

WUW vom 01.02.2019, Heft 02, Seite 91 - 98, WUW1292024

Wirtschaft und Wettbewerb > Entscheidung

# Abschied vom Anscheinsbeweis: BGH erhöht Hürden für Kartellschadensersatz

Kartellschadensersatz • Anscheinsbeweis • Kartellbefangenheit • Mitverschulden • Repräsentantenhaftung • Verjährung • Schienenkartell

Bei einem Quoten- und Kundenschutzkartell sind die Voraussetzungen für einen Anscheinsbeweis weder hinsichtlich des Eintritts eines Schadens noch hinsichtlich der Kartellbefangenheit einzelner Aufträge erfüllt.

(LS des Gerichts)

BGH, Urteil vom 11.12.2018 – KZR 26/17, Schienenkartell

## NORMENKETTE



§ 33 Abs. 3 GWB 2005, §§ 30, 31, 254 BGB, §§ 286, 287 ZPO

## Sachverhalt

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Ersatz kartellbedingten Schadens in Anspruch.
- 2 Die Beklagte befasst sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Weichen und Schienen. Sie ist Gesamtrechtsnachfolgerin der S. GmbH.
- 3 Die Klägerin, ein regionales Verkehrsunternehmen, erwarb im Zeitraum 2004 bis März 2011 in 16 Fällen von der Beklagten oder deren Rechtsvorgängerin Gleisoberbaumaterialien. In 13 Fällen lagen den Verträgen Vertragsbedingungen zugrunde, die u. a. folgende Klausel enthielten:  
  
„Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er 15 v. H. der Abrechnungssumme [ab 2006: der Auftragssumme] an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird. Dies gilt auch, wenn der Vertrag gekündigt wird oder bereits erfüllt ist. Sonstige vertragliche oder

gesetzliche Ansprüche des Auftraggebers, insbesondere aus § 8 Nr. 2, bleiben unberührt.“

- 4 Mit Bescheid vom 18.07.2013 verhängte das BKartA gegen die Beklagte wegen Beteiligung an dem Kartell der „Schienenfreunde“ ein Bußgeld. Nach den Feststellungen des rechtskräftigen Bußgeldbescheids verstieß die Beklagte jedenfalls [WUW 02/2019 S. 92] zwischen Mai 2001 und Mai 2011 gemeinschaftlich handelnd u. a. mit den Streithelferinnen gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen.
- 5 Die Klägerin macht geltend, sie habe aufgrund des Kartells überhöhte Preise zahlen müssen. Soweit es um die 13 Beschaffungsvorgänge geht, bei denen der Vertrag die erwähnte Klausel umfasste, hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 898.022,15 € zzgl. Zinsen zu bezahlen (Klageantrag zu 1). Sie hat ferner beantragt festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr bezüglich dieser Aufträge weitergehende Schäden sowie die Schäden aus den weiteren drei Aufträgen, jeweils nebst Zinsen i. H. von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, zu erstatten (Klageantrag zu 2a). Für den Fall der Abweisung von Klageantrag zu 1 hat sie die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche Schäden zu erstatten, die ihr aufgrund von Kartellabsprachen aus den Aufträgen entstanden sind oder künftig noch entstehen werden (Klageantrag zu 2b).
- 6 Das Landgericht hat durch Grund- und Teilurteil die Klage hinsichtlich des Zahlungsantrags dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und festgestellt, dass die Beklagte zur Erstattung weitergehender Schäden verpflichtet ist. Die Zinsen hat es nur in beschränktem Umfang zugesprochen.
- 7 Die Berufungen beider Parteien hatten jeweils nur hinsichtlich eines Teils der geforderten Zinsen Erfolg. Das Berufungsgericht hat insoweit festgestellt, dass die Beklagte zum Ersatz weitergehender Schäden nebst Zinsen ab Entstehung des Schadens i. H. von vier Prozent für Aufträge vor dem 01.07.2005 und i. H. von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz für Aufträge seit dem 01.07.2005 verpflichtet ist.
- 8 Gegen diese Entscheidung wenden sich die Klägerin mit Unterstützung der Streithelferinnen zu 1 und 4 sowie die Beklagte mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

## Aus den Gründen

- 9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

12

Zu Recht habe das Landgericht einen Schadenersatzanspruch der Klägerin dem Grunde nach bejaht. Die Klägerin sei als unmittelbare Abnehmerin anspruchsberechtigt. Die Beteiligung der Beklagten an wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen im Zeitraum von 2001 bis 2011 sei unstrittig. Zudem seien die Feststellungen des Bußgeldbescheids gemäß § 33 Abs. 4 GWB bindend. Angesichts der danach feststehenden Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen spreche der erste Anschein dafür, dass sich die Absprache allgemein preissteigernd ausgewirkt habe. Ebenso wie beim reinen Preiskartell werde auch beim Kundenschutzkartell der Preiswettbewerb ausgeschaltet. Dies gehe typischerweise mit einer Erhöhung des Preisniveaus einher. Dies gelte insbesondere, wenn mit den Absprachen der Sinn und Zweck einer Ausschreibung konterkariert werde. Bestätigt werde dieser Erfahrungssatz hier durch die lange Dauer des Kartells. Diesen Anschein habe die Beklagte nicht zu erschüttern vermocht.

### **Berufungsgericht hatte Anscheinsbeweis für Schaden und Kartellbefangenheit bestätigt**

- 13 Ein Anscheinsbeweis spreche zudem dafür, dass die Beschaffungstätigkeit der Klägerin von dem Kartell betroffen gewesen sei. Sei den Absprachen allgemein preissteigernde Wirkung zugekommen, bestehe ein Erfahrungssatz dahin, dass auch die konkret streitigen, auf dem kartellbefangenen Markt getätigten Beschaffungen von dieser Wirkung betroffen gewesen seien. Verstärkt werde dieser Anschein zudem dadurch, dass die Streithelferinnen zu 1 und 4 mit anderen Anbietern bundesweite Absprachen getroffen hätten. Zudem gehe es hier nur um Beschaffungsvorgänge, bei denen die Klägerin die am Kartell beteiligte Beklagte beauftragt habe. Werde ein Auftrag an einen Bieter erteilt, der an kundenschützenden Absprachen mit generell preissteigernder Wirkung beteiligt sei, spreche ein Erfahrungssatz dafür, dass die Beschaffung von dem kartellbedingt überhöhten Preisniveau betroffen sei. Auch diesen Anschein habe die Beklagte nicht zu erschüttern vermocht.

### **Rechtliche Überprüfung durch den BGH**

- 18 Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, soweit zu ihren Lasten entschieden worden ist. Dagegen bleibt die Revision der Klägerin ohne Erfolg.
- 47 Das Berufungsgericht hat einen Schadenersatzanspruch der Klägerin dem Grunde nach mit der Begründung bejaht, es spreche jeweils ein Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der Klägerin aus den Beschaffungsvorgängen, auf die sie ihre Schadenersatzforderung stützt, ein Schaden entstanden ist und dass sie kartellbetroffen waren.

- 48 Diese Ausführungen halten der Revision im entscheidenden Punkt nicht stand.
- 49 Das Gericht kann sich die Überzeugung vom Vorliegen bestimmter Tatsachen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung aufgrund von Indizien bilden. Im Rahmen eines Indizienbeweises können Erfahrungssätze, etwa Regeln der allgemeinen Lebenserfahrung oder durch besondere Sachkunde erworbene Regeln, etwa ökonomische Erfahrungssätze, Bedeutung erlangen. Während die Beweiswürdigung des Tatrichters grundsätzlich vom Revisionsgericht nur eingeschränkt nachgeprüft wird, unterliegen die Existenz und der Inhalt eines Erfahrungssatzes und seine Anwendung durch den Tatrichter der vollen revisionsgerichtlichen Überprüfung (siehe etwa BGH, Urt. v. 15.01.1993, V ZR 202/91, NJW-RR 1993, 653 = RS0772189).

### **Anscheinsbeweis erfasst typische Geschehensabläufe**

- 50 Der Beweis des ersten Anscheins ist eine typisierte Form des Indizienbeweises. Er beruht auf der Anwendung von Erfahrungssätzen, die typische Geschehensabläufe zum Gegenstand haben (BGH, Urt. v. 19.01.2010, VI ZR 33/09, NJW 2010, 1072 Rn. 8 m.w.N. = RS0726046). Danach erlauben bereits feststehende Tatsachen i. V. mit einem solchen Erfahrungssatz den Schluss auf die eigentlich zu beweisende Tatsache, etwa auf eine bestimmte Ursache für ein Ereignis oder auf den Eintritt eines bestimmten Erfolgs. Für die Beweisführung genügt unter solchen Umständen die Feststellung der Tatsachen, an die der Erfahrungssatz anknüpft. Es ist dann Sache des Gegners, Umstände darzulegen und ggf. zu beweisen, die ausnahmsweise einen anderen Geschehensablauf als ernsthaft möglich erscheinen lassen. Der Anscheinsbeweis unterscheidet sich mithin von Feststellungen nach allgemeinen Beweisregeln gerade dadurch, dass der konkrete Geschehensablauf nicht festgestellt zu werden braucht, weil von einem typischen, durch die Lebenserfahrung bestätigten gleichförmigen Hergang ausgegangen werden kann, solange das Geschehen keine Umstände aufweist, die es ernsthaft als möglich erscheinen [WUW 02/2019 S. 93] lassen, dass ein atypischer Geschehensablauf vorlag (BGH, Urt. v. 19.01.2010, VI ZR 33/09, NJW 2010, 1072 Rn. 11 = RS0726046; Urt. v. 04.05.2012, V ZR 71/11, NJW 2012, 2263 Rn. 13 = RS0730524).

### **Anscheinsbeweis vom Revisionsgericht überprüfbar**

Wegen den damit einhergehenden Einschränkungen ist bei der Anwendung des Anscheinsbeweises grundsätzlich Zurückhaltung geboten (BGH, Urt. v. 13.12.2011, VI ZR 177/10, BGHZ 192, 84 Rn. 11). Als typisch kann ein Geschehensablauf nur angesehen werden, wenn er so häufig vorkommt, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist (BGH, Urt. v. 05.10.2004, XI ZR 210/03, BGHZ 160, 308, 313; Urt. v. 19.01.2010, VI ZR 33/09, NJW 2010, 1072 Rn. 8 = RS0726046; Urt. v. 04.05.2012, V ZR 71/11, NJW 2012, 2263 Rn. 13 = RS0730524, Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, Kapitel 16

Rn. 31; Prütting, in: MünchKomm. ZPO, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 58). Ob es einen entsprechenden Erfahrungssatz gibt, ist in der Revisionsinstanz in vollem Umfang überprüfbar (BGH, Urt. v. 05.02.1987, I ZR 210/84, BGHZ 100, 31, 33 = RS0769765; Urt. v. 05.10.2004, XI ZR 210/03, BGHZ 160, 308, 313; Urt. v. 18.05.2005, VIII ZR 368/03, NJW 2005, 2395 Rn. 27 = RS0717671). Dies erfordert es, dass der Tatrichter, der sich bei der Überzeugungsbildung auf einen Beweis des ersten Anscheins stützt, deutlich macht, welchen Erfahrungssatz er dabei zugrunde legt.

### **Voraussetzungen für Anscheinsbeweis liegen nicht vor**

- 51 Nach diesen Maßgaben liegen hier die Voraussetzungen für einen Beweis des ersten Anscheins nicht vor.
- 52 Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin setzt voraus, dass der Klägerin aus der Abwicklung der in Rede stehenden Aufträge ein Schaden entstanden ist, die Geschäfte ohne den Wettbewerbsverstoß also jeweils zu günstigeren Konditionen abgeschlossen hätten werden können. Dabei gilt der Beweismaßstab des § 287 Abs. 1 ZPO (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, BGHZ 211, 146 Rn. 41 ff. = WUW1212060 – *Lottoblock II*).
- 53 Das Berufungsgericht hat die Feststellungen des BKartA zugrunde gelegt, wonach Hersteller und Händler von Schienen und Weichen spätestens seit 2001 bis zur Aufdeckung des Kartells im Mai 2011 bundesweit Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen getroffen hatten. Unter Bezugnahme auf eigene frühere Entscheidungen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12 (Kart.), NZKart 2014, 366 = RS0936037; Urt. v. 09.11.2016, 6 U 204/15 Kart (2), NZKart 2016, 595 = WUW1224847 – *Feststellungsinteresse bei Kartellschadensersatz*) hat es ausgeführt, einem solchen Kartell komme eine allgemein preissteigernde Wirkung zu. Dies rechtfertige die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises. Ebenso wie bei reinen Preisabsprachen werde bei Kundenschutzkartellen der Preiswettbewerb ausgeschaltet. Es liege auf der Hand, dass dies typischerweise mit einer Erhöhung des Preisniveaus einhergehe.
- 54 Dies hält den Angriffen der Revision nicht stand.

### **Tatsächliche Vermutung für kartellbedingt erhöhte Preise**

- 55 Zwar entspricht es nach der Rspr. des BGH wirtschaftlicher Erfahrung, dass die Gründung und Durchführung eines Kartells häufig zu einem Mehrerlös der daran beteiligten Unternehmen führt. Dies gilt nicht nur für die Absprache von Preisen, sondern auch für die gemeinsame Festlegung bestimmter Quoten oder für Absprachen über die Zuweisung bestimmter Kunden an die Kartellanten. Durch solche Absprachen sind die beteiligten Unternehmen in einem gewissen Umfang der Notwendigkeit

enthoben, sich im Wettbewerb zur Erlangung von Aufträgen gegen konkurrierende Unternehmen durchzusetzen. Sie zielen mithin darauf, den Preiswettbewerb weitgehend außer Kraft zu setzen. Unternehmen, die sich aufgrund solcher Absprachen nicht dem Wettbewerb stellen müssen, werden im Regelfall keinen Anlass sehen, bestehende Preissenkungsspielräume zu nutzen. Nach ökonomischen Grundsätzen wird bei Kartellen vielfach eine Kartellrendite entstehen. Treffen Unternehmen trotz der damit einhergehenden erheblichen Risiken solche Absprachen, streitet danach eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die im Rahmen eines Kartells erzielten Preise im Schnitt über denen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache bildeten (BGH, Urt. v. 08.01.1992, 2 StR 102/91, BGHSt 38, 186, 194 = WUW0405856 – *Arbeitsgemeinschaft Rheinausbau*; Beschl. v. 28.06.2005, KRB 2/05, WuW/E DE-R 1567, 1569 = WUW0128700 – *Berliner Transportbeton I*; Beschl. v. 26.02.2013, KRB 20/12, BGHSt 58, 158 Rn. 76 = WUW0593504 – *Grauzementkartell I*; BGH, Urt. v. 12.06.2018, KZR 56/16, WRP 2018, 941 Rn. 35 = WUW1274964 – *Grauzementkartell II*). Diese Vermutung gewinnt an Gewicht, je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert wurde (Beschl. v. 28.06.2005, KRB 2/05, WuW/E DE-R 1567, 1569 = WUW0128700 – *Berliner Transportbeton I*).

### **Starke indizielle Bedeutung der tatsächlichen Vermutung**

56 Einer solchen tatsächlichen Vermutung kommt im Rahmen der freien Beweiswürdigung regelmäßig eine starke indizielle Bedeutung zu. Hierdurch kann den Anforderungen, die sich aus dem Unionsrecht ergeben, Rechnung getragen werden. Nach der Rspr. des Gerichtshofs der Europäischen Union müssen die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Unionskartellrecht anzuwenden haben, die volle Wirkung von dessen Bestimmungen gewährleisten und die Rechte schützen, die das Unionsrecht dem Einzelnen verleiht. Die volle Wirksamkeit von Art. 101 AEUV setzt danach voraus, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch gegen diese Bestimmung verstoßende Absprachen entsteht. Bei der Anwendung der einzelstaatlichen Regelungen über Voraussetzungen und Durchsetzung des Anspruchs auf Schadensersatz haben die nationalen Gerichte den Effektivitätsgrundsatz zu beachten, also dafür Sorge zu tragen, dass die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird (EuGH, Urt. v. 20.09.2001, C-453/99, EU:C:2001:465, Slg. 2001, I-6297 Rn. 25 ff. = WUW0200176 – *Courage und Crehan*; Urt. v. 13.07.2006, C-295/04, EU:C:2006:67, Slg. 2006 I-6619 Rn. 89 ff. = WUW0176923 – *Manfredi*).

### **Für Anscheinsbeweis fehlt es an Typizität**

57 Auch wenn danach hinsichtlich der Wirkungen von Kartellen ökonomisches Erfahrungswissen besteht, fehlt es angesichts der Vielgestaltigkeit und Komplexität wettbewerbsbeschränkender Absprachen, ihrer Durchführung und ihrer Wirkungen an

der für die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises erforderlichen Typizität. Zwar sind solche Absprachen grundsätzlich auf eine möglichst umfassende Wirkung ausgerichtet. Denn das von den beteiligten Unternehmen gemeinschaftlich verfolgte Ziel, als auskömmlich angesehene Preise zu erzielen, kann regelmäßig umso eher erreicht werden, je besser die Absprachen umgesetzt werden und je höher die Kartelldisziplin ist. Dies rechtfertigt jedoch nicht den Schluss, dass eine sehr große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Absprachen [WUW 02/2019 S. 94] erfolgreich umgesetzt werden, also die Erzielung höherer Preise einem typischen Geschehensablauf entspricht. Ob und ggf. in welchem Umfang wettbewerbsbeschränkende Absprachen einen Preiseffekt haben, wird von einer Vielzahl von Faktoren beeinflusst, etwa der Anzahl der Marktteilnehmer, der Zahl der an den Absprachen beteiligten Unternehmen, ihren Möglichkeiten, die für die Umsetzung der Absprachen erforderlichen Informationen auszutauschen, dem Anteil der Marktabdeckung, dem Grad der Kartelldisziplin und den Möglichkeiten der Marktgegenseite, ihren Bedarf anderweitig zu decken oder sonstige Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Der Einfluss dieser Faktoren kann, gerade wenn es – wie hier – um wettbewerbsbeschränkende Absprachen geht, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken, erheblichen Veränderungen unterliegen. Insbesondere darf nicht aus dem Blick geraten, dass die Absprachen von Unternehmen getroffen werden, die grundsätzlich jeweils ihre eigenen Interessen verfolgen und nicht durchweg bereit sein müssen, sich der Kartelldisziplin zu fügen. Schon mit Rücksicht darauf fehlt es an einem typischen, gleichförmigen Hergang.

### **Umfassende Würdigung aller Umstände**

58 Die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises hat dazu geführt, dass das Berufungsgericht die Einwendungen der Beklagten nur je für sich und nur unter dem Gesichtspunkt erörtert hat, ob das Vorbringen geeignet ist, den Beweis des ersten Anscheins zu erschüttern. Infolgedessen ist die rechtlich gebotene umfassende Würdigung aller Umstände unterblieben. Diese wird nachzuholen sein. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird sich das Berufungsgericht u. a. mit dem Vorbringen der Beklagten zu befassen haben, wonach die Absprachen nicht zu einer Preiserhöhung, sondern lediglich zu einer besseren Auslastung der Produktionskapazitäten der beteiligten Unternehmen führten, was dadurch bestätigt werde, dass nach der Aufdeckung des Kartells ein Teil dieser Kapazitäten weggefallen und die Preise im Ergebnis gestiegen seien. Erwiese sich dieses Vorbringen, zu dem das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat, als zutreffend, könnte dies der Anwendung des oben wiedergegebenen Erfahrungssatzes, wonach ein Preis-, Quoten- und Kundenschutzkartell häufig zu einem Mehrerlös der beteiligten Unternehmen führt und – als Kehrseite – Preiseffekte zum Nachteil der Marktgegenseite hat, im konkreten Fall entgegenstehen. Das Berufungsgericht wird in diesem Zusammenhang andererseits

auch dem durch ein Privatgutachten des Instituts für angewandte Wirtschaftsforschung e.V. unterlegten Vortrag der Klägerin nachzugehen haben, wonach das Kartell zu deutlich höheren Preisen für Schienen und Weichen geführt habe.

### **Auch kein Anscheinsbeweis für Kartellbefangenheit**

59 Entsprechendes gilt, soweit das Berufungsgericht festgestellt hat, dass die in Rede stehenden Aufträge kartellbefangen waren, also ein Wettbewerb unter möglichen Lieferanten der von der Klägerin jeweils benötigten Schienen und Weichen durch die vom BKartA festgestellten Absprachen ausgeschlossen oder eingeschränkt wurde. Wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, ist eine solche Feststellung, die hier insb. für die Anwendbarkeit der Pauschalierungsklausel Bedeutung hat, nach Maßgabe des § 286 ZPO zu treffen (BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, BGHZ 211, 146 Rn. 47 = WUW1212060 – *Lottoblock II*).

60 Auch insoweit fehlt es – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – an der für die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises erforderlichen Typizität.

61 Zwar sind, wie bereits ausgeführt, Quoten- und Kundenschutzabsprachen grundsätzlich auf eine möglichst umfassende Wirkung ausgerichtet. Dies kann eine tatsächliche Vermutung dafür begründen, dass Aufträge, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich der Absprachen fallen, von diesen erfasst wurden und damit kartellbefangen waren.

### **Typisierter Geschehensablauf nicht hinreichend gesichert**

62 Es ist jedoch nicht hinreichend gesichert, dass eine sehr große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass solche Absprachen tatsächlich in jedem einzelnen Fall beachtet und umgesetzt werden, die Kartellbefangenheit der je einzelnen Aufträge mithin als typischer Geschehensablauf anzusehen ist. Neben den bereits oben im Zusammenhang mit dem Eintritt eines Schadens angesprochenen Umständen können weitere Faktoren eine Rolle spielen. So kann etwa die Umsetzung der Absprachen insb. in der Anfangsphase auf praktische Schwierigkeiten stoßen. Dabei kann etwa der Umstand Bedeutung erlangen, dass der für die Umsetzung wettbewerbsbeschränkender Absprachen erforderliche Informationsaustausch Einschränkungen unterliegt, die sich daraus ergeben, dass die Beteiligten wegen der Gefahr der Entdeckung besondere Vorsicht walten lassen.

### **Berücksichtigung von Besonderheiten**

63 Mit Recht rügt die Revision in diesem Zusammenhang, dass sich das Berufungsgericht nicht hinreichend mit Besonderheiten auseinandergesetzt hat, die die Aufträge der Klägerin an die Beklagte betreffen, auf welche die Klage gestützt wird. Nach den



Feststellungen des BKartA beruhen die Absprachen maßgeblich darauf, dass den einzelnen Kartellanten bestimmte Unternehmen als „Altkunden“ oder „Stammkunden“ zugeordnet waren. Nach dem Vorbringen der Beklagten, das revisionsrechtlich zugrunde zu legen ist, war die Klägerin keine „Stammkundin“ der Beklagten. Das Berufungsgericht hat dazu lediglich bemerkt, daraus lasse sich nicht der Schluss ziehen, die Geschäfte anderer Kunden seien von den Absprachen unbeeinflusst geblieben. Die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises wäre jedoch nur gerechtfertigt, wenn auch für die Aufträge, die nicht von „Stammkunden“ erteilt werden, von einem typischen Geschehensablauf hinsichtlich der Kartellbetroffenheit ausgegangen werden könnte, wofür sich dem angefochtenen Urteil nichts entnehmen lässt.

### **Unterschiedliche Intensität von Kartellabsprachen**

64 Gerade bei Kartellabsprachen, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken und ein großes Gebiet abdecken sollen, ist zudem damit zu rechnen, dass sie zeitlich und räumlich unterschiedliche Intensität aufweisen. Dies zeigt sich auch im Streitfall, denn nach den Feststellungen des BKartA, die das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, änderten sich die Absprachen hinsichtlich Struktur und Teilnehmer mit den Marktgegebenheiten und wiesen zudem regional unterschiedliche Intensität aus. Dies hat das Berufungsgericht im Ansatz auch nicht verkannt, sondern ausdrücklich festgehalten, dass Veränderungen und Abweichungen insbesondere bei einem über einen längeren Zeitraum durchgeführten Kartell „geradezu den Normalfall“ darstellen. Danach ist aber eine Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises nicht gerechtfertigt. Weder aus den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts noch aus den dort in Bezug genommenen früheren Entscheidungen ergibt [WUW 02/2019 S. 95] sich, dass solche Veränderungen oder Abweichungen unerheblich sind, noch dass ungeachtet solcher Modifikationen jeweils ein typischer Geschehensablauf angenommen werden kann.

65 Die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises hat auch insoweit dazu geführt, dass die rechtlich gebotene umfassende Würdigung der Umstände durch den Tatrichter unterblieben ist.

### **Urteil beruht auf Verfahrensfehler**

66 Danach erweist sich die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts sowohl hinsichtlich der Entstehung eines Schadens als auch bezüglich der Kartellbetroffenheit der in Rede stehenden Aufträge als unzureichend. Das Berufungsgericht hat die Einwendungen der Beklagten nur unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Erschütterung des Anscheinsbeweises und nur je für sich erörtert, die gebotene Gesamtwürdigung jedoch versäumt. Auf diesem Verfahrensfehler beruht das angefochtene Urteil. Es kann nicht

ausgeschlossen werden, dass es bei einer umfassenden Würdigung des Sachverhaltes zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre.

67 Fehlt es damit an verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen, die den Schluss tragen, dass die Aufträge kartellbefangen waren und zu einer Schädigung der Klägerin geführt haben, hat auch der Feststellungsausspruch des Berufungsgerichts keinen Bestand.

### **Zinshöhe: Keine Rückwirkung, keine Gleichstellung des Deliktsschuldners mit dem Verzugsschuldner**

69 Die Revision der Klägerin wegen der Höhe der Zinsen bleibt erfolglos.

70 Wie der Senat bereits entschieden hat, entfaltet die Neufassung des § 33 Abs. 3 GWB durch die 7. GWB-Novelle keine Rückwirkung auf bei ihrem Inkrafttreten bereits abgeschlossene Kartellrechtsverstöße (BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 13 = WUW0463910 – *ORWI*; Urt. v. 24.01.2017, KZR 47/14 Rn. 55 = WUW1233992 – *VBL-Gegenwert II*). Solche Ansprüche sind in entsprechender Anwendung von § 849 BGB nur i. H. des gesetzlichen Zinssatzes (§ 246 BGB) zu verzinsen (BGH, Urt. v. 12.06.2018, KZR 56/16, WRP 2018, 941 Rn. 49 = WUW1274964 – *Grauzementkartell II*). § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB greift insoweit nicht ein, da kein Verzug begründet wurde. Die Schwierigkeiten, die sich für das Opfer wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei der Ermittlung der Schadenshöhe ergeben können, rechtfertigen es nicht, eine Mahnung generell als entbehrlich anzusehen. Eine Absicht des Gesetzgebers, den Deliktsschuldner bei der Zinshöhe dem Verzugsschuldner gleichzustellen, ist nicht erkennbar (Urt. v. 24.01.2017, KZR 47/14 Rn. 57 = WUW1233992 – *VBL-Gegenwert II*; Urt. v. 12.06.2018, KZR 56/16, WRP 2018, 941 Rn. 52 = WUW1274964 – *Grauzementkartell II*). Das Berufungsgericht hat daher zu Recht ausgesprochen, dass Schadensersatzansprüche, die sich aus vor dem 01.07.2005 erteilten Aufträgen ergeben, ab Schadensentstehung mit 4% jährlich zu verzinsen sind.

71 Soweit Schadensersatzansprüche Aufträge betreffen, die erst nach dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle erteilt wurden, hat das Berufungsgericht der Klägerin zutreffend Zinsen i. H. von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Entstehung des Schadens zugesprochen.

72 Die Revision meint, die Klägerin habe nach § 33 Abs. 3 Satz 4 und 5 GWB i. V. mit § 288 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zinsen i. H. von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz.

73 Dies trifft nicht zu. In Fällen kartelldeliktsrechtlicher Schadensersatzansprüche ist die Anwendung von § 288 Abs. 2 BGB grds. auf Konstellationen beschränkt, in denen sich

der Missbrauch einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung auf eine Entgeltforderung des Geschädigten bezieht (BGH, Urt. v. 06.11.2013, KZR 58/11, BGHZ 199, 1 Rn. 71 = WUW0641908 – *VBL-Gegenwert I*; Urt. v. 12.06.2018, KZR 56/16, WRP 2018, 941 Rn. 51 = WUW1274964 – *Grauzementkartell II*).

### **„Segelanweisung“: Kartellbefangenheit, preissteigernde Wirkung der Absprachen**

- 74 Das Berufungsurteil war danach aufzuheben, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist. Die Sache war im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da die tatsächlichen Feststellungen nicht rechtsfehlerfrei getroffen wurden.
- 75 Für die Anwendung der Pauschalierungsklausel – ihre Wirksamkeit unterstellt – ist insbesondere von Bedeutung, ob die betreffenden Aufträge kartellbefangen waren. Insofern ist es, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, nicht entscheidend, ob die Zuweisung des Auftrags an die Beklagte auf einer ausdrücklichen Absprache beruhte oder ob nach dem gesamten Zuschnitt der Vereinbarungen und ihrer Umsetzung durch die am Kartell beteiligten Unternehmen auch ohne eine solche klar war, dass die Beklagte den jeweiligen Auftrag erhalten sollte. Soweit es im Übrigen um die Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz geht, wird es insbesondere darauf ankommen, ob die wettbewerbsbeschränkenden Absprachen allgemein preissteigernde Wirkung hatten. Dazu wird das Berufungsgericht den Sachverhalt, ggf. nach Einholung sachverständigen Rats, umfassend zu würdigen haben.

### **Mitverschulden der Klägerin nicht ersichtlich**

- 76 Für den Fall, dass das Berufungsgericht hiernach erneut zu dem Ergebnis kommt, dass die Aufträge kartellbefangen waren und der Klägerin ein Schaden entstanden ist, weist der Senat auf Folgendes hin:
- 77 Die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin sei kein Mitverschulden anzulasten, ist nicht zu beanstanden.
- 78 Die Feststellungen des BKartA im Bußgeldbescheid, wonach die an den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen beteiligten Unternehmen zum Teil von ihren Kunden vor einer Ausschreibung des Auftrags in die Erstellung des Leistungsverzeichnisses einbezogen wurden, begründen kein Mitverschulden der Klägerin. Dies gilt auch dann, wenn die Einbeziehung eines Unternehmens in die Erstellung des Leistungsverzeichnisses eines potentiellen Kunden dazu führte, dass die Ausschreibungen auf die Produkte eines bestimmten Herstellers zugeschnitten wurden. Abgesehen davon, dass Feststellungen dazu fehlen, dass die Klägerin bei den hier in Rede stehenden Beschaffungsvorgängen so vorgegangen ist, zeigt die Revision keine Anhaltspunkte dafür auf, dass eine solche Vorgehensweise dazu führte, dass auf

entsprechende Ausschreibungen nur ein einziges Angebot abgegeben wurde. Zudem wäre ein solches Vorgehen der ausschreibenden Unternehmen allenfalls als fahrlässiges Verhalten einzuordnen, das gegenüber einer vorsätzlichen Schädigung, wie sie der Beklagten hinsichtlich ihrer Beteiligung an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen anzulasten ist, grundsätzlich nicht anspruchsmindernd anzurechnen ist (BGH, Urt. v. 10.11.2016, III ZR 235/15, BGHZ 213, 1 Rn. 42 = RS1226454).

[WUW 02/2019 S. 96]

- 79 Ein Mitverschulden ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin zum Teil Aufträge ohne vorherige Ausschreibung vergeben hat.
- 80 Aus den getroffenen Feststellungen und dem von der Revision aufgezeigten Vortrag ergibt sich nichts dafür, dass der Klägerin bei einer Ausschreibung der Aufträge günstigere Konditionen eingeräumt worden wären. Vielmehr sprechen die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Vorgehensweise der an den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen beteiligten Unternehmen dafür, dass sie, soweit sie zu überhöhten Preisen angeboten haben, dies auch dann getan hätten, wenn die betreffenden Aufträge ausgeschrieben worden wären.

### **Keine Verletzung von Organisations- und Überwachungspflichten**

- 81 Der Einwand der Beklagten, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Klägerin ihren Organisations- und Überwachungspflichten zur Abwehr von Kartellrechtsverstößen nicht nachgekommen sei, greift nicht durch.
- 82 Die Beklagte hat im Berufungsrechtszug vorgetragen, der „für die Nahverkehrsstruktur zuständige“ Mitarbeiter K. der Klägerin habe in regelmäßigem Kontakt mit Mitarbeitern der Streithelferin zu 4 und der Beklagten gestanden. Er habe einen Mitarbeiter der Streithelferin zu 4 informiert, wenn die Klägerin eine Beschaffung bei einem anderen Unternehmen beabsichtigt habe. Ihm seien auch Fälle bekannt gewesen, in denen die Streithelferin zu 4 einen Auftrag für Weichen erhalten und diese dann bei einem anderen kartellbeteiligten Unternehmen beschafft habe, obwohl dieses zuvor bei der Ausschreibung ein Angebot mit höherem Preis abgegeben habe.
- 83 Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob dieses Vorbringen zuzulassen sei, und ausgeführt, es sei nicht geeignet, ein Mitverschulden der Klägerin zu begründen. Dies ist nicht zu beanstanden.
- 84 Der Umstand, dass ein Mitarbeiter der Klägerin Kenntnis von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen hatte oder sich gar pflichtwidrig an diesen beteiligte, rechtfertigt als solcher nicht den Schluss, die Klägerin habe ihre Organisations- und Überwachungspflichten verletzt. I. Ü. träfe sie insoweit allenfalls

der Vorwurf der Fahrlässigkeit, sodass ihr Beitrag angesichts des vorsätzlichen Handelns der Beklagten zurückzutreten hätte.

### **Klägerin muss sich keine Kenntnis zurechnen lassen**

- 85 Die Klägerin muss sich im Rahmen der Prüfung eines Mitverschuldens nach § 254 BGB auch keine eigene Kenntnis von den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und ihrer Umsetzung sowie der vorsätzlichen Beteiligung der Beklagten hieran entgegenhalten lassen.
- 86 Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass organschaftliche Vertreter der Klägerin (§ 31 BGB) Kenntnis von den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und ihrer Umsetzung sowie der Beteiligung der Beklagten hieran hatten. Die Beklagte zeigt nicht auf, dass sie in den Tatsacheninstanzen vorgetragen hat, eine solche Kenntnis sei den Vertretern der Klägerin von K. vermittelt worden. An der von der Revision hierfür herangezogenen Stelle hat die Beklagte lediglich die Kenntnis von K. behauptet und daraus gefolgert, die Klägerin habe Kenntnis von den Absprachen gehabt.

### **Repräsentantenhaftung scheidet aus**

- 87 Über den Wortlaut der §§ 30, 31 BGB hinaus hat die Rspr. eine Repräsentantenhaftung für solche Personen entwickelt, denen bedeutsame Funktionen zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, sodass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren (BGH, Urt. v. 14.03.2013, III ZR 296/11, BGHZ 196, 340 Rn. 12 m.w.N. = RS0710149).
- 88 Die Beklagte zeigt nicht auf, dass sie Umstände vorgetragen hat, die den Schluss zuließen, dass K. eine Stellung innehatte, die es rechtfertigte, ihn in Bezug auf den Einkauf von Gleisoberbaumaterialien als Repräsentant der Klägerin anzusehen. Die nicht näher konkretisierte Behauptung, er sei früher der „für die Nahverkehrsinfrastruktur“ bei der Klägerin zuständige Mitarbeiter gewesen, genügt hierfür nicht, zumal eine solche Behauptung bei einem Nahverkehrsunternehmen wie der Klägerin auf zahlreiche Mitarbeiter zutreffen dürfte.
- 89 Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, K. sei als Wissensvertreter der Klägerin anzusehen. Nach der Rspr. des BGH ist § 166 Abs. 1 BGB entsprechend auch auf sog. Wissensvertreter anzuwenden (BGH, Urt. v. 24.01.1992, V ZR 262/90, BGHZ 117, 104, 106 f. m.w.N. = RS1000100; Urt. v. 18.02.2003, X ZR 245/00, BauR 2004, 337, 338 f. = RS0714054). (...)

### **Verjährungsfragen**

- 92 Die Einrede der Verjährung greift, wie das Berufungsgericht weiter zutreffend angenommen hat, nicht durch.

- 93 Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung zu Recht zugrunde gelegt, dass die Klägerin vor Erlass des Bußgeldbescheids am 18.07.2013 keine Kenntnis von den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und der vorsätzlichen Mittäterschaft der Beklagten hatte.
- 94 Nach der Rspr. des BGH ist hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen für den Beginn der Verjährungsfrist grds. auf die Person des Gläubigers abzustellen. Im Fall der gesetzlichen Vertretung muss sich der Vertretene grds. nur das Wissen seines gesetzlichen Vertreters zurechnen lassen. Wie bereits ausgeführt wurde, ist nicht festgestellt, dass die gesetzlichen Vertreter der Klägerin von K. über wettbewerbsbeschränkende Absprachen der Hersteller von Schienen und Weichen unter vorsätzlicher Beteiligung der Beklagten informiert wurden.
- 95 Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, K. sei über die wettbewerbsbeschränkenden Absprachen informiert gewesen. Die Kenntnis eines rechtsgeschäftlichen Vertreters ist für den Verjährungsbeginn regelmäßig unerheblich. Die Vorschrift des § 166 BGB ist in diesem Bereich wegen des Zwecks der Verjährungsvorschriften nicht anwendbar (BGH, Urt. v. 23.01.2014, III ZR 436/12, NJW 2014, 1294 Rn. 15 = RS0708458).

### **Zurechnung eines Wissensvertreters scheidet aus**

- 96 Einem Anspruchsteller ist es allerdings verwehrt, sich auf eigene Unkenntnis zu berufen, wenn er sich eines sog. Wissensvertreters bedient, den er mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten, insb. mit der Betreuung und Verfolgung des in Frage stehenden Anspruchs in eigener Verantwortung betraut hat. In dieser Konstellation muss sich der Anspruchsteller das Wissen des Dritten in entsprechender Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 23.01.2007, XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 35 = RS0718691; Urt. v. 23.01.2014, III ZR 436/12, NJW 2014, 1294 Rn. 16 = RS0708458). Wie bereits ausgeführt wurde, hat das Berufungsgericht jedoch keine Feststellungen getroffen, die den Schluss zuließen, dass K. die Stellung eines Wissensvertreters hatte.
- 97 Selbst wenn K. befugt gewesen wäre, die Klägerin bei der Beschaffung von Gleisoberbaumaterialien zu vertreten, könnte [WUW 02/2019 S. 97] sich die Beklagte nicht auf eine Wissenszurechnung berufen, wenn K. in Kenntnis der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und der vorsätzlichen Beteiligung der Beklagten hieran, jedoch ohne die Organe der Klägerin hierüber zu informieren, der Beklagten Aufträge erteilt hätte. Die Wissenszurechnung dient dem Schutz des redlichen Vertragspartners. Sie ist nicht gerechtfertigt, wenn dieser nicht schutzwürdig ist (BGH, Urt. v. 27.02.2008, IV ZR 270/06, NJW-RR 2008, 977 Rn. 10 =

RS0722430). So verhielte es sich, wenn ihr Mitarbeiter hinter dem Rücken der Klägerin zu deren Nachteil mit der Beklagten zusammengewirkt hätte.

### **Kenntnisunabhängige Verjährung liegt nicht vor**

- 98 Den Eintritt der kenntnisunabhängigen Verjährung (§ 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB) hat das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend verneint.
- 99 Wie der Senat nach Erlass der angefochtenen Entscheidung entschieden hat, findet § 33 Abs. 5 GWB 2005 auch auf Schadensersatzansprüche Anwendung, die ihre Grundlage in Kartellverstößen haben, die vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle begangen wurden und zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt waren (BGH, Urt. v. 12.06.2018, KZR 56/16, WRP 2018, 941 = WUW1274964 – *Grauzementkartell II*). Danach wurde die Verjährung der Ansprüche der Klägerin auch hinsichtlich solcher Aufträge, die der Beklagten vor dem 01.07.2005 erteilt wurden, durch die Einleitung der Ermittlungen der Kartellbehörde im Mai 2011 bis zum Ablauf von sechs Monaten nach dem Abschluss des Verfahrens gehemmt. Bereits deshalb war die Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB bei Erhebung der am 29.08.2014 eingereichten und nach Einzahlung des Kostenvorschusses am 23.09.2014 zugestellte Klage auch bezüglich Ansprüchen aus Beschaffungsvorgängen, bei denen der Auftrag im Jahr 2004 bzw. im Mai 2005 erteilt worden war, noch nicht abgelaufen.
- 100 Auf die Frage, ob das von der Klägerin eingeleitete Güteverfahren eine Hemmung der Verjährung bewirkt hat, kommt es hiernach nicht an. Ebenso kann offen bleiben, ob die Verjährungsfrist bereits mit der Erteilung des jeweiligen Auftrags an die Beklagte in Lauf gesetzt wurde.

### **Anmerkung von Christian Ritz, LL.M. (USYD), Counsel, und Carolin Marx (geb. Stadtaus), Senior Associate, Hogan Lovells, München**

Pünktlich zum Jahresabschluss 2018 sorgte der Kartellsenat des BGH mit diesem Urteil zum sog. Kartell der „Schienenfreunde“ nochmals für Aufsehen und reichlich Gesprächsstoff. Der BGH hebt das Urteil des OLG Karlsruhe (OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.03.2017, 6 U 132/15 (Kart)) zugunsten der Beklagten auf. Behandelt wird ein „best of“ aus dem aktuellen Katalog an diskutierten Themen im Bereich Kartellschadensersatz: Feststellungsinteresse, Verjährung, Zinsberechnung, Wissenszurechnung und Mitverschulden auf Geschädigtenseite. Doch die besondere Relevanz des Urteils besteht darin, dass der BGH der bislang etablierten obergerichtlichen Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis bei Kartellschäden eine Absage erteilt (vgl. nur jüngst OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.08.2018, VI-U (Kart) 1/17, WuW 2018, 541 f. = WUW1282024 – *Schienenkartell*; OLG München, Urt. v. 08.03.2018, U 3497/16, WuW 2018, 486 ff. = WUW1279210 – *Schienenfreunde*; LG Stuttgart, Urt. v. 14.12.2018, 30 O 26/17 Rn. 80 – WuW 2019, 110 (in diesem Heft) – *Schadensweiterwälzung*). In anderen Worten sagt der BGH: Es mag sein, dass aus wettbewerbsbeschränkenden Absprachen *häufig* ein Schaden folgt – einen

Erfahrungssatz, wonach dies *typischerweise* so wäre, gibt es nicht. Das gilt sowohl für die Frage der Schadensentstehung, als auch für die Frage der Kartellbefangenheit eines bestimmten Erwerbsvorgangs zwischen Kläger und kartellteilnehmendem Beklagten.

Was auf den ersten Blick wie eine theoretische zivilprozessuale Differenzierung zwischen tatsächlicher Vermutung, Anscheinsbeweis und widerleglicher gesetzlicher Vermutung anmutet, wird – auch in Zeiten des nunmehr geltenden § 33a GWB – Einfluss auf die Art und Weise haben, wie in Deutschland künftig Kartellschadensersatzprozesse zu führen sind.

## **Sachverhalt und Entscheidung**

Gegenstand des Verfahrens ist eine auf Kartellschadensersatz gerichtete Klage, die die Kläger auf eine Bußgeldentscheidung des BKartA im Kartell der „Schienenfreunde“ (BKartA, Bußgeldbescheid v. 18.07.2013) stützten. Das BKartA hatte im Juli 2013 gegen die Hersteller und Lieferanten von Gleisoberbaumaterial wegen Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen Bußgelder i. H. von insg. ca. 234 Mio. € verhängt. Die beiden Vorinstanzen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.03.2017, 6 U 132/15 (Kart), LG Mannheim, Urt. v. 03.07.2015, 7 O 111/14 Kart) hatten der Klage, die teils auf Leistung, teils auf Feststellung gerichtet ist, gegen eine Kartellbeteiligte insb. unter Anwendung des Anscheinsbeweises sowohl bzgl. der Schadensentstehung als auch bzgl. der Kartellbetroffenheit der einzelnen Aufträge weitgehend stattgegeben.

Die wichtigsten Themen werden im Folgenden herausgehoben und mit Blick auf ihre Bedeutung für die (deutsche) Private-Enforcement-Praxis näher beleuchtet und eingeordnet.

## **Feststellungsklage wegen bislang unklarer Rechtslage zur Verjährung ausnahmsweise zulässig**

Der BGH bestätigt einerseits seine Rechtsprechung zum Vorrang der Leistungsklage auch bei komplexer Schadensberechnung (vgl. BGH, Urt. v. 12.06.2018, KZR 56/16 = WUW1274256 – *Grauzementkartell II*; vgl. auch Petrasincu/Richter, WuW 2018, 374). Der bloße zeitliche Aufwand durch die Einholung eines ökonomischen Gutachtens, der die Kläger davon abhält, verjährungshemmend Leistungsklage zu erheben, genüge nicht für die Zulässigkeit einer subsidiären Feststellungsklage.

Doch hiervon macht der BGH im vorliegenden Fall eine Ausnahme. Bis vor kurzem herrschte in Sachen Verjährung – insb. Verjährungshemmung – bei sog. Altfällen große Rechtsunsicherheit. Erst mit Urteil vom 12.06.2018 hatte der BGH diese Unsicherheit beseitigt (vgl. BGH, Urt. v. 12.06.2018, KZR 56/16 = WUW1274256 – *Grauzementkartell II*; vgl. auch Petrasincu/Richter, WuW 2018, 374). Der BGH hatte mit jenem Urteil auch bei Fällen, deren Entstehung vor der 7. GWB-Novelle liegen, nunmehr die Verjährungshemmung durch behördliche Verfahrenseinleitung bejaht.



Hatten Kläger angesichts dieser Unsicherheiten in der Vergangenheit zur Abwendung der Verjährung „schnell“ Feststellungsklage erhoben mit der Begründung, ein Sachverständigengutachten sei nicht mehr rechtzeitig einzuholen, hatten sie nunmehr zu befürchten, ihre Feststellungsanträge mangels Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO zu verlieren. Hier hilft der BGH nun mit der entschiedenen Ausnahme.

### **Kein Anscheinsbeweis für Schadenseintritt und Kartellbefangenheit einzelner Transaktionen**

Das Hauptaugenmerk des Urteils liegt auf der Argumentation des BGH, mit der er der Anwendung des Anscheinsbeweises eine Absage erteilt. Entscheidungsgrundlage war zwar ein Quoten- und Kundenschutzkartell. Der BGH scheint seine [WUW 02/2019 S. 98] Ablehnung des Anscheinsbeweises jedoch umfassend zu sehen und somit nicht zuletzt auch auf Preiskartelle zu beziehen.

Der Anscheinsbeweis bewirkt eine besondere Art der Beweisführung. Liegt eine Fallgruppe des Anscheinsbeweises vor, würde der Beklagte nicht mit dem Argument gehört, dass in Fällen dieser Art schon *grundsätzlich* nicht mit einem Schadenseintritt zu rechnen sei. Vielmehr beschränken sich seine Verteidigungsmöglichkeiten auf den Gegenbeweis, dass es sich bei dem jeweiligen Fall um einen atypischen Geschehensablauf handele. Da der Beklagte damit eine deutlich höhere Hürde zu überspringen hat als nach der gesetzlich normierten Beweislastverteilung, betont der BGH, dass bei der Annahme eines Anscheinsbeweises Zurückhaltung geboten sei.

Nach Überzeugung des Kartellsenats liegen weder für den Schadenseintritt noch für die Kartellbefangenheit einzelner Aufträge derart belastbare Erfahrungssätze vor, die eine solche typisierende Betrachtung im Wege des Anscheinsbeweises rechtfertigen würden. Vielmehr betont der BGH die Vielgestaltigkeit und Komplexität gerade langjähriger Kartellabsprachen sowie ihrer Durchführung und Wirkungen. Zu beachten ist bezüglich der Betroffenheit einzelner Transaktionen von den kartellrechtswidrigen Absprachen die Annahme des BGH, dass gerade in der Anfangsphase die Umsetzung solcher Absprachen auf praktische Schwierigkeiten stoßen könne.

Stattdessen will der BGH lediglich eine tatsächliche Vermutung für entsprechende Kartellschäden und die Kartellbetroffenheit der Transaktionen streiten lassen. Das bedeutet für den Kläger, dass ihn der Vortrag der kartellrechtswidrigen Absprache seinem Ziel der Schadensdarlegung zwar ein gutes Stück näher, aber noch nicht ganz ans Ziel bringt. Diesen „kleinen Anscheinsbeweis“ beschreibt der BGH bereits im Jahr 1960 wie folgt: *„Es gibt indes außer den Erfahrungssätzen, die so zwingend sind, dass sie im Wege des Anscheinsbeweises den vollen Beweis für den betreffenden Lebensvorgang erbringen, auch solche, die eine weniger hohe Wahrscheinlichkeit für ein bestimmtes Geschehen begründen. Auch derartige Erfahrungssätze, die für den Anscheinsbeweis nicht ausreichen, können nach der im Hinblick auf die besondere Gestaltung des*

zu beurteilenden Sachverhalts ihnen beizumessenden Bedeutung bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.“ (BGH, Urt. v. 21.12.1960, VIII ZR 145/59).

Damit hat der BGH die von den Instanzgerichten angewandten ökonomischen Erfahrungssätze inhaltlich nicht abgelehnt, sondern ihnen vielmehr nur einen geringeren Beweiswert zugeschrieben.

## Fazit und Ausblick

Die Entscheidung stellt die Weichen für die künftige Beweisführung im deutschen Kartellschadensersatzprozess und knüpft in der Tendenz an die kürzlich ergangene Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth (Urt. v. 16.08.2018, 19 O 9571/14 = WuW 2018, 543 ff. = WUW1282022 – *Hema-Vertriebskreis*) an. Dieses hatte bereits im August 2018 befunden, dass der Anscheinsbeweis für die Entstehung eines Schadens bei bloßem (kartellrechtswidrigem) Informationsaustausch ohne konkreten Produktbezug nicht anwendbar sei (vgl. auch *Deselaers*, WuW 2018, 512).

Die Entscheidung des BGH bedeutet in unmittelbarer Anwendung aktuell einen Mehraufwand für den Kläger. Bislang konnte neben der gesetzlichen Bindungswirkung der Behördenentscheidung für den Follow-on Prozess insb. auch auf den Anscheinsbeweis zurückgegriffen werden, sodass neben den faktischen Anknüpfungspunkten des Anscheinsbeweises „nur“ noch die Schadenshöhe zu substantiieren war. Nunmehr wird der Kläger weitere konkrete Tatsachen vorzutragen haben, die neben der tatsächlichen Vermutung eines Schadens zusätzlich für ihn die These einer Schadensentstehung im Einzelfall stützen.

Diese Weichenstellung des BGH überrascht auf den ersten Blick, wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber nach europäischer Richtlinienvorgabe (RL 2014/104/EU) erst durch die 9. GWB-Novelle mit § 33a Abs. 2 GWB eine widerlegliche gesetzliche Vermutung für einen Schadenseintritt normiert hat. Diese ist nach § 292 ZPO als Beweislastregelung unabhängig von richterrechtlichen Erfahrungssätzen künftig zwingend zu beachten. Auch gibt es bekanntlich Bemühungen, sich in praktischen Richtlinien und Studien der Bezifferung von Kartellschäden zu nähern, um Richtern insofern einen Leitfaden an die Hand zu geben (siehe etwa „Quantifying antitrust damages; Towards non-binding guidance for courts“, Oxera, 2009). Blickt man über die Landesgrenze, entdeckt man etwa in den entsprechenden ungarischen Regelungen gar eine bezifferte widerlegliche Vermutung eines kartellbedingten Preisaufschlags i. H. von 10 %. All das ließe sich dahingehend interpretieren, dass es im Bereich Kartellschadensersatz für den Kläger nur noch um das *Wieviel* und nicht mehr um das *Ob* geht.

Warum also differenziert der BGH? Ein sachlicher Grund, warum bei Altfällen vor der 9. GWB-Novelle auf den ersten Blick nur eine tatsächliche Vermutung für den Kläger streitet, bei neu entstehenden Fällen allerdings eine echte Beweislastumkehr entsprechend der Vorgabe des Gesetzgebers angemessen sein soll, ist nicht ersichtlich. Dieser vermeintliche Widerspruch deutet

jedoch auf eine mögliche andere, weitergehende Intention des BGH hin: Selbst unter Geltung des § 33a Abs. 2 GWB wird das höchste deutsche Gericht wohl auch künftig ein Augenmerk darauf legen, dass – wenn auch im Rahmen der umgekehrten Beweislast – Ausführungen zum konkret streitgegenständlichen Sachverhalt und seinen Auswirkungen auf den Schaden besonderes Gewicht zukommt. Dem Beklagten, der zu den Besonderheiten des konkreten Sachverhalts vorträgt, wird es nach der vorliegenden BGH Entscheidung wohl leichter fallen, die Vermutung des § 33a GWB zu Fall zu bringen, als bei theorielastigem Vortrag und rein modellbasierten ökonomischen Gutachten. Zwar wird er künftig den Beweis des Gegenteils erbringen müssen. Doch gibt der BGH hier deutlich die Richtung vor: entschieden werden die Fälle nicht in der losgelösten ökonomischen Theorie, sondern anhand konkreter Sachverhaltsarbeit.

In dieser Bestrebung des BGH ist eine Parallele zur Diskussion, die Gerichte und Anwälte im Vereinigten Königreich seit einiger Zeit führen, angelegt. In dortiger Terminologie wird die Trennung oder Zusammenführung von *factual vs. expert evidence* lebhaft diskutiert. Anders gewendet stellt sich die Frage, wie sehr der Ökonom etwa Zeugenaussagen oder konkrete Vertragsinhalte bei seiner Analyse des Marktes und des kartellbedingten Preisaufschlages zu berücksichtigen hat. Auch dort scheint aktueller Konsens zu sein, dass jedes ökonomische Gutachten an Beweiskraft gewinnt, je mehr konkrete Gegebenheiten einbezogen werden.

Nach alledem scheint das Urteil des BGH eine Rückbesinnung auf „den Sachverhalt“ anzustreben. Es bleibt abzuwarten, wie das OLG Karlsruhe insoweit nach entsprechender Zurückverweisung durch den BGH mit dem Sachverhalt umgehen wird und ob die nunmehr anders zu gewichtende Beweiswürdigung anders ausfallen wird.

### **Redaktioneller Hinweis:**

Volltext-Urteil online: RS1292024.