

## Aufsatz

Dr. iur. Menno Aden\*

# Schadensersatz bei Kartellverstößen

## I. Ausgangspunkt und Fragestellung

Wer einem anderen Schaden zufügt, muss diesen ersetzen. Die dogmatische Form dieses Weltrechtssatzes kann trotz gewisser Unterschiede im Grunde dahinstehen. Es ist letztlich dasselbe gemeint, ob wie in § 823 BGB die Verletzung eines »absoluten« Rechts oder eines Schutzgesetzes den Anspruch auf Wiedergutmachung auslöst oder ob in Art. 1240<sup>1</sup> des französischen Code Civil von *faute* oder im britischen common law von *tort* die Rede ist. Schadensersatz dient dem Individualinteresse. Das Wettbewerbsrecht, also auch das Kartellrecht als Teil des öffentlichen Rechts, ist aber dem Gemeinwohl verpflichtet. Das Recht des Kartellschadensersatzes, wie es sich in der BGH-Rechtsprechung im Einklang mit der EU-Rechtsetzung abzeichnet, verbindet beide Rechtsbereiche. Damit entstehen namentlich auf den weiteren Vertriebsstufen schwierige Fragen des Schadensnachweises, die den öffentlich-rechtlichen Zweck verdunkeln. Soll der Einzelne vor den Kartellgenossen oder die Allgemeinheit vor einer Gefährdung der Wettbewerbsordnung geschützt werden? Wenn beides – in welchem Verhältnis stehen diese Ziele zueinander?

Die folgenden Ausführungen plädieren dafür, das geltende System des Kartellschadensersatzes zu überdenken, jedenfalls aber die Schadensersatzhaftung auf den Schaden der ersten Vertriebsstufe zu beschränken.

## II. Kartelle und Wirtschaftspolitik

### 1. Grundlagen des Wettbewerbs

Geschütztes Gut sind die *wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen*, also der Wettbewerb um Wirtschaftsgüter. Ist aber Wettbewerb eigentlich wirklich so wichtig, dass ein umfangreiches Rechtssystem mit zahlreichen Gesetzen, Vorschriften und Kartellämtern zu seinem Schutz unterhalten wird?<sup>1</sup> Und was meint man eigentlich mit Wettbewerb? Wenn nämlich eine Organisation eine kritische Größe erreicht hat, muss man Mut haben, nach ihrem Sinn<sup>2</sup> zu fragen. Nach seinem Amtsantritt suchte US-Präsident *Ronald Reagan* den Chef, damals *Paul Volker*, der Federal Reservebank, Fed, auf und meinte:

---

\* **Menno Aden**, Essen/Ruhr, ehem. Professor FH

<sup>1</sup> Um mit dieser Frage nicht missverstanden zu werden, verweist der *Verf.* auf sein anlässlich der Wiedervereinigung zur Unterrichtung der DDR-Bürger geschriebenes Buch *Aden, Märkte, Preise Wettbewerb. Eine Einführung in die soziale Marktwirtschaft*, 2. Aufl. 1992, S. 59.

<sup>2</sup> Martin Luther wäre fast verbrannt worden, weil er die Existenzberechtigung des Papstes in Zweifel zog.

»Why do we need a Fed at all?« (Warum brauchen wir die Fed überhaupt?)

*Volker* sei völlig perplex gewesen.<sup>3</sup> *Reagans* Frage war aber berechtigt. Der Aufstieg der westlichen Volkswirtschaften fand ohne Zentralbanken statt. Erst *Knapps* Erkenntnis und die Theorien von *Keynes* machten Zentralbanken nötig.<sup>4</sup>

Der Präsident des Bundeskartellamtes, *Andreas Mundt*, hat am 15.1.2018 in einem auf der Netzseite des Amtes wiedergegebenen Interview mit dem ZDF auf die entsprechende, sein Amt betreffende Frage, wie die deutsche Wirtschaft ohne das Bundeskartellamt aussähe, erklärt:

»Die Preise wären höher, die Qualität von Produkten und Dienstleistungen schlechter, die Verbraucher wären marktmächtigen Unternehmen schutzlos ausgeliefert und wir hätten wesentlich weniger Innovation. Dass Deutschland in so vielen Bereichen Weltmarktführer ist, hängt sicherlich auch mit dem sehr starken Wettbewerb zusammen. Wer es schafft, sich in Deutschland zu behaupten, der hat auch auf den Weltmärkten gute Chancen. Dagegen galt Deutschland im frühen 20. Jahrhundert als das Land der Kartelle. Es gab keine Aufsicht über marktbeherrschende Unternehmen.«<sup>5</sup>

Ist das denn richtig, dass die Verbraucher marktmächtigen Unternehmen schutzlos ausgeliefert wären? Wettbewerb ist eine von mehreren gleich wichtigen Bedingungen unserer Wirtschaftsordnung. Diese ist mit den Interessen des Verbrauchers aber nicht identisch. Der Verbraucher, der auch Wähler ist, will günstige Preise, und zwar jetzt. Eine Regierung, die das nicht sieht, gefährdet die Wirtschaftsordnung. Beispiel: Am 13.8.1971 verfügte US-Präsident *Richard Nixon* Preiskontrollen. *Nixon* wusste, dass das falsch war und gab es später zu.

»But a lot of consumers liked the idea of freezing prices.«<sup>6</sup>  
(Aber vielen Verbrauchern gefiel die Idee des Preisstopps.)

Die zweite Behauptung, dass ohne Bundeskartellamt die Preise höher wären, mag schon mal stimmen, oft stimmt sie auch nicht; jedenfalls gibt es dazu offenbar keine belastbaren Erhebungen.<sup>7</sup> Kartelle und auch Fusionen sind nicht immer schädlich, sondern manchmal nötig, um gegenüber ausländischen Anbietern wettbewerbsfähig zu werden oder zu bleiben.

---

<sup>3</sup> *Greenspan, Alan*, *The Age of Turbulence*, New York 2007, S. 62.

<sup>4</sup> *Knapp, Georg*, *Staatliche Theorie des Geldes*, 1905, Der erste Satz des Buches lautet: »Geld ist ein Geschöpf der Rechtsordnung.« Vgl. *Aden*, *Kulturgeschichte der großen deutschen Erfindungen und Entdeckungen*, 2019, S. 217.

<sup>5</sup> [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Interviews/DE/2018/180115\\_ZDF\\_Online.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Interviews/DE/2018/180115_ZDF_Online.html).

<sup>6</sup> *Greenspan, Alan*, a.a.O. (Fn. 3), S. 62.

<sup>7</sup> Wenn etwas politisch gewollt ist, fehlt oft die Begründung. Als Oberkirchenratspräsident der Ev.-luth. Landeskirche Mecklenburgs war der *Verf.* mit der Abschaffung des Buß- und Bettags als eines gesetzlichen Feiertages zur Finanzierung der Pflegeversicherung befasst. Ich fragte Politiker: Gibt es eine Rechnung, wonach die Streichung eines Feiertages überhaupt einen Beitrag leisten kann? Es gab sie nicht.

## 2. Deutsche Kartelle

Als Grundlage des modernen Kartellrechts wird oft der US-Sherman Anti-Trust-Act (1890) genannt. Um dieses Gesetz richtig einzuordnen, muss man sich die hochkapitalistische Entwicklung der damaligen USA vor Augen stellen, die mit ihren Eisenbahn-, Zucker-, Öl- usw. Monopolisten noch weitgehend im rechtsfreien Raum vollzog. Die vom Präsidenten des Bundeskartellamtes in o.a. Interview angeprangerte Kartellierung der deutschen Wirtschaft mit der Kartellverordnung von 1923 ist völlig anderer Herkunft. Diese Verordnung erlaubte Kartelle, beschränkte aber die Vertragsfreiheit der Kartellgenossen, indem sie Eingriffe der Kartellbehörde im Interesse des Gemeinwohls vorsah. Die Verordnung von 1923 stammt aus der Notzeit der Hyperinflation und der französischen Rheinlandbesetzung nach dem 1. Weltkrieg. Im ressourcenarmen Deutschland dienten Kartelle und Kartellabsprachen der Sicherung, oft dem Überleben der schwer angeschlagenen deutschen Wirtschaft angesichts der monopolistischen Übermacht ausländischer Ressourcenbesitzer, nicht der Sicherung von Marktmacht, obwohl auch das vorkam, wie der berühmte Benrather Tankstellenfall von 1931 zeigt.<sup>8</sup>

Dieser ist geradezu ein Lehrfall für die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsrechts: Kartellgenossen setzten dem Kläger, der in seiner Tankstelle billigeres Benzin verkaufte, mit Unterbietungspreisen zu, dem Kartell entweder beizutreten oder aufzugeben. Der Kläger klagte auf Unterlassung. Das Reichsgericht gab der nach heutigem Recht sehr einfach zu entscheidenden Klage zwar statt, aber die im Gegensatz zum sonst knappen Stil des RG etwas umständlich aus § 1 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und § 826 BGB hergeleitete Begründung ist weniger juristisch als politisch. RG: „Von allergrößter Bedeutung für die Frage, ob den Beklagten eine Sittenwidrigkeit zur Last fällt, ist die zur Zeit in unserem ganzen Volk herrschende ungeheuere wirtschaftliche Not.... Es wäre ein Unding, wenn die Rechtsordnung es zulassen würde, dass auf dem Wege des stärksten wirtschaftlichen Drucks Preiserhöhungen durchgesetzt würden.“

## 3. Entstehung des deutschen Kartellrechts als Kriegsfolge

Die heutige EU ist aus der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) entstanden, die eine namentlich von Frankreich gewünschte dauernde Kontrolle der deutschen Wirtschaft gemildert fortsetzen sollte.<sup>9</sup> Die Voraussetzungen und Anfänge des heutigen deutschen, und

---

<sup>8</sup> Vgl. den Benrather Tankstellenfall (1931), RG 134, 342

<sup>9</sup> Vgl. engl. Wikipedia (Juli 2023) European Coal and Steel Community: »As Prime Minister and Foreign Minister, Schuman was instrumental in turning French policy away from the Gaullist objective of permanent occupation or control of parts of German territory such as the Ruhr or the Saar.«

damit letztlich auch des europäischen Kartellrechts haben dieselben Wurzeln. Ausgangspunkt war der von den USA betriebene Entflechtungsbeschluss im Potsdamer Abkommen vom Juli 1945:

»At the earliest practicable date, the German economy shall be decentralized for the purpose of eliminating the present excessive concentration of economic power as exemplified in particular by cartels, syndicates, trusts and other monopolistic arrangements.«<sup>10</sup>

Zum frühestmöglichen Zeitpunkt soll die deutsche Wirtschaft dezentralisiert werden, um die gegenwärtige übermäßige Konzentration wirtschaftlicher Macht, wie sie insbesondere durch Kartelle, Syndikate, Trusts und andere monopolistische Vereinbarungen zum Ausdruck kommt, zu beseitigen.

Ziel dieser Maßnahme war also nicht, in Deutschland eine leistungsfähige, auf Wettbewerb gestützte Marktwirtschaft einzuführen,<sup>11</sup> sondern die deutsche Wirtschaft einzuhegen. Das war aus Sicht der Sieger verständlich. Der Kartellierungsgrad der deutschen Wirtschaft war, wie dargelegt, beträchtlich. Aber nur durch die Zusammenfassung seiner wirtschaftlichen und wissenschaftlichen Möglichkeiten konnte Deutschland seine Kapital- und Ressourcenarmut im Verhältnis zu seinen Kolonien besitzenden Konkurrenten aufwiegen. Nur durch Zusammenfassung von Kapital und Technik konnten z.B. die Ammoniak-, Kautschuk- oder Benzinsynthese großtechnisch ermöglicht werden. Beispiel: 1934 versammelte Reichswirtschaftsminister *Schacht* die Vertreter der Kohle- und Mineralölindustrie, wies auf die bedrohliche Abhängigkeit von den Mineralölmonopolen der Angloamerikaner hin und erließ aufgrund des Zwangskartellgesetzes von 1934 die Verordnung über die Errichtung der Brabag – Braunkohle-Benzin AG. Die IG-Farben, das damals größte Chemiekonglomerat der Welt, wurde verpflichtet, der Brabag die notwendigen Lizenzen für das Bergius-Verfahren der Kohleverflüssigung zu erteilen. Der deutsche Bedarf an Kraftstoffen konnte daher bis etwa 1944 gedeckt werden.

#### 4. Entwicklung des GWB

In diesem Umfeld entstand das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 3.7.1957. Diesem waren lange Beratungen vorausgegangen, in deren Zusammenhang *Ludwig Erhard* sagte:

»Die soziale Marktwirtschaft beinhaltet nicht die Freiheit der Unternehmer, durch Kartellabmachungen die Konkurrenz auszuschalten; sie beinhaltet vielmehr die Verpflichtung, sich durch eigene Leistung im Wettbewerb mit den Konkurrenten die Gunst des Verbrauchers zu verdienen. Nicht der Staat hat darüber zu

---

<sup>10</sup><https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1945Berlinv02/d1380>.

<sup>11</sup> Das war nicht nötig. Dazu das Lob von *Arnold Toynbee* (Study of History, Oxford 1945, Bd. II, S. 57) an Preußen: »to raise the population to unprecedented standards of social efficiency ... and social security.« (die Bevölkerung auf ein noch nie dagewesenes Niveau sozialer Leistungen ... und sozialer Sicherheit zu heben.)

entscheiden, wer am Markt obsiegen soll, aber auch nicht eine unternehmerische Organisation wie ein Kartell, sondern ausschließlich der Verbraucher. Der Gesetzgeber muß also dem Problem der wirtschaftlichen Macht als einem möglichen Störfaktor des marktwirtschaftlichen Gleichgewichts seine besondere Aufmerksamkeit schenken.«<sup>12</sup>

Kern des Gesetzes war also die Fusionskontrolle und die Missbrauchsaufsicht in Bezug auf marktbeherrschende Unternehmen. Es folgten in rascher Folge Novellierungen, welche die Eingriffsbefugnisse des Staates stets mit der Begründung einer Verbesserung und Sicherung des Wettbewerbs erweiterten. Die nun vom Bundeskabinett beschlossene 11. Novelle zum GWB<sup>13</sup> setzt diesen Trend der zunehmenden staatlichen Eingriffe fort. **Das Selbstlob des Wirtschaftsministers, diese Novelle sei die größte Änderung des GWB seit Ludwig Erhard, lässt ordnungspolitisch nichts Gutes erwarten. Die Wirtschaft scheint ziemlich einhellig in ihrer Ablehnung.**

Die Entwicklung des Kartellschadensersatzrechts erweist sich als ein Teil dieser Tendenz, insofern das Privatinteresse eines sich durch einen Kartellverstoß geschädigt fühlenden Klägers zur Sicherung des Allgemeininteresses an einem effektiven Wettbewerb instrumentalisiert wird.<sup>14</sup>

### III. Der Schadensersatzanspruch

#### 1. Anspruchsgrundlage

In Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union wurde mit Gesetz vom 18.1.2021 § 33a in das GWB eingefügt:

»Wer einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.«

Der Tatbestand bzw. die Reichweite der Haftungsnorm ergibt sich erst über eine doppelte Verweisung. Die haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmale folgen aus § 33 Abs. 1 GWB:

»Wer gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstößt (Rechtsverletzer) oder wer gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet.«

---

<sup>12</sup> Nach Wikipedia: Konrad Adenauer Stiftung.

<sup>13</sup> RegE v. 16.5.2023, BT-Drs. 20/6824.

<sup>14</sup> Vgl. *Wurmnest*, Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche von Kartellbeteiligten bei Verstößen gegen das EG-Kartellverbot, RIW 2003, 896; *Steinhardt*, <https://archiv.ub.uni-heidelberg.de/volltextserver/23752/1/Steinhardt.pdf>.

Wer ist mit »wer« gemeint? Gemeint ist offenbar der im Deliktsrecht anerkannte Täterkreis aus Haupt- und Mittätern sowie Anstiftern, und zwar in den Tatformen aktiven Tuns und pflichtwidrigen Unterlassens. Aktiv legitimiert ist nur der Kartellbetroffene. Entsprechend kann passiv legitimiert nur sein, wer als Täter eines Kartellverstoßes in Betracht kommt. Täter kann also nur ein Unternehmer sein, wie auch Art. 101 AEUV von Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen spricht. Wer als Nicht-Unternehmer einen Kartellverstoß begeht, ist für den Schadenersatzanspruch, jedenfalls soweit er aus Art. 101 AEUV begründet werden soll, nicht passiv legitimiert.

Aber ein Verstoß gegen § 33 Abs. 1 GWB umfasst auch § 1 GWB, der als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB gilt.

**Beispiel:** Die Anti-Fleisch-Bewegung (AFB) fordert die Fleischindustrie auf, ein Preiskartell zu gründen, um die Verbraucher durch unerschwingliche Preise zu vegetarischer Ernährung zu veranlassen. Verbraucher V klagt gegen AFB wegen zu hoher Preise des Schweinebratens.

Täterschaftlich käme Anstiftung in Betracht, § 830 Abs. 2 BGB. Die AFB wäre demnach für den Schaden des V haftbar. Problematisch ist auch folgendes

**Beispiel:** Molkerei M weiß, dass ihre marktbeherrschenden Konkurrenten A und B die Joghurtpreise abgesprochen haben. M, die sich im Joghurtgeschäft schwertut, schweigt und bietet ihren Joghurt auch teurer, aber knapp unter dem Kartellpreis an. Verbraucher V, der den M-Joghurt bevorzugt, klagt gegen M. Zu Recht?

## 2. Konzernprivileg

Es stellt sich die Frage, ob Kartelle zwischen einer Muttergesellschaft und ihrer Tochtergesellschaft oder zwischen Tochtergesellschaften derselben Muttergesellschaft möglich sind. Die Gesetzestexte (deutsches und EU-Recht) schweigen. Im Prinzip sollte die Antwort also Ja lauten. Rechtlich selbständige Unternehmen verfügen über die Autonomie, Verträge untereinander und mit Dritten abzuschließen, und solche Verträge können, die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt i.S.d. Art. 101 AEUV sein. In der Praxis wird davon ausgegangen, dass ein »Konzern-Privileg« besteht. Das ergibt sich aus der Logik des Gesetzes, das den Wettbewerb sichern will. Kommt es nämlich zwischen zwei oder mehreren Unternehmen aufgrund ihrer Verflechtung zueinander nicht zu einem echten Wettbewerb, ist für sie das Kartellrecht nicht anwendbar. Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen einem Mutterunternehmen und seinem Tochterunternehmen sowie zwischen Tochterunternehmen desselben Konzerns fallen nicht unter das europäische und deutsche Kartellverbot, solange diese Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn die Tochter aufgrund des dominanten

Einflusses der Mutter ihre Wettbewerbsautonomie verloren hat.<sup>15</sup>

### 3. Kartellbetroffenheit

Aktiv legitimiert für den Unterlassungsanspruch ist der Betroffene. Dieser wird in § 33 Abs. 3 GWB definiert:

»Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.«

§ 33 Abs. 3 GWB bezieht sich nach dem Wortlaut nur auf den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch, dürfte aber mit der h.M. auch für den Schadensersatzanspruch gelten. Voraussetzung des haftungsbegründenden Tatbestands eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs ist, dass dem Anspruchsgegner ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anzulasten ist, das geeignet ist, einen Schaden des Anspruchstellers unmittelbar oder mittelbar zu begründen.<sup>16</sup> Für die Feststellung dieser Voraussetzung gilt der Maßstab des § 286 ZPO, also freie Beweiswürdigung. Nichts anderes gilt für einen Anspruch, der auf einem Verstoß gegen Art. 101 AEUV beruht. Die Kartellbetroffenheit setzt lediglich voraus, dass das wettbewerbsbeschränkende Verhalten *geeignet* ist, einen Schaden des Anspruchstellers unmittelbar oder mittelbar zu begründen. Es bedürfe daher nicht der Feststellung einer konkret-individuellen Betroffenheit.<sup>17</sup> Die Kartellbetroffenheit begründet also zwar noch keine Schadensersatzpflicht, öffnet aber den Weg für die Prüfung der schadenausfüllenden Kausalität.<sup>18</sup>

### 4. Daraus entstehende Schäden

§ 33a Abs. 2 GWB lautet:

»Es wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht.«

Es sei P der Preis einer bestimmten Menge eines Wirtschaftsgutes WG, der sich bei vollkommenem Wettbewerb einstellt. Wenn Käufer K1 dem Verkäufer V den Preis  $P + x$  bezahlt, dann ist  $x$  ein Nachteil oder Schaden. Den hat K1 selbst zu tragen, es sei denn, es findet sich ein Rechtsgrund, einen anderen, vielleicht V, dafür verantwortlich zu machen. Die Markt- oder Verkehrswirtschaft ist durch Vertragsfreiheit geprägt. Wenn V und gegebenenfalls weitere Verkäufer vereinbaren, ein bestimmtes Wirtschaftsgut (WG) nur zu dem Preis  $P + x$  abzugeben, dann ist der Vertrag gültig, es

---

<sup>15</sup> Aden, Die Rechtsfähigkeit des Konzerns – Zur funktionsbezogenen Rechtsfähigkeit, DZWIR 2011, 89-92.

<sup>16</sup> BGH v. 23.9.2020 – KZR 35/19 – »LKW-Kartell«, BGHZ 227, 84 m.w.N.

<sup>17</sup> St. Rspr, vgl. BGH v. 23.9.2020 »LKW-Kartell«, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 31; vgl. US-Supreme Court, United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 U.S. 150 (1940): Agreements to fix prices in interstate commerce are unlawful *per se* under the Sherman Act, and no showing of so-called competitive abuses or evils which the agreements were designed to eliminate or alleviate may be interposed as a defense.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 28.6.2022 – KZR 46/20 – »Stahl-Strahlmittel«, NRW-RR 2023, 117.

sei denn, ein Gesetz erklärt diesen z.B. als Karellvertrag für ungültig (z.B. §§ 134, 138 BGB, § 1 GWB). In diesem Fall kommt in Betracht, dass K1 von den V und den Kartellgenossen in Höhe von x Schadensersatz verlangen kann. Es stellen sich dann weitere Fragen. Wenn Käufer K1 das WG an K2 zum Preis von  $P + x$  verkaufen kann, wird der auf Schadensersatz in Anspruch genommene V dem K1 den Einwand des Vorteilsausgleichs entgegenhalten, denn K1 hat den Schaden  $x$  auf K2 überwält (Schadensüberwälzung oder pass-on). Verkauft K2 an K3 usw., setzt sich die Kette theoretisch beliebig weiter fort. K2, K3 usw. können einer von Tausenden sein, die dieses WG (z.B. ein Massenverbrauchsmittel) erwerben und auf verschiedenen Stufen zu individuellen Verträgen weiterverkaufen. Die Schadensüberwälzung nebst Vorteilseinwand kann daher sehr schnell zu sehr unübersichtlichen Rechtsfällen führen, denen sich die adäquate Kausalität zur Unsichtbarkeit verdünnt.

Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch ist die Kausalität der Rechtsverletzung. Im Regelverfahren (z.B. §§ 249–252 BGB) obliegt dem Kläger die Beweislast dafür, dass der Schaden, für den er Ersatz verlangt, Folge einer bestimmten vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlung des Beklagten ist. § 33 Abs. 1 GWB bedeutet eine Umkehr der Beweislast. Die Vermutung bezieht sich auf die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, nicht auf die Schadenshöhe. Der Kläger muss daher nachweisen, dass er von der Rechtsverletzung betroffen ist. Dadurch soll ein Schaden entstanden sein. Allerdings muss der Kläger nun die Höhe des Schadens nachweisen. Trotz der gesetzlichen Schadensvermutung ist es weder in der ökonomischen Theorie noch in der Praxis möglich, eine typische Schadenswirkung in Prozent des Preises oder des Handelsvolumens zu identifizieren. Der Schaden hängt von einer Reihe von Faktoren ab, die sich im Einzelfall auswirken können. Aus diesen Gründen muss die Höhe des Preiseffekts für jeden betrachteten Markt geschätzt werden. Die Differenz zwischen dem beobachtbaren Preis, der vom Kartell verlangt wurde, und dem hypothetischen »Als-ob-Preis« (als ob Wettbewerb existiert hätte) muss geschätzt werden. Dieser kann gemäß § 287 ZPO ermittelt und dann mit dem während der Kartelldauer gezahlten Betrag multipliziert werden. Die Preisbildung steht im Mittelpunkt des gesamtwirtschaftlichen Systems und alle Handlungen müssen sich an Preisen ausrichten<sup>19</sup>. Was der Preis aber *eigentlich* ist, weiß niemand. Diese Frage hat für die Volkswirtschaftslehre eine ähnliche Wertigkeit wie die Frage nach den Kernbegriffen in anderen Wissenschaften. Recht: Gerechtigkeit? Medizin: Gesundheit? Physik: Energie? Theologie: Gott? Meistens hat wohl der Gleichgewichtspreis, der sich bei vollkommener Konkurrenz ergibt (Beispiel: der Preis für die Normalbratwurst oder für gebrannte Mandeln auf dem Weihnachtsmarkt), als der »Normalpreis« zu gelten. *Schumpeter* stellt allerdings fest, dass vollkommene Konkurrenz die Ausnahme bildet. Die Bedingungen, die

---

<sup>19</sup> Eucken, Walter, *Grundlagen der Nationalökonomie*  
8. Aufl. 1965, Springer Verlag, S. 228

erfüllt sein müssen, um vollkommene Konkurrenz in der Wirtschaft zu bewirken, zeigten, dass es nicht viele Beispiele dafür gebe.<sup>20</sup>

## 5. De minimis-Ausnahme

Im August 2014 veröffentlichte die Europäische Kommission eine De-minimis-Mitteilung<sup>21</sup>, in der sie die Bedingungen darlegte, unter denen Vereinbarungen zwischen Unternehmen mit geringem Wert nicht unter das allgemeine Verbot wettbewerbswidriger Praktiken im EU-Wettbewerbsrecht fallen. Die Bekanntmachung legt einen Schutzbereich (sog. »Safe Harbor«) für Unternehmen fest, deren gemeinsamer Marktanteil bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern nicht mehr als 10 % und bei Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern 15 % beträgt. Diese Schwellenwerte sind gegenüber der vorherigen Ankündigung unverändert geblieben. Allerdings: Vereinbarungen, deren Zweck die »Beschränkung des Wettbewerbs« ist, werden – unabhängig von Marktanteilen – stets als Verstoß gegen Art. 101 AEUV gewertet.

## 6. Anwaltsinteressen

Für Anwälte bedeutet das Urteil des BGH vom 28.6.2022<sup>22</sup> einen weiteren wichtigen Erfolg. Die Kanzlei, die dieses Urteil erfochten hat, wirbt damit. Sie sei eine der führenden Kanzleien für kartellrechtliche Schadensersatzprozesse in Deutschland, sie vertrete deutschlandweit Kartellgeschädigte in mehr als 300 Kartellschadensersatzprozessen.<sup>23</sup> Das LKW-Kartell hat in Spanien zu 1185 Klagen geführt.<sup>24</sup> Auch das hat den Anwälten wohlgetan. Ist es das, was man will?

## IV. Rechtsprechungsbeispiele

### 1. »ORWI« (BGH vom 28.6.2011 – KZR 75/10)

Nach einer Auffassung dient der Schadensersatzanspruch bei Kartellrechtsverstößen hauptsächlich dem Schadensausgleich; die Präventionswirkung ist nur eine Nebenfolge (EU-Lösung). Nach der zweiten Auffassung (US-Lösung) hat auch der privatrechtliche Schadensersatzanspruch bei Kartellverstößen die Präventionswirkung als Zweck. Nach der US-Lösung kommt es also nicht so sehr darauf an, wer durch ein Kartell *geschädigt* wird, sondern darauf, ob ein Kläger für die Kartellgenossen besonders effektiv i.S.d. Prävention ist. Die europäische Lösung und die des BGH deutet sich in der

---

<sup>20</sup> Schumpeter, Joseph, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Bern 1946, S. 131.

<sup>21</sup> <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/deminimis.html>

<sup>22</sup> BGH v. 28.6.2022 »Stahl-Strahlmittel«, a.a.O. (Fn. 18).

<sup>23</sup> <https://www.sgp-rechtsanwälte.de/aktuell/bgh-klaert-wichtige-fragen-zur-kartellbetroffenheit-in-der-vertriebskette/>.

<sup>24</sup> Marcos, ZEuP 2023, 178 ff. Trucks and Cartel Damage Claims.

»ORWI«-Entscheidung vom 28.6.2011<sup>25</sup> an. Dort hat der BGH als Leitsätze formuliert:

»Einem indirekten Abnehmer der Kartellteilnehmer steht ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 101 AEUV zu, wenn er durch das kartellrechtswidrige Verhalten einen Schaden erlitten hat. Die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt der indirekte Abnehmer.

Der Vorteil, der dem Geschädigten aus einer Abwälzung des kartellbedingten Preisauflags auf seine Abnehmer erwächst, kann unter dem Aspekt der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sein. Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung liegt beim Schädiger.«

Der Anspruchsteller trägt grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich sein Anspruch ergebe. Das gilt auch hier. Er hat also darzutun, dass und gegebenenfalls in welcher Höhe ein kartellbedingter Preisauflauf auf ihn abgewälzt wurde. Im konkreten Fall bestätigte der BGH die Feststellung des OLG, dass die kartellbedingte Preiserhöhung in vollem Umfang abgewälzt worden sei. Der BGH bejaht aber auch den Einwand des Vorteilsausgleichs (sog. pass-on-Einwand) des in Anspruch genommenen Kartellanten, dass der Anspruchsteller den Schaden ganz oder teilweise auf die eigenen Abnehmer weitergewälzt habe, selbst also schadlos sei. Eine Schadensweiterwälzung ist jedoch nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen. Die Darlegungs- und Beweislast für eine Schadensweiterwälzung trägt in diesem Fall der sich hierauf berufende, in Anspruch genommene Kartellant. Der Maßstab ist danach der gleiche wie bei der Klage des indirekten Abnehmers.

## **2. »LKW-Kartell« (BGH vom 23.9.2020 – KZR 35/19)**

In 2016 erließ die Europäische Kommission Bußgelder in Höhe von über 2,9 Mrd. € gegen Daimler, Volvo, Iveco, MAN und DAF. Die LKW-Hersteller hatten sich von 1997 bis 2011 über ihre Lkw-Bruttolistenpreise abgestimmt. Mittlerweile sind zahllose Klagen gegen die LKW-Hersteller vor deutschen und ausländischen Gerichten anhängig, mit denen die Hersteller auf Schadensersatz verklagt werden. Im Kern geht es immer um die Frage, welche Partei was zu beweisen hat. Grundsätzlich hat der Kläger die Voraussetzungen für seinen Anspruch zu beweisen. Dies ist allerdings gerade im Rahmen von kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen schwierig. Aus diesem Grund gibt es einige Erleichterungen für Schadensersatzkläger. Nach Auffassung des BGH beteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass das Kartell zu überhöhten Preisen geführt hat. Grundlage einer solchen Vermutung sei die Erfahrung, dass die Gründung und Durchführung eines Kartells regelmäßig zu einem Mehrerlös der daran beteiligten Unternehmen führt.

---

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 28.6.2011 – KZR 75/10 – »ORWI«, BGHZ 190, 145.

### 3. »Stahl-Strahlmittel« (BGH vom 28.6.2022 – KZR 46/20)

Die »ORWI«-Tendenz wird bestätigt und fortgeführt im Urteil des BGH vom 28.6.2022 »Stahl-Strahlmittel«<sup>26</sup>. Es wird als weiterer Schritt zu einem effizienteren Rechtsschutz für Kartellgeschädigte gesehen, wenn im Leitsatz gesagt wird:

»Der zugunsten von Abnehmern eines an einer Kartellabsprache beteiligten Unternehmens streitende Erfahrungssatz, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten, gilt auch dann, wenn die Ware nicht von der am Kartell beteiligten Muttergesellschaft, sondern von der zur selben wirtschaftlichen Einheit gehörenden Tochtergesellschaft erworben wird.«

Zum Fall: Die Beklagte ist Herstellerin von Stahl-Strahlmitteln. Gegen die Beklagte und weitere Unternehmen hatte die EU-Kommission Bußgelder wegen der Beteiligung an Kartellabsprachen verhängt. Die Klägerin hatte Stahl-Strahlmittel erworben, allerdings nicht unmittelbar bei der Beklagten, sondern von deren 100%iger Vertriebstochter. Nach Ansicht der Vorinstanzen handelte es sich um einen Fall des »mittelbaren« Erwerbs. In Anwendung der Rechtsprechung des BGH in der Rechtssache »ORWI« vertraten beide Gerichte daher die Auffassung, dass die Klägerin im Einzelnen hätte darlegen und beweisen müssen, dass a) die Vertriebstochter der Beklagten, also die Verkäuferin, die kartellierten Stahl-Strahlmittel von ihrer Mutter zu überhöhten Preisen bezogen, und b) sodann den Kartellaufschlag auf die Klägerin abgewälzt hätte. Dieser Nachweis war der Klägerin nicht möglich. Die Klage wurde deshalb von den Vorinstanzen als unbegründet abgewiesen.

Der BGH hält den oben zitierten Leitsatz dagegen und sagt weiter: Unabhängig von dogmatischen Erwägungen sei es nicht sachgerecht, dass ein Kartellant sich seiner zivilrechtlichen Haftung dadurch entziehen könne, dass er die kartellierten Produkte über eine Vertriebstochter auf den Markt bringt. Nicht die formale »Vertriebsstufe« sei maßgebend, sondern – wie auch sonst im Rahmen der Beurteilung der Kartellbetroffenheit – eine Berücksichtigung der Gesamtumstände.

Für die Schadenshöhe fordert der BGH aaO «vom Kläger den rechtsförmigen Beweis, freilich im Rahmen des § 287 ZPO. Bei der Gewinnabschöpfung gemäß § 34 Abs. 4 GWB ist das Kartellamt aber freier und kann die Höhe schätzen. Das Kartellamt entscheidet gemäß § 40 VwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen und gibt die wesentlichen Gründe für seine Entscheidung an. Dieses Recht sollte auch der Richter haben. Damit wäre die mühsame Diskussion um die Höhe des Kartellschadens abgekürzt. Das entspräche auch dem Zweck des Kartellschadensersatzes, dem Schutz

---

<sup>26</sup> BGH v. 28.6.2022 »Stahl-Strahlmittel«, a.a.O (Fn. 18).

der Wettbewerbsordnung. Wird der Kartellschadensersatz als ein ergänzendes Schwert zur Durchsetzung dieses Hauptzwecks verstanden, dann erlaubt die Schätzung des Schadens, Elemente des Effektivitätsgrundsatzes in die Bemessung einfließen zu lassen. Das wäre zwar ein dem deutschen Recht (noch) ungewohnter Schritt in Richtung der amerikanischen *punitive damages*. Aber Deutschland hat seine Gestaltungsfreiheit in diesem Rechtsbereich ohnehin an die EU verloren, die sich hier insgesamt an amerikanischen Vorbildern orientiert.

#### **V. Illinois Brick Co. v. Illinois (USSC)**

Das Problem der Haftungserweiterung auf die folgenden Vertriebsstufen wurde anscheinend erstmals in dem Fall *Illinois Brick Co. v. Illinois*<sup>27</sup> berührt.

Der Fall: Die US-Regierung klagte gegen elf Betonsteinhersteller in Chicago mit der Begründung, dass sie an Preisabsprachen beteiligt seien. Die Beklagten plädierten auf »*nolo contendere*« (entspricht etwa § 138 Abs. 3 ZPO) und einigten sich auf einen Vergleich. Daraufhin erhob der Staat Illinois Klage gegen die Kartellgenossen und forderte Schadensersatz nach dem Sherman Antitrust Act. Die Beklagten beantragten die Abweisung, da der Staat kein direkter Käufer der Betonblöcke sei. Die Beklagten verkauften Blöcke an Bauunternehmen, die damit Aufträge von Generalunternehmern ausführten. In einer Mehrheitsentscheidung entschied der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten, dass indirekte Opfer einer verbotenen Preisabsprache nicht befugt seien, wegen Kartellverstößen wegen erhöhter Preise zu klagen.

#### **VI. Wettbewerbsprinzip als Ideologie?**

Wettbewerb ist wichtig – aber ist er wirklich so wichtig? Der Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften 2002 wurde *Daniel Kahneman* für seine Arbeiten zur Psychologie des Urteilsvermögens und der Entscheidungsfindung verliehen.

Seine Erkenntnisse stellen die in der modernen Wirtschaftstheorie vorherrschende Annahme menschlicher Rationalität in Frage.<sup>28</sup> 2017 erhielt *Richard H. Thaler* den Preis für seine Forschung zur Verhaltensökonomie. Er hatte gezeigt, dass auch andere Elemente als diejenigen, die üblicherweise dem *homo oeconomicus* zugeschrieben werden, eine wichtige Rolle bei Marktentscheidungen

---

<sup>27</sup> US-Supreme Court, *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

<sup>28</sup> *Kahneman, Daniel / Tversky, Amos*, Prospect Theory: An analysis of decision under risk, in: *Econometrica*, Bd. 47 1979, Nr. 2, S. 263 ff. Die Prospect Theory wurde entwickelt, um menschliche Urteile bei wirtschaftlichen Entscheidungen realistischer als im traditionellen Kosten-Nutzen-Modell zu modellieren. Der Mitbegründer *Tversky* war 1996 verstorben. *Kahneman* wurde 2015 von der Wochenzeitschrift *The Economist* auf Rang 7 der weltweit einflussreichsten Ökonomen geführt.

spielen.<sup>29</sup> Es gibt also neben dem Wettbewerb auch andere Elemente, die wirtschaftliche Entscheidungen beeinflussen.

*Darwin* machte seine Beobachtungen an Lebewesen. So auch *Peter Kropotkin*. Dieser russische Denker kam zu anderen bzw. zusätzlichen Ansichten. In *Mutual Aid*<sup>30</sup> sagt er:

»Das Konzept des Überlebens des Stärkeren mag richtig sein, aber es muss durch das Konzept der gegenseitigen Hilfe ergänzt werden.«

Wenn wir dieses auf die Wirtschaft anwenden, würden wir sagen: Das Konzept des Wettbewerbs um das beste Angebot oder Geschäft hat zwar seine Vorzüge, aber es ist falsch, wenn es als das einzige Element der wirtschaftlichen Entscheidungsfindung betrachtet wird. Es muss zugunsten anderer Faktoren relativiert werden, die auch wirtschaftliche Entscheidungen des Einzelnen und der Menschheit beeinflussen. Solche Faktoren liegen außerhalb der Sphäre von Wettbewerb und Konsum. Die Vermutung, dass ein Wettbewerbsverstoß einen Schaden verursacht, dürfte daher auf einem ideologischen Vorurteil beruhen; wobei festzustellen ist, dass Vorurteile zuweilen richtig sind – aber eben nicht immer.

## VII. Ergebnis

Der Kartellschadensersatz ist **in mehrfacher Hinsicht** kein normaler Schadensersatzanspruch.

**Er soll die Effektivität der zum Schutz der Wettbewerbsordnung erlassenen Rechtsvorschriften unterstützen und gehört damit zum öffentlichen Recht.**

Schäden entstehen infolge eines rechtswidrigen Verhaltens des A gegenüber B. Der Kartellschaden entsteht aber nur als Selbstschädigung des B, der den »vergifteten« Preis des A akzeptiert, weil der Erwerb des Wirtschaftsgutes zu diesem Preis immer noch günstiger ist, als wenn er das Geschäft mit A unterließe. Der Kartellschaden enthält also stets ein Element der Obliegenheitsverletzung und sollte nach § 254 BGB beurteilt werden.

Die *de minimis-Ausnahme* erlaubt Kartellabsprachen für Kartellgenossen unterhalb bestimmter Größen. Der mögliche Schaden des Abnehmers A eines Kartellanten ist aber von dessen Größe nicht abhängig. Kommt für A eine Entschädigung wegen des ihm auferlegten Sonderopfers in Betracht?

Die freie Schätzung des Kartellschadens wird in Rechtsanalogie zu § 34 GWB empfohlen, um die durch Schadensüberwälzung (pass-on) und Vorteilsausgleich verkomplizierte rechtsförmige Feststellung zu entkrampfen.

---

<sup>29</sup>Thaler, Richard, H., <https://www.wirtschaftsdienst.eu/inhalt/jahr/2017/heft/11/beitrag/richard-h-thaler-wirtschaftsnobelpreistraeger-2017.html>.

<sup>30</sup> Kropotkin, Peter, *Mutual Aid – A factor of Evolution*, New York 1902, Introduction.