsvorgänge nicht frei von den Einflüssen dieses Kartells, folglich also konkret kartellbefangen waren.⁴⁶ Die Beklagten, so das LG Berlin, hätten diesen Anscheinsbeweis auch nicht entkräften können, weil nach den tatsächlichen Feststellungen des Bundeskartellamts ein kartellrechtlicher Sachverhalt feststünde, nach dessen typischem Geschehensablauf auch die konkreten Beschaffungsvorgänge in relevanter Weise zum Nachteil der Klägerin von den Kartellabsprachen betroffen gewesen wären. Im Sinne eines typischen Geschehensablaufes bestünde eine Vermutung dahingehend, dass ein so langjährig praktiziertes Kartell in Gestalt von Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen möglichst flächendeckend und lückenlos praktiziert wurde, mithin auch jeden in Betracht kommenden Beschaffungsvorgang erfassen sollte. Dies ergebe sich bereits aus dem Sinn und Zweck eines jeden langfristigen Kartells, welches regelmäßig dazu diene, die Wettbewerbsmechanismen auf einem bestimmten Markt

36 LG Düsseldorf, Ur. v. 19.11.2015, 14 D O 4/14 – *Autoglas*, NZKart 2016, 88.

37 KG Berlin, Ur. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart. – *Berliner Transportbeton*, oben Fn. 20.

38 OLG Karlsruhe, Ur. v. 31.7.2013, 6 U 51/12 Kart. – *Löschfahrzeuge*, oben Fn. 21.

39 LG Frankfurt am Main, Ur. v. 30.3.2016, 2-06 O 464/14 – *Frankfurter Schienen*.

40 EuGH, Ur. v. 5.6.2014, C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 34.

41 LG Dortmund, Ur. v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart. – *Vitaminpreise*, oben Fn. 18.

42 KG Berlin, Ur. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart. – *Berliner Transportbeton*, oben Fn. 20.

43 OLG Karlsruhe, Ur. v. 31.7.2013, 6 U 51/12 Kart. – *Löschfahrzeuge*, oben Fn. 21.

44 KG Berlin, Ur. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart. – *Berliner Transportbeton*, oben Fn. 20.

45 LG Berlin, Ur. v. 16.12.2014, 16 O 384/13 Kart. – *Berliner Schienen*, WuW 2015, 1271 = LSK 2015, 500173.

46 Es gilt also insofern, dass je länger ein Kartell auf einem Markt das allgemeine Preisgefüge anhebt, desto eher das konkrete Erwerbsgeschäft kartellbefangen ist.

ganz oder teilweise zum Nutzen der Kartellteilnehmer außer Kraft zu setzen. Daraus folge eine Vermutung, dass die Wirkungen des Kartells möglichst weitgehend sein sollen, eine Beschränkung allenfalls durch sachliche Gründe hervorgerufen sein konnte. Der Versuch der Beklagten diesen Anscheinsbeweis durch die Behauptung zu erschüttern, bei ihren Ermittlungen keine Anhaltspunkte für eine konkreten Kartellbefangenheit der streitgegenständlichen Beschaffungsvorgänge gefunden zu haben, ging aus Sicht der Kammer fehl, weil es geradezu im Wesen des Kartells liege, dass Nachweise für die Absprachen beseitigt bzw. Unterlagen und Beweise vernichtet würden. Die Tatsache, dass keine Nachweise gefunden worden seien und frühere Mitarbeiter die Kartellbefangenheit auf Befragung nicht bestätigt hätten, passe deshalb eher zu den „üblichen Umständen“ eines aufgedeckten Kartells und sei demgemäß ungeeignet, Nachweis über seine beschränkte Reichweite zu erbringen. Für eine Erschütterung des Anscheinsbeweises hätte die Beklagte vielmehr das gesamte Kartell darstellen sollen, weil nur so zu ermitteln wäre, welche Beschaffungsvorgänge davon ausgenommen gewesen seien.

Ebenfalls zum Schienenkartell und zu einem Anscheinsbeweis auf zweiter Stufe äußerte sich das LG Mannheim in einer weiteren Entscheidung aus dem Juli 2015.⁴⁷ Demnach bestehe ein Anscheinsbeweis dahingehend, dass die Beschaffungstätigkeit der Klägerin nicht frei von Einflüssen des Kartells gewesen sei, die Klägerin als von dem Kartell konkret betroffen war. Hier findet sich nun die *petitio principii*, die das OLG Karlsruhe vermieden hatte: Das LG Mannheim stellte nämlich fest, dass sich konkrete Kartellbefangenheit schon daraus ergebe, dass das Preisniveau höher gewesen sei, als es ohne das Kartell gewesen wäre. Dies, so das LG Mannheim, genüge bereits, um eine Kartellbefangenheit der mit der Klage geltend gemachten Beschaffungsvorgänge zu bejahen.⁴⁸

IV. Anscheinsbeweis hinsichtlich der Teilnahme an einem Kartell

Am Rande sei erwähnt, dass das Kammergericht Berlin⁴⁹ in seiner Entscheidung zum Transportbetonkartell noch einen weiteren Anscheinsbeweis annimmt, und zwar bezüglich der Teilnahme der Beklagten am Kartell: Zwar trage grundsätzlich die Klägerin die Substantiierungs- und Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des geltend gemachten Verstoßes gegen das Kartellverbot vorlägen und könne sich nur begrenzt auf den Bußgeldbescheid des Bundeskartellamts berufen, weil dem Bescheid die Teilnahme der Beklagten am Quotenkartell nicht zu entnehmen sei. Jedoch sei auf Grund der Feststellungen in dem Bescheid die Annahme eines Anscheinsbeweises zugunsten der Kartellteilnahme gerechtfertigt, weil das Bundeskartellamt festgestellt habe, dass das Kartell nahezu alle Unternehmen umfasst habe, die im nennenswerten Umfang Transportbeton im Großraum Berlin lieferten, dass ferner die Muttergesellschaft der Beklagten Mitglied des Kartells und zwar mit Abstand an vorderster Stelle war, und dass schließlich die Beklagte seinerzeit eine der vier operativen Transportbeton-Gesellschaften eben jener Muttergesellschaft gewesen sei. Bei dieser Sachlage entspräche es, so das Kammergericht, einem typischem Geschehensablauf, dass auch die Beklagte an den Kartellabsprachen teilnahm. Im Gegenteil sei es untypisch, wenn die Beklagte gerade nicht am Kartell teilgenommen hätte. Folglich trüge die Beklagte die Darlegungslast zur Erschütterung des Anscheins der Teilnahme am Kartell; Tatsachen, die diesen Anschein erschütterten, waren nicht vorgetragen.⁵⁰

V. Anscheinsbeweis hinsichtlich eines „passing on“?

Führt ein Kartell zu überhöhten Verkaufspreisen für eine Ware, sind davon oftmals nicht nur die direkten Abnehmer des Kartellanten betroffen. In einer Vielzahl von Fällen werden Waren über mehrere Absatzstufen, teils nach Weiterverarbeitung, veräußert. Kann der Direktabnehmer den kartellrechtswidrig überhöhten Preis wiederum an seine Abnehmer weiterreichen, entsteht auch bei diesen indirekten Abnehmern ein Vermögensschaden. Diese Frage der Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer war lange Zeit strittig; der BGH hat erst im Gefolge der Entscheidung in der Sache ORWI im Jahr 2011 eine solche Anspruchsberechtigung bejaht.⁵¹ Die Frage der Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer ist eng verknüpft mit dem Schaden des direkten Abnehmers, also etwa des Zwischenhändlers. Anders gewendet, bedeutet dies, dass der indirekte Abnehmer nur dann einen Schaden erleidet, wenn der Abnehmer auf vorheriger Stufe den kartellrechtswidrig überhöhten Preis an seine Kunden, d. h. die indirekten Abnehmer weitergereicht hat. Wenn jedoch der Anspruchsteller seinen Schaden auf die nachfolgende Marktstufe abwälzen kann, ist er in diesem Umfang nicht geschädigt.

Auch hinsichtlich der Frage, ob die direkten Abnehmer den kartellbedingt überhöhten Preis auf indirekte Abnehmer überwälzen, wurde durch das Kammergericht Berlin⁵² ein Anscheinsbeweis für ein solches „passing on“ angenommen, weil – in konsequenter Anwendung des bereits mehrfach geschilderten komparativen Satzes – sämtliche auf dem jeweiligen Markt tätigen Unternehmen über einen langen Zeitraum von dem Kartell betroffen gewesen seien, sodass sie nur mehr zu Kartellpreisen Produkte hätten beziehen können. Der notwendige Erfahrungssatz liegt folglich darin, dass die direkten Abnehmer damit jedenfalls den Kartellaufschlag weitergäben, weil ihnen angesichts der Dauer und des Umfangs des Kartells keine Nachteile im Wettbewerb entstünden.

Es ist bereits zutreffend darauf hingewiesen worden, dass die Annahme dieses Anscheinsbeweises in einem gewissen Widerspruch zur Entscheidung des BGH in ORWI steht.⁵³ Aber auch schon die Ausgangsentscheidung des LG Dortmund⁵⁴ hatte einen solchen Anscheinsbeweis mit denkbar einfacher und eleganter Begründung abgelehnt: Grundsätzlich sei der Kartellant für den Beweis der Kostenerhöhung durch den direkten Abnehmer gegenüber dem indirekten Abnehmer darlegungs- und beweisbelastet, sodass es der Hilfestellung des Anscheinsbeweises für den Kläger in aller Regel wohl zunächst gar nicht bedarf. Ohnedies ginge der Erfahrungssatz fehl, dass höhere Einkaufspreise zwangsläufig zu höheren Verkaufspreisen führten. Schließlich, so das LG Dortmund, sei für die Bildung des Verkaufspreises durch den indirekten Abnehmer nicht ausschließlich seine Verkaufs-

47 LG Mannheim, Urt. v. 3.7.2015, 7 O 145/14 Kart.

48 Ebenso jüngst LG Mannheim, Urt. v. 4.3.2016, 7 O 206/14 Kart., i. E. auch LG Frankfurt am Main, Urt. v. 30.3.2016, 2-06 O 358/14; LG Frankfurt am Main, Urt. v. 30.3.2016, 2-06 O 464/14, LG Hannover, Urt. v. 31.5.2016, 18 O 259/14.

49 KG Berlin, Urt. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart. – *Berliner Transportbeton*, oben Fn. 20.

50 Gerade auch diese Art des Anscheinsbeweises bezüglich der Teilnahme an einem Kartell trifft im süddeutschen Raum auf Ablehnung, wie die bereits oben angesprochenen Entscheidung des OLG und LG München aus den Jahr 2013 und 2011 zeigt, vgl. oben Fn. 12, 10.

51 BGH, Urt. v. 28.6.2011, KZR 75/10 – *ORWI*, oben Fn. 29.

52 KG Berlin, Urt. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart. – *Berliner Transportbeton*, oben Fn. 20.

53 *Galle*, NZKart 2016, 216.

54 LG Dortmund, Urt. v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart. – *Vitaminpreise*, oben Fn. 18.

marge ausschlaggebend, sondern in allererster Linie ob in der relevanten Kosten- und Wettbewerbssituation eine Erhöhung von Abgabepreisen überhaupt realisierbar gewesen sei.

VI. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Handhabung von Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast in der Rechtsprechung durchaus unterschiedlich gehandhabt wird, was im Rahmen des Möglichen durch Kartellkläger bei der Wahl des Gerichtsstandes berücksichtigt werden könnte.⁵⁵

Ferner wird gerade im Hinblick auf den Ausgangspunkt der vorliegenden Rechtsprechungsanalyse die Richtlinie in anderen Fragen erhebliche weitere Prozess erleichterungen für Kläger bringen;⁵⁶ ergänzt man diese nun um die vorliegend diskutierten Anscheinsbeweise, könnten sich insbesondere *follow-on* Klagen weiter vereinfachen. Nicht alle, sich in Praxis stellenden Probleme dürften damit überwunden

sein,⁵⁷ sodass hinsichtlich der Beurteilung der Erfolgsaussichten von Klagen nach wie vor Zurückhaltung geboten ist, aber, und dies ist zu betonen, zeigt sich am Horizont ein zarter Silberstreif für Kartellgeschädigte. ■

⁵⁵ Vgl. §§ 12, 32 ZPO sowie ggf. bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Artt. 4, 6, 7 Nr. 2 Brüssel Ia VO, weil hier die örtliche der internationale Zuständigkeit folgt. Vgl. zu letzterem etwa *Bulst*, Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht, EWS 2004, 403, 405; *Harms*, Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, EuZW 2014, 129, 130 ff.; *Mankowski*, Der europäische Gerichtsstand des Tatortes aus Art 5 Nr 3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten, WuW 2012, 797, 802; *Mäsch*, Vitamine für Kartellopfer: Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht, IPRax 2005, 509, 516; *Thiede*, Private Enforcement of Anti-Trust Damages in Europe, ELTE Law Journal 2016, 147 ff.; *Wurmnest*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten, EuZW 2012, 933, 934.

⁵⁶ Vgl. oben Fn. 1.

⁵⁷ Vgl. Nachweise in Fn. 3.