



Open Access Repository

[www.ssoar.info](http://www.ssoar.info)

## Die Kunst richtig zu reisen: zugleich Glosse zu den Rechtsmittelentscheidungen des OLG Düsseldorf in Sachen Schienenkartel

Thiede, Thomas; Müller, Christian H.

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Thiede, T., & Müller, C. H. (2018). Die Kunst richtig zu reisen: zugleich Glosse zu den Rechtsmittelentscheidungen des OLG Düsseldorf in Sachen Schienenkartel. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht : NZKart*, 12, 571-574. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-65242-8>

### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

### Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Dr. Thomas Thiede LL. M. und Dr. Christian H. Müller, LL. M. Eur., EMBA, Dortmund\*

## Die Kunst richtig zu reisen

### – zugleich Glosse zu den Rechtsmittelentscheidungen des OLG Düsseldorf in Sachen *Schienenkartell*<sup>1</sup> –

Die jüngsten Etappen auf der Reise des Kartellschadensersatzrechtes<sup>2</sup> erinnern zuweilen an Tucholskys Satire aus dem Jahre 1929 zum falschen Reisen. Tucholsky setzt sich in seinem Text mit den gegenläufigen Interessen des Reisenden auseinander. Auch für das Kartellschadensersatzrecht drängt sich seine Feststellung auf, dass man oftmals zu viel gleichzeitig erreichen will: So nahm er den Willen des Reisenden aufs Korn, der zugleich „schöne Natur, den Komfort der Großstadt, kunstgeschichtliche Altertümer, billige Preise, Meer, Gebirge – also vorn die Ostsee und hinten die Leipziger Straße“ verlange.

Ebenso drohen im Kartellschadensersatzrecht die gegenläufigen Interessen – Schutz des public enforcement, aber zugleich Förderung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung; umfassender Schadensersatz, aber keine Mehrfachanspruchnahme; Gewinnabschöpfung trotz marginaler Streuschäden; Auskunftsansprüche, aber keine Ausforschung – und scheinen auf eben jene Handlungsanweisung hinauszulaufen, mit der auch Tucholsky endete: „Ärgere dich!“

Umso erfreulicher ist es, wenn ein Gericht – wie in den hier zu besprechenden Entscheidungen – die letzten, ernsthaften Zeilen der Satire heranzieht, den Reiseplan im Großen entwirft und die Probleme am Weg betrachtet, sich ihrer annimmt und überzeugend löst. Diese eigentliche Qualität der Urteile veranlasst dazu, nachfolgend nur zwei Aspekte der Entscheidungen hervorzuheben.

#### I. Sachverhalt

In vier kurz aufeinander ergangenen Entscheidungen hat sich das OLG Düsseldorf mit den Urteilen des Dortmunder Instanzgerichtes zum Schienenkartell auseinandergesetzt.<sup>3</sup> Sämtliche Entscheidungen behandeln die Klagen öffentlicher Nahverkehrsunternehmen des Ruhrgebietes. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben beschafften diese Unternehmen Schienen, Weichen und Schwellen von den Beklagten. Das im Jahr 2011 durch das Bundeskartellamt gegen die Beklagten eingeleitete Bußgeldverfahren wurde im Jahre 2013 mit inzwischen überwiegend bestandskräftigen Bußgeldbescheiden wegen kartellrechtswidrigen Absprachen in Bezug auf die vorgenannten Oberbaumaterialien abgeschlossen; hiernach hatten die Beklagten im „Kartell der Schienenfreunde“ Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen in einem Zeitraum von (mindestens) 2001-2011 getroffen.

Das Landgericht Dortmund hatte eine Haftung dem Grunde nach auf Ersatz eines Kartellschadens in Zusammenhang mit den streitbefangenen Beschaffungsgeschäften bejaht. Der Senat bestätigt nun (im Wesentlichen) die Entscheidung des Landgerichts.

#### II. Tatsächliche Vermutung der Kartellbetroffenheit

Während das Instanzgericht, aufbauend auf dem in der obergerichtlichen Rechtsprechung anerkannten Anscheinsbeweis für eine allgemeine, kartellbedingte Marktpreissteigerung ein *argumentum a fortiori* mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH zur Herleitung der Kartellbetroffenheit bemüht hatte,<sup>4</sup> vermeidet der Senat diesen auf die Schadensverursachung abzielenden Ansatz. Vielmehr gründet der Senat eine „tatsächlichen Vermutung“ hinsichtlich der Kartellbetroffenheit des Beschaffungsvorganges auf dem Erfahrungssatz, dass die Beteiligten eines Kartells deshalb unzulässige wettbewerbsbeschränkende Absprachen trafen, weil dies wirtschaftlichen Erfolg nach sich ziehe, der ohne die verbotene Verhaltenskoordinierung ausbleibe. Diese Vermutung setze (nur) voraus, dass der Beschaffungsvorgang allein nach den äußeren Umständen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht von der kartellrechtswidrigen Verhaltenskoordinierung erfasst werde.<sup>5</sup>

Diese tatsächliche Vermutung sah der Senat durch die Beklagten vorliegend als nicht hinreichend erschüttert an, weshalb er die Kartellbetroffenheit bejahte.<sup>6</sup>

#### III. (Nomineller) Schaden

##### 1. (Weitere) Tatsächliche Vermutung

Die Kläger hatten zwar im Wesentlichen Feststellung der Haftung dem Grunde nach beantragt, in einem Verfahren jedoch auch einen bezifferten Leistungsantrag gestellt. Diesbezüglich bedurfte es eines Grundurteils über den An-

\* Dr. iur. Thomas Thiede, LL. M., ist Rechtsanwalt bei Spieker & Jaeger Partnerschaftsgesellschaft mbB in Dortmund, Universitätslektor an der Karl-Franzens-Universität in Graz, Lehrbeauftragter an der Ruhr-Universität in Bochum und Fellow des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) sowie des European Law Institute (ELI). Dr. jur. Christian H. Müller, LL. M. Eur., EMBA, ist Rechtsanwalt bei Spieker & Jaeger Partnerschaftsgesellschaft mbB in Dortmund und Dozent an der International School of Management (ISM).

- 1 OLG Düsseldorf, Ur. v. 22.8.2018, VI-U (Kart) 1/17, NZKart 2018, 477, Ur. v. 22.8.2018, VI-U 2/17; Ur. v. 29.8.2018, VI-U 11/17 und Ur. v. 29.8.2018, VI-U 12/17
- 2 Die Rechtsprechung hat mittlerweile eine stattliche Fallzahl erreicht; anders als noch vor wenigen Jahren werden Verfahren mit erheblichen Streitwerten vor zahlreichen Instanzgerichten geführt; eine ganze Reihe von kartellschadensersatzrechtlichen Monographien sind entstanden und erscheinen z. T. bereits in Folgeauflagen; drei Zeitschriften, die Fragen des Kartellschadensersatzes fest im Blick haben, sind etabliert; die Äußerungen in der Literatur sind (fast) nicht mehr überschaubar.
- 3 Vgl. exemplarisch LG Dortmund, Ur. v. 21.12.2016, 8 O 90/14 [Kart], NZKart 2017, 86 = WuW 2017, 98 und hierzu Thiede, Mit Schirm, Charme und KONE, NZKart 2017, 68.
- 4 Vgl. Thiede, Mit Schirm, Charme und KONE, NZKart 2017, 68.
- 5 Der Senat stützt sich dabei auf die BGH Entscheidungen zur Darlegungslast bei den wucherähnlichen Verträgen, vgl. BGH, Ur. v. 8.12.2000, V ZR 270/99, BeckRS 2011, 222; Ur. v. 19.1.2001, V ZR 437/99, BGHZ 146, 298 = NJW 2001, 1127 (1128 f.); Ur. v. 9.10.2009, V ZR 178/08, BeckRS 2009, 86261, die von der Literatur z. T. erheblich kritisiert wurden, vgl. etwa Bork, Anmerkung zu Ur. v. 19.1.2001, V ZR 437/99, JZ 2001, 1138 (1139); Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, AcP 200 (2000), 273 (301); Flume, Zur Anwendung der Saldotheorie im Fall der Nichtigkeit eines Grundstücks-Kaufvertrags nach § 138 Abs. 1 BGB wegen verwerflicher Gesinnung des Käufers, ZIP 2001, 1621; H. Koziol, Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite?, AcP 188 (1988), 183 (185 ff.); Mayer-Maly, Renaissance der laesio enormis? FS Iarenz zum 80. Geburtstag, 1983, 403 ff.
- 6 Vgl. auch zur Anwendung eines Anscheinsbeweises jüngst BGH, Ur. v. 12.6.2018, KZR 56/16 – Grauzement II, NZKart 2018, 315 = NJW 2018, 2479. Unter Verweis auf wirkungslose Kartelle zweifelnd Bellinghansen/Grothaus, Rückenwind für Kartellgeschädigte, NZKart 2018, 116 (117). Vgl. zum Ganzen ferner Stancke, Die Betroffenheit und Aktivlegitimation im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzklagen, NZKart 2017, 636 (639) und Thiede/Träbing, Praxis des Anscheinsbeweises im Kartellschadensersatzrecht, NZKart 2016 (426, 427).

spruchsgrund nach § 304 ZPO. Sofern ein Anspruch nach Grund und Höhe streitig ist, ergehen diese jeweils dann, wenn alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind und es wahrscheinlich ist, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht.<sup>7</sup>

Hinsichtlich eines solchen nominellen Schadens bedient sich der Senat erneut einer tatsächlichen Vermutung<sup>8</sup> und gründet die Anwendung zunächst auf die bisherigen kartellrechtlichen Entscheidungen. In diesen wurde bereits seit geraumer Zeit darauf verwiesen, dass mit Blick auf eine unternehmerische Gewinnmaximierung ein Erfahrungssatz für das Vorliegen eines Schadens in Form einer Kartellrendite bei Quotenkartellen spreche. Sind die Absatzquoten vorbestimmt, bedarf es keiner Preissenkungen, um neue Marktanteile zu erschließen. Stattdessen dürften Preise erhöht werden, weil der Kartellant keine Gefahr laufe, Marktanteile zu verlieren.<sup>9</sup>

Der Gesetzgeber hat sich diesem, von der Rechtsprechung entwickelten Ansatz mit der in § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB n. F. geregelten Schadensvermutung bewusst angeschlossen.<sup>10</sup> Der Senat sieht keinen Grund dafür, diesen gesetzlich niedergelegten Erfahrungssatz nicht auch auf Sachverhalte anzuwenden, die vor dem Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle abgeschlossen waren.

Anders als etwa das Kammergericht<sup>11</sup> mit Blick auf die Entscheidung des BGH in Lottoblock II<sup>12</sup> stellt der Senat keinen Bezug zu der Beweiserleichterung des § 287 ZPO her. Hier wäre es u. E. durchaus denkbar gewesen, dem Instanzgericht die Möglichkeit einer Schadensschätzung wenigstens nahelegen.

## 2. Keine Widerlegung durch Gutachten hinsichtlich der Durchschnittspreise

Den Beklagten gelang es nicht, die vorgenannte Vermutung zu widerlegen, wobei aus dem umfangreichen Vortrag nur wenige Punkte herauszugreifen sind. So wurde unter Verweis auf ein Privatgutachten vorgetragen, dass die Kartellpreise unter den Durchschnittspreisen gelegen hätten. Das Gutachten verfehle schon das Thema, so der Senat. Es lege keine konkreten Schäden dar, sondern es seien Durchschnittspreise für nicht vergleichbare Produktgruppen aller Anbieter – und nicht nur der Kartellanten – im gesamten Kartellzeitraum von einem Jahrzehnt herangezogen worden. Für die Frage des Schadens infolge der Preiserhöhung durch die Kartellanten sei daher nichts zu gewinnen.

Diese Feststellung könnte in Zukunft eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO (nochmals) erschweren, weil der Senat die hierfür notwendigen Gutachten neuen Angriffspunkten aussetzt. Gutachter dürften nunmehr gehalten sein, besonderes Augenmerk auf die Vergleichbarkeit der in der Regressionsanalyse zugrunde gelegten Produktgruppen und damit auf die Marktabgrenzung zu legen, wobei u. E. durchaus zweifelhaft erscheint, ob dies nicht einer Atomisierung der marktbezogenen Stellungnahmen Vorschub leistet.

## 3. Keine Weiterwälzung

Auch der Einwand, dass die Kläger den Preisaufschlag auf ihre Fahrgäste weitergewälzt hätten, wurde nicht gehört. Nach den vorliegenden Entscheidungen kann, so der Senat, die Ansicht einiger Landgerichte dahinstehen, dass es für eine Weiterwälzung schon an einem Anschlussmarkt fehle.<sup>13</sup> Es käme auch nicht darauf an, die Weiterwälzung unter dem Wertungsgesichtspunkt der marginalen Streuschäden aus-

zuschließen, weil Kartellanten andernfalls der Haftung entgingen.<sup>14</sup>

Da die Frage der Weiterwälzung des Schadens dem Betrags- und nicht dem hier verfolgten Zwischenverfahren über den Anspruchsgrund vorbehalten sei, könne der Einwand nur eingreifen, wenn bereits auf erste Sicht und ohne Beweisaufnahme festzustellen sei, dass der in Rede stehende Kartellschaden vollständig weitergegeben wurde und es daher schon an einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit der Entstehung eines nominellen Schadens fehle.<sup>15</sup> Eine vollständige (wie auch eine nur teilweise) Weitergabe sei, so der Senat, indes auszuschließen, weil schon der Schaden unbekannt sei, zu dessen Weiterwälzung es kommen müsste.

Im Grunde bedeutet dies, dass der Weiterwälzungseinwand im Grundurteil, und damit letztlich auch bei den bisher anhängigen Feststellungsbegehren, ausscheidet. Dies könnte die prozessökonomisch paradoxe Situation verschärfen, dass zwar zunächst eine Haftung dem Grunde nach – nebst Kostenfolge für die Beklagten – festgestellt wird, im Betragsverfahren dann jedoch eine Weiterwälzung zum gegenteiligen Ausgang – nebst Kostenfolge – führt.

7 Vgl. BGH, Urt. v. 2.10.2000, II ZR 54/99, NJW 2001, 224; Urt. v. 7.3.2005, II ZR 144/03, NJW-RR 2005, 1008; Urt. v. 8.12.2011, VII ZR 12/09, NJW-RR 2012, 880 Rz. 13; Urt. v. 8.9.2016, VII ZR 168/15, NJW 2017, 265.

8 So im Grunde bereits LG Dortmund, Urt. v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart – *Vitaminpreise*, WuW 2004, 1182 = EWS 2004, 434 sowie OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013, 6 U 51/12 (Kart) – *Feuerwehrfahrzeuge*, NZKart 2014, 366; Urt. v. 9.11.2016, 6 U 204/15 Kart (2) – *Grauzement*, NZKart 2016, 595 = WuW 2017, 43; OLG Jena, Urt. v. 22.2.2017 – *Schienenkartell*, 2 U 583/15 Kart, NZKart 2017, 540 = WuW 2017, 204; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 24.11.2017, 11 U 56/16 (Kart), GRUR-Prax 2018, 271 (Anm. *Schnelle*) = NJOZ 2018, 1424; OLG München, Urt. v. 8.3.2018, U 3497/16 Kart – *Schienenfreunde*, NZKart 2018, 230; Urt. v. 28.6.2018, 29 U 2644/17 Kart – *Weichen*, NZKart 2018, 379; KG, Urt. v. 28.6.2018, 2 U 13/14 Kart – *Schienenkartell*, NZKart 2018, 376.

9 Es gilt daher der komparative Satz, dass die Aufgabe eines Kartells umso weniger wahrscheinlich wird, je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert wird. Vgl. zur Methodik *Klumpel/Thiede*, Keeping the Floodgates Shut, NZKart 2017, 332 Fn. 28 m.w.N., *Möschel*, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz (1978), 95. Vgl. zu diesem Erfahrungssatz auch jüngst BGH, Urt. v. 12.6.2018, KZR 56/16 – *Grauzement II*, NZKart 2018, 315 = NJW 2018, 2479.

10 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung v. 7.11.2016, BT-Drs. 18/10207, 55 und hierzu *Klumpel/Thiede*, Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle: Änderungsbedarf aus Sicht der Praxis, BB 2016, 3011.

11 KG, Urt. v. 28.6.2018, 2 U 13/14 Kart – *Schienenkartell*, NZKart 2018, 376.

12 BGH, Urt. v. 12.7.2016, KZR 25/14, BGHZ 211, 146 = NJW 2016, 3527.

13 I.G. Hannover, Urt. v. 18.12.2017, 18 O 8/17 – *Lkw-Kartell*, NZKart 2018, 100 und hierzu *Podszun*, GWR 2018, 55; *Bellinghausen/Grotthaus*, NZKart 2018, 116 sowie LG Dortmund, Urt. v. 27.6.2018, 8 O 13/17 [Kart] – *LKW-Kartell*, NZKart 2018, 382 und hierzu *Gollan/Thiede*, NZKart 2018, 338.

14 Sind Schäden auf zahlreichen Marktstufen in geringer Höhe – hier als geringste Fahrpreiserhöhungen – verteilt, werden betroffene Fahrgäste in aller Regel von einer Durchsetzung absehen, vgl. *Faurel/Weber*, Dispersed Losses in Tort Law – An Economic Analysis, JETL 2015, 163; *Hirner/Mayr-Riedel*, Schadenersatz für kartellbedingte Streuschäden, wbl 2016, 366; *Klumpel/Thiede*, BB 2016, 3011, 3012; *Podszun/Kreifels*, Kommt der Ausforschungsanspruch? GWR 2017, 67; *Weber*, Entgangener Gewinn, entgangene Klageanreize, NZKart 2018, 13; *dies.*, 'A chain reaction' or the necessity of collective actions for consumers in cartel cases, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2018, 25 (2), 208 ff.

15 In den Blick zu nehmen sei nämlich, dass der Bundesgerichtshof schon in der Belastung des kartellbetroffenen Unternehmens mit einer ihm nachteiligen Differenz zwischen dem tatsächlichen Bezugspreis und dem hypothetischen Wettbewerbspreis einen diesem Unternehmen entstandenen Schaden erkenne und eine mögliche Weitergabe des Schadens an Dritte – erst – nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung beurteile, vgl. BGH, Urt. v. 28.6.2011, KZR 75/10, BGHZ 190, 145 = NJW 2012, 103.

#### 4. Keine sekundäre Darlegungslast zur Weiterwälzung

Ebenfalls ohne Erfolg blieb der Versuch der Beklagten, den Klägern im Rahmen einer sekundären Darlegungslast oder Beweislastumkehr aufzugeben, zur (Nicht-)Weiterwälzung vorzutragen. Hierfür bestehe schon kein praktisches Bedürfnis, weil es den Beklagten ausweislich ihres Vorbringens ohne Weiteres möglich gewesen war, zu den Fahrpreisen und dem tatsächlichen Fahrgastaufkommen der Klägerin im Kartellzeitraum vorzutragen. Dass es den Beklagten aus diesen Daten nicht gelungen sei, eine Weiterwälzung des Schadens herzuleiten, rechtfertige nicht, die Kläger mit einer sekundären Darlegung hinsichtlich sonstiger Tatsachen zu belasten, die für eine Schadensweitergabe sprechen könnten. Es spreche nichts dafür, dass solche Tatsachen existierten, die Kläger diese kennen und ihnen nähere Angaben hierzu zumutbar seien.

Vorliegend stellte der Senat spezifisch auf die fehlende Beweisnot der Beklagten ab. Diese hätten Daten zu Fahrgastzahlen und Fahrpreisen ermitteln können. Es muss sich erst in der Zukunft zeigen, ob in Fällen, in denen Kartellanten solche Datensammlungen gerade nicht zugänglich sind, Kläger womöglich doch eine sekundäre Darlegungslast treffen könnte. Eine weitere Entscheidung hierzu dürfte nicht lange auf sich warten lassen. Den Beklagten im Lkw-Kartell dürften schlechterdings keinerlei Daten zu den Speditionsverträgen und -preisen zur Verfügung stehen.

#### 5. Keine Vermutung der Weitergabe

Ganz grundsätzlich sind Kartellanten der Gefahr ausgesetzt, dass sie mehrfach, nämlich jedenfalls einmal durch den unmittelbaren und sodann durch mittelbare Erwerber in Anspruch genommen werden könnten. Bekanntlich entwickelte der BGH die Streitverkündungslösung, um dieser Gefahr zu begegnen. Auch hier droht Beklagten Ungemach. Es dürfte wohl praktisch nicht möglich sein, allen mittelbar Betroffenen – hier also den Fahrgästen – den Streit zu verkünden, sodass die Streitverkündungslösung schon aus diesem Grund an ihre Grenzen stößt. Mit dieser Argumentation versuchten die Beklagten, den Senat zu einer Vermutung der Schadensweitergabe – letztlich vergeblich – zu bewegen.

Der Senat räumt zwar ein, dass das Scheitern der Streitverkündungslösung durchaus zugunsten der Kartellanten im Rahmen der Darlegungslast zu berücksichtigen sei. Die erhoffte Vermutung der Weitergabe ginge allerdings, ebenso wie eine sekundäre Darlegungslast, zu weit. Neben der bereits angesprochenen Zugänglichkeit der Daten für die Beklagten und der daher fehlenden Beweisnot ergäbe sich mit Blick auf die konstante Unterdeckung des öffentlichen Nahverkehrs und des Überwiegens sozialer Gesichtspunkte bei der Fahrpreisgestaltung keine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Weiterwälzung des Schadens. Da eine unbillige Entlastung der Schädiger zu vermeiden und überdies das Gebot der effizienten Durchsetzung privater Kartellschadensersatzansprüche zu beachten sei, bedürfe es einer höheren Wahrscheinlichkeit der Weiterwälzung oder aber einer vertieften Beweisnot der Beklagten.

In welches – womöglich prozessuales – Werkzeug diese Berücksichtigung der Doppelinanspruchnahme gekleidet werden soll, führt der Senat indes nicht aus. Sofern der Senat die Vermutung der Weiterwälzung nicht für den Beklagten berücksichtigen will, ist nichts zu erinnern, denn dies entspricht der geltenden Gesetzeslage. § 33 c GWB n. F. vermutet im Einklang mit der Kartellschadensrichtlinie die Weitergabe

des Schadens allein zugunsten des mittelbaren Erwerbers, nicht jedoch als Verteidigungsmittel des Beklagten. Dies ist unbefriedigend, weil Beklagte – nicht nur wie hier im Fall der Streuschäden – eine Möglichkeit der Verteidigung gegen eine Doppelinanspruchnahme abgeschnitten wird.<sup>16</sup>

#### 6. Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Als *obiter dictum* stellt der Senat abschließend fest, dass ein Schaden in der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin festgeschriebenen Mindesthöhe jedenfalls nicht bestehe bzw. sich die Kläger hierauf nicht berufen könnten.

Zwar sei für die Zwischenurteile die Wirksamkeit der Klausel unerheblich, weil sie ausschließlich die Höhe des geltend gemachten Anspruchs betreffe und eine diesbezügliche Entscheidung dem Betragsverfahren vorzubehalten sei. Allerdings träfe die Kläger als Klauselverwender eine Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der pauschalierte Schaden dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden entspreche und diesen nicht wesentlich übersteige. Ein solcher Nachweis war indes noch nicht erbracht.

Ausschlaggebend dürfte damit für die weiteren Verfahren und die Rechtsberatung sein, wann genau ein „wesentliches Übersteigen“ im Einzelnen anzunehmen sein wird. Die im Markt üblichen Klausel schwanken zwischen 3% und 15% Schadenspauschalierung.<sup>17</sup>

#### IV. Resümee

Der Senat entwickelt anhand der Umstände des Einzelfalls das Kartellschadensersatzrecht weiter; er vereinfacht, wo – ganz im Sinne Tucholskys – Vereinfachung geboten scheint.

Diese Vereinfachung hat einerseits die Folge, dass die Verteidigung gegen Kartellschadensersatzansprüche im Ergebnis aufwendiger werden dürfte: So bleibt es bei der tatsächlichen Vermutung der Kartellbetroffenheit, die kaum zu erschüttern sein wird.<sup>18</sup> Jedenfalls im Rahmen der Feststellung der Haftung dem Grunde nach wird ein nomineller Schaden ebenfalls vermutet und an dessen Widerlegung erhöhte Anforderungen geknüpft. Der Einwand der Weiterwälzung des Schadens bleibt dem Betragsverfahren vorbehalten; die Kläger trifft vorliegend und diesbezüglich zunächst keine sekundäre Darlegungslast, die Weiterwälzung wird auch nicht zugunsten der Beklagten vermutet.

All diese Punkte streiten für die Kläger jedenfalls im Rahmen der Feststellung dem Grunde nach. Anderes mag für das Betragsverfahren gelten. Hier könnten sich Klägervertreter mit dem Weiterwälzungseinwand auseinandersetzen müssen, wobei sie dabei durchaus eine sekundäre Darlegungslast tref-

<sup>16</sup> Die für die Streitverkündungslösung notwendigen Feststellungen fehlen, weil die Vermutungen gerade nicht von der Interventionswirkung nach § 68 ZPO umfasst sind. Verkündet der Kartellant dem mittelbaren Abnehmer den Streit, bleibt im Folgeprozess gegen den unmittelbaren Abnehmer die Streitverkündung wirkungslos, wenn der mittelbare Abnehmer den Vorprozess deshalb gewann, weil der Kartellant die Vermutung des § 33 c Abs. 2 GWB nicht widerlegen konnte. Umgekehrt führt der verlorene Vorprozess gegen den unmittelbaren Erwerber – mangels Interventionswirkung – nicht zur Widerlegung der Abwälzungsvermutung im Folgeprozess des mittelbaren Abnehmers, vgl. Klumpel/Thiede, NZKart 2017, 332.

<sup>17</sup> So hat etwa das KG, Urt. v. 28.6.2018, 2 U 13/14 Kart – Schienenkartell, NZKart 2018, 376 für eine Schadenspauschalierungsklausel festgestellt, dass eine Pauschale in Höhe von 5% der Auftragssumme den Schadenden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht übersteige, weil Metastudien belegten, dass die Preisaufschläge im Mittelwert sehr viel höher seien.

<sup>18</sup> Wobei dies u. E. wohl nicht in jedem Fall gelten dürfte, so etwa bei *umbrella*-Sachverhalten.

fen könnte. Um den Anforderungen einer Inhaltskontrolle zu genügen, werden Kläger im Betragsverfahren auch darlegen müssen, dass der pauschalierte Schaden demjenigen Schaden entspricht, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten wäre.

Mit seinen Entscheidungen hat der Senat damit sowohl die Beklagten- als auch die Klägervertreter vor ganz erhebliche Aufgaben gestellt. So erscheint es ratsam, die Reise zu genießen, denn – nochmal Tucholsky – „Sie ist so schön: gib dich ihr hin, und sie wird sich dir geben.“

## Kurze Beiträge

Mag. Dr. Axel Reidlinger, LL. M. und Mag. Pia Holter, Wien\*

### Missbräuchliche „Multi-Supply“-Preisanpassungsklauseln: Einstweilige Verfügung des österreichischen Kartellgerichts

Beim gegenständlichen Beschluss des österreichischen Kartellgerichts<sup>1</sup> (der rechtskräftig wurde) handelt es sich um die erste Einstweilige Verfügung seit 2011 und eine von sehr wenigen Entscheidungen der letzten Jahre, die einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bejaht haben. Sie zeigt das Funktionieren der privaten Rechtsdurchsetzung in Österreich. Das Gericht hat den Missbrauch anhand der Generalklausel des Art 102 AEUV (bzw. § 5 KartG) beurteilt, allerdings auch anhand von Analogien zu diversen gesetzlich definierten Missbrauchstypen.

#### I. Zum Sachverhalt aus kartellrechtlicher Sicht

Die beiden Verfahrensparteien, also sowohl die Antragstellerin INSIGHT Health GmbH & Co. KG („INSIGHT Health“) als auch die Antragsgegnerin IQVIA Information Solutions GmbH („IQVIA“) (die während des Verfahrens noch unter „IMS Health“ firmierte) sind Informationsdienstleister im Gesundheitswesen. Von den beiden Wettbewerbern werden Daten zum Gesundheitsmarkt unter anderem für die pharmazeutische Industrie, Apotheken, Ärztevereinigungen und Krankenversicherungen aufbereitet und kommerziell vertrieben.

Für den Zugang zu Daten über verschreibungspflichtige Medikamente auf einer regionalen Ebene, die primär von Pharmaunternehmen als Kunden nachgefragt werden (beispielsweise zum Monitoring des Außendienstes, sogenannte „Sales Tracking Analysen“) sind Anbieter auf die Distributionsdaten des pharmazeutischen Großhandels angewiesen.

Die Verträge von IQVIA mit ihren Datenlieferanten (den Pharma-Großhändlern) enthielten sogenannte „Multi-Supply-Clause“-Regelungen („MSC“), deren Vereinbarkeit mit Kartellrecht streitgegenständlich war. Nach diesen Klauseln wurde für den Fall, dass der jeweilige Großhändler seine Daten auch an einen Dritten zu kommerziellen Zwecken liefert, ein Abschlag in der Höhe von 40% von den vertraglich vereinbarten Vergütungen für die Zurverfügungstellung der Daten vereinbart.

INSIGHT Health beanstandete im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens, dass bei Anwendung der MSC aus Sicht des Großhändlers der Abschluss eines Vertrags mit einem Wettbewerber von IQVIA kommerziell enorm unattraktiv bzw. kaum vertretbar war. Um den Vertragsabschluss doch noch zu erwirken, müsste ein neuer Marktteilnehmer die hohen Abschläge kompensieren. Das damit verbundene hohe finanzielle Risiko gerade in der Phase des Markteintritts bewirke eine faktische Abschottung gegenüber Wettbewer-

bern. Die Verwendung der MSC verwirkliche daher einen Missbrauchstatbestand.

Das Kartellgericht bejahte zunächst die marktbeherrschende Stellung von IQVIA unter Hinweis auf deren hohe Marktanteile sowie die Tatsache, dass ihr lediglich INSIGHT Health mit einem noch geringfügigen Marktanteil als Wettbewerberin gegenüberstand. Zudem würde ihre marktbeherrschende Stellung durch ihren besonderen Zugang zu den Beschaffungsmärkten verfestigt.

Das Verhalten eines Marktbeherrschers sei streng mit den Mitteln des fairen Leistungswettbewerbs zu begrenzen und eine sorgfältige Interessenabwägung vorzunehmen. Missbräuchliches Verhalten sei bereits dann zu bejahen, wenn dieses objektiv geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sodass eine wettbewerbswidrige Verdrängungswirkung noch nicht tatsächlich eingetreten sein muss, sondern es vielmehr genügt, dass eine solche Wirkung im konkreten Fall droht. Daher sei weder eine Spürbarkeits- oder De-minimis-Schwelle festzulegen, um das Vorliegen eines Missbrauchstatbestands festzustellen, noch sei der Nachweis eines konkreten ökonomischen Schadens erforderlich.

Die besondere Bedeutung dieses Beschlusses liegt sowohl im verfahrensrechtlichen als auch im materiell-rechtlichen Bereich:

#### II. Zur Einstweiligen Verfügung als Mittel der Rechtsdurchsetzung

Das gegenständliche Verfahren ist ein gutes Beispiel des sog. „Private Enforcement“ (jenseits von Schadenersatzansprüchen), das in Österreich gemäß § 36 Abs. 4 Z 4 KartG durch Antragsrechte von Unternehmen gegen ihre Wettbewerber, Lieferanten etc. vor dem Kartellgericht ermöglicht wird.<sup>2</sup>

Dabei handelt es sich um den ersten Beschluss seit 2011, mit dem das Kartellgericht eine einstweilige Verfügung erlassen

\* Die Autoren waren als anwaltliche Vertreter der Antragstellerin am Verfahren beteiligt. Sie sind in der Rechtsanwaltskanzlei Reidlinger Schatzmann in Wien tätig.

1 Kartellgericht, Entsch. v. 19.12.2017, 25 Kt 2/17 g, veröffentlicht in der Ediktsdatei des Bundes <http://edikte.justiz.gv.at/edikte/ck/ckedi17.nsf/suche>, in diesem Heft, S. 595.

2 Vgl. allgemein dazu Wollmann, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach Wettbewerbsverstößen – Ein Modellvergleich zwischen Deutschland und Österreich, in FS für Dirk Schroeder (2018); zu einer weiteren derartigen Entscheidung des „Private Enforcement“ bereits Reidlinger, NZKart 2016, 271.