



# **Beweiserleichterungen für Schadensersatzklagen im Kartellzivilrecht**

Erfolge und Enttäuschungen

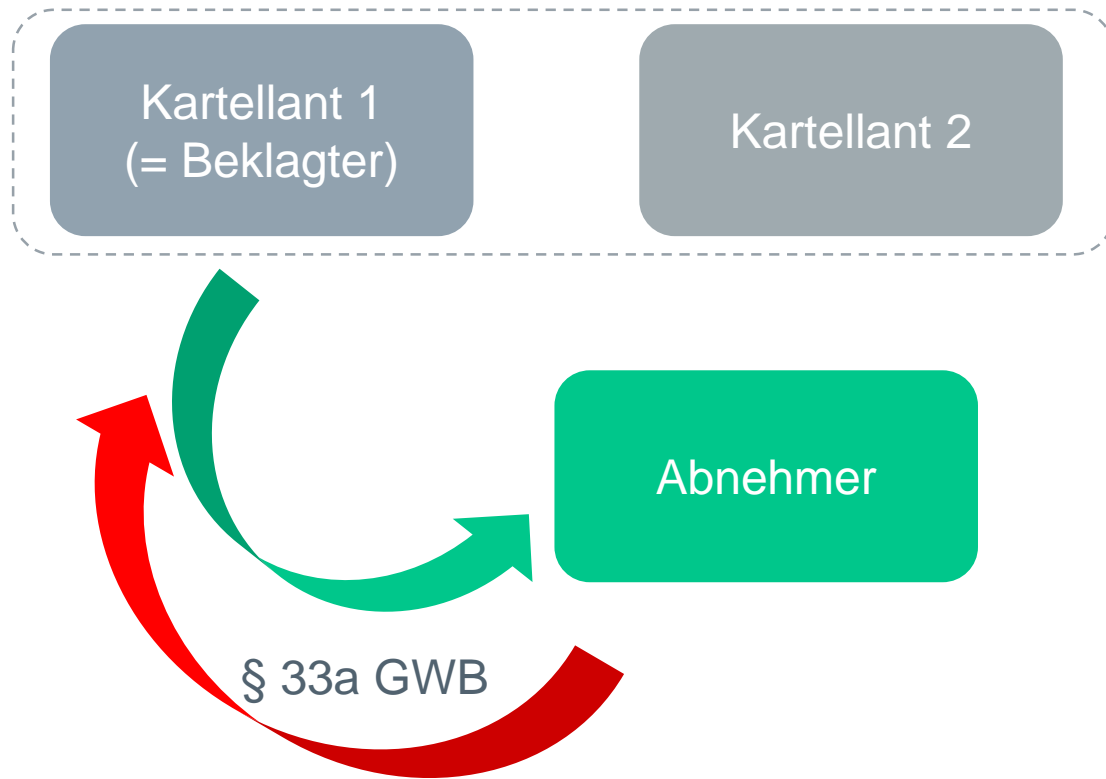
**TaylorWessing**

Private and Confidential

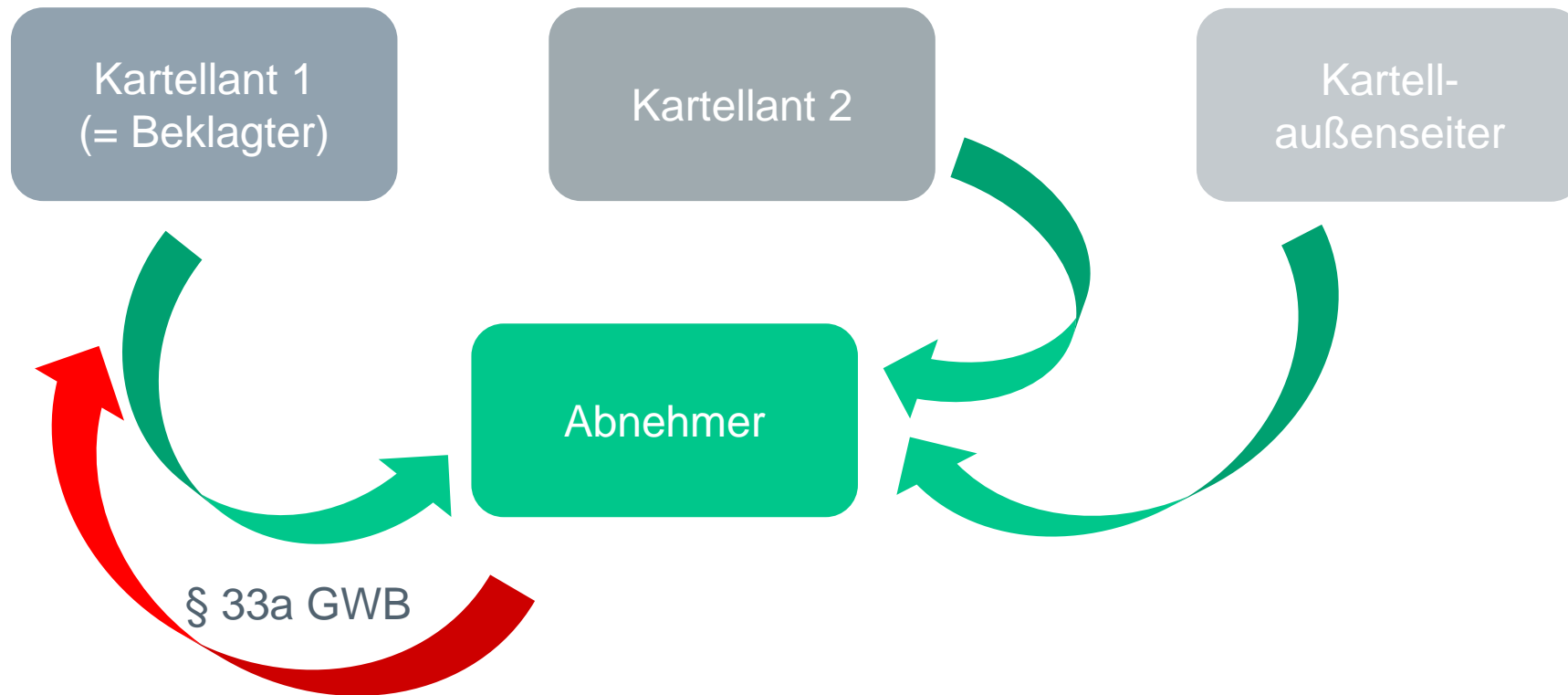
GRUR Jahrestagung 2019 – Frankfurt, 26. September 2019

Dr. Marco Hartmann-Rüppel

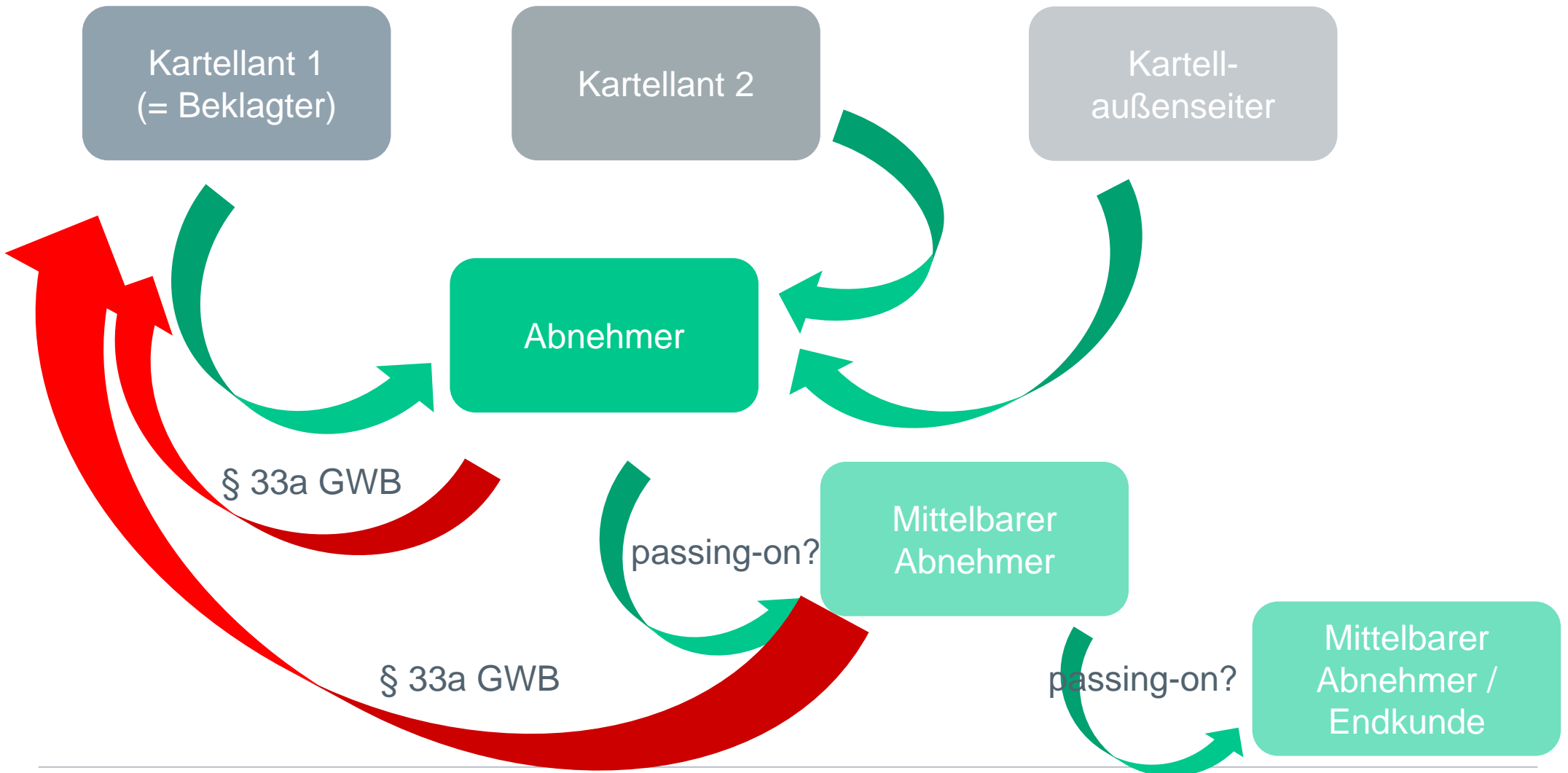
# Fallgestaltungen im Kartellschadensersatz



## Fallgestaltungen im Kartellschadensersatz



# Fallgestaltungen im Kartellschadensersatz



# Kartellrechtlicher Schadensersatzanspruch, § 33a I GWB

Haftungsbegründung

- ▶ **Kartellrechtsverstoß**
- ▶ **Kartellbefangenheit** (des einzelnen Erwerbsvorgangs)  
= konkrete „Möglichkeit“ eines Schadens bei Kläger bzw. Beeinträchtigung des Klägers

Grundurteil / Feststellungsurteil (Vor.: Wahrscheinlichkeit, dass Anspruch besteht)

Haftungsausfüllung

- ▶ **„Ob“ des Schadens**
- ▶ **Höhe des Schadens**
- ▶ **Passing-on defense** (Vorteilsausgleich)

## Spannungsfeld ZPO – Kartellschadensersatz

---





### im Kartellschadensersatzrecht:

- ▶ **komplexe tatsächliche und wirtschaftliche Analyse /** wettbewerbsökonomische Sachverständigengutachten
- ▶ **Informationsasymmetrie:**  
Beweismittel in der Sphäre der Gegenpartei oder von Dritten

# Mittel der Beweiserleichterung im Kartellrecht





# Unklarheiten bei Rechtsanwendung der Beweiserleichterungen



**In Literatur und Rechtsprechung unklare Verwendung einzelner Begrifflichkeiten**, teilweise Vermischung der Begriffe, keine trennscharfe Trennung, wenig saubere Dogmatik



**Differenzierung „neue Ansprüche“ / „alte Ansprüche“**

**Welche neuen Regelungen nach 9. GWB-Novelle gelten für welche Fälle?**

- ▶ Stichtag: 26.12.2016
- ▶ **Anwendbarkeit abhängig von Entstehung der Schadensersatzansprüche**
  - ▶ §§ 33a bis 33c: nur für „neue Ansprüche“, die nach 26.12.2016 entstanden sind
- ▶ **Anwendbarkeit abhängig von Klageerhebung**
  - ▶ § 33c V und § 33g: nur bei Klageerhebung nach 26.12.2016 (auch für „alte Ansprüche“)

**„alte“ Beweiserleichterungen für „alte Ansprüchen“**

Diese sind für die nächsten Jahre weiterhin relevant!



## Kartellrechtsverstoß – Bindungswirkung, § 33b GWB (§ 33 IV a.F.)

### Kartellrechts- verstoß

Haftungsbegründung  
§ 286 ZPO  
(Vollbeweis)

- ▶ Bei Follow-on-Klagen: **Bindungswirkung** bestandskräftiger Entscheidungen von BKartA, Kommission, etc. sowie rechtskräftiger Gerichtsentscheidungen
- ▶ Bindung hinsichtlich **Kartellrechtsverstoß** (Tenor und tragende Gründe)
- ▶ Zumindest *de facto* auch Rechtswidrigkeit und Verschulden (str.)

# Kartellbefangenheit – Anscheinsbeweis vs tatsächliche Vermutung

## Kartell- befangenheit

Haftungsbegründung  
§ 286 ZPO  
(Vollbeweis)

- ▶ = konkrete „**Möglichkeit**“ eines Schadens für Kläger durch einzelne Erwerbsvorgänge
- ▶ Instanz-/Obergerichte: **Anscheinsbeweis**, wenn Erwerbsvorgang sachlich, räumlich und zeitlich im Bereich der Kartellabsprache stand
- ▶ BGH (11.12.2018): „nur“ **tatsächliche Vermutung**
- ▶ Gilt für „alte“ wie für „neue Ansprüche“
  
- ▶ Bei Klage eines mittelbaren Abnehmers: § 33c V GWB **gesetzliche Vermutung** der Schadensabwälzung



## EXKURS: Anscheinsbeweis vs tatsächliche Vermutung

Anscheinsbeweis	Tatsächliche Vermutung
<ul style="list-style-type: none"><li>▶ <u>Vor.:</u> Erfahrungssatz und <b>Typizität</b></li><li>▶ Beweis der Anknüpfungstatsache ermöglicht aufgrund typischem Geschehensablauf Schluss auf zu beweisende Tatsache</li><li>▶ Typizität verlangt „<b>sehr hohe Wahrscheinlichkeit</b>“ (BGH KZR 26/17)</li><li>▶ Erschütterung des Anscheins durch Widerlegen der Anknüpfungstatsache</li><li>▶ Revisibel</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>▶ <u>Vor.:</u> Erfahrungssatz, aber keine Typizität, d.h. keine sehr hohe Wahrscheinlichkeit</li><li>▶ Keine echte „Vermutung“, vielmehr Darlegung der Beweistatsache erforderlich, d.h. umfassende Beweiswürdigung mit tatsächlicher Vermutung als <b>starkes Indiz</b></li><li>▶ Keine Erschütterung der Vermutung, aber sekundäre Darlegungslast</li><li>▶ Nur beschränkt revisibel</li></ul>



# BGH (KZR 26/17) – Schienenkartell – Änderung der Rechtsprechung?

- ▶ **OLG Karlsruhe (etc.): Doppelter Anscheinsbeweis**  
(bzgl. Kartellbefangenheit und Ob des Schadens)
- ▶ **BGH (11.12.2018): Doppelte tatsächliche Vermutung**, da keine Typizität
- ▶ **OLG Düsseldorf (23.01.2019): Doppelte tatsächliche Vermutung** (gemeint ist aber doppelter Anscheinsbeweis), dabei erhebliche Kritik an BGH, letztlich aber offen gelassen

- ▶ **BGH zu Quoten- und Kundenschutzkartell** (wohl auch für andere Kartellformen geltend)
  - ▶ **Ob des Schadens**
    - > keine Typizität, weil kartellbedingter Schaden **von vielen Faktoren abhängt**: Anzahl der Marktteilnehmer, Zahl der Kartellanten, Möglichkeiten des Informationsaustauschs, Marktabdeckung des Kartells, Grade der Kartelldisziplin, Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite; daher **keine „sehr große“ Wahrscheinlichkeit**
    - > Aber tatsächliche Vermutung, weil nach ökonomischen Grundsätzen vielfach Kartellrendite entsteht; Vermutung gewinnt an Gewicht, je länger und nachhaltiger Kartell praktiziert wurde
  - ▶ **Kartellbefangenheit einzelner Erwerbsvorgänge**
    - > Absprachen sind auf möglichst breite Wirkung angelegt; **tatsächliche Vermutung** für Beschaffungsvorgänge, die **sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich der Absprachen** fallen, aber keine sehr große Wahrscheinlichkeit für jeden einzelnen Vorgang



## “Ob” des Schadens – Gesetzliche Vermutung, § 33a II 1 GWB (neu)

### „Ob“ des Schadens

Haftungsausfüllung  
§ 287 ZPO  
Herabsetzung des  
Beweismaßes

- ▶ Bei Bejahung muss Schaden  $> 0$  sein
- ▶ Für „alte Ansprüche“ (*d.h. für die kommenden Jahre*):
  - ▶ **tatsächliche Vermutung** (BGH KZR 26/17)  
(oder doch **Anscheinsbeweis**?)
- ▶ Für „neue Ansprüche“ (Entstehung nach 26.12.2016): **NEU**
  - ▶ **gesetzliche Vermutung** (§ 33a II 1 GWB)
  - ▶ Beweislastumkehr: Widerlegung durch (Voll-)Beweis des Gegenteils, § 292 ZPO

## Höhe des Schadens – Herabsetzung des Beweismaßes, § 287 ZPO

### Höhe des Schadens

Haftungsausfüllung  
§ 287 ZPO  
Herabsetzung des  
Beweismaßes

- ▶ Schadensschätzung auf Basis des **§ 287 ZPO** (hinreichende Darlegung von Schätzgrundlagen)
- ▶ Kein gesetzlicher Mindestschaden und keine vermutete Schadenshöhe
- ▶ **Vertraglich vereinbarte Schadenshöhe** möglich (pauschalierter Schadensersatz (str.))
- ▶ **passing on-defense** (seitens Beklagtem)  
= Vorteilsausgleich

# Kartellrechtlicher Schadensersatzanspruch + Beweiserleichterungen

Haftungsbegründung  
§ 286 ZPO  
(Vollbeweis)

## ▶ Kartellrechtsverstoß

- ▶ Bei **Follow-on Klagen**: **Bindungswirkung**, § 33b GWB  
bzgl. tatsächl. Feststellung und rechtl. Beurteilung (Tenor und Entscheidungsgründe)

## ▶ Kartellbefangeneheit = „Möglichkeit“ eines Schadens

- ▶ **Anscheinsbeweis vs. tatsächliche Vermutung ?**
- ▶ (NEU: gesetzl. Vermutung des „passing on“ für mittelbaren Abnehmer)

NEU: Herausgabe-/  
Auskunftsanspruch,  
§ 33g GWB

## ▶ „Ob“ des Schadens

- ▶ **Anscheinsbeweis vs. tatsächliche Vermutung ?**
- ▶ **NEU: gesetzliche Vermutung**, § 33a II GWB

NEU: Herausgabe-/  
Auskunftsanspruch,  
§ 33g GWB

## ▶ Höhe des Schadens

- ▶ **Schadensschätzung, § 287 ZPO / Pauschalierter Schadensersatz**
- ▶ **Passing-on defense** (Vorteilsausgleich)

NEU: Herausgabe-/  
Auskunftsanspruch,  
§ 33g GWB

Haftungsausfüllung  
§ 287 ZPO  
Herabsetzung des  
Beweismaßes





# Beweismittelherausgabe und Auskunftserteilung, §§ 33g, 89b GWB

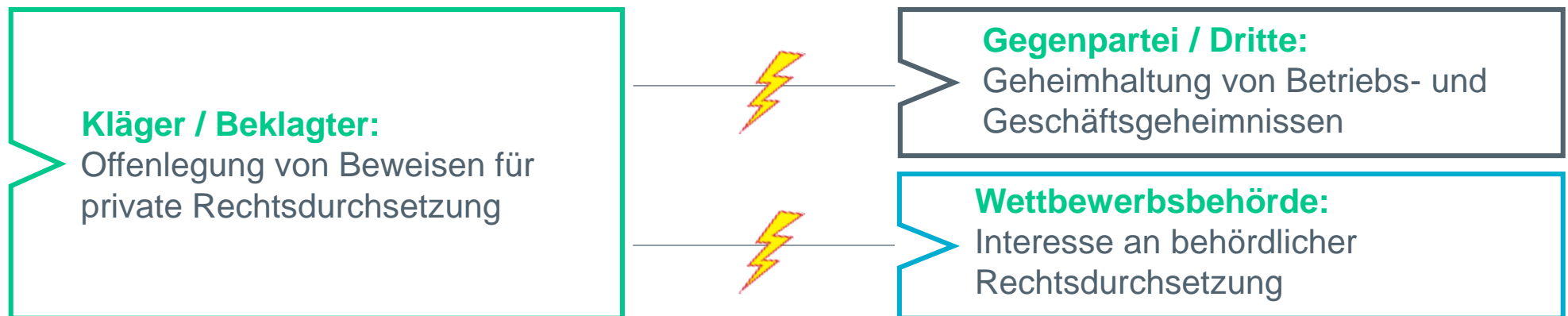
## Materiell-rechtlicher Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln (§ 33g Abs.1, 2) sowie auf Auskunftserteilung (Abs.10)

(bislang lediglich nach § 242 BGB, § 142 ZPO)



# Beweismittelherausgabe und Auskunftserteilung, § 33g GWB

## Spannungsfeld gegenläufiger Interessen:



## ➔ Ausschlussgründe

- ▶ Unverhältnismäßigkeit (Abs.3)
- ▶ Kronzeugenerklärungen / Vergleichsausführungen (Abs.4)
- ▶ ...

➔ bislang jedenfalls kaum praktische Bedeutung



## Offene Fragen zu den Beweiserleichterungen



- ▶ Bindungswirkung, § 33b GWB: Reichweite?
- ▶ Beweismittelherausgabe und Auskunftserteilung, § 33g GWB: Konkretheit und Ausschluss?
- ▶ Pauschalierter Schadensersatz: Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit?
- ▶ Praktische Auswirkungen der BGH-Schienenkartellentscheidung?
- ▶ Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung: Abgrenzung?
- ▶ Wahrscheinlichkeitsmaßstab für Kartellbefangenheit?
- ▶ ... *(Paneldiskussion)*



**Vielen Dank.**

---



**Dr. Marco Hartmann-Rüppel,  
Dipl.-Volkswirt**

Partner  
Head of Competition, EU & Trade  
Hamburg / Brüssel

+49 40 36803-127  
[mhr@taylorwessing.com](mailto:mhr@taylorwessing.com)

---



# TaylorWessing

Europe > Middle East > Asia

[taylorwessing.com](https://www.taylorwessing.com)

© Taylor Wessing 2019

This publication is not intended to constitute legal advice. Taylor Wessing entities operate under one brand but are legally distinct, either being or affiliated to a member of Taylor Wessing Verein. Taylor Wessing Verein does not itself provide services. Further information can be found on our regulatory page at <https://deutschland.taylorwessing.com/en/regulatory>.

## Gesetzliche Beweiserleichterungen (nach 9. GWB-Novelle)

### § 33a GWB (= § 33 III GWB a.F.)

- ▶ Gesetzliche Anspruchsgrundlage (Abs.1)
- ▶ **Gesetzliche Vermutung eines Schadens** im Fall eines Kartells (Abs.2) *(neu)*
- ▶ **§ 287 ZPO** – für Bemessung des Schadens (Abs.3)

### § 33b GWB (= § 33 IV GWB a.F.)

- ▶ **Bindungswirkung** bestandskräftiger Entscheidungen von BKartA, Kommission, etc. sowie rechtskräftiger Gerichtsentscheidungen
- ▶ Bindung hinsichtlich **Kartellrechtsverstoß** (Tenor und tragende Gründe)

### § 33c GWB *(neu)*

- ▶ **Gesetzl. Vermutung der Schadensabwälzung** auf mittelbaren Abnehmer (Abs.2)
- ▶ Widerlegung (ganz /teilweise) durch **Glaubhaftmachung** seitens Abnehmer (Abs.3)
- ▶ **§ 287 ZPO** – für Umfang der Schadensabwälzung (Abs.5)

### § 33g GWB *(neu)*

- ▶ Materiell-rechtl. **Anspruch auf Beweismittelherausgabe und Auskunftserteilung**
- ▶ (selbständig einklagbarer) Anspruch des Klägers gegen Beklagten und Dritten (**Glaubhaftmachung**) (Abs.1)
- ▶ Anspruch des Beklagten gegen Kläger oder Dritten im laufenden Rechtsstreit (Abs.2)



# Zeitlicher Anwendungsbereich der neuen Regelungen

## Stichtag: 26.12.2016

- ▶ §§ 33a bis 33c GWB ab 27.12.2016 (rückwirkend in Kraft getreten)
- ▶ Ausn: § 33c V GWB (Anwendung § 287 ZPO auf Schadensabwälzung) erst am 9.6.2017

## Anwendbarkeit abhängig von Entstehung der Schadensersatzansprüche

- ▶ §§ 33a bis 33c: nur für „**neue Ansprüche**“, die nach 26.12.2016 entstanden sind
- ▶ Ausn.: § 33c V, § 33g

## Anwendbarkeit abhängig von Klageerhebung

- ▶ § 33c V und § 33g  
nur bei Klageerhebung nach 26.12.2016 (auch für „alte Ansprüche“)



## **Beweiserleichterungen bei „alten Ansprüchen“?**

Diese sind für die nächsten Jahre weiterhin relevant!

