

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 346

# Verhinderung einer Mehrfachhaftung des Kartellanten

Die Streitverkündungslösung des Bundesgerichtshofes

Von

Hannah-Sophia Visé



Duncker & Humblot · Berlin

HANNAH-SOPHIA VISÉ

# Verhinderung einer Mehrfachhaftung des Kartellanten

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 346

# Verhinderung einer Mehrfachhaftung des Kartellanten

Die Streitverkündungslösung des Bundesgerichtshofes

Von

Hannah-Sophia Visé



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln  
hat diese Arbeit im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0582-026X  
ISBN 978-3-428-18585-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-58585-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis einschließlich April 2021 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Christoph Thole, Dipl.-Kfm., für die thematische Anregung und die Gewährung größtmöglichen Freiraumes bei der Anfertigung dieser Arbeit. Ebenso möchte ich mich für die Zeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Verfahrens- und Insolvenzrecht bedanken. Herrn Prof. Dr. Torsten Körper, LL.M., danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein herzlicher Dank gilt zudem meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Institut für die gemeinsame Zeit, die ich sowohl in fachlicher als auch in zwischenmenschlicher Hinsicht stets als Bereicherung empfunden haben. Die dort gewonnenen Freundschaften haben über so manches Motivationsloch hinweggeholfen. Hervorheben möchte ich Frau Julia von Rekowski, der ich auch für die kritische Durchsicht der Arbeit Dank schulde.

Mein größter Dank gilt meiner Familie, die während meiner Promotionszeit stets an meiner Seite war. Von ganzem Herzen danke ich meinen Eltern, Petra und Dr. Christoph Visé, für ihre immerwährende und vorbehaltlose Unterstützung auf meinem beruflichen und privaten Lebensweg. Meinem Vater und meinem Bruder, Sebastian Visé, danke ich zudem für die Übernahme der mühevollen Arbeit des Korrekturlesens. Mein ganz besonderer Dank gilt schließlich meinem Verlobten, Patrick Jantos, für seinen liebevollen und bedingungslosen Rückhalt während sämtlicher Herausforderungen, die die juristische Ausbildung bereithält. Ihnen allen ist diese Arbeit gewidmet.

Köln, im Januar 2022

*Hannah-Sophia Visé*





# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	17
I. Problemstellung .....	17
II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	20
III. Gang der Untersuchung .....	21
<b>B. Die Abwälzung von kartellbedingten Preisaufschlägen innerhalb mehrgliedriger Lieferketten: Vorüberlegungen</b> .....	24
I. Die Entwicklung des GWB bis zur 9. Gesetzesnovelle: Ein kurzer Überblick	24
II. Die unterschiedlichen Perspektiven der Abwälzung unter Berücksichtigung des grundlegenden Urteils des BGH in der Rechtssache ORWI .....	27
1. Anspruchsberechtigung mittelbar Geschädigter .....	28
2. Einwand der Schadensabwälzung (passing-on-defence) .....	33
a) Grundsätzliche Zulassung des Einwandes .....	33
b) Schadensentstehung oder Vorteilsausgleichung .....	34
3. Fazit .....	38
<b>C. Die Streitverkündungslösung des BGH vor dem Hintergrund des vor dem Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle in Deutschland geltenden Rechtes</b> .....	40
I. Der Kartellschadensersatzanspruch: Anspruchsvoraussetzungen und Vorteilsausgleichung .....	43
1. Betroffenheit .....	44
a) Einordnung als Voraussetzung des Schadensersatzanspruches .....	44
b) Konkretisierung der Begrifflichkeit .....	47
aa) Das Verhältnis zur tatsächlichen Betroffenheit .....	48
(1) Funktion der tatsächlichen Betroffenheit .....	49
(2) Die Entscheidung des BGH in der Rechtssache Schienenkartell II	50
(3) Ähnlichkeit der Betroffenheitsprüfungen? .....	51
bb) Das Verhältnis zur Kartellbefangenheit .....	56
c) Fazit .....	59
2. Haftungsausfüllender Tatbestand .....	60
a) Positiver Schaden und entgangener Gewinn .....	60
b) Schadenseintritt .....	62
aa) Kartellbefangenheit des Beschaffungsvorganges .....	64

bb) Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung: Die Berücksichtigung von Erfahrungssätzen . . . . .	68
(1) Kombination zweier Anscheinsbeweise . . . . .	68
(2) Die tatsächliche Vermutung . . . . .	71
cc) Fazit . . . . .	74
c) Schadenshöhe . . . . .	76
d) Vorteilsausgleichung . . . . .	77
aa) Feststellung des Vorteils . . . . .	78
bb) Kausalzusammenhang zwischen Vorteil und schädigendem Ereignis . . . . .	79
cc) Versagung der Vorteilsausgleichung aufgrund wertender Überlegungen? . . . . .	82
(1) Fallgruppen der Vorteilsausgleichung . . . . .	83
(2) Besonderheiten des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruches . . . . .	86
dd) Die Problematik des Nachfragerückgangs in der Entscheidung ORWI und das Erfordernis der Kongruenz . . . . .	89
(1) Diskrepanz zwischen der Entscheidung ORWI und dem Erfordernis der Kongruenz . . . . .	90
(2) Weitergehende Bedenken gegen eine zusätzliche Anforderung an die Vorteilsausgleichung . . . . .	92
ee) Anscheinsbeweis . . . . .	95
ff) Höhe des Vorteils . . . . .	98
3. Besonderheiten bei Schadensersatzansprüchen mittelbarer Abnehmer . . . . .	98
II. Zulässigkeit und Wirkung einer Streitverkündung . . . . .	103
1. Die Voraussetzungen der Streitverkündung und ihre Auswirkungen auf den Vorprozess . . . . .	103
2. Die Interventionswirkung im Folgeprozess . . . . .	104
a) Der subjektive Umfang . . . . .	105
b) Der objektive Umfang . . . . .	107
c) Die Besonderheiten bei einem non-liquet im Vorprozess . . . . .	108
III. Erfolgsgeeignetheit zur Vermeidung einer Mehrfachhaftung: Prozessuale Überlegungen . . . . .	109
1. Vorprozess des unmittelbaren Abnehmers und Folgeprozess des mittelbaren Abnehmers . . . . .	109
a) Vorprozess des unmittelbaren Abnehmers . . . . .	109
aa) Faktische Probleme der Streitverkündung . . . . .	110
bb) Allgemeine beweisrechtliche Überlegungen . . . . .	111
cc) Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Vorprozess unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Beteiligungsmöglichkeiten des mittelbaren Abnehmers . . . . .	113
(1) Betreffend den Haftungsgrund . . . . .	114
(2) Betreffend den Eintritt und den Umfang des Schadens . . . . .	116
(3) Betreffend die Vorteilsausgleichung . . . . .	118

dd) Sekundäre Darlegungslast des klagenden unmittelbaren Abnehmers	120
(1) Erforderlichkeit einer sekundären Darlegungslast	120
(a) Kenntniserlangung mittels Streitverkündung	121
(b) Informationsbeschaffung als Zweck der Streitverkündung?	123
(c) Fazit	125
(2) Zumutbarkeit einer sekundären Darlegungslast	125
b) Folgeprozess des mittelbaren Abnehmers	127
aa) Feststellungen im Ersturteil zum Schadenseintritt beim unmittelbaren Abnehmer	128
bb) Feststellungen im Ersturteil zur Weiterwälzung des Preisaufschlages	129
2. Vorprozess des mittelbaren Abnehmers und Folgeprozess des unmittelbaren Abnehmers	132
a) Vorprozess des mittelbaren Abnehmers	132
b) Folgeprozess des unmittelbaren Abnehmers	136
3. Fazit	140

#### **D. Änderung der Gesetzeslage durch die 9. GWB-Novelle in Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie**

I. Unionsrechtlich aufgestellte Vorgaben durch die Kartellschadensersatzrichtlinie	143
1. Entscheidungen des EuGH zum kartellrechtlichen Schadensersatz: Courage und Manfredi	144
2. Vorschläge der Kommission im Grün- und Weißbuch	146
3. Ordentliches Gesetzgebungsverfahren zur Kartellschadensersatzrichtlinie	148
4. Wesentliche Aspekte und inhaltliche Zielvorgaben der Richtlinie für das Recht der Mitgliedstaaten	149
a) Art. 13 RL: Einwendung der Abwälzung des Preisaufschlages	150
b) Art. 14 RL: Mittelbare Abnehmer	152
c) Vorgaben zur Vermeidung einer Mehrfachhaftung des Kartellteilnehmers	156
II. Deutsches Gesetzgebungsverfahren zur 9. GWB-Novelle: Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben in deutsches Recht	158
1. Referentenentwurf	159
2. Regierungsentwurf	164
3. Endgültige Gesetzesfassung und ausgebliebene Änderungen	165
III. Punktuelle Neuerung durch das GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle)	167
IV. Die Modifizierung der Gesetzeslage: Inhaltliche Ausgestaltung des Kartellschadensersatzanspruches	168
1. Betroffenheit	169
2. Haftungsausfüllender Tatbestand	170
a) Unmittelbarer Abnehmer	170
aa) Anderweitige Auslegungsmöglichkeit des § 33a II 1 GWB n.F.?	174
(1) Anwendungsbereich des § 33a II 4 GWB n.F.	174

(2) Erfordernis einer gesonderten gesetzlichen Vermutung für die Kartellbefangenheit? .....	175
(3) Fazit .....	178
bb) Verbleibender Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises bzw. der tatsächlichen Vermutung .....	179
b) Mittelbarer Abnehmer .....	181
aa) Eintritt eines kartellbedingten Preisaufschlages auf der Stufe des unmittelbaren Abnehmers .....	182
bb) Vermutungsbasis des § 33c II GWB n.F. ....	183
cc) Verbleibende Verteidigungsmöglichkeiten des Kartellanten .....	185
(1) Der Grundsatz: Beweis des Gegenteils und Gegenbeweis .....	185
(2) Die Besonderheiten des § 33c III 1 GWB n.F. ....	186
(3) Abweichende Auslegungsmöglichkeiten des § 33c III 1 GWB n.F. und deren Konsequenzen für § 33c II GWB n.F. ....	189
(a) § 33c III 1 GWB n.F. als dritte Verteidigungsmöglichkeit ...	189
(b) § 33c III 1 GWB n.F. als Tatbestandsausnahme .....	190
(c) § 33c II GWB n.F. als gesetzlicher Anscheinsbeweis .....	191
(aa) Gesetzliche Festschreibung eines Anscheinsbeweises? ..	191
(bb) Übertragung der Überlegungen auf § 33c GWB n.F. ...	193
(cc) Vereinbarkeit der Auslegung mit Art. 14 RL .....	196
(4) Fazit .....	197
V. Konsequenzen der geänderten Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Kartellschadensersatzprozess für die Streitverkündungslösung des BGH .....	197
1. Vorprozess des unmittelbaren Abnehmers und Folgeprozess des mittelbaren Abnehmers .....	198
a) Vorprozess des unmittelbaren Abnehmers .....	198
aa) Beweisrechtliche Überlegungen .....	198
bb) Das Verhältnis von sekundärer Darlegungslast und neuen Offenlegungsmöglichkeiten .....	201
b) Folgeprozess des mittelbaren Abnehmers .....	206
aa) Auslegung des § 33c II GWB n.F. als widerlegbare gesetzliche Vermutung .....	206
(1) Die Problematik der Mehrfachhaftung .....	207
(2) Berücksichtigung der Zielsetzung der Richtlinie: Vermeidung einer Mehrfachhaftung des Kartellanten .....	210
(3) Überlegungen de lege lata unter Beibehaltung der Streitverkündungslösung .....	212
(4) Anderweitige geeignete Verfahrensmittel .....	214
(a) § 147 ZPO .....	214
(b) § 75 ZPO .....	216
(c) Zwischenergebnis .....	217
(5) Fazit .....	217

bb) Auslegung des § 33c II GWB n.F. als gesetzlich normierter Anscheinsbeweis .....	219
c) Folgeproblem: Rückwirkende Geltung des gesetzlichen Anscheinsbeweises? .....	220
d) Ergebnis .....	222
2. Vorprozess des mittelbaren Abnehmers und Folgeprozess des unmittelbaren Abnehmers .....	222
a) Vorprozess des mittelbaren Abnehmers .....	222
b) Folgeprozess des unmittelbaren Abnehmers .....	224
c) Ergebnis .....	228
<b>E. Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse .....</b>	<b>229</b>
<b>Anhang .....</b>	<b>233</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>238</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>258</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
angef.	angefügt
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (Mehrzahl)
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
BegrRefE	Begründung Referentenentwurf
BegrRegE	Begründung Regierungsentwurf
Beschl. v.	Beschluss vom
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
d. h.	das heißt
Drs.	Drucksache
ECLI	European Case Law Identifier
Ed.	Edition
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i. d. F. bis 30. November 2009
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i. d. F. bis 30. April 1999
Einl.	Einleitung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union i. d. F. des Vertrags von Lissabon
f./ff.	folgende [Seite, Nummer, Randnummer]
Fn.	Fußnote
geänd.	geändert
ggf.	gegebenenfalls
G. v.	Gesetz vom
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. S. d.	im Sinne des

i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	littera
Ls.	Leitsatz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Neubearb.	Neubearbeitung
n. F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer/-n
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s./S.	siehe/Siehe
sog.	sogenannte/-r/-s/-n
stRspr.	ständige Rechtsprechung
u.	und
u. a.	und andere/-s; unter anderem; unter anderen
Urt. v.	Urteil vom
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

Wegen der übrigen Abkürzungen wird verwiesen auf die im Literaturverzeichnis in Klammern angeführte Zitierweise sowie auf *Kirchner, Hildebert (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, bearb. v. *Böttcher/Eike*, 9. Aufl., Berlin/Boston 2018.





# A. Einleitung

## I. Problemstellung

Treffen mehrere Wettbewerber Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken, so können aus dieser Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht Abnehmer auf unterschiedlichen Absatzstufen innerhalb einer mehrgliedrigen Lieferkette Schäden erleiden. Infolgedessen können ebendiese potentiell Geschädigten versuchen, ihre Ersatzansprüche gegenüber dem Rechtsverletzer prozessual durchzusetzen. In Betracht kommen insbesondere Klagen unmittelbarer Abnehmer, also solcher, die Waren oder Dienstleistungen unmittelbar vom Rechtsverletzter erworben haben. Denkbar sind daneben Klagen von Abnehmern nachfolgender Vertriebsstufen (mittelbare Abnehmer).<sup>1</sup>

Sofern mehrere Absatzstufen existieren, können sich die unmittelbaren Abnehmer dazu entschließen, eine von ihnen zunächst zu tragende (kartellbedingte) Preiserhöhung ganz oder teilweise an ihre eigenen Abnehmer weiterzugeben. Dementsprechend erhöhen diese unmittelbaren Abnehmer ihre Preise gegenüber ihren eigenen Vertragspartnern.<sup>2</sup>

Diese Abwälzung eines etwaig entstandenen kartellbedingten Preisaufschlages wird in verschiedenen Konstellationen relevant. Im Rahmen des Kartellschadensersatzprozesses des unmittelbaren Abnehmers kann der Kartellteilnehmer den Einwand erheben, der Preisaufschlag sei vom unmittelbaren auf den bzw. die mittelbaren Abnehmer abgewälzt worden, so dass bei Ersterem letztendlich kein Schaden verblieben sei. Ein solches Vorbringen dient also der Verteidigung des beklagten Kartellanten.<sup>3</sup>

Im Prozess des mittelbaren Abnehmers hingegen begründet dieser Geschädigte die Entstehung seines eigenen Schadens mit ebendieser Weiterwälzung durch den

---

<sup>1</sup> Zum Begriff der unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer vgl. die Begriffsbestimmungen in Art. 2 Nr. 23 u. 24 der Richtlinie 2014/104/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349, 1. Im Folgenden: Kartellschadensersatzrichtlinie oder Richtlinie bzw. RL.

<sup>2</sup> Vgl. nur *Bacher*, in: H.-J. Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 82 Rn. 32; Langen/Bunte/Bornkamm/Tolkmitt, § 33c GWB Rn. 1.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu sowie zum nachfolgenden Absatz die Darstellung der Problematik bei *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite, S. 28 f. Neben *Bulst* verwendet ebenso *Kersting*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, Kap. 7, S. 150 ff. die Begrifflichkeiten „Verteidigung“ und „Angriff“ zur Umschreibung der jeweiligen Situation.

unmittelbaren Abnehmer. Von Relevanz ist die Abwälzung damit auch in der beschriebenen Angriffssituation. Allein dieser Umstand birgt die Gefahr sich widersprechender gerichtlicher Entscheidungen.<sup>4</sup>

Die Abwälzung von kartellbedingten Preisaufschlägen ist seit längerem Gegenstand kontroverser Auseinandersetzungen. Die Diskussion konzentrierte sich bis zum Jahre 2011 im Wesentlichen auf zwei Aspekte: die Zulassung des Einwandes der Schadensabwälzung (*passing-on-defence*) sowie die Anspruchsberechtigung der mittelbar Geschädigten.<sup>5</sup> Zu beiden Streitpunkten hat der Bundesgerichtshof (BGH) in seinem grundlegenden Urteil vom 28. Juni 2011 in der Rechtssache *ORWI*<sup>6</sup> Stellung genommen und die Diskussion um die genannten Fragestellungen damit, zumindest im Grundsatz, zum Erliegen gebracht.

Nur geringfügig weniger Aufmerksamkeit erfuhr die mit einer Anspruchsberechtigung der mittelbaren Abnehmer Hand in Hand gehende Gefahr einer mehrfachen Haftung des Kartellanten. Für den Kartellteilnehmer besteht insoweit das Risiko sowohl dem unmittelbaren als auch dem mittelbaren Abnehmer Ersatz für einen Preisüberhöhungsschaden leisten zu müssen, obwohl der kartellbedingte Preisaufschlag nur bei einem der Abnehmer oder bei beiden in Teilen als Schaden dauerhaft das Vermögen geschmälert haben kann.<sup>7</sup>

*Obiter dictum* positionierte sich der BGH in der Entscheidung *ORWI* im Hinblick auf diese mögliche mehrfache Haftung des schädigenden Kartellteilnehmers. Dieser könne mit Hilfe der Streitverkündung im Sinne des § 72 ZPO widersprüchliche Entscheidungen in der oben geschilderten Situation der (potentiellen) Klagen von mehreren Abnehmern verschiedener Marktstufen verhindern.<sup>8</sup>

Nunmehr gewinnt die Problematik der Mehrfachhaftung des Kartellanten durch die Kartellschadensersatzrichtlinie und deren Umsetzung in das deutsche Recht durch das Neunte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>9</sup> erneut an Aktualität.

Ist schon unter Zugrundelegung der Gesetzeslage vor der 9. GWB-Novelle zweifelhaft, ob die Streitverkündungslösung des BGH überhaupt geeignet ist, das aufgeworfene Problem zu lösen, so ist dieser Lösungsvorschlag zumindest durch die

---

<sup>4</sup> Vgl. nur *Kirchhoff*, WuW 2012, 927, 933, der allerdings die Gefahr unter Geltung der Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle wohl als vernachlässigbar qualifiziert. Hierzu tendiert auch *W.-H. Roth*, FS Huber, 1133, 1166 Fn. 185.

<sup>5</sup> Beispielhaft seien insofern die Untersuchungen von *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite, *Görner*, Die Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB sowie *Schürmann*, Die Weitergabe des Kartellschadens angeführt.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 – *ORWI*.

<sup>7</sup> Auch auf Letzteres weist der BGH, Urt. v. 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145, Rn. 60 – *ORWI* ausdrücklich hin.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145, Rn. 73 – *ORWI*.

<sup>9</sup> Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 1.6.2017, BGBl. I 1416. Im Folgenden: 9. GWB-Novelle.

gesetzlichen Neuerungen ins Wanken geraten. Insbesondere der neu geschaffene § 33c GWB (n.F.) bedingt eine weitgehende Veränderung der bestehenden Rechtslage. Stützten sich die Überlegungen des BGH noch auf den „[...] Gleichlauf der Beweis- und Nachweisanforderungen an die Weiterwälzung des Schadens für die Passing-on-Defence einerseits und die Klagen mittelbarer Abnehmer andererseits [...]“<sup>10</sup>, so wird nunmehr gemäß § 33c II GWB n.F. lediglich zugunsten eines mittelbaren Abnehmers dem Grunde nach vermutet, dass der Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde. Ob die vom BGH verwendete Metapher des Weiterwälzungseinwandes des Kartellanten als Spiegelbild des Schadensnachweises des mittelbaren Abnehmers<sup>11</sup> unter der geänderten Gesetzeslage noch zutreffend ist, ist mehr als fraglich.

Die aufgezeigte Problematik wird im Schrifttum zwar vielfach gesehen. Nur wenige Beiträge gehen jedoch über die bloße Darstellung des Problems hinaus. Teilweise wird (wenigstens für die Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle) angenommen, die Gefahr einer Mehrfachhaftung des Kartellanten würde sich in der Praxis nicht verwirklichen, das Problem sei „[...] im Wesentlichen akademischer Natur [...]“.<sup>12</sup>

Blieben die Überlegungen an dieser Stelle stehen,<sup>13</sup> so wäre dies nicht nur wenig zufriedenstellend, da die abstrakte juristische Problemstellung nun einmal besteht.<sup>14</sup> Übersehen würden vielmehr auch die zunehmenden Bestrebungen des europäischen, aber auch des deutschen Gesetzgebers kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten auszubauen oder auch in anderer Art und Weise die Chancen der Geschädigten auf eine erfolgreiche Durchsetzung ihrer (kartellrechtlichen) Schadensersatzansprüche zu verbessern.<sup>15</sup> Jüngstes Beispiel für Letzteres ist die durch das GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle) zugunsten der potentiell Geschädigten eingefügte gesetzliche Vermutung für die Kartellbefangenheit (§ 33a II 4 und § 33c III 2 GWB

---

<sup>10</sup> *Kirchhoff*, WuW 2015, 952, 954 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145, Rn. 59 f. – ORWI.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145, Rn. 59 – ORWI.

<sup>12</sup> *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite, S. 329. In der Tendenz ähnlich *Basedow*, ZWeR 2006, 294, 303 f.

<sup>13</sup> Nicht so *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite, S. 329 ff., der sich auch mit derjenigen Fallkonstellation auseinandersetzt, in der es tatsächlich zu einer Mehrfachhaftung kommt.

<sup>14</sup> Ähnlich schon *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz, S. 388 f.

<sup>15</sup> Ähnliche Überlegungen schon bei *Koch*, WuW 2005, 1210, 1217 sowie *Drexler*, FS Canaris, 1019, 1035. Auf europäischer Ebene existieren bspw. die Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten (2013/396/EU), ABl. 2013 L 201, 60 sowie der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG v. 11.4.2008, KOM(2018) 184 final. Überlegungen zur Effektivität der Ende 2018 in die ZPO eingefügten Musterfeststellungsklage bei Kartellschäden *Mallmann/Erne*, NZKart 2019, 77.