

selbst hergestellten Fleischprodukten weitestgehend von der Teilnahme an den jeweils betroffenen Märkten zurück. (...)

[139] Nach Lage der Dinge besteht auch berechnete Veranlassung, U. durch die Beschlussaussprüche des BKartA zu Ziff. 4. und 5. besonders auf die Beachtung des Vollzugsverbots des § 41 Abs. 1 GWB hinzuweisen. Wie bereits dargelegt, sind die Unterhaltung und die Verwaltung der streitbefangenen Lagerstandorte und Fleischwerke für U. fortlaufend mit erheblichen Verlusten verbunden. (...)

Redaktioneller Hinweis:

Volltext-Urteil online: RS1224845.

»WUW1224847

Quotenkartell: Beweis des ersten Anscheins für Umbrella-Effekt

Schadensersatz • Bindungswirkung • Quotenkartell • Zementkartell • Anscheinsbeweis • Preisschirmeffekte • passing-on defence • Verjährung • Feststellungsinteresse

§ 33 GWB

1. Die Subsidiarität der Feststellungsklage steht der Zulässigkeit eines Feststellungsantrags hinsichtlich kartellbedingter Schäden auch dann nicht entgegen, wenn die Schadensentwicklung abgeschlossen ist, der Kläger den (gesamten) Schaden jedoch erst nach Durchführung einer sachverständigen Begutachtung beziffern kann. Dass es dem Gericht möglich wäre, gemäß § 287 ZPO einen Mindestschaden zu schätzen, steht dem nicht entgegen (Aufgabe der Rspr. OLG Karlsruhe, Urte. v. 28.01.2004, 6 U 183/03, WuW/E DE-R 1229, 1232 = WUW0078318 – Vitaminpreise).
2. Die Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4 GWB i. d. F. der 7. GWB-Novelle findet auch auf Altfälle Anwendung, wenn das kartellbehördliche Verfahren bei Einführung der Norm noch nicht bestandskräftig abgeschlossen war (Festhaltung Urte. v. 31.07.2013, 6 U 51/12 (Kart), WuW/E DE-R 3584 Rn. 47 = WUW0474648 – Feuerwehrfahrzeuge, juris). Es wird offengelassen, ob anderes gilt, wenn die Anwendbarkeit der Norm allein darauf beruht, dass das kartellbehördliche Verfahren in rechtsstaatswidriger Weise verzögert wurde.
3. Bei einem Quotenkartell spricht der erste Anschein dafür, dass es sich allgemein preissteigernd auswirkt.
4. Den Feststellungen zum kartellbedingten Mehrerlös im Bußgeldverfahren kommt im Zivilprozess jedenfalls indizielle Wirkung zu.
5. Einem Gesamtschuldner ist es regelmäßig zuzumuten, sich die zur Rechtsverteidigung notwendigen Informationen von den anderen Gesamtschuldnern zu beschaffen. Ein Bestreiten mit Nichtwissen hinsichtlich solcher Vorgänge, die Handlungen anderer Kartellteilnehmer betreffen, ist deshalb gemäß § 138 Abs. 4 ZPO unzulässig, wenn der in Anspruch Genommene seiner Verpflichtung zur Informationsbeschaffung nicht nachgekommen ist.
6. In der Regel kann davon ausgegangen werden, dass das Kartell innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr nach

seiner Beendigung noch Nachwirkungen auf das Preisniveau hat (vgl. BGH, Urte. v. 28.06.2011, KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 84 = WUW0463910 – ORWI).

7. Jedenfalls bei erheblicher Marktabdeckung und längerer Dauer eines Kartells besteht ein Beweis des ersten Anscheins dafür, dass das Kartell auch Auswirkungen auf die Preise von Kartellaußenseitern hat (sog. Umbrella-Effekt bzw. umbrella pricing). Für den Fall, dass die Marktverhältnisse transparent sind und eine gegenseitige Marktbeobachtung stattfindet, bedarf es einer längeren Dauer des Kartells nicht.
8. Die für die Feststellung der Schadensersatzpflicht erforderliche Wahrscheinlichkeit eines Schadens ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Schaden auf die Endabnehmer abgewälzt worden sein könnte (passing-on-defence). Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich aus dem Vortrag der Beklagten ergibt, dass der kartellbedingte Vermögensnachteil nur zum Großteil durch Weitergabe an die Abnehmer entfallen sein kann.
9. Die Hemmungswirkung des § 33 Abs. 5 GWB i. d. F. der 7. GWB-Novelle gilt nur für Ansprüche aus § 33 Abs. 3 GWB in der seit der 7. GWB-Novelle geltenden Fassung.
(LS vom Gericht formuliert)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 09.11.2016 – 6 U 204/15 Kart (2),
Feststellungsinteresse bei Kartellschadensersatz

AUS DEM SACHVERHALT

Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen der Beteiligung an dem Grauzementkartell auf Feststellung der Schadensersatzpflicht für Beschaffungsvorgänge in den Jahren 1993 bis 2002 in Anspruch.

Die Klägerin handelt mit Baustoffen und befasst sich mit Herstellung und Vertrieb von Bauelementen. Sie ist Gesamtrechtsnachfolgerin der B-GmbH und der B-GmbH & Co. KG. Die Beklagte ist ein börsennotierter deutscher Baustoffkonzern. Die B-GmbH & Co. KG hat in den Jahren 1993 bis 2002 bei der Beklagten, bei Unternehmen der Konzerne der Streithelferinnen zu 1 und 2 und bei X (...) Zement bezogen. (...)

Im April 2003 hat das BKartA gegen die Beklagte und weitere Zementhersteller Bußgeldbescheide wegen kartellrechtswidriger Gebiets- und Quotenabsprachen erlassen. Auf den Einspruch der Beklagten hat das OLG Düsseldorf mit dem am 26.06.2009 verkündete[n] Urteil (VI-2a Kart 2-6/08 OWi = RS0914971) gegen die Beklagte, die Streithelferinnen zu 1 und 2 und andere Nebenbetroffene wegen der Teilnahme an Quotenabsprachen auf einzelnen regional abgegrenzten Märkten Geldbußen festgesetzt. Die Beklagte und andere Nebenbetroffene haben gegen das Urteil des OLG Rechtsbeschwerde eingelegt, die der BGH mit Beschluss vom 26.02.2013 (KRB 20/12, NZKart 2013, 195 = WuW/E DE-R 3861 = WUW0593504 – Grauzementkartell) mit der Maßgabe der Herabsetzung der Geldbuße als unbegründet verworfen hat.

Die Beklagte hat den Streitverkündeten zu 1 bis 3 den Streit verkündet. Die Streitverkündeten zu 1 bis 2 sind dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten. Vor dem LG Mannheim hat die Streitverkündete zu 3 die Beklagte aus abgetretenem Recht auf Schadensersatz wegen des im Kartellverwaltungsverfahren festgestellten Grauzementkartells in Anspruch genommen (Az. 2 O 195/15; fortan: K-Verfahren). Gestützt auf die Feststellungen aus dem bestandskräftig abgeschlossenen Bußgeldverfahren nimmt die Klägerin die

Beklagte mit ihrer am 26.02.2015 eingereichten, am 19.03.2015 zugestellten Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen der Beteiligung am Grauzementkartell in Anspruch.

(...)

Mit dem angefochtenen Urteil, auf das hinsichtlich der Einzelheiten und der getroffenen Feststellungen verwiesen wird, hat das LG dem Klageantrag mit der Maßgabe stattgegeben, dass festgestellt wurde, dass die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen lediglich i. H. von jährlich 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.03.2015 besteht. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. (...) Der Klägerin stehe dem Grunde nach ein gesetzlicher Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1990 sowie §§ 33, 1 GWB 1998 zu. (...) Es sei davon auszugehen, dass die Beschaffungstätigkeit der Klägerin von dem Kartell betroffen gewesen sei. Hinsichtlich der Existenz und Funktionsweise des Kartells seien die Feststellungen im Bußgeldverfahren zugrunde zu legen, ohne dass es darauf ankomme, ob die Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB auch derartige Begründungselemente umfasse. (...)

Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien und die Streit-
helferin zu 1 mit der Berufung. (...)

AUS DEN GRÜNDEN

Feststellungsinteresse wegen Aufwand der Sachverständigengutachten gegeben

(...) Das Feststellungsinteresse ist trotz an sich möglicher Leistungsklage gegeben, wenn die Erhebung einer Feststellungsklage aus prozessökonomischen Gründen geboten ist (vgl. BGH, Urt. v. 06.06.1951, II ZR 24/50, BGHZ 2, 250, 253). Davon ist insbesondere auszugehen, wenn der Kläger den (gesamten) Schaden erst nach Durchführung einer sachverständigen Begutachtung beziffern kann (vgl. BGH, Urt. v. 21.01.2000, V ZR 387/98, BGH, NJW 2000, 1256, 1257 = RS0711987; BGH, Urt. v. 15.01.2008, VI ZR 53/07, NJW-RR 2008, 1520 Rn. 6 = RS0722159; RGHZ 21, 382, 388; Greger, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 256 Rn. 7a). Dies ist bei Schadensersatzklagen wegen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot gemäß § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV regelmäßig der Fall. Denn zur Ermittlung eines Schadens bedarf es in der Regel der Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises, also eines Preises, der sich unter Wettbewerbsbedingungen ergeben hätte (vgl. BGH, Urt. v. 29.06.2011, KZR 75/10, BGHZ, 190, 145 Rn. 56 = WUW0463910 – *ORWI*; zum Submissionskartell: BGH, Urt. v. 08.01.1992, 2 StR 102/91, BGHSt 38, 186, 193, WuW/E 2849 = WUW0405856 – *Arbeitsgemeinschaft Rheinausbau*; BGH, Urt. v. 21.11.2000, 1 StR 300/00, wistra 2001, 103 = RS0787853; zum Mehrerlös beim Quotenkartell: BGH, Urt. v. 28.06.2005, KRB 2/05, WuW/E DE-R 1567 Rn. 20 = WUW0128700 – *Berliner Transportbeton I*). Dies erfordert in der Regel eine komplexe Analyse der zugrunde liegenden Tatsachen und der wirtschaftlichen Zusammenhänge (vgl. BGH, Urt. v. 22.05.1984, III ZR 18/83, BGHZ 91, 243, 256 Rn. 54 = RS0768903; Erwägungsgrund Nr. 14 der RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014, ABl. L 349/1). Wie auch die Beklagte (...) und die Streithelferinnen zu 1 und 2 (...) nicht in Abrede stellen, ist zur Schadensbezifferung ein ökonomisches Gutachten erforderlich.

Aufgabe der Rspr. zum Feststellungsinteresse

An seiner gegenteiligen in anderer Besetzung vertretenen Auffassung (OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.01.2004, 6 U 183/03,

WuW/E DE-R 1229, 1232 = WUW0078318 – *Vitaminpreise*) hält der Senat nicht mehr fest. Diese Auffassung beruhte auf der Annahme, eine Leistungsklage sei bereits dann zu erheben, wenn die Klägerin lediglich über die Grundlagen einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO verfüge, das Gericht also einen Mindestschaden schätzen könnte. Dem mit der Bezifferung der Leistungsklage verbundenen Prozessrisiko hat der Senat dabei keine Bedeutung beigemessen. Diese Auffassung würde dem Sinn und Zweck des § 287 ZPO widersprechen. Denn diese Bestimmung soll dem von einer rechtswidrigen Handlung Betroffenen die Rechtsverfolgung erleichtern (BGH, Urt. v. 17.06.1992, I ZR 107/90, BGHZ 119, 20, 30 = RS1000421 – *Tchibo/Rolex II*), sie jedoch nicht erschweren. Es ist deshalb anerkannt, dass es dem Zweck des § 287 ZPO zuwiderliefe, wenn die Vorschrift dazu dienen könnte, den Betroffenen einen Nachweis seines Schadens abzuschneiden, der ihm nach allgemeinen Regeln offen stünde (BGH, Urt. v. 19.03.2002, XI ZR 183/01, NJW-RR 2002, 1072, 1073 m.w.N. = RS0713314). Ebenso unvereinbar mit dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung sind die Konsequenzen, die daraus folgen, dass der Geschädigte seine Leistungsklage beziffern müsste (§ 253 ZPO). Klage der Geschädigte zu viel ein, träfe ihn insoweit die Kostenlast, klagte er zu wenig ein, drohte hinsichtlich des nicht eingeklagten Teils der Eintritt der Verjährung.

Dementsprechend hat der Senat bereits in einer einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot nach § 19 GWB betreffenden Entscheidung das Feststellungsinteresse bejaht (Senat, Urt. v. 14.12.2011, 6 U 193/10 Rn. 164 = WUW0465175 – *VBL*). Dies hat der BGH nicht beanstandet (BGH, Urt. v. 06.11.2013, KZR 58/11, BGHZ 199, 1 = WUW0641908 – *VBL-Gegenwert*). (...)

Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB gilt auch für Kartell, das vor Inkrafttreten der Norm beendet war

§ 33 Abs. 4 GWB steht nicht entgegen, dass die Vorschrift erst am 13.07.2005 in Kraft getreten ist, das streitgegenständliche Kartell aber im Jahr 2002 beendet wurde. Aufgrund des prozessualen Charakters der Norm ist allein maßgeblich, wann das kartellbehördliche Verfahren bestandskräftig abgeschlossen wurde (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.09.2009, VI-U (Kart) 17/08 (V), WuW/E DE-R 2763 Rn. 35 = WUW0344020 – *Post-Konsolidierer*; Senat, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12 (Kart), Rn. 47, juris = RS0936037 – *Feuerwehrfahrzeuge*). Es kann dahinstehen, ob anderes gilt, wenn die Anwendbarkeit der Norm allein darauf beruht, dass das Verfahren in rechtsstaatswidriger Weise verzögert wurde. Denn die vom BGH in der Entscheidung über die Rechtsbeschwerde festgestellte rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung betraf den Zeitraum nach Ende 2009 (BGH, Beschl. v. 26.02.2013, KRB 20/12, WuW 2013, 609, 625 Rn. 87 ff. = WUW0593504 – *Grauzementkartell*) und hat sich damit nicht auf die Anwendbarkeit der Bestimmung ausgewirkt.

Anscheinsbeweis für Preissteigerung bei Quotenkartell

Das LG hat zu Recht angenommen, dass bei einem Quotenkartell der erste Anschein dafür spricht, dass es sich allgemein preissteigernd auswirkt (BGH, Beschl. v. 26.02.2013, KRB 20/12, WuW/E DE-R 3861 Rn. 76 f. = WUW0593504 – *Grauzementkartell*; Senat, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12 (Kart), WuW/E DE-R 3584 Rn. 54 ff. = RS0936037 – *Feuerwehrfahrzeuge*). Im vorliegenden Fall wird dieser Erfahrungssatz durch die über zehnjährige Dauer des Kartells bestätigt, zumal es aus Angst vor Preisverfall nach einer kurzen kartellfreien Phase gegrün-

det wurde (BGH, Beschl. v. 26.02.2013, KRB 20/12, WuW/E DE-R 3861 Rn. 76 f. = WUW0593504 – *Grauzementkartell*). (...) Zutreffend hat das LG angenommen, dass ein weiterer Anscheinsbeweis dafür besteht, dass auch die Beschaffungstätigkeit der Klägerin nicht frei von Einflüssen des Kartells gewesen ist, die Klägerin also von dem Kartell betroffen ist. Dies ergibt sich schon daraus, dass durch die Vereinbarung der Quoten und eines damit verbundenen Nichtangriffspaktes die Marktkräfte nach den Feststellungen des OLG Düsseldorf im Bußgeldverfahren (OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.06.2009 – VI-2a Kart 2-6/08 OWi Rn. 425, juris = RS0914971) nahezu gelähmt waren. Zwar schlossen die Abreden den Kampf um einzelne Kunden nicht gänzlich aus. Jedoch konnte jeder Kartellant sicher sein, dass im Ergebnis jedenfalls die Quote respektiert werden würde und umgekehrt die Unternehmen bei ihren Marktanteilen blieben. Das entthob die Kartellanten weitgehend der Notwendigkeit, ihren Spielraum bei der Preisfestsetzung zugunsten des Kunden zu nutzen. Dass die Beschaffungsvorgänge Gegenstand ausdrücklicher Absprachen gewesen sind, ist entgegen der Auffassung der Beklagten und der Streithelferinnen für die Betroffenheit von dem Kartellverstoß nicht erforderlich (vgl. Senat, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12 (Kart), WuW/E DE-R 3584 Rn. 56 ff., 65 = RS0936037 – *Feuerwehrfahrzeuge*; Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2015, S. 134). Dies ergibt sich hier bereits daraus, dass die generelle Funktionsweise des Kartells weniger in auf einzelne Kunden oder Bestellungen bezogene Absprachen bestand, sondern in einer Festlegung auf Quoten. (...)

Bestreiten mit Nichtwissen ist unzulässig

Zutreffend ist das LG auch davon ausgegangen, dass der Umstand, dass bei Zementlieferungen der Streithelferin zu 1 und der Streithelferin zu 2 Zwischenhändler eingesetzt wurden, an der Kartellbetroffenheit nichts zu ändern vermag, weil der Bezug zum kartellbedingt überhöhten Preisniveau dadurch nicht in Frage gestellt wird (...). Im Übrigen sind solche Beschaffungsvorgänge nicht Gegenstand der Klage. Denn die streitgegenständlichen Beschaffungsvorgänge (...) betreffen nach dem Vortrag der Klägerin direkte Lieferungen der Beklagten, der Streithelferinnen zu 1 und 2 und X (...). Die Beklagte hat zwar mit Nichtwissen bestritten, dass es sich bei den Liefervorgängen, die die Streithelferinnen zu 1 und 2 betreffen, um direkte Lieferungen handelt. Sie behauptet, es seien insoweit Zwischenhändler eingesetzt worden. Dieses Bestreiten mit Nichtwissen ist jedoch gemäß § 138 Abs. 4 ZPO unzulässig und damit als unbeachtlich anzusehen. Ein Bestreiten mit Nichtwissen ist nach § 138 Abs. 4 ZPO nicht nur hinsichtlich solcher Tatsachen unzulässig, die eigene Handlungen der Partei oder Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Im Rahmen von § 138 Abs. 4 ZPO sind vielmehr solche Vorgänge im eigenen Geschäfts- und Verantwortungsbereich der Partei den eigenen Handlungen und Wahrnehmungen gleichgestellt, hinsichtlich deren sich die Partei in zumutbarer Weise die notwendigen Informationen verschaffen kann. Ein Bestreiten mit Nichtwissen ist hinsichtlich solcher Tatsachen erst zulässig, wenn die Partei ihrer insoweit bestehenden Pflicht zur Informationsbeschaffung nachgekommen ist (BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 3/09, IHR 2011, 240 Rn. 14). Die Beklagte und die Streithelferinnen zu 1 und 2 haften für die durch das Kartell verursachten Schäden gemäß §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner (...).

Einem Gesamtschuldner ist es regelmäßig zuzumuten, sich die zur Rechtsverteidigung notwendigen Informationen von den anderen Gesamtschuldnern zu beschaffen (vgl. BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 3/09, IHR 2011, 240 Rn. 14). Ein entsprechender Auskunftsanspruch folgt dabei aus der sich aus § 426 Abs. 1 BGB ergebenden Verpflichtung, unbegründete Ansprüche vom Freistellungsgläubiger abzuwehren (BGH, NJW-RR 2008, 256 Rn. 22). Dass direkte Lieferungen durch die Streithelferin zu 1 und 2 erfolgt sind, haben diese nicht bestritten (...).

Nachwirkungen eines Kartells dauern i.d.R. ein Jahr an

Ohne Erfolg wendet sich die Berufung der Beklagten und der Streithelferinnen gegen die Annahme des LG, es bestehe eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein von Nachwirkungen des Kartells beeinflusstes Preisniveau noch mindestens bis zum Ende des Jahres 2002 fortbestanden hat. In der Regel kann davon ausgegangen werden, dass das Kartell erst nach einem Jahr keine Nachwirkungen mehr hat (vgl. BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 84 = WUW0463910 – *ORWT*). Diese Annahme wird hier dadurch bestätigt, dass der Sachverständige im Bußgeldverfahren festgestellt hat, dass es erst in der Zeit von August 2002 bis Februar 2003 eine „Preisanpassungsphase“ (von den Preisen unter Kartellbedingungen zu Marktpreisen) gab. Erst in der Zeit von März 2003 bis Dezember 2003 war eine „Preiskriegsphase“ festzustellen (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.06.2009, VI-2a Kart 2-6/08 OWi u. a., Rn. 511, juris = RS0914971).

Anscheinsbeweis für Umbrella-Effekt bei Quotenkartell

Ob es einen Beweis des ersten Anscheins dafür gibt, dass das Kartell auch Auswirkungen auf die Preise von Kartellaußenseitern hat (sog. „Umbrella-Effekt“ bzw. „umbrella pricing“), ist höchstrichterlich noch nicht geklärt. Der Senat hat einen solchen Anscheinsbeweis im Falle eines Quotenkartells bereits bejaht (Senat, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12 (Kart), Rn. 58 = RS0936037 – *Feuerwehrfahrzeuge*). Daran hält er fest. Denn es kann davon ausgegangen werden, dass sich auch das Angebot des Kartellaußenseiters daran orientieren wird, welcher Preis am Markt zu erzielen ist. Gegenteiliges ergibt sich entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht aus der Entscheidung *Kone* des EuGH (Urt. v. 05.06.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, juris = WUW0664561). Soweit der EuGH darin ausführt, dass ein durch das „umbrella pricing“ Geschädigter den Ersatz des ihm durch die Mitglieder eines Kartells entstandenen Schadens verlangen kann, wenn erwiesen ist, dass dieses Kartell nach den Umständen des konkreten Falles und insbesondere den Besonderheiten des betreffenden Marktes ein „umbrella pricing“ durch eigenständig handelnde Dritte zur Folge haben konnte (Urt. v. 05.06.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 Rn. 34 = WUW0664561 – *Kone*), spricht dies nicht gegen die Möglichkeit eines entsprechenden Erfahrungssatzes. Denn die Ausführungen des EuGH sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Vorlagefrage die Zulässigkeit eines kategorischen Ausschluss der Ersatzfähigkeit des durch das „umbrella pricing“ entstehenden Schadens betraf. Es ging dem EuGH ersichtlich nicht darum, das Beweismaß für die Annahme eines „umbrella-pricings“ zu beschränken. Da das Kartell der Beklagten und der Streithelferinnen zu 1 und 2 auf eine Marktabdeckung von insgesamt 71,3 % gerichtet war (OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.06.2009, VI-2a Kart 2 – 6/08 OWi u. a., Rn.84, juris = RS0914971), ist davon auszugehen, dass

sich auch Kartellaußenseiter an dem sich daraus ergebenden Preisniveau orientiert haben. Der Senat verkennt nicht, dass Gegenstand des Feststellungsantrags Lieferungen der X seit 1993 betreffen und dass die Bejahung eines Anscheinsbeweises für den Eintritt des Umbrella-Effekts regelmäßig von einer hinreichenden Dauer der Zuwiderhandlung abhängig gemacht wird (Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2015, S. 333). Da die Marktverhältnisse nach den Feststellungen im Bußgeldverfahren im Tatzeitraum verhältnismäßig transparent waren und eine gegenseitige Beobachtung stattfand (OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.06.2009, VI-2a Kart 2 – 6/08 OWi u.a., Rn. 8, juris = RS0914971), kann jedoch davon ausgegangen werden, dass X bereits zu Beginn des Kartells von den von der Beklagten und den Streithelferinnen zu 1 und 2 verlangten Preisen Kenntnis hatte.

Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich

Nach alledem hat das LG zutreffend den Eintritt eines Schadens als hinreichend wahrscheinlich angesehen, soweit dies den bereits entstandenen Schaden betrifft. Nach gefestigter Rspr. des BGH muss die Schadenswahrscheinlichkeit nicht hoch sein (BGH, Urt. v. 20.06.1991, I ZR 277/89, GRUR 1992, 61, 63 – *Preisvergleichsliste*; Urt. v. 06.03.2001, KZR 32/98, GRUR 2001, 849, 850 = RS0788337 – *Remailing-Angebot*). Es muss insbesondere nicht festgestellt werden, worin der Schaden besteht (BGH, Urt. v. 29.03.1960, I ZR 109/58, GRUR 1960, 423, 426 – *Kreuzbodenventilsäcke*; Urt. v. 06.03.2001, KZR 32/98, GRUR 2001, 849, 850 = RS0788337 – *Remailing-Angebot*). Es genügt auch eine entfernt liegende Möglichkeit eines Schadens, d. h. es muss der Eintritt eines Schadens zumindest denkbar und möglich erscheinen (BGH, Urt. v. 06.03.2001, KZR 32/98, GRUR 2001, 849, 850 = RS0788337 – *Remailing-Angebot*).

Schadensweiterwälzung hindert nicht den Schadenseintritt

Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, der behauptete Schaden sei jedenfalls nach den Grundsätzen der *passing-on-defence* wieder entfallen. Denn eine etwa erfolgte Abwälzung des kartellbedingten Vermögensnachteils schließt nicht bereits die Entstehung eines Schadens aus oder mindert diesen. Der Schaden ist vielmehr ungeachtet eines späteren Weiterverkaufs mit dem Erwerb der Ware i. H. der Differenz aus dem Kartellpreis und dem (hypothetischen) Wettbewerbspreis eingetreten (BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 56 = WUW0463910 – *ORWT*). Die Frage, ob es den Ersatzanspruch des Geschädigten ausschließt oder mindert, wenn er den kartellbedingten Preisaufschlag auf seine Kunden abwälzt, ist nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu beurteilen (BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 56 = WUW0463910 – *ORWT*). Diese Frage wird bei der Berechnung des Schadens zu prüfen sein (vgl. BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 156/11, NJW 2012, 2022 Rn. 25 = RS0730223). Dies gilt jedenfalls deshalb, weil nach dem Vortrag der Beklagten lediglich ein „Großteil“ der kartellbedingt erhöhten Preise an die indirekten Abnehmer weitergegeben wurde.

Unabhängig davon hat die Beklagte ihrer Darlegungslast nicht genügt. Um erfolgsversprechend eine Vorteilsausgleichung geltend zu machen, muss der beklagte Kartellteilnehmer zunächst anhand der allgemeinen Marktverhältnisse auf dem relevanten Absatzmarkt, insbesondere der Nachfrageelastizität, der Preisentwicklung und der Produkteigenschaften,

plausibel dazu vortragen, dass eine Weiterwälzung der kartellbedingten Preiserhöhung zumindest ernsthaft in Betracht kommt. Weiter ist darzutun und ggf. nachzuweisen, dass der Weiterwälzung keine Nachteile des Abnehmers gegenüberstehen, insbesondere kein Nachfragerückgang, durch den die Preiserhöhung (ganz oder teilweise) kompensiert worden ist. Der Kartellteilnehmer hat auch darzulegen, wie sich ggf. eigene Wertschöpfungsanteile des weiterverkaufenden Abnehmers auf den Vorteilsausgleich auswirken. Soweit sich Preiserhöhungen auf den eigenen Wertschöpfungsanteil des Weiterverkäufers beziehen, können sie nicht als kartellbedingt angesehen werden (BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 69 = WUW0463910 – *ORWT*). Dem genügt der Vortrag der Beklagten nicht. Die Beklagte beschränkt sich auf den Vortrag, die Bauunternehmen erhöhten in regelmäßigen Abständen die Preise für Bauelemente und Fertigaragen. (...)

Verjährung

Zutreffend hat das LG dargelegt, dass die in Betracht kommenden Schadensersatzansprüche der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 1 GWB, § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1990 sowie §§ 33, 1 GWB 1998 für den streitgegenständlichen Kartellzeitraum von 1993 bis 2002 nach den seit dem 01.01.2002 geltenden §§ 195, 199 BGB zu beurteilen sind. Nach §§ 852 Abs. 1, 198 Satz 1 BGB a.F. unterliegen Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung einer Verjährungsfrist von drei Jahren, die in dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem der Verletzte von dem entstandenen Schaden und der Person des Schädigers Kenntnis erlangt. (...)

Aufgrund der Presseberichterstattung musste sich der Klägerin aufdrängen, dass eine Beteiligung der Beklagten an dem den süddeutschen Raum betreffenden Kartell ernsthaft in Betracht kommt. Vor dem Hintergrund, dass es im Jahr 2003 weder eine Bindungswirkung der kartellbehördlichen Entscheidung i. S. des § 33 Abs. 4 GWB gab, noch eine Hemmung der Verjährung des Schadensersatzanspruchs durch die Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens vorgesehen war (vgl. § 33 Abs. 5 GWB n.F.), ist es unverständlich, dass die Klägerin die Presseberichterstattung und die Presseerklärung des BKartA nicht zum Anlass für weitere Ermittlungen genommen hat. Sie hätte daher Einsicht in die Bußgeldbescheide nehmen und sich einen Überblick über die ihr zur Verfügung stehenden Beweismittel verschaffen müssen. Allerdings hat das LG zutreffend darauf hingewiesen, dass die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht mit Substanz aufzuzeigen vermocht hat, dass die Klägerin noch im Jahr 2003 Akteneinsicht erlangt oder eine Ablichtung des Bußgeldbescheides erhalten hätte. Angesichts der gerichtsbekannten Dauer derartiger Akteneinsichtsverfahren einschließlich der gegebenen Rechtsbehelfe kann davon auch nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Da die Streitverkündete zu 3 bereits im Jahr 2003 Akteneinsicht erhalten hat, geht der Senat davon aus, dass die Klägerin spätestens im Jahr 2004 Akteneinsicht erhalten hätte. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass ihr spätestens im Jahr 2004 der Bußgeldbescheid übermittelt worden wäre.

Anwendbarkeit des § 33 Abs. 5 GWB auf Altfälle

Mit Erfolg wenden sich die Berufungen der Beklagten und der Streithelferin zu 1 jedoch gegen die Annahme des LG, die Verjährung sei gemäß § 33 Abs. 5 GWB während des Bußgeldverfahrens gehemmt worden. Gemäß § 33 Abs. 5 GWB, welcher mit der 7. GWB-Novelle eingeführt wurde, wird die Verjährung

eines Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 2 (sic, gemeint ist Abs. 3, korrigiert durch Gesetz vom 18.12.2007 BGBl. I 2966) gehemmt, wenn die Kartellbehörde wegen eines Verstoßes i. S. des Abs. 1 ein Verfahren einleitet. Ob diese Bestimmung auf sog. Altfälle Anwendung findet, ist streitig und höchstrichterlich noch nicht geklärt. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf (Urt. v. 29.01.2014, VI-U (Kart) 7/13, Rn. 153, juris = WUW0688787 – *Intertemporales Verjährungsrecht*; Urt. v. 18.02.2015, VI-U (Kart) 3/14, Rn. 36 = WUW0694655 – *CDC*, juris) und des LG Berlin (Urt. v. 16.12.2014, 16 O 384/13 Kart, BeckRS 2015, 08972 = WUW1164828 – *Pauschalierter Schadensersatz*), der sich das LG angeschlossen hat, sind vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle entstandene Kartellschadensersatzansprüche einer Verjährungshemmung gemäß § 33 Abs. 5 GWB (2005) zugänglich, sofern die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Vorschrift nicht bereits verjährt gewesen sind und das kartellbehördliche Verfahren vor dem Inkrafttreten der Norm nicht bereits bestandskräftig abgeschlossen worden ist. Nach anderer Auffassung gilt § 33 Abs. 5 GWB nur, wenn die maßgebliche Anspruchsgrundlage § 33 Abs. 3 GWB in der seit der 7. GWB-Novelle geltenden Fassung ist (LG Düsseldorf, Urt. v. 17.12.2013, 37 O 200/09 (Kart) U, WuW/E DE-R [4]087 = WUW0647509 – *Zementkartell II*; Bornkamm, in: Langen/Bunte, GWB, 12. Aufl. 2014, § 33 Rn. 173). Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an. (...)

§ 33 Abs. 5 GWB betrifft ausweislich des Wortlauts lediglich die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 3 GWB. Damit unterscheidet sich die Bestimmung von § 33 Abs. 4 GWB, dessen Anwendungsbereich bereits dann eröffnet ist, wenn u. a. „wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes“ Schadensersatz begehrt wird. Da § 33 Abs. 3 GWB auf Altfälle keine Anwendung findet (BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 13 = WUW0463910 – *ORWT*), ist damit der unmittelbare Anwendungsbereich nicht eröffnet. Eine analoge Anwendung von § 33 Abs. 5 GWB auf Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 1 GWB, § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1990 sowie §§ 33, 1 GWB 1998 scheidet aus, weil eine planwidrige Regelungslücke nicht vorliegt (LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014, 16 O 384/13 Kart, BeckRS 2015, 08972 = WUW1164828 – *Pauschalierter Schadensersatz*; Bornkamm, in: Langen/Bunte, GWB, 12. Aufl. 2014, § 33 Rn. 173). Der Senat verkennt nicht, dass durch den Hemmungstatbestand erreicht werden soll, dass individuell Geschädigte tatsächlich in den Genuss der Tatbestandswirkung nach Abs. 4 kommen können und zivilrechtliche Schadensersatzansprüche beispielsweise nach Ablauf eines langwierigen Bußgeldverfahrens nicht bereits verjährt sind (BT-Drucks. 15/3640 S. 55). Aus dem Umstand, dass die Tatbestandswirkung wegen des weiter gefassten Wortlauts des § 33 Abs. 4 GWB auch auf Altfälle Anwendung finden kann, lässt sich jedoch eine analoge Anwendung des § 33 Abs. 3 GWB im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut der Norm nicht rechtfertigen. Es kann insbesondere auch nicht angenommen werden, dass der Tatbestandswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB in Altfällen damit keinerlei Bedeutung mehr zukommt. Zwar wird in diesen Fällen, wenn der Geschädigte den Ausgang des kartellbehördlichen Verfahrens abwartet, der Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 1 GWB bzw. § 33 GWB a.F. verjährt sein. Jedoch wird dann regelmäßig noch ein Anspruch auf Restschadensersatz gemäß § 852 Satz 1 BGB durchsetzbar sein. Dieser Rechtsbehelf soll es dem Geschädigten gerade

ermöglichen, trotz Kenntnis von den haftungsbegründenden Umständen und der Person des Schädigers länger als drei Jahre zuzuwarten und von der alsbaldigen gerichtlichen Geltendmachung des Deliktsanspruchs abzusehen. Dem Geschädigten steht es gemäß § 852 Satz 2 BGB frei, binnen zehn Jahren auf den Anspruch zurückzukommen (vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 270; Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 852 Rn. 3).

Da der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch auf Restschadensersatz gemäß § 852 Satz 1 BGB zusteht, hat der Feststellungsantrag in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. (...)

Anmerkung von Carolin Stadtaus und Dr. Carla Wiedeck, Rechtsanwältinnen, Hogan Lovells, München

Das OLG Karlsruhe stellt mit dieser Entscheidung über eine follow-on Klage im Grauzementkartell, gegen die wegen grundsätzlicher Bedeutung die Revision zugelassen wurde, Weichen für das Private Enforcement bei Kartellverstößen in Deutschland. Dem Urteil ist eine klare Tendenz zu entnehmen, Kartellschadensersatzansprüche – insbesondere in Hinblick auf Beweisthemen – (noch) justiziabler zu machen. Damit setzt das OLG Karlsruhe in Zeiten nach dem Brexit Akzente im Wettbewerb der europäischen Jurisdiktionen. Nach Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie (RL 2014/104/EU) wird es auf den Umgang der nationalen Justiz mit diesen Klagen ankommen. Der Senat des OLG Karlsruhe jedenfalls empfiehlt sich und den deutschen Gerichtsstandort schon einmal bei internationalen Klägern.

I. Sachverhalt und Entscheidung

Gegenstand des Verfahrens ist der Schaden aus Gebiets- und Quotenabsprachen des Grauzementkartells zwischen 1993 und 2002, die durch das BKartA und im Folgenden das OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.06.2009, VI-2a Kart 2-6/08 OWi, WUW0914971) und den BGH (BGH, Beschl. v. 26.02.2013, KRB 20/12, WuW/E DE-R 3861 = WUW0593504) festgestellt wurden.

Die Klägerin klagt auf Feststellung eines Anspruchs auf Schadensersatz gegen eine der Kartellantinnen. Von dem Antrag sind drei Arten von Lieferbeziehungen der Klägerin, bzw. ihrer Rechtsvorgängerin, umfasst: 1.) Zementlieferungen von der Beklagten selbst, 2.) Zementlieferungen von anderen Kartellantinnen (für die die Beklagte als Gesamtschuldnerin haften soll) und 3.) Zementlieferungen von nicht am Kartell beteiligten Zementherstellern (Umbrella-Schäden). Die Entscheidung bleibt hinter dem Antrag zurück. Das OLG Karlsruhe gibt dem Feststellungsantrag zwar statt, jedoch nicht in Form eines Schadensersatzanspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB (heute § 33 Abs. 3 GWB). Der Anspruch wird vielmehr aus § 852 BGB zugesprochen. Das bedeutet, dass zwar alle Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches bejaht wurden, der Anspruch allerdings nur den direkten Zementbezug der Klägerin von der Beklagten betrifft. Zementbezüge von anderen Kartellteilnehmern und von Dritten (Umbrella-Schäden) waren unter § 852 BGB auszunehmen.

Ogleich der Tenor schließlich aus § 852 BGB folgt, behandelt das Urteil eine Vielzahl relevanter Punkte eines Kartellschadensersatzanspruchs. Die wichtigsten Themen werden im Folgenden herausgehoben und in den Kontext der (deutschen) Private Enforcement Praxis gestellt.

II. Feststellungsinteresse zugunsten ökonomischer Gutachten

Die Klage war als Feststellungsantrag ausgestaltet, obwohl im Zeitpunkt der Klageerhebung im Jahr 2015 die letzte eingeklagte Absprache schon knapp 13 Jahre zurücklag. Eine weiter andauernde Schadensentwicklung war nicht vorgetragen und ist auch fernliegend. Der klassische Fall eines Feststellungsinteresses nach § 256 Abs. 1 ZPO wegen weiterer Schadensentwicklung lag also nicht vor. Dennoch befand das OLG Karlsruhe den Feststellungsantrag für zulässig. Grund: Die Klägerin könne den gesamten Schaden erst nach Durchführung eines komplexen ökonomischen Gutachtens beziffern. Die Prozessökonomie gebiete es, Klägern zunächst den Weg der Feststellungsklage zu eröffnen.

Das OLG Karlsruhe stärkt damit Kartellschadensersatzklägern den Rücken. Es verschafft ihnen ein (noch) größeres Zeitfenster zur Schätzung/Bezifferung ihrer Schäden. Diese vermeintliche Freiheit ist in der Praxis mit Vorsicht zu genießen: Wenn – wie hier – zwischen den kartellbetroffenen Lieferungen und der Klageerhebung über ein Jahrzehnt liegt und erst dann ein ökonomischer Sachverständiger zur Schadensschätzung beauftragt wird, mag aus dem Feststellungsantrag nie ein Leistungsantrag werden. Denn mit fortschreitender Zeit wird es kaum leichter werden, den Schadensvortrag zu substantiieren. Die hierfür notwendigen Unterlagen zu Liefervorgängen werden nach derart langen Zeiträumen in Unternehmen oft nicht mehr vorhanden sein.

III. Beweiserleichterungen: Wirkung der Behördenentscheidung und verschiedene Anscheinsbeweise für den Schaden

Das Urteil kommt der Klägerin an vielen Stellen mit Beweiserleichterungen entgegen. Das betrifft zunächst den Nachweis des Kartellverstoßes, bei dem es die natürliche Informationsasymmetrie zwischen Klägern und Beklagten zu überwinden gilt. Das OLG Karlsruhe geht noch einen Schritt weiter und unterstützt Kläger zusätzlich beim Schadensnachweis, bei dem grds. nicht dasselbe Ungleichgewicht hinsichtlich der Beweisbarkeit besteht.

1. Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB auch für Altfälle

Nach heutiger Rechtslage ist das Zivilgericht gem. § 33 Abs. 4 GWB „an die Feststellung des Verstoßes gebunden“.

Dem OLG Karlsruhe stellte sich nun die Frage der temporalen Anwendbarkeit der Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB. Dieser ist im Jahr 2005 in Kraft getreten. Der Streitgegenständliche Verstoß im Grauzementkartell endete allerdings schon im Jahr 2002. Dennoch greift hier laut OLG Karlsruhe die Bindungswirkung, da das *Kartellverfahren* – es kommt insoweit nicht auf den Verstoß selbst an – bei Inkrafttreten von § 33 Abs. 4 GWB noch lief. Die Bindungswirkung habe prozessualen Charakter und dürfe deshalb auch in die prozessuale Beurteilung abgeschlossener Sachverhalte noch eingreifen.

Diese (temporale) Ausweitung der Bindungswirkung reiht sich ein in die aktuelle Entscheidungspraxis des BGH in *Lotoblock II* (BGH, Urteil v. 12.07.2016, KZR 25/14, WuW 2016, 488 mit Anm. *Mehrbrey/Jaeger*, WuW 2016, 492 ff.). Der BGH lässt der Bindungswirkung – dort inhaltlich – ebenfalls einen weiten Anwendungsbereich zukommen. Follow-on Klagen werden vor dem Hintergrund dieser Rspr.-Entwicklung immer attraktiver.

2. Anscheinsbeweis für den Schaden bei Quotenkartellen und Indizien für Mehrerlös aus dem Bußgeldverfahren

Das Urteil bekräftigt die bestehende Judikatur, dass bei einem Quotenkartell Klägern der Beweis des ersten Anscheins hinsichtlich einer Preissteigerung zugutekommt (BGH, Beschl. v. 28.06.2005, KRB 2/05, WUW0175784; OLG Düsseldorf, Urte. v. 30.09.2009, VI-U (Kart) 17/08 (V), WUW0344020 Rn. 35; OLG Karlsruhe, Urte. v. 31.07.2013, 6 U 51/12 (Kart), RS0936037; KG Berlin, Urte. v. 01.10.2009, 2 U 10/03 Kart, WUW0345964). Das OLG Karlsruhe geht noch einen Schritt weiter: Es spreche bei einem Quotenkartell ein weiterer Anscheinsbeweis dafür, dass auch die konkret eingeklagten Lieferungen kartellbetroffen sind. Denn der Wettbewerb sei durch die Quotenabsprache nahezu gelähmt gewesen. Außerdem seien die Absprachen auf die komplette Marktgestaltung ausgerichtet und nicht lieferungsspezifisch gewesen.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der Schadensvermutung in Art. 1 Nr. 14, Art. 17 Abs. 2 der Kartellschadensersatz-RL und § 33a Abs. 2 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zur 9. GWB Novelle. Dort ist gerade das Quotenkartell als Regelbeispiel genannt.

Das OLG Karlsruhe schreibt außerdem den Feststellungen zum Mehrerlös der Kartellanten im Grauzement-Bußgeldverfahren eine „*indizielle Bedeutung*“ zu. Da die Klage lediglich auf Feststellung gerichtet war, betraf ein solches Indiz im entschiedenen Fall nur das Bestehen eines Schadens dem Grunde nach. Die Indizien mussten nicht für die konkrete Höhe des Schadens dienen. Allerdings ist darin ein kritischer Punkt angelegt: Es ist offen, ob auch bei Leistungsklagen solche Indizien in Bußgeldentscheidungen für eine *bestimmte* Schadenssumme oder einen *bestimmten* Mehrerlös heranzuziehen wären. Das scheint nicht sachgerecht. Bußgeldentscheidungen enthalten teils bewusst und ausdrücklich keinerlei Ausführungen zu Schäden/Mehrerlösen. Man würde daher vergeblich nach solchen Indizien suchen. Vor allem ist aber in Erwägungsgrund 47 der Kartellschadensersatz-RL deutlich vorgesehen, dass die Vermutung des Schadens nur dem Grunde nach gilt. Sie umfasst nicht die konkrete Höhe des Schadens. Es ist also nach wie vor Aufgabe der Kläger, den konkreten Schaden zu beziffern bzw. konkrete Anknüpfungstatsachen zur Schätzung vorzutragen. Es widerspräche dieser Wertung, Indizien auch für die Schadenshöhe aus dem Bußgeldverfahren zu ziehen. Solche abstrakten Indizien ersetzen nicht die eigene, detaillierte Arbeit der Kläger und ihrer Ökonomen.

3. Annahme einer einjährigen Nachwirkungsperiode

Das OLG Karlsruhe gewährt der Klägerin zudem auch eine Beweiserleichterung durch die Annahme einer regelmäßigen einjährigen Nachwirkungsperiode eines Kartells. Diese Aussage will der Senat der *ORWI*-Entscheidung des BGH (BGH, Urteil v. 28.06.2011, KZR 75/10, WuW0463910, Rn. 84) entnehmen. Diese spricht an der zitierten Stelle allerdings nur von einem im konkreten Fall „*angemessenen Zeitraum von beispielsweise einem Jahr nach Beendigung des Kartells*“. Der vom OLG Karlsruhe angenommene *Regelfall* ist daher keineswegs höchstrichterlich bestätigt.

Es scheint unwahrscheinlich, dass sich jegliches Kartell mindestens ein Jahr nach Beendigung noch weiter auf den relevanten Markt auswirkt. Gleichsam wäre es auch zu kurz gegriffen, zu behaupten, dass jedes denkbare Kartell nach einem Jahr keine Auswirkungen mehr auf den Markt habe. Die Nachwirkungen können je nach Beschaffungszyklen auf dem betrof-

fenen Markt sehr lang oder deutlich kürzer sein (vgl. Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen (2015), S. 355). Klägern ist mit dieser „Regel“ damit nur vordergründig gedient: Es obliegt ihnen weiterhin, die möglichen Nachwirkungen eines konkreten Kartells – mithilfe des ökonomischen Gutachtens – darzulegen und zu beweisen. Das gilt sowohl für die konkrete Dauer als auch die Art und den Umfang der Nachwirkung.

4. Anscheinsbeweis für Umbrella-Schäden

Zuletzt nimmt das OLG Karlsruhe auch einen Anscheinsbeweis bezüglich der Umbrella-Schäden an. Es sei also die Regel, dass ein Kartell auch die Preise von nicht am Kartell Beteiligten beeinflusst.

Wie bei der Nachwirkungsperiode stellt sich die Frage, ob es der Realität der verschiedensten Kartellverstöße entspricht, stets einen pauschalen Umbrella-Effekt anzunehmen. Es ist ökonomisch eine Vielzahl verschiedener Preisschirmeffekte denkbar, die nicht immer alle und in gleicher Art und Weise eintreten. Solche Effekte hängen vielmehr vom konkreten Markt, der Marktabdeckung und vor allem dem konkreten Verstoß ab. Ein Extrembeispiel: Bei vollkommener Marktabdeckung der Kartellanten und entsprechend hoher kartellierter Preisanhebung können sogar Produkte zum Substitut für das kartellbefangene Produkt werden, die (ursprünglich) einem völlig anderen sachlich und räumlich relevanten Markt zuzuordnen waren (vgl. Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, *Journal of Competition Law & Economics* 2014, 10(3), 739, 755).

Umbrella-Effekte können also nicht pauschal als Regel bezeichnet werden. Die Entscheidung des OLG Karlsruhe definiert nicht näher, welcher konkrete Umbrella-Effekt vom Anscheinsbeweis umfasst sein soll. Vor diesem Hintergrund ist es – wie bei der Nachwirkungsperiode – für Kläger ratsam, den Umbrella-Schaden in seiner konkreten Ausprägung nach wie vor detailliert darzulegen und zu beweisen.

IV. Kein Bestreiten mit Nichtwissen zu Vorgängen bei Mitkartellanten

Für eine Überraschung sorgte das Urteil des OLG Karlsruhe in Bezug auf § 138 Abs. 4 ZPO, die Erklärung mit Nichtwissen. Es soll danach ein Bestreiten mit Nichtwissen hinsichtlich solcher Vorgänge, die Handlungen anderer Kartellteilnehmer betreffen, gemäß § 138 Abs. 4 ZPO nur zulässig sein, wenn die Partei zuvor erfolglos versucht hat, von diesen die notwendigen Informationen zu beschaffen. Denn es sei einem Gesamtschuldner – um welche es sich bei Kartellanten handle – regelmäßig zuzumuten, sich die zur Rechtsverteidigung notwendigen Informationen von den anderen Gesamtschuldnern zu beschaffen.

Gem. § 138 Abs. 4 ZPO ist ein Bestreiten mit Nichtwissen von Tatsachen, die eigene Handlungen der Partei oder Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind, unzulässig. Die Norm wurde über den Wortlaut hinaus erweiternd dahingehend ausgelegt, dass den eigenen Handlungen und Wahrnehmungen der Partei auch Vorgänge im Geschäfts- oder Verantwortungsbereich der Partei gleichgestellt sind, soweit sich die Partei in zumutbarer Weise die notwendigen Informationen beschaffen kann. Bezüglich solcher Vorgänge ist ein Bestreiten mit Nichtwissen nur zulässig, wenn die Partei dieser Informationspflicht nachgekommen ist (Greger in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 138 Rn. 16; BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 3/09, DB0390772; BGH, Urt. v. 15.11.1989, VIII ZR 46/89, BGHZ 109, 205 = RS0770827; BGH, Urt. v. 10.10.1994, II ZR 95/93, DB0097745).

Hierauf baut auch das OLG Karlsruhe auf. Neu ist jedoch, dass die Informationspflicht offenbar auf Vorgänge bei Gesamtschuldnern ausgedehnt wird, unabhängig davon, ob diese den eigenen Geschäfts- oder Verantwortungsbereich der Partei betreffen. Konkret hatte die Beklagte hier mit Nichtwissen bestritten, dass es sich bei den Lieferungen der Streithelferinnen zu 1 und 2 (ebenfalls Kartellantinnen) um direkte Lieferungen ohne Zwischenhändler handelt. Das OLG Karlsruhe befasste sich nicht mit der Frage, ob diese Vorgänge zum Geschäfts- oder Verantwortungsbereich der Beklagten gehören. Es stellt allein auf die Gesamtschuld ab. Damit verlässt das OLG Karlsruhe die bislang anerkannte erweiternde Auslegung des § 138 Abs. 4 ZPO und entfernt sich weiter vom Wortlaut der Norm.

Die vom OLG Karlsruhe an dieser Stelle zitierte Entscheidung des BGH (BGH, Urt. v. 29.04.2010, I ZR 3/09, DB0390772) lässt eine so eindeutige Schlussfolgerung jedoch nicht zu. Dort wird die Unzulässigkeit des Bestreitens gem. § 138 Abs. 4 ZPO nicht mit einer zwischen den dortigen Beteiligten bestehenden Gesamtschuld begründet. Die Tatsache, die die dortige Beklagte bestreitet, betrifft eine vertraglich geschuldete Leistung, die von der Beklagten gemeinsam mit ihrer Gesamtschuldnerin zu erbringen war. Der relevante Vorgang war damit nicht ausschließlich bei der Gesamtschuldnerin angelegt, sondern gleichzeitig auch bei der Beklagten. Dies ist in Kartellschadensersatzfällen anders. Die ggf. deliktisch begründete Gesamtschuld betrifft für eine Kartellantin Vorgänge (Lieferungen, Treffen, etc.) die, soweit sie nicht selbst an ihnen beteiligt war, völlig außerhalb des eigenen Geschäftsbereichs liegen. Die Entscheidung des BGH wird vom OLG Karlsruhe nicht sachgerecht übertragen.

Kurios ist darüber hinaus, dass das OLG Karlsruhe die Pflicht zur Informationsbeschaffung auf eine Gesamtschuldnerschaft stützt, obwohl die Gesamtschuldnerschaft der Beklagten und der Streithelferinnen zu 1 und 2 vom OLG Karlsruhe an späterer Stelle im Urteil abgelehnt wird. Da die Gesamtschuld in Kartellschadensersatzfällen häufig streitig sein wird, scheint es auch aus diesem Gesichtspunkt nicht sachgerecht, das Bestreiten mit Nichtwissen aus Gründen der (abstrakten) Gesamtschuld nicht zuzulassen.

V. Darlegung des Pass-On Einwands muss auf konkrete Marktverhältnisse Bezug nehmen

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe stellt Kriterien für den Umgang mit der *Pass-On Defence* auf. Die *ORWT*-Entscheidung des BGH (BGH, Urteil v. 28.06.2011, KZR 75/10, WuW0463910) wird dabei angewendet und weiterentwickelt. Ausgangspunkt ist, dass der Kartellteilnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Vorteilsausgleichung durch die Weitergabe des Kartellaufpreises des Klägers an die nachfolgende Marktstufe trägt. Im vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall hatte die Beklagte sich mit der Ausführung begnügt, Bauunternehmen hätten allgemein im streitgegenständlichen Zeitraum stets die Preise erhöht. Deshalb bestehe die Möglichkeit, dass auch die Klägerin den kartellbedingt erhöhten Preis zumindest größtenteils an ihre Abnehmer weitergegeben habe. Das genüge dem OLG Karlsruhe nicht. Es betont stattdessen die drei Voraussetzungen für eine erfolgsversprechende Darlegung des Pass-On:

- Plausibler Vortrag, dass ein Pass-On – unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse (Nachfrageelastizität, Preisentwicklung und Produkteigenschaften) – zumindest ernsthaft in Betracht kommt.

- Darlegung, dass dem Pass-On keine Nachteile des Abnehmers, z. B. durch Nachfragerückgang, gegenüberstehen (*Mengeneffekte*).
- Darlegung, dass sich Preiserhöhungen des Abnehmers nicht aus dessen eigenem Wertschöpfungsanteil begründen.

Die Entscheidung gibt ein Beispiel, wie eine Pass-On Defence nicht auszusehen hat. Wann hingegen ein „plausibler Vortrag“ vorliegt, ist damit noch nicht geklärt. Jedenfalls ist Beklagten zu raten, dem Pass-On genaues Augenmerk zu schenken. Aus den von der Beklagten vorgebrachten – oder ggf. bereits von der Klägerin selbst geschilderten und von der Beklagten analysierten – Marktverhältnissen, muss der Richter die ernsthafte Möglichkeit einer Weiterwälzung erkennen können. Ein entsprechender Auftrag an den Parteigutachter auf Beklagtenseite scheint unumgänglich.

VI. Verjährung – uneinheitliche Rspr. zu Hemmung gem. § 33 Abs. 5 GWB und dem kenntnisabhängigen Verjährungsbeginn

Insb. für Altfälle – d. h. Ansprüche, die nicht vollumfänglich auf den im Juli 2005 eingeführten § 33 Abs. 3 GWB n.F. gestützt werden können – interessant sind die Ausführungen des OLG Karlsruhe zum Beginn der kenntnisabhängigen Verjährung sowie der rückwirkenden Anwendbarkeit der Hemmungsvorschrift des § 33 Abs. 5 GWB (vgl. Scheffler, WRP 2007, 163, 168; Bien/Harke, ZWeR 2013, 312; Zimmer/Logemann, WuW 2006, 982, 989). In beiden Fragen stellt sich das OLG Karlsruhe gegen das OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.2015, VI-U (Kart) 3/14, WUW0694655), welches ebenfalls zum Grauzementkartell zu diesen Fragen Stellung genommen hatte.

Das OLG Karlsruhe geht davon aus, dass die Klägerin die den Verjährungsbeginn auslösende Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis nicht bereits mit Erlass des Bußgeldbescheids und der begleitenden Presseberichterstattung hatte (so aber das OLG Düsseldorf im zitierten Fall und vorgehend LG Düsseldorf, Urt. v. 17.12.2013, 37 O 200/09, WUW0647509). Erst durch Einsicht in die Bußgeldbescheide hätte sie hinreichende Informationen und einen Überblick über die zur Verfügung stehenden Beweismittel erlangen können. Die Klägerin habe die Presseberichterstattung zum Anlass für weitere Ermittlungen nehmen und Einsicht in die Bußgeldbescheide nehmen müssen. Auf Grund der üblicherweise längeren Verfahrensdauer von Akteneinsichtsgesuchen müsse man hierfür rund zehn Monate einrechnen. Die Verjährung würde dann am Ende des Jahres beginnen, in welchem Einsicht in den Bußgeldbescheid genommen wurde bzw. realistischer Weise genommen werden konnte.

Zur Frage der Anwendbarkeit der Hemmungsvorschrift des § 33 Abs. 5 GWB urteilt das OLG Karlsruhe, dass diese ausweislich des eindeutigen Wortlauts und mangels planwidriger Regelungslücke nur auf Ansprüche gem. § 33 Abs. 3 GWB und damit nicht auf Altfälle anwendbar sei. Das bedeutet, dass Ansprüche, die vor Juli 2005 entstanden sind, regelmäßig bereits verjährt wären – behördliche Verfahren hemmen nach dem OLG Karlsruhe den Verjährungslauf dieser Ansprüche nicht.

Mangels einheitlicher obergerichtlicher Rspr. zu diesen Themen ist Kartellgeschädigten zu raten, für Ansprüche aus älteren Kartellen möglichst schnell tätig zu werden. Wegen der strengeren Auslegung des OLG Düsseldorf sollte bereits eine Presseberichterstattung zum Anlass für anspruchshemmende Maßnahmen genommen werden.

VII. Ersatz von „Umbrella“-Schäden und Gesamtschuld im Rahmen des § 852 BGB kaum denkbar

Schließlich äußert sich das Gericht zum sog. „Restschadenersatzanspruch“ gem. § 852 BGB. Obwohl dies die einzige Entscheidung eines deutschen Obergerichts ist, welche sich mit der bislang wenig beleuchteten (hierzu ausführlich Bernhard, NZKart 2014, 432) Frage der Möglichkeit einer Gesamtschuld und der Ersatzfähigkeit von Umbrella-Schäden im Rahmen des § 852 BGB befasst, nimmt das Gericht hierzu lediglich kurz Stellung. Geradezu im Vorbeigehen lehnt das Gericht eine Haftung für Schäden aus Zementbezügen von anderen Kartellanten (aus Gesamtschuld) oder von Dritten (Umbrella-Schäden) ab.

Gem. § 852 BGB sei die Beklagte verpflichtet, diejenigen Vermögensvorteile, die sie durch den Kartellverstoß auf Kosten der Klägerin erlangt hat, herauszugeben. Grds. sei es nach der Entscheidung möglich, dass einem Kartellanten Mehrerlöse dritter Lieferanten (unabhängig von deren Beteiligung am Kartell) zufließen und damit nach § 852 BGB von diesem herausverlangt werden können. Eine gesamtschuldnerische Haftung sei insbesondere dann möglich, wenn die Kartellanten wechselseitig an ihren jeweiligen Mehrerlösen partizipiert haben. Im entschiedenen Fall war dies nicht vorgetragen und konnte deswegen nicht zugesprochen werden.

Diese Möglichkeit dürfte auch sonst eine rein theoretische sein. Denn es ist kaum ein Fall vorstellbar, in welchem ein Kartellant am kartellbedingten Mehrerlös seiner Wettbewerber partizipiert. Kartellgeschädigte werden daher im Regelfall über § 852 BGB vom Kartellanten nur den von ihm selbst erzielten Mehrerlös erlangen können. Gerade bei Altfällen (s. o.) sollte daher erwogen werden, sämtliche Kartellanten zu verklagen.

Redaktionelle Hinweise:

- Volltext-Urteil online: RS1224847;
- vgl. zum Grauzementkartell BGH, Beschl. v. 26.02.2013, KRB 20/12, WuW 2013, 609 = WUW0593504 und OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.06.2009, VI-2a Kart 2-6/08 OWi, RS0914971.

»WUW1224438

Ministererlaubnis bestandskräftig: Einigung zwischen Edeka und Rewe

Ministererlaubnis • Fusionskontrolle • LEH

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Pressemitteilung vom 08.12.2016; **Bundeskartellamt (BKartA)**, Pressemitteilung vom 08.12.2016

Am 08.12.2016 hat das BKartA die Weiterveräußerung von 63 Lebensmitteleinzelhandelsstandorten in Berlin sowie jeweils zwei Filialen in Nordrhein-Westfalen und im Großraum München von Edeka an Rewe freigegeben. Nachdem Rewe die Beschwerde gegen die Ministererlaubnis des Zusammenschlusses Edeka/Kaiser's Tengelmann beim OLG Düsseldorf zurückgenommen hat, ist die Ministererlaubnis nunmehr bestandskräftig und der Zusammenschluss kann vollzogen werden.

Bundeswirtschaftsminister *Sigmar Gabriel* äußerte sich mit Blick auf die Sicherung von rund 15.000 Arbeitsplätzen erfreut über diese Nachricht: „Die Ministererlaubnis gilt. Die mehr als 15.000 Arbeitsplätze der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter