

arrive at a common higher price level, without incurring the risk of losing market share or triggering a price war during the period of adjustment to new Prices.

[39] The Commission raised the preliminary concern that since GRI announcements are made in advance of their implementation date they may allow the Parties to first try to push for a price increase and, should there not be enough „support“ from other Parties' GRIs, to cancel or postpone the intended increase without risking losing customers. If a sufficient number of Parties have „responded“ to the announced GRI and announced price increases simultaneously, customers may be left with few alternatives and may have to accept the increase.

#### **Informationsbekanntmachung als abgestimmte Verhaltensweise**

[45] Unilateral announcements that are genuinely public generally do not constitute a concerted practice. However, depending on the facts underlying the case at hand, the possibility of finding a concerted practice cannot be excluded in a situation where such an announcement is followed by public announcements by competitors (...).

[46] In the Preliminary Assessment the Commission raised the preliminary concern that the Parties' practice may amount to a strategy for reaching a common understanding about the terms of coordination (...). In particular, the similar GRI announcements of the Parties within a GRI round may be regarded as strategic responses of competitors to each other's public announcements.

[47] The Commission came to the provisional conclusion that every Party was in a position to take account of the information published in the GRI announcements of the other Parties when determining its own conduct on the market and therefore took part in the concerted practice by making GRI announcements itself.

#### **Angebotene Verpflichtungszusagen: Höhere Transparenz**

[77] The Parties have committed to bring the practice subject to the proceedings to an end and not to make announcements of Price increases indicating only the amount of the intended increase.

[78] (...) When announcing their Prices the Parties will provide customers with a sufficient level of detail for them to make informed decisions. The announced Price will refer to the 5 main elements of the price representing about 90 % of its full amount thus giving customers a good basis to compare Prices. (...)

[84] Timely, transparent and committal price announcements would allow customers to take informed purchasing decisions and make it very difficult for Carriers to collude on Prices. Although more transparent price announcements would by nature mean more transparency for both the Parties and customers, customers would be able to make informed purchase decisions, making collusion difficult and risky.

[85] The Commitments are therefore sufficient to address the concerns identified by the Commission in its Preliminary Assessment. The Parties have not offered less onerous Commitments in response to the Preliminary Assessment that also address the Commission's concerns adequately.

[87] This Decision accordingly complies with the principle of proportionality.

#### **Redaktioneller Hinweis:**

Die vollständige Entscheidung in englischer Sprache ist abrufbar unter <http://hbfm.link/969>.

»WUW1212060

### **Lottoblock II: Kartellbehördliche Abstellungsverfügung lässt Vermutung einer Marktbeeinflussung durch Verhaltenskoordination nicht entfallen**

Kartellschadensersatz • Bindungswirkung • entgangener Gewinn • Abstellungsverfügung • Vermutungswirkung • haftungsausfüllende Kausalität

§ 33 Abs. 4 GWB; §§ 286, 287 ZPO

1. Für den Umfang der Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB kommt es darauf an, inwieweit eine Zuwiderhandlung gegen Kartellrecht im Tenor oder in den tragenden Gründen der rechts- oder bestandskräftigen Entscheidung des Gerichts oder der Kartellbehörde festgestellt worden ist. Während eine Bußgeldentscheidung regelmäßig Feststellungen zur Dauer des Verstoßes enthalten wird, ist der Zeitraum des Verstoßes bei Entscheidungen im Kartellverwaltungsverfahren nicht notwendig zu bestimmen.
2. Bei im Rechtsbeschwerdeverfahren ergangenen Entscheidungen besteht Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB allein für diejenigen rechtsfehlerfreien tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts, die die Entscheidung des BGH tragen.
3. Jedenfalls bei einem punktuellen Kartellrechtsverstoß wie einer einmaligen Verhaltensabstimmung, deren Auswirkungen potentiell zeitlich unbeschränkt sind, lässt die Zustellung einer kartellbehördlichen, sofort vollziehbaren Abstellungsverfügung für sich allein die Vermutung einer andauernden Bestimmung oder Beeinflussung des Marktgeschehens durch die Verhaltenskoordination regelmäßig nicht entfallen.
4. Für die Frage, ob und in welcher Höhe durch einen Kartellrechtsverstoß ein Schaden entstanden ist, gilt das Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO; dagegen ist nach § 286 ZPO festzustellen, ob der Anspruchsteller durch den Kartellrechtsverstoß betroffen ist.

(LS des Gerichts)

**BGH**, Urteil vom 12.07.2016 – KZR 25/14, **Lottoblock II**

#### **AUS DEM SACHVERHALT**

[1] Die Klägerin (...) ist eine bundesweit tätige gewerbliche Spielvermittlerin. Gegenstand ihrer Vermittlung waren insbesondere die von den Lottogesellschaften der Bundesländer veranstalteten Lotterien. Die Beklagte ist die Lottogesellschaft des Landes Nordrhein-Westfalen.

[2] Ab April 2005 versuchte die Klägerin, eine terrestrische Vermittlung für Spieleinsätze bei den staatlichen Lotterien aufzubauen. Dazu sollten Verkaufsstellen in Einzelhandelsgeschäften, etwa Supermärkten oder Tankstellen, eingerichtet werden. Einnahmen wollte die Klägerin aus Handlingentgelten der Spielteilnehmer sowie Provisionszahlungen der Lotto-

gesellschaften erzielen. Das ursprüngliche Geschäftskonzept der Klägerin sah die Wahrung des sog. „Regionalitätsprinzips“ der Lottogesellschaften vor: Die Klägerin beabsichtigte, Spielaufträge immer nur an die Lottogesellschaft zu vermitteln, in deren Bundesland der Spielteilnehmer jeweils wohnte.

**[3]** Unter Beteiligung des damaligen Geschäftsführers der Beklagten fasste der Rechtsausschuss des Deutschen Lotto- und Totoblocks (DLTB) am 25./26.04.2005 folgenden Beschluss: „Der Rechtsausschuss fordert die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks auf, Umsätze, die auf diese – nach seiner Auffassung rechtswidrige – Art und Weise durch terrestrischen Vertrieb Gewerblicher erzielt worden sind, nicht anzunehmen ...“

Dieser Beschluss war Gegenstand eines vom Bundeskartellamt eingeleiteten Missbrauchsverfahrens. Mit sofort vollziehbarer Abstellungsverfügung vom 23.08.2006 traf das Bundeskartellamt, soweit für das vorliegende Verfahren von Bedeutung, folgende Feststellungen und Anordnungen (BKartA, Beschl. v. 23.08.2006, B 10 – 92713 – Kc –148/05, WuW/E DE-V 1251 = WUW0176922 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*):

„A. Die am 25./26.04.2005 beschlossene Aufforderung des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks an alle Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen, hat gegen Art. 81 EG und § 1 GWB sowie gegen § 21 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG verstoßen.

1. Den Betroffenen zu 1 bis zu 18 (DLTB und Lottogesellschaften) wird daher nach § 32 GWB untersagt, die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks aufzufordern, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen.

2. Den Betroffenen zu 2 bis zu 18 wird nach § 32 GWB untersagt, den unter 1 bezeichneten Beschluss ... weiter umzusetzen und sich bei ihrer Geschäftstätigkeit daran zu halten.

....

E. Jede fahrlässige oder vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen die vollziehbaren Anordnungen zu A.1 bis A.4 ... stellt eine mit Bußgeld bedrohte Ordnungswidrigkeit dar (§ 81 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a GWB), die nach § 81 Abs. 4 GWB mit einer Geldbuße von bis zu 1 Mio. €, bei Unternehmen darüber hinaus bis zu 10 % des jeweils im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes geahndet werden kann.“

**[4]** Die dagegen gerichtete Beschwerde blieb vor dem Beschwerdegerecht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2007, VI-Kart 15/06 (V), WuW/E DE-R 2003 = WUW0226268 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*) und dem Bundesgerichtshof (Beschl. v. 14.08.2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408 = WUW0304629 – *Lottoblock*) in der Sache ohne Erfolg.

**[5]** Die Klägerin nahm im Jahr 2005 mit verschiedenen Kooperationspartnern die terrestrische Vermittlung von Lotterien auf. Allerdings waren die Lottogesellschaften nicht bereit, hierfür Provisionen zu zahlen. Nachdem im Laufe der Zeit die ursprünglich beabsichtigte Kooperation mit allen Lottogesellschaften unter Wahrung des Regionalitätsprinzips ausgeschlossen erschien, änderte die Klägerin ihr Konzept für den terrestrischen Vertrieb. Spieleinsätze sollten bei den stationären Partnern der Klägerin weiterhin bundesweit akquiriert, jedoch nur noch an einzelne Lottogesellschaften vermittelt werden. Bis Ende 2008 hatte die Klägerin die Möglichkeit, solche bundesweit akquirierten Spieleinsätze

über eine Schnittstelle bei Lotto B. einzuspielen. Allerdings gewährte Lotto B. die Schnittstelle nicht freiwillig, sondern allein in Befolgung mehrerer von der Klägerin erstrittener gerichtlicher Anordnungen. Danach stellte die Klägerin die terrestrische Vermittlung ein; die insoweit nach dem Glücksspielstaatsvertrag 2008 ab 01.01.2009 erforderliche Erlaubnis hatte sie lediglich für Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein erhalten.

**[6]** Die Klägerin fordert unter dem Aspekt entgangenen Gewinns für die Jahre 2006 bis 2008 Schadensersatz in vom Gericht nach § 287 ZPO zu bestimmender Höhe, mindestens jedoch 8,25 Mio. €, zzgl. Zinsen, weil die Lottogesellschaften sich aufgrund kartellrechtswidrigen, abgestimmten Verhaltens geweigert hätten, mit ihr bei der terrestrischen Spielvermittlung unter Zahlung von Vermittlungsprovisionen zu kooperieren. Zur Schadenshöhe hat sie sich insbesondere auf einen Geschäftsplan, Marktanalysen und ein Privatgutachten gestützt.

**[7]** Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 11.538.020,51 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage lediglich wegen eines Teils der geltend gemachten Zinsen abgewiesen (OLG Düsseldorf, Urtr. v. 09.04.2014, VI-U (Kart) 10/12, WuW/E DE-R 4394 = WUW0681520 – *Schadensersatzpflicht der Lottogesellschaft*). Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Senat zugelassenen Revision. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

AUS DEN GRÜNDEN

**[8]** Das Berufungsgericht hat die Beklagte für schadensersatzpflichtig erachtet (...).

(Ausführungen des Berufungsgerichts)

**[10]** Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten hat Erfolg (...)

**[11]** Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, aufgrund des im Kartellverfahren „Lottoblock“ ergangenen Senatsbeschlusses (Beschl. v. 14.08.2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408 = WUW0304629 – *Lottoblock*) stehe mit Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4 GWB fest, dass sich die Beklagte im Zeitraum vom 25./26.04.2005 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegerecht im Kartellverfahren aufgrund einer mit den anderen Lottogesellschaften der Länder abgestimmten Verhaltensweise unter Verstoß gegen Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV) und § 1 GWB geweigert habe, terrestrisch vermittelte Spieleinsätze gewerblicher Spielvermittler anzunehmen.

#### **Keine enge Tatbestandswirkung im Rahmen des § 33 Abs. 4 GWB**

**[13]** Zwar verwendet die Begründung des Regierungsentwurfs zur 7. GWB-Novelle zur Bezeichnung der mit § 33 Abs. 4 GWB gewollten Wirkung den Begriff „Tatbestandswirkung“ (Begründung zum Entwurf eines 7. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 15/3640, S. 54). Damit ist jedoch keine Tatbestandswirkung im verwaltungsrechtlichen Sinn gemeint, die allein an den Tenor einer Entscheidung anknüpft. Ein solches enge Verständnis des § 33 Abs. 4 GWB wäre unvereinbar mit dem Zweck der Bestimmung, die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Kartellrechtsverstößen zu erleichtern (vgl. BT-Drucks. 15/3640, S. 35). Auch aus dem Zusammenhang der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber bei

Einführung von § 33 Abs. 4 GWB keine enge Tatbestandswirkung im verwaltungsrechtlichen Sinn beabsichtigt hat. Danach bezieht sich die Tatbestandswirkung auf die Feststellung eines Kartellrechtsverstößes, während alle weiteren Fragen, insbesondere zur Schadenskausalität und zur Schadensbeziehung, der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen (BT-Drucks. 15/3640, S. 54). Feststellungen zur Kausalität und zur Schadenshöhe sind indes nie im Tenor einer kartellbehördlichen oder gerichtlichen Entscheidung enthalten, sondern stets nur in den Entscheidungsgründen. Die Differenzierung zwischen der Feststellung des Verstößes und allen weiteren Fragen in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 33 Abs. 4 GWB kann sich daher nur auf die Entscheidungsgründe beziehen (Dreher, ZWeR 2008, 325, 329).

**[15]** Soweit eine die kartellbehördliche Verfügung bestätigende Entscheidung des Beschwerdegerichts im Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof überprüft worden ist, ist allerdings zu beachten, dass der Bundesgerichtshof keine eigenen Feststellungen trifft (§ 76 Abs. 4 GWB). Vielmehr hat er seiner Entscheidung die rechtsfehlerfrei getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts zugrunde zu legen. Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 Satz 2 GWB besteht in diesem Fall für diejenigen tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts, die nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs die Zurückweisung der Beschwerde tragen. Soweit das Beschwerdegericht weitere Feststellungen getroffen haben sollte, sind sie für die rechtskräftige Entscheidung im Kartellverfahren ohne Bedeutung und werden nicht von der Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 Satz 2 GWB erfasst.

**[16]** Das Berufungsgericht hat (...) zutreffend angenommen, nach seiner Entscheidung im Kartellverfahren (...) stehe für den vorliegenden Schadensersatzprozess mit Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4 GWB fest, dass es die Beklagte und die anderen Landeslottogesellschaften unter Verstoß gegen Art. 81 EG und § 1 GWB in Umsetzung des Beschlusses des Rechtsausschusses des DLTB vom 25./26.04.2005 abgelehnt haben, terrestrisch vermittelte Spieleinsätze der gewerblichen Spielvermittler anzunehmen. (...)

**[17]** Das Berufungsgericht hat jedoch fehlerhaft angenommen, aufgrund dieser Vermutung sei die andauernde Fortsetzung des kartellrechtswidrigen Verhaltens aller Lottogesellschaften bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht im Kartellverfahren am 30.05.2007 gemäß § 33 Abs. 4 GWB mit Bindungswirkung für den Schadensersatzprozess festgestellt.

#### **Keine Vermutung für ein Andauern des kartellrechtswidrigen Verhaltens**

**[18]** Für den Umfang der Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB kommt es auf die im Vorverfahren oder -prozess getroffenen tatsächlichen Feststellungen an. Handelt es sich um eine Bußgeldentscheidung, so wird sie regelmäßig Feststellungen zur Dauer des Verstößes enthalten, weil es sich dabei um ein wesentliches Zumessungskriterium im Rahmen von § 17 OWiG handelt (zu einem derartigen Fall vgl. etwa OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12 (Kart) = RS0936037, juris Rn. 46, insoweit nicht in NZKart 2014, 366). Bei Entscheidungen im Kartellverfahren ist dagegen der Zeitraum des Verstößes nicht notwendig zu bestimmen. Für die Rechtmäßigkeit einer Abstellungsverfügung gemäß § 32 GWB kommt es darauf an, ob eine Zuwiderhandlung gegen

eine Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV begangen worden ist oder jedenfalls droht. Die Abstellungsverfügung setzt mithin lediglich eine Begehungsfahrer voraus, die sich regelmäßig, wenn auch nicht notwendig, aus einer in der Vergangenheit liegenden Verletzungshandlung ergibt (BGH, Beschl. v. 14.08.2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408, Rn. 52 = WUW0304629 – *Lottoblock*; Bornkamm, in: Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, § 32 GWB Rn. 15). Mit der Feststellung einer Wiederholungsfahrer wird jedoch nicht die andauernde weitere Begehung der Zuwiderhandlung festgestellt. Die Feststellung der Gefahr eines (weiteren) Verstößes ist nicht mit der Feststellung eines tatsächlich eingetretenen Verstößes gleichzusetzen.

**[19]** Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es für den Umfang der Bindungswirkung unerheblich, welcher Sachenvortrag bis zur letzten Tatsachenverhandlung im Kartellverfahren gehalten werden konnte. Maßgeblich ist vielmehr allein, in welchem Umfang eine Zuwiderhandlung gegen Kartellrecht im Tenor oder in den tragenden Gründen der abschließenden Entscheidung im Kartellverfahren festgestellt worden ist. Selbst wenn festgestellt worden wäre, dass die Zuwiderhandlung eingestellt worden sei, hätte dies die Wiederholungsfahrer nach allgemeinen Grundsätzen nicht beseitigt und wäre daher für die Entscheidung unerheblich gewesen.

**[20]** Danach steht für den vorliegenden Schadensersatzprozess mit Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4 Satz 2 GWB entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ein Verstoß der Lottogesellschaften gegen Art. 81 EG und § 1 GWB für den Zeitraum ab dem 01.01.2006 nicht fest.

#### **Aus „Aufhebungsbeschluss“ des DLTB folgt keine Anerkennung einer Rechtspflicht**

**[23]** Das Berufungsgericht hat (...) rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Lottogesellschaften und damit auch die Beklagte den Beschluss des Rechtsausschusses bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens auch über den 31.12.2005 hinaus berücksichtigt haben. Hierfür streitet eine tatsächliche Vermutung (vgl. EuGH, Urt. v. 08.07.1999, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, Slg. 1999, I-4125 = WuW/E EU-R 320 Rn. 121, 126 = WUW0199795 – *Anic Partecipazioni*; BGH, Beschl. v. 14.08.2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408, Rn. 43 = WUW0304629 – *Lottoblock*). (...)

**[24]** Unternehmen, die ihr Verhalten koordiniert haben, weil sie sich wirtschaftliche Vorteile durch die Beseitigung oder Verringerung des zwischen ihnen bestehenden Wettbewerbs versprechen, haben danach regelmäßig weder Anlass, die Verhaltenskoordinierung zu bekräftigen, noch von ihr abzuweichen. (...) Das rechtfertigt die Vermutung, dass sich die Beteiligten bei ihrem weiteren Marktauftritt so verhalten, wie sie es untereinander abgestimmt haben. (...)

**[25]** Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht die Vermutung nicht schon durch den Hinweis der Beklagten auf das „ODDSET-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 (BVerfG, Urt. v. 28.03.2006, 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 = RS0817527) als ausgeräumt angesehen. (...)

**[30]** Die Vermutung einer Ausrichtung des Marktverhaltens an der getroffenen Verhaltensabstimmung ist auch nicht im Hinblick auf den „Aufhebungsbeschluss“ des Rechtsausschusses des DLTB vom Juli 2006 und die jeweils gleichlautenden Erklärungen der Lottogesellschaften widerlegt, eine solche oder ähnliche

Beschlussfassung künftig nicht zu beabsichtigen. Der Senat hat im Beschluss „Lottoblock“ (Beschl. v. 14.08.2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408, Rn. 53 = WUW0304629) die tatrichterliche Würdigung des Beschwerdegerichts gebilligt, dem „Aufhebungsbeschluss“ und den Erklärungen der Lottogesellschaften könne keine ernsthafte und endgültige Aufgabe der beanstandeten Verhaltensweise entnommen werden. Die Aufhebung der Beschlussfassung erfolgte danach nur vorsorglich und ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Ebenso wenig wie die Erklärung der Lottogesellschaften, den festgestellten Kartellverstoß nicht mehr wiederholen zu wollen, vor diesem Hintergrund eine hinreichende Gewähr für die Annahme bot, die in Rede stehende Verhaltensweise sei endgültig und ernsthaft aufgegeben worden, war sie geeignet, die Vermutung einer weiteren Ausrichtung des Marktverhaltens an der getroffenen Verhaltensabstimmung entfallen zu lassen, für die es gerade nicht auf eine Wiederholung der Beschlussfassung ankam.

### **Abstellungsverfügung lässt Vermutung einer andauernden Marktbeeinflussung durch Verhaltenskoordination nicht entfallen**

**[35]** (...) Eine die Vermutung andauernden kartellrechtswidrigen Verhaltens beendende Zäsurwirkung kann unter Umständen auch einer Abstellungsverfügung zukommen, die im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren ergangen ist. Es liegt nicht fern zu erwarten, dass sich ein grundsätzlich rechtstreuer Adressat an eine sofort vollziehbare behördliche Untersagungsverfügung hält.

**[36]** Jedenfalls bei einem punktuellen Kartellrechtsverstoß wie einer einmaligen Verhaltensabstimmung, deren Auswirkungen potentiell zeitlich unbeschränkt sind, kann die Zustellung der Verfügung für sich allein indes die Vermutung einer andauernden Bestimmung oder Beeinflussung des Marktgeschehens durch die Verhaltenskoordination regelmäßig nicht entfallen lassen. Andernfalls würde vernachlässigt, dass die Beteiligten in einem solchen Fall, ohne erneut aktiv kartellrechtswidrig handeln zu müssen, sich schlicht weiter an die einmal getroffene Abstimmung halten können. Es liegt deshalb nahe, dass die Teilnehmer einer solchen, durch eine punktuelle Handlung ins Werk gesetzten Abstimmung auch nach Zustellung der Untersagungsverfügung unverändert an ihrem abgestimmten Verhalten festhalten. Für die Widerlegung der Vermutung einer Fortsetzung des kartellrechtswidrigen Verhaltens ist es in einem solchen Fall auch nach Zustellung der Abstellungsverfügung weiterhin erforderlich, dass sich ein an dem Kartellrechtsverstoß beteiligtes Unternehmen offen und eindeutig von der Abstimmung distanziert, sodass den anderen Teilnehmern bewusst wird, dass es sich nicht mehr daran hält (vgl. EuGH, Urt. v. 07.01.2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, Slg. 2004, I-123 Rn. 81 bis 84 = WuW/E EU-R 899 = WUW0128586 – *Aalborg Portland u.a.*; EuG, Urt. v. 15.07.2015, T-393/10, ECLI:EU:T:2015:515, NZKart 2015, 396 Rn. 194 = RS1109569 – *Westfälische Drahtindustrie*, m.w.N.). Dafür kommt bei Boykottsachverhalten der hier in Rede stehenden Art in erster Linie eine erkennbare erneute, autonome Entscheidung über die aufgrund der Abstimmung abgelehnte Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen in Betracht.

**[37]** Dieses Verständnis der unionsrechtlichen Vermutung eines Kausalzusammenhangs zwischen Abstimmung und Marktverhalten trägt dem Effektivitätsgrundsatz Rechnung,

wonach Verfahrensregeln der Mitgliedstaaten die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte, zu denen das Recht der durch einen Verstoß gegen Unionskartellrecht Geschädigten auf Schadensersatz gehört, nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (vgl. EuGH, Urt. v. 21.01.2016, C-74/14, WuW 2016, 126 Rn. 32 f., 35 = WUW1192294 – *Eturas*). (...)

**[38]** Das Berufungsgericht hat nichts dafür festgestellt, dass die Lottogesellschaften die Zustellung der Verfügung zum Anlass genommen hätten, ihre Haltung gegenüber dem von der Klägerin an sie herangetragenem Geschäftsmodell zu ändern oder auch nur in eine autonome Prüfung dieses Modells einzutreten. (...) (Es lässt) keinen Rechtsfehler erkennen, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, dass die Ablehnung einer Zusammenarbeit mit der Klägerin auch nach Zustellung der Abstellungsverfügung auf der kartellrechtswidrigen Abstimmung des Verhaltens der Lottogesellschaften beruhte.

### **Für die Frage der Schadenseinstellung gilt Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO**

**[41]** Das Berufungsgericht ist (...) zutreffend davon ausgegangen, dass (...) für die Frage, ob der Klägerin durch den Kartellrechtsverstoß der Beklagten und der übrigen Lottogesellschaften ein Schaden entstanden ist, das Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO gilt. (...)

**[42]** § 287 Abs. 1 ZPO gilt nicht nur für die Höhe des Schadens, sondern auch für die Frage, ob ein Schaden überhaupt entstanden ist. Die Vorschrift ist aber nur anwendbar, soweit es um die haftungsausfüllende Kausalität geht. Für Umstände, die zur haftungsbegründenden Kausalität gehören, ist § 286 ZPO maßgeblich (BGH, Urt. v. 05.11.2013, VI ZR 527/12, NJW 2014, 688 Rn. 13 = RS0711099; Urt. v. 12.02.2008, VI ZR 221/06, NJW 2008, 1381 Rn. 9 = RS0722323). (...)

**[43]** Begehrt ein Kläger wegen eines Verstoßes gegen Kartellrecht Schadensersatz, macht er einen Schaden geltend, ohne dass die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts erforderlich ist. Für die Frage, ob infolge des Kartellrechtsverstoßes ein Schaden entstanden ist, gilt deshalb die Beweiserleichterung des § 287 Abs. 1 ZPO (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.01.2014, VI-U (Kart) 7/13, juris Rn. 76 bis 82 = WUW0688787 – *Inter-temporales Verjährungsrecht*, insoweit nicht vollständig in WuW/E DE-R 4477, 4480).

**[45]** Diese Beurteilung steht auch im Einklang mit der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (...).

**[48]** Das Berufungsgericht hat jedoch bei der Prüfung der Frage, ob und in welcher Höhe der Klägerin ein Schaden entstanden ist, nicht alle erheblichen Umstände berücksichtigt. Es hat zudem die Vorschrift des § 252 Satz 2 BGB nicht zutreffend angewandt.

### **Abschluss von Vermittlungsverträgen auch ohne kartellrechtswidrige Absprache unwahrscheinlich**

**[49]** (...) Das Berufungsgericht hat es versäumt, unter umfassender Würdigung aller erheblichen Umstände des Falles abzuschätzen, ob ohne die kartellrechtswidrige Verhaltensabstimmung eine Zusammenarbeit der Klägerin mit den Lottogesellschaften zustande gekommen wäre und ob die Klägerin

dabei den als entgangen geltend gemachten Gewinn erzielt hätte.

**[50]** (Es kommt) in erster Linie darauf an, ob eine Zusammenarbeit mit der Klägerin kaufmännisch vernünftigem Verhalten entsprochen hätte. (...) Spätestens im Anschluss an die Entscheidung des EuGH in der Sache „Gambelli“ (EuGH, Urt. v. 06.11.2003, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597, Slg. 2003, I-13031 Rn. 66 ff.) war die Vereinbarkeit des staatlichen Monopols für Lotterien und Sportwetten in Deutschland mit der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (jetzt Art. 49 und Art. 56 AEUV) im Hinblick auf die Werbepaxis der staatlichen Lottogesellschaften zweifelhaft geworden (vgl. etwa LG Baden-Baden, SpuRt 2005, 80; Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. 2004, § 284 Rn. 7). In einem Beschluss vom 27.04.2005 hatte das Bundesverfassungsgericht erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der deutschen Glücksspielmonopole und des strafrechtlichen Verbots der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen (§ 284 StGB) mit Unionsrecht geäußert (BVerfG, Beschl. v. 27.04.2005, 1 BvR 223/05, NVwZ 2005, 1303 = RS0817254). In dem auf die mündliche Verhandlung vom 08.11.2005 am 28.03.2006 verkündeten „ODDSET-Urteil“ (BVerfG, Urt. v. 28.03.2006, 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 = RS0817527) erklärte das Bundesverfassungsgericht es für mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar, dass nach dem bayerischen Staatslotteriesgesetz Sportwetten nur vom Freistaat Bayern veranstaltet und nur derartige Wetten gewerblich vermittelt werden durften, ohne das Monopol konsequent am Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahren auszurichten; es verpflichtete den bayerischen Gesetzgeber, die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten unter Beachtung der sich aus den Gründen ergebenden verfassungsrechtlichen Vorgaben bis zum 31.12.2007 neu zu regeln. (...)

**[54]** Angesichts des auf dem Glücksspielstaatsvertrag 2004 beruhenden bundesweit einheitlichen Rechtsrahmens lag unter diesen Umständen auf der Hand, dass sämtliche Bundesländer über den Bereich der Sportwetten hinaus zu einer umfassenden Neuregelung des Glücksspielrechts gezwungen waren. Wollten sie das Monopol nicht aufgeben, bestand dabei die Notwendigkeit, das staatliche Glücksspielangebot – wie vom Bundesverfassungsgericht für geboten erachtet – konsequent am Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahren auszurichten. (...) Unter diesen Umständen erscheint es ohne weitere Feststellungen nicht unwahrscheinlich, dass die Beklagte und die übrigen Lottogesellschaften trotz der bestehenden ökonomischen Anreize auch bei autonomer unternehmerischer Entscheidung nicht oder jedenfalls nur zögernd und in geringerem als von der Klägerin geplanten Umfang Vermittlungsverträge mit der Klägerin abgeschlossen und Provisionen an sie gezahlt hätten.

#### **Rückgang der Provisionseinnahmen wäre zu erwarten gewesen**

**[56]** Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin hätte, falls sich die Lottogesellschaften zur Kooperation bereit gezeigt hätten, in vollem Umfang den von ihr prognostizierten Gewinn erzielt, beruht auch in weiterer Hinsicht auf einer unvollständigen Würdigung der insoweit relevanten Umstände.

**[57]** Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Umsätze der staatlichen Lotterien in Deutschland in den Jahren 2005 bis 2008 um etwa 1 Milliarde €, also um etwa 20 %, zurückgegangen. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge

(§ 252 Satz 2 BGB) war deshalb ein entsprechender Rückgang der Provisionseinnahmen zu erwarten. (...)

**[59]** Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist für die Schadensberechnung auch der Einwand der Beklagten erheblich, dass nach den zum 01.01.2008 in Kraft getretenen Ausführungsgesetzen zum Glücksspielstaatsvertrag in den Ländern Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen und Sachsen-Anhalt gewerblichen Spielvermittlern keine Provisionen mehr gezahlt werden durften (...).

**[60]** (...) Das Bundesverfassungsgericht hat das Provisionsverbot unter Suchtpräventionsgesichtspunkten für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt (BVerfG (Kammer), Beschl. v. 14.10.2008, 1 BvR 928/08, NVwZ 2008, 1338 Rn. 60 = RS0818288). (...)

(Aufhebung des Berufungsurteils, § 562 Abs. 1 ZPO)

(Hinweise für das wiedereröffnete Berufungsverfahren)

#### **Anmerkung von Dr. Kim Lars Mehrbrey, Partner, und Sophia Jaeger, Associate, im Bereich Prozessführung & Schiedsverfahren der Sozietät Hogan Lovells International LLP, Düsseldorf**

Ansprüche auf Kartellschadensersatz gewinnen in der Praxis eine immer größere Bedeutung. Der Kartellsenat des BGH hatte bislang nur selten die Gelegenheit, zu den zahlreichen noch offenen Streitfragen Stellung zu nehmen. Zuletzt war dies in der viel zitierten ORWI-Entscheidung der Fall (BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10 = WUW0463910 – *ORWI*).

Dem Besprechungsurteil vom 12.07.2016 kommt daher für die Praxis besondere Relevanz zu. Dem Fall lag zwar nicht eine Kartellschadensersatzklage zugrunde, die einer kartellbehördlichen Entscheidung wegen kartellrechtswidriger Preis- oder Gebietsabsprachen folgte. Vielmehr nahm die dortige Klägerin eine Abstellungsverfügung des Bundeskartellamts nach § 32 GWB zum Anlass, Schadensersatz geltend zu machen. Gleichwohl enthält das Urteil wichtige Klarstellungen zur Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen, zur Vermutung der Fortwirkung von Kartellverstößen sowie zum Beweismaß, die für Kartellschadensersatzklagen aller Art von Bedeutung sein können.

#### **I. Sachverhalt**

Der Schadensersatzklage lag das sog. Lotto-Kartell zugrunde. Der Rechtsausschuss des Deutschen Lotto- und Totoblocks (DLTB) hatte die zugehörigen Gesellschaften (Lottogesellschaften) dazu angewiesen, Umsätze, die durch die Vermittlung von Spieleinsätzen in Einzelhandelsgeschäften erzielt werden (sog. terrestrischer Vertrieb), nicht anzunehmen und die Kooperation mit solchen terrestrischen Spielvermittlern zu verweigern. Das Bundeskartellamt stellte fest, dass diese Aufforderung wettbewerbswidrig ist und untersagte den Lottogesellschaften deren Umsetzung. Das hiergegen eingelegte Rechtsmittel blieb weitgehend erfolglos (BGH, Beschl. v. 14.08.2008, KVR 54/07 = WUW0304629 – *Lottoblock I*).

Die Klägerin im vorliegenden Verfahren, eine bundesweit tätige gewerbliche Spielvermittlerin, hatte versucht, einen terrestrischen Vertrieb aufzubauen. Der Erfolg ihres Geschäftsmodells war davon abhängig, dass die Lottogesellschaften ihr für die Vermittlung der Spieleinsätze Provisionen zahlten. Dazu waren die Lottogesellschaften jedoch nicht bereit. Die Klägerin machte geltend, die Lottogesellschaften hätten aufgrund der wettbewerbswidrigen Aufforderung des DLTB

die Kooperation verweigert. Dadurch sei ihr ein Gewinn von mindestens 8,25 Mio. € entgangen. Ihr stehe daher ein Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 GWB zu. Diesen Anspruch machte die Klägerin in dem vorliegenden Verfahren aus Gesamtschuld gegen die Lottogesellschaft des Landes Nordrhein-Westfalen geltend.

Nachdem das LG Dortmund in erster Instanz einen Schaden der Klägerin verneint hatte (Urt. v. 24.04.2012, 25 O 5/11), gab der Kartellsenat des OLG Düsseldorf mit Urteil vom 09.04.2014 (VI-U (Kart) 10/12 = WUW0681520 – *Schadensersatzpflicht der Lottogesellschaft*) der Klage statt und sprach der Klägerin Schadensersatz i. H. von knapp 11,5 Mio. € aus entgangenem Gewinn zu. Dabei setzte sich das OLG Düsseldorf ausführlich mit der Berechnung des Gewinns, welcher der Klägerin durch den vereitelten Marktzugang entgangen war, auseinander und machte dabei umfassend von der Schätzungsmöglichkeit nach § 287 ZPO Gebrauch. Dieses Urteil lag nunmehr dem BGH im Wege der Nichtzulassungsbeschwerde zur Überprüfung vor.

## II. Das Urteil des BGH

Mit Urteil vom 12.07.2016 hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies es zur erneuten Entscheidung an den Kartellsenat des OLG Düsseldorf zurück. Der Klägerin stehe zwar dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 GWB zu. Jedoch habe das Gericht bei der Schadensberechnung wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen.

In den Entscheidungsgründen befasst sich der BGH zunächst mit der Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB. Er folgt dabei zunächst der Annahme des OLG Düsseldorf, wonach für den Schadensersatzprozess aufgrund des früheren BGH-Urteils *Lottoblock I* mit Bindungswirkung feststehe, dass es die Beklagte wettbewerbswidrig abgelehnt habe, terrestrisch vermittelte Spieleinsätze der gewerblichen Spielvermittler anzunehmen (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 16 – *Lottoblock II*).

Für fehlerhaft hält der BGH indes die Feststellung des Berufungsgerichts zur Dauer des Kartellverstoßes. Das OLG Düsseldorf hatte angenommen, es stehe mit Bindungswirkung für den Schadensersatzprozess fest, dass das kartellrechtswidrige Verhalten bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem BGH im Verfahren *Lottoblock I* fortgesetzt worden sei. Der BGH hält hingegen für die Bindungswirkung für allein maßgeblich, in welchem Umfang eine Zuwiderhandlung gegen Kartellrecht im Tenor oder in den tragenden Gründen der abschließenden Entscheidung im Kartellverwaltungsverfahren festgestellt worden sei (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 19 – *Lottoblock II*).

Eine Bindungswirkung hinsichtlich der gesamten von der Klägerin behaupteten Dauer des Kartellverstoßes bestehe mangels entsprechender Feststellungen im Kartellverwaltungsverfahren nicht. Die Klägerin könne sich insoweit jedoch auf eine tatsächliche Vermutung stützen. Denn es sei zu vermuten, dass eine Absprache von den Kartellanten weiter umgesetzt werde, solange die für die Abstimmung wesentlichen ökonomischen und rechtlichen Rahmenbedingungen fort dauerten und kein Beteiligter erkennbar aus der Abstimmung ausbreche (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 24 – *Lottoblock II*). Diese Voraussetzungen seien gegeben; die Beklagte habe die Vermutung auch nicht widerlegen können. Auch die Zustellung der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts bewirke

keine Zäsur (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 32 ff. – *Lottoblock II*).

Zur Bestimmung des der Klägerin entstandenen Schadens bestimmt der BGH sodann das maßgebliche Beweismaß. Teil der haftungsbegründenden Kausalität – und daher gemäß den Grundsätzen des § 286 ZPO zu beweisen – sei danach, ob die Klägerin durch den Kartellverstoß überhaupt betroffen sei (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 47 – *Lottoblock II*). Aufgrund der Entscheidung *Lottoblock I* seien sämtliche Spielvermittler, die den Lottogesellschaften die terrestrische Vermittlung angeboten hatten, betroffen. Die haftungsausfüllende Kausalität und die Bestimmung der Schadenshöhe bestimmten sich hingegen nach § 287 ZPO (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 42 – *Lottoblock II*). Während der BGH diese Rechtsgrundsätze in gleicher Weise wie das OLG Düsseldorf beurteilt, bemängelt er die im Rahmen des § 287 Abs. 1 ZPO i. V. mit § 252 Satz 2 BGB anschließend vorgenommene Schätzung des entgangenen Gewinns durch das Berufungsgericht. Insoweit habe es nicht alle Umstände, die für die Schadensbemessung erheblich seien, berücksichtigt. Das Berufungsurteil müsse daher aufgehoben werden. Konkret müsse im weiteren Verlauf des Verfahrens geklärt werden, ob die Beklagte ohne die kartellrechtswidrige Verhaltensabstimmung mit der Klägerin zusammengearbeitet hätte. Außerdem habe das Berufungsgericht eine Reihe tatsächlicher Umstände bei der Ermittlung des angeblich entgangenen Gewinns unberücksichtigt gelassen.

Für die im Berufungsverfahren erneut vorzunehmende Schadensbemessung erteilt der BGH Hinweise: Aufgrund der Schwierigkeiten, die mit dem Nachweis hypothetischer Kausalverläufe verbunden seien, dürften keine zu hohen Anforderungen an den Schadensnachweis gestellt werden. Gegebenenfalls sei dabei die Schätzung eines Mindestschadens in Betracht zu ziehen (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 66 – *Lottoblock II*).

## III. Zur Bindungswirkung

Die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen nach § 33 Abs. 4 GWB ist für Kartellschadensersatzkläger von maßgeblicher Bedeutung. Denn soweit diese greift, bleibt ihnen der regelmäßig schwierig zu führende Nachweis konkreter Kartellverstöße erspart.

Die Feststellung des BGH, dass die Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB nicht nur den Tenor, sondern auch die den Kartellverstoß tragenden Feststellungen erfasst, steht im Einklang mit der herrschenden Meinung in der Literatur (statt aller Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, Rn. 89). Erfasst von der Bindungswirkung sind dem BGH zufolge nicht nur der Entscheidungstenor der bestandskräftigen behördlichen oder rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung. Vielmehr zählten dazu auch alle in den vorangegangenen Verfahren getroffenen tatsächlichen Feststellungen, die den Lebenssachverhalt bildeten, bezüglich dessen ein Kartellrechtsverstoß festgestellt worden sei, und die seine rechtliche Einordnung als Verstoß trügen (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 14 – *Lottoblock II*; vgl. hierzu jüngst auch LG Berlin, Urt. v. 14.06.2016, 16 O 348/15 Kart, WuW 2016, 444 = WUW1212592 – Berliner Wasserbetriebe). Der früher vertretenen Ansicht, dass sich die Bindungswirkung auf die Tatbestandswirkung im verwaltungsrechtlichen Sinne beschränke (Meyer, GRUR 2006, 27 (30)), erteilt der BGH damit

eine Absage. Die Bindungswirkung gelte jedoch nicht, soweit das Beschwerdegericht keine eigenen Feststellungen treffen könne (für den BGH ergibt sich dies aus § 76 Abs. 4 GWB; vgl. BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 15 – *Lottoblock II*).

#### IV. Zur Vermutung der Fortwirkung von Kartellverstößen

Bei seinen Feststellungen zur Dauer des Kartellverstößes folgt der BGH im Ausgangspunkt der Entscheidung des EuGH i. S. *T-Mobile Netherlands BV* (EuGH, Urt. v. 04.06.2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 = WUW0333471). Er sieht die nationalen Gerichte an die Vermutung der andauernden Zuwiderhandlung gebunden, sofern eine Abstimmung vorliegt und die Unternehmen weiterhin auf dem Markt tätig sind (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 24 – *Lottoblock II*). Die Frage, ob die Vermutungswirkung darüber hinaus andauert, habe der EuGH indes noch nicht entschieden. Der BGH beantwortete diese Frage in dem Sinne, dass diese Vermutung jedenfalls bei punktuellen Kartellverstößen, die keiner zeitlichen Beschränkung unterliegen, fortbesteht, solange die Kartellbeteiligten diese Vermutung nicht widerlegen.

Auf diese Vermutung kommt es freilich nur dann an, soweit die kartellbehördliche oder gerichtliche Entscheidung keine Feststellungen zur Dauer des Verstößes enthält bzw. aus sonstigen Gründen keine Bindungswirkung hinsichtlich der zeitlichen Dauer des Verstößes besteht. Da Bußgeldentscheidungen regelmäßig Feststellungen zur Dauer des Verstößes enthalten, wird diese Vermutung in vielen Follow-on-Klagen, denen Preis- oder Quotenkartelle zugrunde liegen, keine Rolle spielen (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 18 – *Lottoblock II*). Von größerer Bedeutung wird die vom BGH aufgestellte Vermutung daher für Stand-alone-Klagen sein, also für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, die keine kartellbehördliche Entscheidung zur Grundlage haben. In derartigen Fällen muss der Kläger den Kartellverstoß sowie dessen zeitliche Dauer ohne Rückgriff auf kartellbehördliche Feststellungen nachweisen.

#### V. Zum Nachweis des entstandenen Schadens

Der Schadensnachweis bildet typischerweise den Schwerpunkt jedes Kartellschadensersatzstreits. Die Rechtsfolge des Anspruchs nach § 33 Abs. 3 GWB ergibt sich aus dem allgemeinen zivilrechtlichen Schadensrecht (§§ 249 ff. BGB). Danach ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn es keinen Kartellrechtsverstoß gegeben hätte. Der Schaden ermittelt sich im Ausgangspunkt aus der Multiplikation der kartellbedingten Preisüberhöhung mit der Anzahl der erworbenen kartellierten Produkte.

Daher hat ein Kläger zunächst nachzuweisen, welchen Preis er für das betreffende Produkt hypothetisch hätte zahlen müssen, hätte es kein Kartell gegeben (sog. „But-for-Preis“). Den Umstand, dass sich die hypothetische Preisentwicklung nur selten mit letzter Gewissheit feststellen lässt, hebt der BGH in seinem Urteil ausdrücklich hervor (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 45 – *Lottoblock II*). Neben der kartellbedingten Preiserhöhung muss der Kläger die Menge der von ihm erworbenen kartellierten Produkte nachweisen. In der Praxis ist dieser Nachweis gerade bei lange zurückliegenden und grenzüberschreitenden Lieferverhältnissen nicht immer einfach zu führen.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist vor diesem Hintergrund, inwieweit sich Kläger auf das erleichterte Beweismaß des

§ 287 ZPO berufen können. Während die Beweiserleichterung des § 287 ZPO Bestandteil der haftungsausfüllenden Kausalität – also den Zusammenhang zwischen Rechtsgutverletzung und entstandenen Schaden – ist, gilt für die haftungsbegründende Kausalität – also den Zusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und Rechtsgutverletzung – nach ständiger Rechtsprechung das Beweismaß des § 286 ZPO (BGH, Urt. v. 24.02.2005, VII ZR 141/03, NJW 2005, 1653, 1654 = RS0794133; BGH, Urt. v. 04.11.2003, VI ZR 28/03, NJW 2004, 777 = RS0715094).

Die Klarstellung des BGH, dass allein die Frage, ob der Kläger durch den Kartellverstoß „betroffen“ ist, Teil der haftungsbegründenden Kausalität ist und damit dem Vollbeweismaßstab (§ 286 ZPO) unterliegt, schafft insoweit Klarheit. Diese nur beschränkte Anwendung des Vollbeweismaßstabs (§ 286 ZPO) sieht der BGH (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, Rn. 45 – *Lottoblock II*) als zwingende Konsequenz des EU-rechtlichen Effektivitätsgebots, das auch in Erwägungsgrund 11 der bis zum 27.12.2016 umzusetzenden EU-Kartellschadensersatzrichtlinie verankert ist (Richtlinie 2014/104/EU), an. Dieser Vollbeweis war aufgrund der Feststellungen im vorangegangenen Verfahren vorliegend recht einfach zu erbringen.

Soweit es um den Nachweis der „Betroffenheit“ im Zusammenhang mit Preis- oder Quotenkartellen geht, hat das LG Hannover diese jüngst für einen Kläger bejaht, weil dieser während und kurz nach Ende des Kartells Produkte von den Kartellanten bezogen hat, die grundsätzlich von der Kartellabsprache umfasst waren (LG Hannover, Urt. v. 31.05.2016, 18 O 418/14). Größere Nachweisschwierigkeiten treten regelmäßig bei Klagen indirekter Abnehmer auf. Nach Auffassung des LG Düsseldorf gehört zur haftungsbegründenden Kausalität auch die Frage, ob die Preise infolge des Kartells auf der Marktstufe des betreffenden Klägers überhöht waren (LG Düsseldorf, Urt. v. 19.11.2015, 14d O 4/14, Rn. 226, n. rkr. = WUW1187637 – *Autoglas*). Danach müssen indirekte Abnehmer also gemäß § 286 ZPO den vollen Beweis dafür erbringen, dass kartellbedingte Preisüberhöhungen über die direkten Abnehmer und ggf. weiteren vorgelagerten indirekten Abnehmern bis zu ihnen durchgereicht wurden. Eine Vermutung, dass eine Schadensweiterreichung erfolgt ist, kann der indirekte Abnehmer hierbei nicht in Anspruch nehmen (BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10, Rn. 45 = WUW0463910 – *ORWI*; LG Düsseldorf, Urt. v. 19.11.2015, 14d O 4/14, Rn. 221 = WUW1187637 – *Autoglas*). Indirekte Abnehmer befinden sich folglich in einer schwierigeren Lage, wenn es um den Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität geht. Ändern wird sich dies infolge der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU), die in Art. 14 Nachweiserleichterungen für indirekte Abnehmer vorsieht.

Für die weiteren Schadensfragen, insbesondere die Höhe der kartellbedingten Preisüberhöhung sowie die Anzahl der erworbenen kartellierten Produkte, gilt nach dem BGH das erleichterte Beweismaß des § 287 ZPO. Die Schadensschätzung überlässt der BGH dem OLG Düsseldorf als Tatgericht.

Die Klarstellungen des BGH zum Anwendungsbereich der §§ 286, 287 ZPO können sogar über das deutsche Recht hinaus Bedeutung erlangen. In dem nicht seltenen Fall, dass Kartellschadensersatzansprüche, die einem fremden materiellen Recht unterliegen, vor deutschen Gerichten eingeklagt werden (zu den Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Gerichtsstands in internationalen Kartellschadensersatzfällen im Einzelnen Mehrbrey/Jaeger, ELR 2015, 146), sind nämlich nach dem lex-foi-Prinzip

die §§ 286, 287 ZPO grundsätzlich als prozessuale Regelungen (dazu LG Saarbrücken, Urt. v. 09.03.2012, 13 S 51/11) zu beachten.

#### Redaktioneller Hinweis:

Volltext-Urteil online: RS1212060.

»WUW1210257

### Art. 106 AEUV und Beihilferecht: Ausgleichszahlungen bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Beihilfe • Verlustausgleich • Krankenhäuser • Dienstleistung von  
allgemeinem wirtschaftlichen Interesse • öffentliche Hand

Art. 106 Abs. 2, Art. 108 Abs. 3 AEUV; § 3a UWG; § 3 Abs. 1 LKHG  
BW

1. Die allein die öffentliche Hand treffende Pflicht zur Aufrechterhaltung eines Krankenhausbetriebs auch im Fall seiner Unwirtschaftlichkeit rechtfertigt es, die medizinische Versorgung durch ein öffentliches Krankenhaus als dem staatlichen Defizit ausgleich zugängliche Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i. S. von Art. 106 Abs. 2 AEUV anzusehen.
2. Die Voraussetzungen für die Betriebspflicht gemäß § 3 Abs. 1 LKHG BW sind ohne weiteres erfüllt, soweit ein öffentliches Krankenhaus in den Krankenhausplan aufgenommen worden ist.
3. Die Transparenzkriterien des Art. 4 der Entscheidung 2005/842/EG und des Beschlusses 2012/21/EU sind keine rein formalen Regelungen, deren Nichteinhaltung ohne Rechtsfolgen bleibt; vielmehr sind staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung nur dann freigestellt, wenn sie die jeweils in den Artikeln 4 der Entscheidung und des Beschlusses genannten Voraussetzungen erfüllen.

(LS des Gerichts)

**BGH**, Urteil vom 24.03.2016 – I ZR 263/14, **Kreiskliniken Calw**

#### AUS DEM SACHVERHALT

**[1]** Der Kläger ist der Bundesverband Deutscher Privatkliniken. Ihm gehören zwölf Landesverbände an, deren Mitglieder die privaten Träger von mehr als 1.000 Krankenhäusern und Rehabilitationskliniken sind. Die überwiegende Anzahl der Mitglieder betreibt Krankenhäuser, die in den Krankenhausplan eines Bundeslandes aufgenommen sind (Plankrankenhäuser). Zu den satzungsmäßigen Aufgaben des Klägers gehört die allgemeine ideelle Wahrnehmung der beruflichen und wirtschaftlichen Interessen von Kliniken und Einrichtungen der Akutversorgung, Prävention, Rehabilitation und Pflege sowie von angegliederten Versorgungseinrichtungen im stationären, teilstationären und ambulanten Bereich.

**[2]** Der Beklagte, der Landkreis Calw, ist neben der Klinikverbund Südwest GmbH Gesellschafter der Kreiskliniken Calw gGmbH (nachfolgend: Kreiskliniken Calw), die Krankenhäuser in Calw und Nagold betreiben. Diese Krankenhäuser sind seit dem Jahr 1999 in den Krankenhausplan des Landes Baden-Württemberg aufgenommen. Im Krankenhausplan 2010 sind sie mit 426 Planbetten für sieben Fachgebiete der Grund- und Regelversorgung ausgewiesen. Der Beklagte hat aufgrund eines Konsortialver-

trags, den er mit der Klinikverbund Südwest GmbH und anderen Betreibern öffentlicher Krankenhäuser abgeschlossen hat, Verluste der Krankenhäuser Calw und Nagold auszugleichen und die erforderlichen Investitionen sicherzustellen.

**[3]** In seiner Sitzung vom 21.04.2008 betraute der Kreistag des Beklagten die Krankenhäuser Calw und Nagold der Kreiskliniken Calw mit der Erbringung näher bezeichneter medizinischer Versorgungsleistungen und Notfalldienste als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Der Betrauungsakt wurde vom Landrat des Beklagten am 22.04.2008 unterzeichnet und ausgefertigt. Am 16.12.2013 verabschiedete der Kreistag des Beklagten einen weiteren vom Landrat am 19.12.2013 unterzeichneten Betrauungsakt, in dem er die Krankenhäuser Calw und Nagold der Kreiskliniken Calw für bestimmte Fachgebiete mit der Erbringung näher beschriebener Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute und der den Betrauungsakt vom 21.04.2008 mit Wirkung zum 01.01.2014 ersetzte.

**[4]** Die Jahresabschlüsse der Kreiskliniken Calw wiesen Fehlbeträge von 562.869 € im Jahr 2010, 3.347.154 € im Jahr 2011 und etwa 6.200.000 € im Jahr 2012 aus. Der Kreistag des Beklagten fasste am 17.12.2012 den Beschluss, die handelsrechtlichen Verluste (Jahresfehlbeträge) der Kreiskliniken Calw für das Jahr 2012 sowie ihre für die Folgejahre erwarteten erheblichen Verluste bis zunächst 2016 jährlich auszugleichen, soweit dafür kein Eigenkapital zur Verfügung stehen würde.

**[5]** Ab dem Jahr 2010 übernahm der Beklagte Ausfallbürgschaften zur Absicherung von Darlehen, die die Kreiskliniken Calw zur Finanzierung von Investitionsmaßnahmen aufgenommen hatten oder aufzunehmen beabsichtigten. Am 26.07.2010 beschloss der Kreistag des Beklagten, Ausfallbürgschaften i. H. von 3.225.000 € und 3.587.000 € zu übernehmen. Am 18.07.2011 und 16.07.2012 beschloss er die Übernahme weiterer Ausfallbürgschaften bis zu Beträgen von 18.261.000 € und 14.896.000 €. Die Kreiskliniken Calw zahlten für die Übernahme der Ausfallbürgschaften keine Avalzinsen an den Beklagten. In welcher Höhe die Kreiskliniken Calw die Bürgschaften abgerufen haben, ist zwischen den Parteien streitig.

**[6]** Außerdem gewährte der Beklagte den Kreiskliniken Calw in den Jahren 2011 und 2012 Investitionszuschüsse über 72.400 € und 66.500 €, die für Zinszahlungen aus von ihnen aufgenommenen Investitionskrediten bestimmt waren.

**[7]** Der Kläger sieht in dem Verlustausgleich durch den Beklagten, seinen Ausfallbürgschaften und seinen Investitionszuschüssen staatliche Beihilfen zugunsten der Kreiskliniken Calw, die mangels Notifizierung bei der Europäischen Kommission gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV verstießen.

#### AUS DEN GRÜNDEN

**[12]** Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Kläger stünden die geltend gemachten Ansprüche nicht zu, weil die Zuwendungen des Beklagten an die Kreiskliniken Calw nicht notifizierungspflichtig gewesen seien. (...)

**[16]** Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat teilweise Erfolg. (...)

#### Beihilferechtliches Durchführungsverbot als Marktverhaltensregelung

**[18]** Gemäß § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt