

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv' Mediengruppe

Frankfurt am Main

Editorial: Prof. Dr. Christian Alexander

Faire Verbraucherverträge – Verbesserter Verbraucherschutz?

533 Dr. Reto Mantz

Die Dringlichkeit im Eilverfahren in Zeiten der Pandemie

536 Prof. Dr. Jens-Uwe Franck, LL.M.

Ein Solitär wird geschrumpft: Von der Neuvermessung der Kartellbetroffenheit

540 Prof. Dr. Tim W. Dornis, J.S.M.

Das standardessentielle Patent und die FRAND-Lizenz (Teil 1)

548 Dr. Ulrich Franz

Zur Neutralität und Sachkunde eines Gütesiegelverleihers

551 Christian Ballke, LL.M. und Maria Kietz

Die Herkunftskennzeichnung von Lebensmitteln unter Geltung der Primärzutatenverordnung – (k)ein Aprilscherz!

559 Henri Weber

Datenzugang nach dem Referentenentwurf der 10. GWB-Novelle

565 GAEC Jeanningros/Institut national de l'origine et de la qualité (INAO) u. a.

EuGH, Urteil vom 29.01.2020 – C-785/18

568 Verbraucherzentrale Berlin/DB Vertrieb

EuGH, Urteil vom 12.03.2020 – C-583/18

571 Györgyné Lintner/UniCredit Bank Hungary

EuGH, Urteil vom 11.03.2020 – C-511/17

574 Kundenbewertungen auf Amazon

BGH, Urteil vom 20.02.2020 – I ZR 193/18

579 Kommentar von Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M.

581 Sofort-Bonus II

BGH, Urteil vom 20.02.2020 – I ZR 5/19

586 #darferdas? II

BGH, Beschluss vom 30.01.2020 – I ZB 61/17

588 Schokoladenstäbchen IV

BGH, Beschluss vom 19.12.2019 – I ZB 37/19

591 Das Boot II

BGH, Urteil vom 20.02.2020 – I ZR 176/18

611 Kommentar von Dr. Urs Verweyen

614 Schienenkartell II

BGH, Urteil vom 28.01.2020 – KZR 24/17

620 Formalarmäßige Vergütungsvereinbarung

BGH, Urteil vom 13.02.2020 – IX ZR 140/19

argumentieren können, dass die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung, z. B. aufgrund einer längeren Anreise und den derzeitigen Auflagen, die im Grunde jede Annäherung an Personen selbst aus dem engeren Familienkreis untersagen, nicht zumutbar war. Hatte der Antragsteller zuvor um alternative Verhandlungsmöglichkeiten, z. B. nach § 128a ZPO, gebeten, verbessert dies sicher seine Ausgangssituation.

4. Widerspruchsverfahren

- 24 Im Widerspruchsverfahren ergeben sich keine Besonderheiten für die Dringlichkeit. Denn der Antragsteller ist gesichert und muss sich dementsprechend nicht mehr beeilen. Der Antragsgegner wiederum obliegt keiner Dringlichkeit, zumindest keiner solchen, die ihm rein prozessual zum Nachteil gereichen wird.

5. Berufungsverfahren

- 25 Wie oben dargestellt, kann die Dringlichkeit auch im Berufungsverfahren problematisch werden. Auch hier gilt: Hat der Antragsteller in der ersten Instanz gewonnen, liegt der Ball im Feld des Antragsgegners. Wurde die einstweilige Verfügung hingegen aufgehoben und will der Antragsteller in der Berufung wegen durch die Corona-Pandemie verursachten Problemen z. B. eine Verlängerung der Berufungsfristen beantragen, sollte er dies auch entsprechend konkret begründen und ggf. glaubhaft machen, dass ihm eine schnellere Bearbeitung (derzeit) nicht möglich ist.

IV. Fazit

Eine Pandemie ist eine Ausnahmesituation, die besondere Schwierigkeiten auch in prozessualer Hinsicht für alle Betroffenen bewirkt. In einer solchen Situation sind auch altbekannte Maßstäbe etwas großzügiger zu sehen. 26

Insgesamt ist dem Antragsteller zu empfehlen, bei Verzögerungen deutlich zu machen, dass ihm die Sache durchaus dringlich ist, eine schnellere Bearbeitung aber nicht möglich war – und warum. Die Entscheidung, ob ein bestimmtes, möglicherweise zögerliches Verhalten schon dringlichkeitsschädlich oder noch hinnehmbar ist, bleibt aber eine Frage des Einzelfalls. Dabei darf das Gericht nicht nur die Interessen des Antragstellers ins Auge nehmen, sondern muss auch die Interessen des Antragsgegners berücksichtigen.²⁹⁾ Denn die Großzügigkeit gegenüber dem Antragsteller beeinträchtigt natürlich das Interesse an (vorläufiger) Rechtssicherheit beim Antragsgegner. 27

Nichtsdestotrotz dürfen Antragsteller wohl auf offene Ohren hoffen, wenn Verzögerungen bei ihnen durch die Pandemie hervorgerufen werden und deshalb Dringlichkeitsfristen überschritten oder ein Fristverlängerungsantrag o. ä. gestellt wird, nicht zuletzt, weil sich auch die Richter persönlich in ähnlicher Situation befinden. 28

29) Feddersen, in: Teplitzky (Fn. 11), Kap. 54 Rn. 25 m. w. N.

Prof. Dr. Jens-Uwe Franck, LL.M. (Yale), Mannheim*

Ein Solitär wird geschrumpft: Von der Neuvermessung der Kartellbetroffenheit

Zugleich Besprechung von BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17 – Schienenkartell II**

INHALT

- I. Einleitung
- II. Das Leid mit der Kartellbetroffenheit
- III. Das Gordische Schwert: Die Marginalisierung der Kartellbetroffenheit für den Schadensersatzanspruch
- IV. Die Neuausrichtung des BGH: Konfliktentschärfung für die Standardfälle
- V. Nachweis der Schadensentstehung: Von Freiheit und Verantwortung des Tatrichters
- VI. Einstweilen vertagt: AGB-Kontrolle der Kartellschadenspauschalen
- VII. Fazit

- 1 Mit seinem Leiturteil „Schienenkartell II“¹⁾ hat der BGH die Regeln für Anspruchsberechtigung und Schadenszurechnung bei Kartellverstößen neu kalibriert. Damit sinken die Beweisanforderungen an Kläger, wodurch Konflikten mit dem unionsrecht-

lichen Effektivitätsgrundsatz vorgebeugt wird. Im Übrigen bestätigt der BGH, es gelte kein Beweis des ersten Anscheins dafür, dass sich Quoten- und Kundenschutzkartelle preissteigernd auswirkten. Den Instanzgerichten gibt er drei klärgünstige Vorgaben mit auf den Weg: (1) Etablierten Quoten- und Kundenschutzkartellen kommt eine starke Indizwirkung dafür zu, das Preisniveau erhöht zu haben; (2) auch wenn Beklagte ein Privatgutachten vorlegen, um das Fehlen eines Schadens zu belegen, können Tatrichter im Einzelfall einen Schadenseintritt im Wege der Gesamtwürdigung bejahen, ohne ein gerichtliches Sachverständigengutachten einzuholen; (3) da ein Gericht bereits mit Blick auf eine (wahrscheinliche) Schadensentstehung alle schadensrelevanten Indizien und Parteivorbringen umfassend zu würdigen hat, kann der Grundsatz der Prozessökonomie gebieten, sogleich über Grund und Höhe des Schadens zu entscheiden; eine bloße Grundentscheidung ist dann unzulässig.

I. Einleitung

Es sind nunmehr einige Jahre vergangen, seit der EuGH 2001 in „Courage“ urteilte, „jedermann“ solle den Schaden ersetzt bekommen, der ihm durch einen Verstoß gegen das Kartellverbot nach Art. 101 AEUV entstanden sei,²⁾ und der deutsche Gesetz-

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 674.

** Abgedruckt in WRP 2020, 614 ff. (in diesem Heft).

1) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft) – Schienenkartell II.

2) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 26 – Courage/Crehan.

geber deshalb im Zuge der Siebten GWB-Novelle 2005 die Schadenshaftung wegen Kartellrechtsverletzung verschärfte und insbesondere das Schutznormerfordernis in § 33 GWB strich.³⁾ Die hiernach langsam, aber stetig anrollende Klagewelle, mit der vielfach auch Ansprüche gegen das Kartell der „Schienenfreunde“ geltend gemacht werden, hat zwischenzeitlich den BGH erreicht und schwappt nun in die Instanzgerichte zurück; woran es (noch) mangelt, das sind Endurteile, zumal solche mit Leistungsausspruch.

- 3 Den deutschen Gerichten kann man im Ganzen wohl bescheinigen, auf dem richtigen Weg zu sein, wenngleich der Gesetzgeber stellenweise korrigierend eingreifen musste.⁴⁾ Man darf sich diesen Weg indes nicht als Schnellstraße vorstellen.⁵⁾ Die Rechtsprechung musste sich erst einige Brücken bauen, etwa beim Zinsanspruch in „Altfällen“,⁶⁾ und Steine aus dem Weg räumen – gelegentlich auch solche, die sie selbst zuvor dorthin gerollt hatte. In diese Kategorie fällt das hier zu besprechende „Schienenkartell II“-Urteil des BGH.

II. Das Leid mit der Kartellbetroffenheit

- 4 Mit seiner Entscheidung „Lottoblock II“ begründete der BGH für Ansprüche aus § 33 Abs. 3 GWB a. F. für Kartellbetroffenheit und Anspruchsberechtigung einerseits und Schadensentstehung andererseits ein differenziertes Beweismaß: Während es ein nach § 286 ZPO festzustellendes Element der Haftungsbegründung bilden sollte, „ob der Anspruchsteller durch den Kartellrechtsverstoß betroffen ist“,⁷⁾ sei nach dem abgesenkten Beweismaß gemäß § 287 ZPO über die haftungsausfüllende Kausalität zu befinden,⁸⁾ nämlich über die Frage, ob „die Geschäfte ohne den Wettbewerbsverstoß (...) zu günstigeren Konditionen abgeschlossen hätten werden können.“⁹⁾ Während der BGH in „Lottoblock II“ nicht näher erörterte, welche Aspekte im Einzelnen unter die (haftungsbegründende) individuelle Betroffenheit fallen sollten, zählten die Oberlandesgerichte hierunter bei Klagen durch Kartellabnehmer regelmäßig, ob die einschlägige Transaktion, aufgrund derer der Kläger einen Kartellschaden behauptete, als kartellbefangen angesehen werden konnte.¹⁰⁾ Hiervon ausgehend wurde etwa in der Vorinstanz der hier besprochenen Entscheidung darüber gestritten, ob die Transaktion dem sachlichen und räumlichen Markt zuzurechnen sei, auf den das Kartell ausgerichtet war und dessen Konditionen es beeinflusst hat.¹¹⁾
- 5 Im ersten Urteil „Schienenkartell“ formulierte der BGH sodann, die Pflicht zur umfassenden Würdigung aller Indizien gelte auch für die Feststellung, „dass die in Rede stehenden Aufträge kartellbefangen waren, also ein Wettbewerb unter möglichen Lieferanten der von der Klägerin jeweils benötigten Schienen und Weichen durch (...) Absprachen ausgeschlossen oder einge-

schränkt wurde. Wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, ist eine solche Feststellung (...) nach Maßgabe des § 286 ZPO zu treffen.“¹²⁾ Diese Ausführungen legten es nahe, dass der BGH die Auslegung des Merkmals der „Betroffenheit“ als „Kartellbefangenheit“ des der Klage zugrundeliegenden Auftrags guthieß, hierfür aber ausreichen lassen wollte, dass der Auftrag auf einem Markt ausgelöst wurde, dessen Konditionen vom Kartell beeinflusst waren.

Die in „Lottoblock II“ postulierte Aufspaltung der Frage, ob dem 6 Kläger aus einem Kartellverstoß ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist, in ein Element der „Betroffenheit“ (für das § 286 ZPO gilt) und ein Element der „Schadensentstehung“ (für das § 287 ZPO gilt) war von vornherein mit Unsicherheiten und Schwächen behaftet. Im Angesicht nachfolgender Entwicklungen haben diese noch erheblich an Gewicht gewonnen.

Zum Ersten: In den vom BGH in „Lottoblock II“ und in „Schienenkartell“ zu beurteilenden Fällen behaupteten die Kläger jeweils, als Teilnehmer auf dem Markt „betroffen“ zu sein, auf den das kartellrechtswidrige Verhalten ausgerichtet war. Blieb es schon für diese Konstellationen im Ungefähren, welche Tatsachen im Einzelnen für eine „Betroffenheit“ nachzuweisen sein sollten, so erschien erst recht nicht sicher, wie das Merkmal etwa auf mittelbare Abnehmer anzuwenden sein sollte, deren Anspruchsberechtigung spätestens mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 der Richtlinie 2014/104/EU feststand, im Übrigen aber wohl – jedenfalls für Ansprüche wegen Verstoßes gegen Art. 101 und 102 AEUV – auch aus dem unionsrechtlichen Effektivitätsprinzip folgt.¹³⁾ Müssen diejenigen, die eine nur mittelbare Betroffenheit behaupten, konsequenterweise nach § 286 ZPO nicht nur die Preisüberhöhung auf der vorgelagerten Marktstufe nachweisen, sondern auch, dass diese Preisaufschläge weitergewälzt wurden bzw. zumindest, dass die Marktverhältnisse ein solches ermöglichten,¹⁴⁾ dann droht hierdurch tatsächlich eine übermäßige Belastung. Sinn, Abgrenzung und Maßstab der „Betroffenheit“ als dogmatische Kategorie stehen noch offensichtlicher in Frage, nachdem der EuGH jüngst in „Otis“ die Schadenszurechnung denkbar weit ausdehnte und urteilte, im Lichte des Effektivitätsgebots müsse auch ein Subventionsgeber, der kartellbedingt überhöhte Fördergelder an Kartellgeschädigte auskehrt, von den Kartellanten Ersatz verlangen dürfen.¹⁵⁾ Sind danach auch Schadensposten zurechenbar, die nicht über die kartellbedingte Verzerrung von Parametern auf vor- oder nachgelagerten Produktmärkten vermittelt werden, erscheint zumindest unklar, wie das Kriterium der haftungsbegründenden „Betroffenheit“ unionsrechtskonform auszulegen und von der haftungsausfüllenden Schadensentstehung abzugrenzen sein soll. Damit soll nicht gesagt sein, dass es der Rechtsprechung nicht gelingen könnte, das Kriterium unionsrechtskonform weiterzuentwickeln. Dem würde aber zum einen ein relativ langer Zeitraum der Rechtsunsicherheit vorausgehen. Zum anderen würde die dogmatische Überzeugungskraft mit einer – wohl unumgänglichen – kleinteiligen fallgruppenbezogenen Differenzierung erheblich sinken.

Zum Zweiten: Der EuGH signalisiert die funktionale Subjektivierung des Unionsrechts regelmäßig damit, dass er den von einer

3) Der Bundesgesetzgeber begründete dies vor allem mit der Präventionsfunktion der Schadenshaftung, Regierungsbegründung zur Siebten GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640, S. 35: „[Es] soll ein effektives zivilrechtliches Sanktionssystem geschaffen werden, von dem eine zusätzliche spürbare Abschreckungswirkung ausgeht.“

4) Siehe etwa die Einführung des § 89a Abs. 3 GWB als Reaktion auf OLG Düsseldorf, 18.02.2015 – VI-W Kart 1/15, juris, Rn. 3–5 – CDC Zement. Siehe mit Blick auf die hier diskutierte Auslegung der Kartellbetroffenheit unten bei Fn. 25 f.

5) Franck, in: Wollenschläger/Wurmnest/Möllers (Hrsg.), Private Enforcement of European Competition Law and State Aid Law, 2020, S. 77, 90.

6) BGH, 12.06.2018 – KZR 56/16, WRP 2018, 941, Rn. 44–46 – Grauzementkartell II; grundlegend zuvor Bueren, WuW 2012, 1056, 1059–1061. Mit der Begründung der Zinsansprüche ab Schadensentstehung analog § 849 BGB offenbart der BGH ein hohes Maß an Loyalität zum unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz, Franck, in: Wollenschläger/Wurmnest/Möllers (Fn. 5), S. 90–92.

7) BGH, 12.07.2016 – KZR 25/14, juris, Rn. 47 – Lottoblock II.

8) BGH, 12.07.2016 – KZR 25/14, juris, Rn. 42 f. – Lottoblock II.

9) BGH, 11.12.2018 – KZR 26/17, WRP 2019, 474, 477, Rn. 52 – Schienenkartell.

10) Siehe neben den in BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 26 – Schienenkartell II nachgewiesenen Urteilen etwa auch OLG Nürnberg, 08.07.2019 – 3 U 1876/18, juris, Rn. 83–87 – HEMA-Vertriebskreis II.

11) OLG Thüringen, 22.02.2017 – 2 U 583/15 Kart, juris, Rn. 72 – Schienenkartell.

12) BGH, 11.12.2018 – KZR 26/17, WRP 2019, 474, 478, Rn. 59 – Schienenkartell.

13) So etwa *Kominos*, EC Private Antitrust, 2008, S. 193, 203; *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 179–183; anders etwa *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz, 2009, S. 109 f.; *W.-H. Roth*, in: FS Huber, 2006, S. 1133, 1149; unentschieden BGH, 28.06.2011 – KZR 75/10, WRP 2012, 209, 211, Rn. 24 – ORWI.

14) *Buschfeld/Egner*, WRP 2019, 857, Rn. 40 m. w. N.

15) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, WRP 2020, 179, Rn. 30–34 – Otis u. a./Land Oberösterreich u. a.

Franck, Von der Neuvermessung der Kartellbetroffenheit

Rechtsverletzung „Betroffenen“ subjektive Rechte zuweist.¹⁶⁾ In diesem Sinne und damit als Fanal der Überwindung des (durch die Gerichte eng ausgelegten) Schutznormerfordernisses¹⁷⁾ und der Erweiterung der Anspruchsberechtigung hatte der deutsche Gesetzgeber den Begriff deshalb mit der Siebten GWB-Novelle in § 33 GWB a. F. verankert. Allerdings bedienen sich weder der EuGH noch der Unionsgesetzgeber der „Betroffenheit“ als dogmatischer Kategorie, um Anspruchsberechtigung oder Schadenszurechnung einzuschränken. Eine solche Restriktion bleibt (nur) als normative Überlagerung des Verursachungserfordernisses möglich¹⁸⁾ und kann für bestimmte Konstellationen im Lichte der Haftungsfunktionen¹⁹⁾ gut begründbar sein; vom EuGH wurde sie freilich bislang in keinem der einschlägigen Urteile ernsthaft erwogen.²⁰⁾ Die Handhabung der „Betroffenheit“ durch die deutschen Gerichte sah sich deshalb von Anfang an mit dem Verdacht der Unionsrechtswidrigkeit konfrontiert und die potentiellen Spannungen verschärfen sich, nachdem der BGH mit seinem ersten „Schienenkartell“-Urteil den Ansatz verworfen hat, (gewisse) Kartelle könnten einen Anscheinsbeweis für die Betroffenheit der Abnehmer begründen.²¹⁾ Eine unionsrechtskonforme Anwendung des § 286 ZPO hinsichtlich der Kartellbetroffenheit scheint zwar trotzdem denkbar, doch bewegen sich die Gerichte an dieser Stelle erkennbar auf dünnem Eis, weshalb etwa das OLG Düsseldorf dem BGH an diesem Punkt ausdrücklich nicht folgen wollte.²²⁾

- 9 Zum Dritten: Gemäß § 33a Abs. 2 S. 1 BGB gilt für Ansprüche, die nach dem 26.12.2016 entstanden sind,²³⁾ eine widerlegliche Vermutung, dass Kartelle²⁴⁾ einen Schaden verursacht haben. Umgesetzt wird damit Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2014/104/EU, wobei der deutsche Gesetzgeber unterstellte, die Regelung betreffe nur die allgemein preissteigernde Wirkung eines Kartells, nicht aber die Betroffenheit im Sinne der nachgezeichneten Rechtsprechung. Im Lichte des ersten Schienenkartell-Urteils des BGH sieht nunmehr aber auch der deutsche Gesetzgeber die Gefahr, dass die Handhabung dieses Kriteriums das Effektivitätsgebot verletzt, und will dem durch eine Ergänzung des § 33a GWB um einen fünften Absatz vorbeugen. Danach soll widerleglich zu vermuten sein, „dass Rechtsgeschäfte über Waren oder

Dienstleistungen mit kartellbeteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich eines Kartells fallen, von diesem Kartell erfasst waren.“²⁵⁾ Eine entsprechende Regelung soll gemäß § 33c Abs. 3 S. 2 GWB für mittelbare Abnehmer gelten.²⁶⁾ Indem der Gesetzgeber damit für „Neuansprüche“ eine beweisrechtliche Gleichstellung der Kartellbetroffenheit und der Schadensentstehung (jedenfalls für Kartelle im Sinne des § 33a Abs. 2 GWB) vorschlägt und damit die Bedeutung der vom BGH in „Lottoblock II“ gezogenen Trennlinie erheblich einzuschränken trachtet, tritt die Fragwürdigkeit der beweisrechtlichen Differenzierung für „Altfälle“ umso deutlicher hervor.

III. Das Gordische Schwert: Die Marginalisierung der Kartellbetroffenheit für den Schadensersatzanspruch

Angesichts der aufgezeigten Schwächen der „Betroffenheit“ als kartellschadensersatzrechtliche Kategorie läge ein überzeugender Ausweg darin, jedem, der einen nach den maßgeblichen materiell-rechtlichen Kriterien zurechenbaren Schaden²⁷⁾ gemäß dem für die Schadensentstehung geltenden Beweismaß (§ 287 ZPO) zeigen kann, „Betroffenheit“ und damit Anspruchsberechtigung für Ansprüche aus § 33 Abs. 3 GWB a. F. zuzubilligen.²⁸⁾ Dieses Kriterium würde damit für die Schadenshaftung²⁹⁾ als eigenständige Anspruchsvoraussetzung marginalisiert, indem es in der Schadenszurechnung und im Nachweis der Schadensentstehung aufginge. Dies widerspräche nicht den Absichten des Gesetzgebers der Siebten GWB-Novelle, dem es (nur) um die Überwindung des zu restriktiv interpretierten Schutznormerfordernisses ging.³⁰⁾ Ohnehin hat der Gesetzgeber der Neunten GWB-Novelle bei § 33a GWB (also für „Neuansprüche“) auf das Merkmal der „Betroffenheit“ verzichtet, um die Anspruchsberechtigung zu kennzeichnen³¹⁾ und ist darin dem Unionsgesetzgeber³²⁾ gefolgt.

IV. Die Neuausrichtung des BGH: Konfliktentschärfung für die Standardfälle

Die vorgeschlagene scharfe Abkehr von der in „Lottoblock II“ etablierten Doktrin hat der BGH mit dem „Schienenkartell II“-Urteil aber offenbar nicht vollzogen. Zwar lässt sich die hierfür zentrale Aussage der Entscheidung durchaus im vorgenannten Sinne lesen: Dem „Merkmal der Betroffenheit [kommt] Bedeutung nur für die Frage zu, ob dem Anspruchsgegner ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anzulasten ist, das – vermittelt durch den Abschluss von Umsatzgeschäften oder in anderer Weise – geeignet ist, einen Schaden des Anspruchstellers mittelbar oder unmittelbar zu begründen.“³³⁾ Indes weist die hieran anschließende Subsumtion darauf hin, dass dem Merkmal der Betroffenheit doch weiterhin eigenständige Bedeutung als An-

16) Etwa EuGH, 25.07.2008 – C-237/07, EU:C:2008:447, Rn. 39 – Janecek. Siehe Franck, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 195–197 und S. 216. Der Sache nach trifft sich dies mit der vom Gerichtshof im „Courage“-Urteil verwendeten „jedermann“-Formel, EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 26 – Courage/Crehan. Jedoch hat sich der Gerichtshof dort nicht des Begriffs des „Betroffenen“ bedient, um die Anspruchsberechtigung zu umschreiben. Genauso wenig hat der Unionsgesetzgeber diesen Terminus in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2014/104/EU aufgegriffen.

17) Bekanntlich haben die deutschen Gerichte ausgehend vom Schutzzweckkriterium über Jahrzehnte nur jenen Marktteilnehmern Haftungsansprüche zugebilligt, die Opfer einer gezielt gegen sie gerichteten Kartellrechtsverletzung waren (etwa BGH, 04.04.1975 – KZR 6/74, BGHZ 64, 232, 237 f. – Krankenhaus-Zusatzversicherung), und deshalb sogar noch im Ansehen des EuGH-Urteils in „Courage“ jenen den Schadensersatz verweigert, die ein Produkt kartellbedingt zu teuer gekauft haben (etwa LG Mannheim, 11.07.2003 – 7 O 326/02, GRUR 2004, 182 – Vitaminkartell).

18) Zum Effektivitätsgrundsatz und sog. nicht marktvermittelten Beeinträchtigungen Franck, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2. GWB, 6. Aufl. 2020 (im Erscheinen, Stand: Oktober 2019), § 33a Rn. 66; zur Richtlinie 2014/104/EU ders., in: Wollenschläger/Wurmnest/Möllers (Fn. 5), S. 77, 82 f.

19) Zur Aussagekraft funktionaler Argumente am Beispiel der Zurechnung von Preisschirmschäden Franck, in: Mölslein (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, 2019, S. 331, 347–354; siehe auch Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 33a Rn. 4 und 11.

20) Siehe jüngst EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, WRP 2020, 179, Rn. 30–34 – Otis u.a./Land Oberösterreich u.a.; in diesem Sinne zuvor bereits W.-H. Roth, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, November 2018, § 33a Rn. 25.

21) BGH, 11.12.2018 – KZR 26/17, WRP 2019, 474, 479 f., Rn. 60–64 – Schienenkartell; dazu unten bei Rn. 13.

22) OLG Düsseldorf, 23.01.2019 – VI-U (Kart) 18/17, juris, Rn. 82–86, insbes. Rn. 84 f. – Schienenkartell II.

23) § 186 Abs. 3 S. 1 GWB. Für die Anspruchsentstehung muss zur schuldhaften Kartellrechtsverletzung noch ein Schaden eingetreten sein, also etwa die Veräußerung eines Produkts zu kartellbedingt überhöhtem Preis. Siehe Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 33h Rn. 6.

24) Zum Begriff des „Kartells“ im Sinne des § 33a Abs. 2 GWB eingehend Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 33a Rn. 75 f.

25) Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), Stand: 24.01.2020, S. 11 und S. 92 f.

26) Referentenentwurf (Fn. 25), S. 11 f. und S. 93 f.

27) Zur Zurechenbarkeit siehe Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 33a Rn. 60–66.

28) Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 33a Rn. 20 und 65; so im Ergebnis auch W.-H. Roth, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht (Fn. 20), § 33 Rn. 59 („Der Begriff des „Betroffenen“ (...) hat im Rahmen des § 33a Abs. 1 keine Bedeutung“) und § 33a Rn. 34; Otto, ZWeR 2019, 354, 374–376.

29) Anderes muss für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gemäß § 33 GWB gelten, siehe – mit im Einzelnen unterschiedlicher Ausformung – W.-H. Roth, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht (Fn. 20), § 33 Rn. 43–61; Otto, ZWeR 2019, 354, 359–369; Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 33 Rn. 14–20.

30) Siehe oben Rn. 8.

31) Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 33a Rn. 20.

32) Siehe oben Fn. 16 a. E.

33) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 25 – Schienenkartell II.

spruchsvoraussetzung zukommen soll: Die Klägerin sei Betroffene, weil sie von der Beklagten „Waren erworben hat, welche Gegenstand der Kartellabsprache waren.“³⁴⁾ Offenbar soll es also ausreichen, dass sich am Maßstab des § 286 ZPO zeigen lässt, dass ein Kartell auf den Markt *ausgerichtet* war, auf dem der Kläger die – seiner Auffassung nach kartellbedingt überteuerten – Waren bezogen hat. Nicht erforderlich sei es aber, nachzuweisen, dass die Kartellabsprache sich auf „den in Rede stehenden Beschaffungsvorgang (...) tatsächlich *ausgewirkt* hat.“³⁵⁾ In diesem letzten Aspekt liegt eine maßgebliche Klarstellung, die der Leser – wie der Kartellsenat³⁶⁾ freimütig einräumt – durchaus als Korrektur der Rechtsprechungslinie verstehen darf.

- 12 Für den Standardfall einer *follow on*-Klage durch Kartellabnehmer oder Preisschirmgeschädigte werden sich damit mögliche Konflikte mit dem Effektivitätsprinzip entschärfen. Gleiches darf man für Klagen annehmen, die an festgestellte Behinderungs- und Ausbeutungsmissbräuche anknüpfen, weil diese regelmäßig auf einen identifizierbaren Markt ausgerichtet sind, auf dem die klagenden Mitbewerber oder Kunden aktiv waren oder von dem sie verdrängt worden sind oder auf den sie nicht zutreten konnten. Unsicher scheint die (unionsrechtskonforme) Anwendung der „Betroffenheit“ freilich mit Blick auf andere vermeintlich kartellgeschädigte Kläger wie etwa mittelbare Abnehmer (die in „Altfällen“ nicht von der Vermutung des § 33c Abs. 2 GWB profitieren)³⁷⁾ oder auch im Falle von Lieferanten, die einen Schaden aufgrund Kartellierung ihrer Abnehmer auf einem nachgelagerten Markt einklagen: Sollen Letztere Auswirkungen auf den dem Kartell vorgelagerten Markt (Mengen- und/oder Preisreduzierung) gemäß dem Beweismaß nach § 286 ZPO zeigen müssen, um ihre Betroffenheit zu demonstrieren? Was muss ein Subventionsgeber, der entsprechend der „Otis“-Rechtsprechung einen Kartellschaden einklagt, zeigen, um seine „Betroffenheit“ zu begründen?

V. Nachweis der Schadensentstehung: Von Freiheit und Verantwortung des Tatrichters

- 13 Obgleich der BGH vorliegend die Anspruchsberechtigung der Klägerin ohne Weiteres bejahte, hatte die Revision Erfolg, weil der Kartellsenat im Übrigen die im ersten „Schienenkartell“-Urteil eingeschlagene Linie bestätigte und einen Beweis des ersten Anscheins für eine preissteigernde Wirkung des Kartells ablehnte. Die Karlsruher Richter begründeten dies damit, dass es an einer Typizität des Geschehensablaufs mangle. Zwar beschränkte der BGH diese Aussage letztlich auf den Fall eines „Quoten- und Kundenschutzkartells.“³⁸⁾ Doch stellte das Gericht an anderer Stelle generell auf die Wirkung „von Kartellen“³⁹⁾ ab und bezog die Verneinung des Anscheinsbeweises allgemein auf „Kartellabsprachen“.⁴⁰⁾ Zudem darf man bei Quoten- und Kundenschutzkartellen mit Zuweisung von Stammkunden und Ausgleichszahlungen von einer vergleichsweise hohen Kartelldisziplin ausgehen. Schließt der BGH für diese Fälle wegen der Möglichkeit mangelnder Kartelldisziplin einen Anscheinsbeweis aus, wird dies erst recht für das Gros der typischen Preis- und Mengenkartelle zu gelten haben.

34) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 25 – Schienenkartell II.

35) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 26 (Hervorhebung vom Verfasser hinzugefügt) – Schienenkartell II.

36) Zu bemerken ist, dass der Kartellsenat vorliegend – mit Ausnahme des jetzigen Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Peter Meier-Beck – in von der Entscheidung „Schienenkartell“ verschiedener Besetzung urteilte.

37) Siehe oben bei Fn. 14.

38) BGH, 11.12.2018 – KZR 26/17, WRP 2019, 474, Ls. – Schienenkartell, und BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 31 – Schienenkartell II.

39) BGH, 11.12.2018 – KZR 26/17, WRP 2019, 474, 478, Rn. 57 – Schienenkartell.

40) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 28 – Schienenkartell II.

Zugleich betont der BGH, an die Stelle des Anscheinsbeweises trete eine tatsächliche Vermutung „im Sinne eines Erfahrungssatzes“ dafür, dass Kartelle zu Preiserhöhungen führten.⁴¹⁾ Mit Blick auf die Charakteristika des hier festgestellten Quoten- und Kundenschutzkartells konstatierte der Gerichtshof, dass diesem Erfahrungssatz eine „starke Indizwirkung“ zukomme.⁴²⁾ Dies deutet an, dass die Absage an den Anscheinsbeweis den Gerichten zwar eine aufwändigere Beweisaufnahme und -würdigung abverlangt, für die Praxis aber im Ergebnis womöglich keinen erheblichen Unterschied bedeutet. So konnte sich etwa auch das OLG Düsseldorf ausdrücklich von der Rechtsansicht des BGH zum Anscheinsbeweis distanzieren, ohne die Frage letztlich entscheiden zu müssen, weil es einen hinreichenden Nachweis für die Schadensentstehung auch im Lichte der vom BGH geforderten Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände bejahte.⁴³⁾

Der BGH weist den Tatrichter auf seinen Freiraum hin, im Rahmen der Beweiswürdigung nach § 287 ZPO ohne Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens aufgrund der Gesamtschau der Indizien zu bejahen, dass dem Kläger ein Schaden entstanden ist; dies insbesondere auch, obgleich die Beklagtenseite ein anderslautendes Gutachten vorlegt.⁴⁴⁾ Denn auch mit einem Gutachten, das etwa mittels ökonomischer Methoden Aussagen über einen hypothetischen Marktpreis ohne Kartellrechtsverletzung trifft, kann nicht (unmittelbar) bewiesen werden, dass dem Kläger kein Schaden entstanden ist. Auch der Sachverständige bewertet letztlich (nur) die „gegebenen Anknüpfungstatsachen“⁴⁵⁾ und zieht daraus Schlüsse über die Wahrscheinlichkeit und die Höhe eines kartellbedingten Schadens.⁴⁶⁾ Dem Tatrichter wird hierfür freilich abverlangt, sich mit einem vorgelegten Privatgutachten auseinanderzusetzen und sich ein Urteil über dessen Aussagekraft zu bilden.⁴⁷⁾ Es liegt hierin keine geringe Herausforderung; sie zu bewältigen, setzt Expertise voraus, die umso leichter zu erwerben ist, desto stärker sich die Richter auf das Gebiet des Kartellschadensersatzes spezialisieren können. In diesem Sinne scheint es etwa geboten, dass die Landgerichte (§ 87 GWB) Kammern mit besonderer Zuständigkeit für Kartellschadensersatzklagen einrichten und dass den Richtern Weiterbildungen im Umgang mit ökonomischen Gutachten angeboten werden.

Schließlich ermahnt der BGH die Tatrichter, sich nicht vorschnell auf ein Grundurteil zu beschränken und das Betragsverfahren abzuspalten (§ 304 ZPO). Sind für Grund und Höhe eines Schadens „annähernd dieselben“ Tatsachen maßgeblich oder stehen diese in einem so engen Zusammenhang, dass eine bloße Grundentscheidung „unzweckmäßig und verwirrend“ wäre, sei letztere unzulässig.⁴⁸⁾ Dies unterstellt der BGH jedenfalls im Grundsatz für Klagen auf Kartellschadensersatz.⁴⁹⁾

41) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 40 – Schienenkartell II.

42) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 42–45 – Schienenkartell II; ebenso für den Fall eines bloßen Austauschs von Preisinformationen OLG Stuttgart, 04.04.2019 – 2 U 101/18, juris, Rn. 157 – Lkw-Kartell.

43) OLG Düsseldorf, 23.01.2019 – VI-U (Kart) 18/17, WuW 2019, 158, 160–162 – Schienenkartell II.

44) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 48 a. E. – Schienenkartell II.

45) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft) Rn. 37 und Ls. d) – Schienenkartell II.

46) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 47 – Schienenkartell II.

47) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 49 – Schienenkartell II.

48) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 54 – Schienenkartell II.

49) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, WRP 2020, 614 (in diesem Heft), Rn. 52 – Schienenkartell II.

VI. Einstweilen vertagt: AGB-Kontrolle der Kartellschadenspauschalen

- 17 Da das vorinstanzliche Urteil des OLG Thüringen wegen der nicht hinreichend nachgewiesenen Schadensentstehung aufzuheben war, hatte der BGH nicht mehr über die Wirksamkeit der vereinbarten Schadenspauschale in Höhe von 15 Prozent der Auftragssumme zu befinden. Das OLG hatte die Wirksamkeit der Pauschale⁵⁰⁾ im Wesentlichen auf drei Erwägungen gestützt. (1) Die vertragliche Vereinbarung von Pauschalen fördere die Präventionswirkung von Kartellschadensersatzansprüchen; diese im Gemeininteresse liegende Wirkung müsse zugunsten der Verwender in die Abwägung nach § 307 BGB einfließen. (2) Zudem wurde argumentiert, die Verwendung besagter Klausel entspreche einem Handelsbrauch im Sinne des § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB. (3) Hauptsächlich stützte sich das Gericht aber auf die Erwägung, dass Vielfalt und Komplexität der ein Kartell beeinflussenden Faktoren es verhinderten, ex ante eine branchentypische Kartellschadenshöhe festzustellen; es mangle deshalb an einem tauglichen Vergleichsmaßstab, so dass die Klausel nicht gemäß § 307 BGB unwirksam sein könne.⁵¹⁾
- 18 Wie bereits andernorts eingehend erörtert, kann keines dieser Argumente überzeugen.⁵²⁾
- 19 Zum Ersten: Die AGB-Kontrolle soll angesichts der in ihrem Anwendungsbereich vom Gesetzgeber unterstellten einseitigen Gestaltungsmacht einen fairen Interessenausgleich zwischen Vertragspartnern gewährleisten. In diesem Sinne dient sie auch dem Gemeinwohl, nämlich dem Interesse an einer funktionierenden Markttransaktionsordnung. Dies rechtfertigt es indes nicht, den Kontrollmaßstab des § 307 BGB an anderen (grundsätzlich legitimen) Gemeinwohlbelangen auszurichten, wie etwa der wirksamen Abschreckung von Kartellrechtsverletzungen oder dem gerechten Ausgleich von Kartellschäden.
- 20 Zum Zweiten: Die breitflächige Verwendung einer bestimmten Klausel genügt für sich nicht, um ihre Gebräuchlichkeit im Handelsverkehr gemäß § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB zu zeigen. Denn hat sich eine Klausel nur als Resultat einseitiger Gestaltungsmacht etabliert – wofür im Anwendungsbereich des AGB-Rechts auch im Handelsverkehr eine Vermutung spricht –, dann fehlt es an der – für einen normleitenden Handelsbrauch erforderlichen – *freiwilligen* Übung im Handelsverkehr.
- 21 Zum Dritten: Zwar ist es richtig, dass die gewöhnlich erwartbaren Kartellschäden schwer abzuschätzen sind. Trotzdem zwingt

§ 307 BGB die Gerichte, den Pauschalierungsklauseln eine Grenze zu ziehen. Im Lichte der allgemeinen empirischen Einsichten zu kartellbedingten Preisüberhöhungen können Pauschalen, die zehn Prozent der Auftragssumme überschreiten, grundsätzlich nur für Hardcore-Kartelle (horizontale Absprachen von Preisen und Mengen sowie Marktaufteilungen einschließlich von Submissionsabsprachen) gelten. Da sich eine geltungserhaltende Auslegung verbietet, verstoßen Schadenspauschalen, die drei Prozent des Auftragswerts übersteigen, ohne dabei nach der Art der Kartellrechtsverletzung zu differenzieren, gegen § 307 BGB und sind unwirksam.

VII. Fazit

Die „Betroffenheit“ als eigenständige Anspruchsvoraussetzung und Element der Haftungsbegründung ist kein Juwel in der Sammlung nationaler Eigentümlichkeiten des Kartellschadensersatzrechts. Obgleich der BGH in „Schienenkartell II“ (noch) nicht in wünschenswerter Entschlossenheit mit diesem Merkmal gebrochen hat, so liegt doch ein begrüßenswertes Leiturteil vor. Mit seiner Kurskorrektur erleichtert es der BGH den Instanzgerichten, das Kriterium der Kartellbetroffenheit ohne Konflikte mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot anzuwenden. Die Vorgaben zum Nachweis der Schadensentstehung, zur beweisrechtlichen Relevanz und möglicher Entbehrlichkeit gerichtlicher Sachverständigengutachten sowie zur (Un-)Zulässigkeit bloßer Grundurteile haben das Potential, Verfahren zu beschleunigen, Kosten zu senken⁵³⁾ und damit die Klage auf Kartellschadensersatz als Instrument ausgleichender Gerechtigkeit und privater Kartellrechtsdurchsetzung zu stärken.

- 50) Dieserart Pauschale wurde von den Instanzgerichten bislang in mindestens zwei Fällen für unwirksam gehalten (LG Potsdam, 22.10.2014 – 2 O 29/14, juris, Rn. 15-17 – Feuerwehrfahrzeug; LG Potsdam, 13.04.2016 – 2 O 23/15, juris, Rn. 21-31 – Schienenkartell), überwiegend aber von den Gerichten gebilligt, so OLG Celle, 06.10.2011 – 6 U 61/11, juris, Rn. 17 – Druckleitung und Pumpstation; OLG Karlsruhe, 31.07.2013 – 6 U 51/12 Kart, juris, Rn. 77-82 – Feuerwehrfahrzeuge; OLG Thüringen, 22.02.2017 – 2 U 583/15 Kart, juris, Rn. 82-85 – Schienenkartell; LG Dortmund, 21.12.2016 – 8 O 90/14 (Kart), juris, Rn. 146 (vgl. aber auch Rn. 148) – Schienenkartell.
- 51) OLG Thüringen, 22.02.2017 – 2 U 583/15 Kart, juris, Rn. 84 – Schienenkartell.
- 52) *Franck*, ZHR 191 (2017), 955, insbes. 971-980, 986-988 und 997-1003 jew. m. umf. Nachw.
- 53) Überblick über wesentliche rechtliche und institutionelle Kostenfaktoren für die Kartellrechtsdurchsetzung durch Haftungsklagen bei *Franck*, in: Wollenschläger/Wurmnest/Möllers (Fn. 5), S. 77, 87 f.

Prof. Dr. Tim W. Dornis, J.S.M. (Stanford University), Lüneburg*

Das standardessentielle Patent und die FRAND-Lizenz (Teil 1)

INHALT

Teil 1

- I. Einleitung und Problembeschreibung
- II. Meinungsstand
- III. Spieltheoretische Grundlagen des Huawei/ZTE-Verhandlungsmodells
 1. Theorie: Coase, Hobbes und der „Schatten des Rechts“
 2. EuGH-Ansatz: „FRAND as a process“ – but not only!

3. Anwendung: Strategiekombinationen, vor allem Doppelte-FRAND-Pattsituation

Teil 2

- IV. Innovationsökonomische Grundlegung des FRAND-Konzepts
 1. Ausgangspunkt: Patentgleichgewicht und Kartellrecht
 2. Theoretisches Modell: FRAND = ex ante-Wettbewerbslizenz
- V. Anwendung und Konsequenzen
 1. Relevante Marktstufe
 - a) Komponentenpreis als Maßstab
 - b) Lizenzberechtigung in Lieferketten
 2. Ex ante-Lizenzwertbestimmung (bottom-up approach)

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 674.