

---

**„Neue Entwicklungen  
in der gerichtlichen Kartellrechtspraxis“**

4. Mai 2023

Prof. Dr. Ulrich Egger  
Vors. Richter am OLG Düsseldorf

---

## Kartellrecht in der Energiekrise

---

- Notfall-VO (EU) 2022/2057, 22.12.2022
- § 2 EEG: Errichtung... „im überragenden öffentlichen Interesse“
- „Nachhaltigkeit“: Entwurf Horizontalleitlinien EU-Kommission 2022 - Nachhaltigkeitsvereinbarungen
- „gespaltener Strompreis“
- Strompreis- und Gaspreisbremsegesetz

# Kartellrecht in der Energiekrise

---

- “Schätzen und Berechnen“
  
- 11. GWB-Novelle
  - Entflechtung: Entschädigung, § 32 f Abs. 4 GWB-E
  - Abschöpfung, § 34 Abs. 4 GWB-E
  
- Kartellschadenersatz, Höhe?

## Bezifferung

---

➤ **Begründung § 34 Abs. 4 GWB-E:**

*„Eine wesentliche Schwierigkeit der Vorteilsabschöpfung ... liegt in der Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils. ...Zum Teil (müssen) sehr komplexe ökonometrische Analysetechniken eingesetzt werden.“*

➤ **Schienenkartell VI, KZR 63/18, 10.2.2021**

*„Die Bezifferung eines Schadens, der aus einem Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen resultiert, ist regelmäßig mit erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten und zudem oftmals mit großem sachlichen und finanziellen Aufwand verbunden.“*

## § 287 Abs. 1 ZPO

---

*„Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung.*

*Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen...“*

## § 287 ZPO: Vorgaben

---

- Die Schätzung darf mangels greifbarer Anhaltspunkte *„nicht völlig in der Luft hängen.“*
- Wesentliche Bemessungsfaktoren dürfen nicht außer Acht gelassen werden.
- Die Tatsachengrundlage ist im Urteil mitzuteilen.
- Beweismaß für haftungsausfüllende Kausalität: *„überwiegende Wahrscheinlichkeit“*

## BGH: Mehrerlös – Schaden – Schätzung

---

- Mehrerlösabschöpfung, „Flüssiggas I“, BGH, 9.10.2018, KRB 51/16
- Kartellschadenersatz
  - Schiene
  - LKW
  - Stahlstrahlmittel
  - Schlecker
  - Schiedsverfahren

- **Schiene I, KZR 26/17, 1.12.2018**
- „tatsächliche Vermutung“/Erfahrungssatz für kartellbedingt höhere Preise
- umfassende Würdigung aller Umstände
  
- **Schiene II, KZR 24/17, 28.1.2020**
- § 287 ZPO: *„...eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit“.*
- *„Die Vorlage eines Privatgutachtens verpflichtet den Tatrichter ... nicht in jedem Fall zur Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens.“*

## BGH

---

- Schiene III, KZR 70/17, 19.5.2020
- Schiene IV, KZR 8/18, 19.5.2020
- Schiene V, KZR 4/19, 23.9.2020
- gesamtschuldnerische Haftung
- Preisschirmeffekt
- sekundäre Darlegungslast des Kartellgeschädigten im Rahmen der Vorteilsausgleichung
- Streuschäden
- „keine unbillige Entlastung“ Kartellbeteiligter

➤ LKW I, KZR 35/19, 23.9.2020

*„Der Indizienbeweis (des Klägers) ist misslungen,  
wenn unter Berücksichtigung sämtlicher festgestellter  
oder ... zu unterstellender Indiztatsachen und des ihnen  
jeweils zukommenden Gewichts zumindest Zweifel daran  
verbleiben,  
dass ein Schaden mit der nach § 287 ZPO geforderten  
Wahrscheinlichkeit eingetreten ist.“*

## BGH

---

- Schiene VI, KZR 63/18, 10.2.2021
- Schadenspauschalierungsklausel
- 15% der Abrechnungssumme „*vertretbar und angemessen*“
- Möglichkeit des Kartellbeteiligten geringen Schaden darzulegen und zu beweisen

- LKW II, KZR 19/20, 13.4.2021
- *„Vor einer etwaigen erneuten Gesamtabwägung aller für die Feststellung eines Schadenseintritts maßgeblichen Indizien wird es (das Gericht)*
  - gegebenenfalls mit sachverständiger Unterstützung –*
  - die Belastbarkeit der von den Parteien vorgelegten Regressionsanalysen überprüfen müssen.“*

- **Stahlstrahl-Mittel, KZR 46/20, 28.6.2022**
- Konkrete Preisgestaltung muss sich nicht unmittelbar an Kartellabsprache orientieren: keine „mathematische Zuordnung“

## BGH:

---

➤ Schlecker, KZR 42/20, 29.11.2022

*„Ein kartellrechtswidriger Informationsaustausch begründet den Erfahrungssatz,*

*dass die danach erzielten Preise über denen liegen,*

*die sich ohne die Wettbewerbsbeschränkung gebildet hätten.“*

## BGH: Schlecker

---

- *„Es ist hochwahrscheinlich, dass das Marktverhalten der Kartellbeteiligten nicht dem hypothetischen Verhalten ohne Beschränkung des Geheimwettbewerbs entspricht.“*
- *„Betreffen solche Informationen ein aktuelles oder geplantes Preissetzungsverhalten, besteht außerdem eine „große“ Wahrscheinlichkeit“, dass ein höheres Preisniveau entsteht ...*
- Bei einem Austausch von Geheiminformationen über individuelles Preissetzungsverhalten ist die Wahrscheinlichkeit *„besonders groß“*, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt.

## BGH: Schlecker

---

- Es genügt nicht, wenn Kartellbeteiligte lediglich auf die gegen eine Preiserhöhung sprechenden Gründe verweisen.

Sie müssen vielmehr beweisen, dass eine Preiserhöhung nicht durchsetzbar und Preisgestaltungsspielräume nicht vorhanden waren.

- Die Kartellbeteiligten müssen alle gegenläufigen Indizien beweisen.

## BGH: Schlecker

---

*„Sollte es für die Beurteilung des Eintritts eines Schadens trotz der nach vorstehenden Maßstäben durchgeführten Gesamtwürdigung noch darauf ankommen,*

*wird das Berufungsgericht die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens zur Durchführung einer Regressionsanalyse nicht ... mit der Begründung ablehnen dürfen,*

*dass die im Parteigutachten des Klägers enthaltene Regressionsanalyse ... methodische Fehler und eine unzutreffende Tatsachenermittlung aufweise.“*

## BGH: Leitlinien

---

- kein Grundurteil
- Substantiierung des Klägervortrags
- Unsicherheiten: kontrafaktischen Szenarios
- Kartellbeteiligte: Möglichkeit substantiierter Gegeneinwände
- Schadenspauschalierungsklausel - Gegeneinwände
- Beweisaufnahme oft erforderlich
- Gerichtsgutachter, ggfs. nur Plausibilisierung

# Schätzung

---

- **§ 34 GWB-E**
  - Beweismaß § 287 ZPO
  - kein Strafcharakter
  - Widerlegung der 1%-Vermutung
  
- **Schätzung „Nachhaltigkeit“?**

# Ausblick

---

- Personal
- Vereinfachen und Pauschalieren
- Verfahrensregeln
- Kronzeuge
- ...