



RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM

# Hardcorekartelle im Schadensersatzprozeß: Nur Täter, keine Opfer?

## Ein Bericht aus den Tatsacheninstanzen

OLG Düsseldorf (1. Kartellsenat)  
RiOLG Prof. Dr. Andrea Lohse

# A. Problemaufriss I

- **Kartellbefangenheit**

- „Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.“ ( § 33 I, III a.F., § § 33 I, III, 33a I n.F.)
- „Feststellung,“ der Anspruchsteller „sei von dem Verstoß so betroffen worden, dass nachteilige Folgen für ihn eintreten konnten“
- Maßstab: § 286 ZPO: Wahrheit zur Überzeugung des Gerichts

- **Schaden**

- „ob und in welcher Höhe der Anspruchsteller infolge des Verstoßes einen Schaden erlitten hat“
- Maßstab: § 287 ZPO: Wahrscheinlichkeiten/Schätzungen genügen
- Vorteilsausgleichung: Schadensabwälzung ( § 33 III a.F., § 33c n.F.)

## A. Problemaufriss II

- Probleme des darlegungs- und beweisbelasteten Klägers
  - **Kartellbefangenheit:** Kläger kann typischerweise weder darlegen noch beweisen, dass ein konkretes Rechtsgeschäft vom Kartell betroffen war.
    - Er steht außerhalb des Geschehensablaufs.
    - Bußgeldbescheid enthält insoweit keine Feststellungen.
  - **Schaden:** Kläger kann typischerweise
    - weder beziffern (auch nicht vermittelt eines Sachverständigen-gutachtens, weil er nicht über die erforderlichen Daten verfügt),
    - noch fallbezogene Anknüpfungstatsachen für eine Schätzung des kartellbedingten Preisaufschlages benennen,
    - und Kartellanten erheben vielfältige Pass-On-Einwände.

## B. Streitstand: Kartellbefangenheit - Schienen I

- **Kläger**

- Fallbericht:

- Die Kartellabsprachen zielten darauf ab, **Ausschreibungen bzw. Projekte** unter den Kartellbeteiligten aufzuteilen.
    - Die Kartellabsprachen beruhten immer **auf demselben Grundverständnis** sowie vergleichbarer Umsetzung, wenngleich sie regional in unterschiedlicher Intensität erfolgten.
    - Die Absprachepraxis basierte maßgeblich darauf, dass den einzelnen Unternehmen bestimmte **„Altkunden“ bzw. Stammkunden** zugeordnet waren. Diese Zuordnung wurde grundsätzlich respektiert. Sie „schützten“ diese Unternehmen, indem sie auf die Abgabe von Angeboten verzichteten, diese erst nach Ablauf der Abgabefrist einreichten oder gezielt überteuerte Angebote abgaben.

## B. Streitstand: Kartellbefangenheit - Schienen II

- **Kläger**

- Bußgeldbescheid: „Kartell erstreckte sich auf das gesamte Bundesgebiet.“
- Vortrag: Absprachen waren bundesweit und flächendeckend, und sie beruhten auf einer übergreifender Gesamtabsprache.

- **Kartellanten**

- Unsubstanziierter Vortrag
- Bußgeldbescheid: „regional in unterschiedlicher Intensität“
- Bußgeldbescheid: Ein Kartellant nur „regional“ und nach August 2008 „nur noch in Einzelfällen“ beteiligt
- Bußgeldbescheid: Kein europaweites Kartell
- Bußgeldbescheid: Kein Kartell für Beschaffungen auf Anfrage

## B. Streitstand: Kartellbefangenheit - Schienen III

- **Kartellanten**

- Bußgeldbescheid: Kein Kartell für Bauleistungen (Weichen/Schienen)
- Bußgeldbescheid: Kein Kartell für Reparaturarbeiten (Weichenteile)
- Kartellbeteiligter Vertragspartner ist kein Stammlieferant
- „Kleinstvolumige Aufträge“ nach der Lebenserfahrung nicht von Kartellkoordination erfasst
- Interne Ermittlungen haben keine Hinweise auf Kartellverstöße ergeben
- **BGH**: Umsetzung praktisch schwierig? Informationsaustausch gerade in der Anfangsphase eingeschränkt? Kartelldisziplin trotz eigener Interessen?

## B. Streitstand: Kartellbefangenheit - Lkw I

- **Kläger**

- Bußgeldbescheid:

- „The infringement consisted of collusive arrangements on **pricing** and **gross price increases** in the EEA; and the timing and the passing on of costs for the introduction of emission technologies“ and „covered the entire EEA“ and „lasted from 17 January 1997 until 18 January 2011“.
- „The economic aim of the collusion was to coordinate each other's gross pricing behaviour and the introduction of certain emission standards, namely **the distortion of independent price setting** and the normal movement of prices for trucks in the EEA.“
- „complex infringement, consisting of various actions which can either be classified as **agreements or concerted practices**, which had as its **object** the prevention, restriction and/or distortion of competition.“

## B. Streitstand: Kartellbefangenheit - Lkw II

- **Kläger**

- Vortrag: Hersteller haben systematisch und flächendeckend Preise abgesprochen, um höhere Preise beim Kunden durchzusetzen.

- **Kartellanten**

- Unsubstantiiertes Vortrag
- Bußgeldbescheid: Keine Spezialfahrzeuge wie Löschfahrzeuge
- Bußgeldbescheid: Wettbewerbsbeschränkende Wirkung nicht festgestellt
- Bußgeldbescheid: Information „in varying degree forwarded“
- Rein informatorischer Austausch ohne wettbewerbsbeschränkende Wirkung
- Preise wurden weder ausdrücklich noch systematisch festgesetzt
- Information untauglich, um Marktverhalten/Preisstrategien einzuschätzen



## B. Streitstand: Schaden - Schienen

- **Kartellanten**
  - Kläger hat die Rechnungen nicht beglichen.
  - Kartell hat lediglich der gleichmäßigen Auslastung der Produktionskapazitäten gedient.
  - Preise haben unterhalb der Durchschnittspreise im Kartell- bzw. Nachkartellzeitraum gelegen (IAW-Gutachten).
- **BGH**: Umsetzung praktisch schwierig? Kartelldisziplin trotz eigener Interessen?

## B. Streitstand: Schaden - Lkw

- **Kartellanten**

- Kläger hat die Rechnungen nicht beglichen.
- Bruttolistenpreise sind ohne jede Bedeutung für die Nettopreise.
- Bruttolistenpreise korrelieren nur eingeschränkt mit Nettopreisen.
- Nettopreise hätten sich ohne Kartell genauso entwickelt, weil sie individuell und überdies zumeist mit Händlern ausgehandelt werden.
- Produktvielfalt schließt kartellbedingt überhöhte Preise aus.
- Intensiver Wettbewerb und schwankende Marktanteile schließen kartellbedingt überhöhte Preise aus.
- Preise wären auch ohne Kartell aufgrund der Oligopolstruktur keine perfekten Wettbewerbspreise.

## B. Streitstand: Schadensabwälzung

- **Schienen**
  - über Preiserhöhungen für den ÖPNV?
  - über Zuwendungen auf die Zuwendungsgeber?
- **Lkw**
  - über Preiserhöhungen für den Einsatz der Feuerwehr?
  - über Preiserhöhungen für die Stadtreinigung und Müllentsorgung?
  - über Preiserhöhungen für Speditionsleistungen auf Speditionskunden?
  - über Preiserhöhungen für Bauprojekte auf Bauherren?
  - über Preiserhöhungen für den Verkauf von Heizöl an Endverbraucher?
  - über Preiserhöhungen für den Weiterverkauf umgerüsteter Lkw?
  - über Steuern auf Einwohner?

## C. Instanzgerichte zur Kartellbefangenheit

- **Kläger** darf sich in Ansehung des Bußgeldbescheids auf die Behauptung beschränken, die Beschaffungsvorgänge bei den Kartellanten seien betroffen.
- **Kartellanten**
  - trifft eine Verpflichtung zum substantiierten Bestreiten ( § 138 Abs. 3 ZPO)
  - trifft eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast
  - sehen sich einer widerleglichen tatsächlichen Vermutung gegenüber
  - sehen sich einem Anscheinsbeweise gegenüber
  - sehen sich dem sog. doppelten Anscheinsbeweis gegenüber
  - sehen sich einer Feststellung der Kartellbefangenheit aufgrund des Bußgeldbescheides durch das Gericht gegenüber ( § 286 ZPO)
- **BGH:** Kein Anscheinsbeweis, aber tatsächliche Vermutung aufgrund oder im Rahmen einer umfassenden Würdigung aller Umstände

## C. Instanzgerichte zum Schadenseintritt

- **Kläger**
  - darf sich auf die Behauptung beschränken, er habe einen Schaden.
- **Kartellanten**
  - sehen sich einer widerleglichen tatsächlichen Vermutung gegenüber
  - sehen sich einem Anscheinsbeweis gegenüber
  - sehen sich der Feststellung des Schadens aufgrund des sog. doppelten Anscheinsbeweis gegenüber
- **BGH:** Kein Anscheinsbeweis, aber Erfahrungssatz aufgrund oder im Rahmen einer umfassenden Würdigung aller Umstände; ggfs. „Einholung sachverständigen Rats“

## C. Instanzgerichte zur Schadensabwälzung

- **Anwendbarkeit der ORWI-Grundsätze**
  - bei Erwerb vom Vertragshändler?
  - bei Erwerb von einer Konzerngesellschaft eines Kartellanten, die Schienen/Weichen von einem Kartellanten bezogen und verkauft hat?
- **Einwand nur bei Anschlussmarkt?**
  - Weiterlieferung der mit einem Kartellaufschlag belegten Ware an eigene Abnehmer innerhalb eines durch einen Wettbewerb/ein Marktgeschehen geprägten Wirtschaftsraums erforderlich?
  - Bei ganz entfernter Auswirkung ist Schaden forensisch nicht feststellbar!
- **Einwand nur bei Anspruchsberechtigung des Dritten?**
  - Die oben genannten Dritten sind nicht als Wettbewerber oder sonstige Marktbeteiligte hinsichtlich der Märkte für Schienen und Lkw betroffen.

## C. Instanzgerichte zur Schadenshöhe I

- **Schadenspauschalierung in AGB ( § 309 Nr. 5 BGB)**
  - LG Stuttgart (Grundurteil - 30 O 33/17) und LG Hannover (Grundurteil – 18 O 8/17) : Es gibt keine typische Kartellschadenshöhe, aber Hinweise auf einen Durchschnittsschaden (Oxera 18%, Kommission 20%), daher ist eine Schadenspauschale in Höhe von **15% der Auftragssumme** angemessen.
  - KG (Leistungsurteil – 2 U 13/14): Angesichts von Metastudien (20-50%) „bilden die hier festgelegten 5% ersichtlich den unteren Bereich möglicher Schäden ab“ („**5% der jeweiligen Netto-Abrechnungssumme**“).

## C. Instanzgerichte zur Schadenshöhe II

- **Ansätze zur Schadensschätzung**

- LG Hannover (18 O 21/17): **Vergleich Gesamtindex Kraftwagen mit Unterindex Lastkraftwagen** „keine ausreichend sichere Grundlage“
- Schienenkartell: Bezifferung aufgrund der **Durchschnittspreise** im Kartell- bzw. Nachkartellzeitraum (IAW-Gutachten)?
- OLG Düsseldorf (VI-4 Kart 2-6/10 OWi – Flüssiggas): **Marktinterne Vergleichsanalyse** (Kartellaußenseiter) mangels kartellfreier Vergleichsmärkte und mangels Datengrundlage für einen kostenbasierten Vergleich zwecks Mehrerlösschätzung
  - dazu BGH (KRB 51/16 – Flüssiggas I): Ökonomisch nicht allgemein anerkanntes Schätzverfahren; Wechselkosten, Alt-/Neutarife, Kostenheterogenität, Querfinanzierung nicht (hinreichend) berücksichtigt.



## C. Instanzgerichte zur Schadenshöhe III

- **Ansätze zur Schadensschätzung**

- OLG Düsseldorf (VI-U Kart 10/12 – Lottoblock): Schadensschätzung aufgrund der **Plausibilität** der aus dem Geschäftskonzept der Klägerin abgeleiteten **Umsatz- und Gewinnerwartungen**

- Dazu BGH (KZR 25/14- Lottoblock II): Angesichts der Kundenwechseleffekte und der Unsicherheit bezüglich des künftigen regulatorischen Konzepts bzw. des Umsatzrückgangs der staatlichen Lottogesellschaften und der Provisionsverbote nicht unwahrscheinlich, dass die Lottogesellschaften nicht kooperiert hätten und, falls doch, dass Kläger den prognostizierten Gewinn nicht in vollem Umfang erzielt hätte.

## C. Instanzgerichte zum Auskunftsanspruch I

- **Anwendungsbereich**

- OLG Düsseldorf (VI-W Kart 2/18, W Kart 2/18):
  - § § 89b V, 33g finden nur auf Schadensersatzansprüche Anwendung, die nach dem Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle am 9. Juni 2017 entstanden sind – a.A. LG Hannover (18 O 18/17)
  - § 89b I, II iVm. § 142 ZPO gelten nur in nach dem 26. Dezember 2016 erhobenen Schadensersatzklagen (dann aber auch für vor dem 27. Dezember 2016 entstandene Schadensersatzansprüche).

- **Umfang**

- OLG Düsseldorf (aaO): § 89b gewährt nur einen Anspruch auf Herausgabe der den Kartellverstoß feststellenden kartellbehördlichen Entscheidung (nicht auf Überlassung der darin in Bezug genommenen Beweismittel).

## C. Instanzgerichte zum Auskunftsanspruch II

- **Verfügungsgrund**

- OLG Düsseldorf (aaO; LG Stuttgart 30 O 79/18)

- § 89b V gestattet den Erlass einer auf Erfüllung gerichteten Herausgabeverfügung, ohne dass die strengen (zusätzlichen) Anforderungen für den Erlass einer Leistungsverfügung erfüllt sein müssen.
    - § 89 V gewährt keinen einstweiligen Rechtsschutz ohne Dringlichkeit, sondern normiert lediglich eine widerlegbare Dringlichkeitsvermutung. Sie ist widerlegt, wenn die antragstellende Partei den einstweiligen Rechtsschutz nicht zeitnah nachsucht.

Sofern nicht besondere rechtfertigende Gründe vorliegen, ist ein **Zuwarten von mehr als vier Wochen dringlichkeitsschädlich.**

## C. Instanzgerichte zum Auskunftsanspruch III

- **Verfügungsanspruch**

- OLG Düsseldorf (aaO - Lkw): „Antragstellerinnen haben **nicht vorge-tragen**, dass und in welchem Umfang sie zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen auf die vertrauliche Fassung der Kommissionsentscheidung angewiesen sind und die ihnen zugängliche nicht-vertrauliche Fassung nicht ausreichen soll.“
- Vgl. LG Hannover (18 O 21/17 - Lkw): „Dem Antrag des Klägers, nach § 90 V eine Stellungnahme des Bundeskartellamtes zur Schadenshöhe einzuholen, ist nicht stattzugeben, weil **weder vorgetragen noch sonst ersichtlich** ist, dass das Bundeskartellamt irgendwelche zweckdienlichen Feststellungen zur Schadenshöhe überhaupt getroffen hat.“

## C. Instanzgerichte zum Auskunftsanspruch IV

- **Verfügungsanspruch**

- LG Hannover (18 O 21/17 - Lkw): „Der Kläger **legt nicht dar**, welche konkreten Informationen er sich überhaupt aus den umfangreich geforderten Unterlagen erhofft und insbesondere nicht, inwieweit er diese Informationen und Unterlagen zur weiteren Darlegung des Schadens benötigt.“
- LG Hannover (18 O 8/17 - Lkw):
  - Da der passing-on Einwand der Beklagten am fehlenden Anschlussmarkt scheitert, „bedarf es auch der begehrten Auskünfte nicht.“
  - Vortrag ist **nicht zu entnehmen**, welche höhere steuerliche Entlastung durch höhere Lkw-Anschaffungskosten entstanden sein soll.
  - Weder näher **vorgetragen noch ersichtlich**, wie und nach welchen Maßstäben aus einem Verkaufspreis auf eine Kompensation eines Preisüberhöhungsschadens geschlossen werden könnte.

## C. Instanzgerichte zum Auskunftsanspruch V

- **Schutz von Betriebs-/Geschäftsgeheimnissen im § 89b V 1 - Verfahren**
  - § 89 b V 2, VII, Verweis in § 89b V auch auf § 33g III Nr. 6
    - „Alles oder Nichts“-Entscheidung?
    - Möglichkeit der Herausgabe einer geschwärzten Fassung?
      - Anordnung nach § § 421, 425 ZPO oder § 142 ZPO ( § 89d IV 1) auf Vorlage einer vertraulichen Fassung zur Gerichtsakte?
      - Beschränkung der Akteneinsicht ( § 299 ZPO)?
      - Verfahren
        - Stellungnahme des Gegners
        - Ggfs. Stellungnahmen Dritter - Geheimnisschutz?
        - Rechtlichen Gehör für Antragsteller- Geheimnisschutz?

## C. Sonstige Probleme der Instanzgerichte



Eingang einer Lkw-Klage beim LG Dortmund

Ein Schienenfall auf dem Weg zum OLG

Siehe dazu VorsRiLG *Klumpe*, Die Legende von Sisyphos oder: Vorschläge für anwaltliche Neujahrsvorsätze, NZKart, 2019, S. 1-2

## D. Fazit

- **Mäßige Zwischenbilanz im Kartellschadensersatzrecht**
  - bislang nur Grund- und Feststellungsurteile, kaum Leistungsurteile
  - Feststellungsurteile vom BGH zugunsten der Kläger abgeändert bzw. zugunsten der Kartellanten aufgehoben und zurückverwiesen.
- **Was könnte helfen, wenn man das Ziel einer „effektiveren Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen“ erreichen will?**
  - Einfache gesetzliche (widerlegliche) Vermutungen für die Kartellbefangenheit unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer
  - Gesetzliche (widerlegliche) Vermutung der Schadenshöhe (Mindestschaden in Höhe von 5% der Auftragssumme)
  - Gesetzliche Klarstellung, dass eine Schadensabwälzung nur in den Fällen des § 33c II n.F. in Betracht kommt



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Prof. Dr. iur. Andrea Lohse, RiOLG Düsseldorf (1. Kartellsenat)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht  
Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum  
Gebäude GD E2-329 Fach 28  
Universitätsstraße 150, 44801 Bochum

Telefon 49 (0) 234 322 28 54, Mail [wirtr@rub.de](mailto:wirtr@rub.de)  
Homepage [www.wirtschaftsrecht.rub.de](http://www.wirtschaftsrecht.rub.de)