

CB-ENTSCHEIDUNG

BGH: Anforderungen an den Nachweis eines Kartellschadens – Lottoblock II

BGH, Urteil vom 12.7.2016 – KZR 25/14
ECLI:DE:BGH:2016:120716UKZR25.14.0

AMTLICHE LEITSÄTZE

- a) Für den Umfang der Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB kommt es darauf an, inwieweit eine Zuwiderhandlung gegen Kartellrecht im Tenor oder in den tragenden Gründen der rechts- oder bestandskräftigen Entscheidung des Gerichts oder der Kartellbehörde festgestellt worden ist. Während eine Bußgeldentscheidung regelmäßig Feststellungen zur Dauer des Verstoßes enthalten wird, ist der Zeitraum des Verstoßes bei Entscheidungen im Kartellverfahren nicht notwendig zu bestimmen.
- b) Bei im Rechtsbeschwerdeverfahren ergangenen Entscheidungen besteht Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB allein für diejenigen rechtsfehlerfreien tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts, die die Entscheidung des Bundesgerichtshofs tragen.
- c) Jedenfalls bei einem punktuellen Kartellrechtsverstoß wie einer einmaligen Verhaltensabstimmung, deren Auswirkungen potentiell zeitlich unbeschränkt sind, lässt die Zustellung einer kartellbehördlichen, sofort vollziehbaren Abstellungsverfügung für sich allein die Vermutung einer andauernden Bestimmung oder Beeinflussung des Marktgeschehens durch die Verhaltenskoordination regelmäßig nicht entfallen.
- d) Für die Frage, ob und in welcher Höhe durch einen Kartellrechtsverstoß ein Schaden entstanden ist, gilt das Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO; dagegen ist nach § 286 ZPO festzustellen, ob der Anspruchsteller durch den Kartellrechtsverstoß betroffen ist.

GWB § 33 Abs. 4; ZPO §§ 287, 286 F

CB-Online www.compliance-berater.de
Volltext: CBL2016-435-1

SACHVERHALT

Die Klägerin, die bis 22. Mai 2012 als J. GmbH und danach bis 14. Mai 2014 als F. GmbH firmierte, ist eine bundesweit tätige gewerbliche Spielvermittlerin. Gegenstand ihrer Vermittlung waren insbesondere die von den Lottogesellschaften der Bundesländer veranstalteten Lotterien. Die Beklagte ist die Lottogesellschaft des Landes Nordrhein-Westfalen.

Ab April 2005 versuchte die Klägerin, eine terrestrische Vermittlung für Spieleinsätze bei den staatlichen Lotterien aufzubauen. Dazu sollten Verkaufsstellen in Einzelhandelsgeschäften, etwa Supermärkten

oder Tankstellen, eingerichtet werden. Einnahmen wollte die Klägerin aus Handlungsentgelten der Spielteilnehmer sowie Provisionszahlungen der Lottogesellschaften erzielen.

Das ursprüngliche Geschäftskonzept der Klägerin sah die Wahrung des sog. „Regionalitätsprinzips“ der Lottogesellschaften vor: Die Klägerin beabsichtigte, Spielaufträge immer nur an die Lottogesellschaft zu vermitteln, in deren Bundesland der Spielteilnehmer jeweils wohnte.

Unter Beteiligung des damaligen Geschäftsführers der Beklagten fasste der Rechtsausschuss des Deutschen Lotto- und Totoblocks (DLTB) am 25./26. April 2005 folgenden Beschluss:

„Der Rechtsausschuss fordert die Gesellschaften des Deutschen Lot- und Totoblocks auf, Umsätze, die auf diese nach seiner Auffassung rechtswidrige Art und Weise durch terrestrischen Vertrieb Gewerblcher erzielt worden sind, nicht anzunehmen ...“

Dieser Beschluss war Gegenstand eines vom Bundeskartellamt eingeleiteten Missbrauchsverfahrens. Mit sofort vollziehbarer Abstellungsverfügung vom 23. August 2006 traf das Bundeskartellamt folgende Feststellungen und Anordnungen (WuW/E DE-V 1251):

A. Die am 25./26. April 2005 beschlossene Aufforderung des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks an alle Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen, hat gegen Art. 81 EG und § 1 GWB sowie gegen § 21 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG verstoßen.

1. Den Betroffenen zu 1 bis zu 18 (DLTB und Lottogesellschaften) wird daher nach § 32 GWB untersagt, die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks aufzufordern, durch terrestrische Vermittlung gewerblicher Spielvermittler erzielte Spielumsätze generell nicht anzunehmen.

2. Den Betroffenen zu 2 bis zu 18 wird nach § 32 GWB untersagt, den unter 1 bezeichneten Beschluss ... weiter umzusetzen und sich bei ihrer Geschäftstätigkeit daran zu halten.

....

E. Jede fahrlässige oder vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen die vollziehbaren Anordnungen zu A.1 bis A.4 ... stellt eine mit Bußgeld bedrohte Ordnungswidrigkeit dar (§ 81 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a GWB), die nach § 81 Abs. 4 GWB mit einer Geldbuße von bis zu einer Million Euro, bei Unternehmen darüber hinaus bis zu 10% des jeweils im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes geahndet werden kann.

Die dagegen gerichtete Beschwerde blieb vor dem Beschwerdegericht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2007, WuW/E DER 2003) und dem Bundesgerichtshof (Beschluss vom 14. August 2008 – KVR 54/07, WuW/E DER 2408 Lottoblock) in der Sache ohne Erfolg.

Die Klägerin nahm im Jahr 2005 mit verschiedenen Kooperationspartnern die terrestrische Vermittlung von Lotterien auf. Allerdings waren die Lottogesellschaften nicht bereit, hierfür Provisionen zu zahlen. Nachdem im Laufe der Zeit die ursprünglich beabsichtigte Kooperation mit allen Lottogesellschaften unter Wahrung des Regionalitätsprinzips ausgeschlossen erschien, änderte die Klägerin ihr Konzept für den terrestrischen Vertrieb. Spieleinsätze sollten bei den stationären Partnern der Klägerin weiterhin bundesweit akquiriert, jedoch nur noch an einzelne Lottogesellschaften vermittelt werden. Bis Ende 2008 hatte die Klägerin die Möglichkeit, solche bundesweit akquirierten Spieleinsätze über eine Schnittstelle bei Lotto B. einzuspielen. Allerdings gewährte Lotto B. die Schnittstelle nicht freiwillig, sondern allein in Befolgung mehrerer von der Klägerin erstrittener gerichtlicher Anordnungen. Danach stellte die Klägerin die terrestrische Vermittlung ein; die insoweit nach dem Glücksspielstaatsvertrag 2008 ab 1. Januar 2009 erforderliche Erlaubnis hatte sie lediglich für Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein erhalten.

Die Klägerin fordert unter dem Aspekt entgangenen Gewinns für die Jahre 2006 bis 2008 Schadensersatz in vom Gericht nach § 287 ZPO zu bestimmender Höhe, mindestens jedoch 8,25 Millionen €, zuzüglich Zinsen, weil die Lottogesellschaften sich aufgrund kartellrechtswidrigen, abgestimmten Verhaltens geweigert hätten, mit ihr bei der terrestrischen Spielvermittlung unter Zahlung von Vermittlungsprovisionen zu kooperieren. Zur Schadenshöhe hat sie sich insbesondere auf einen Geschäftsplan, Marktanalysen und ein Privatgutachten gestützt.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 11.538.020,51 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage lediglich wegen eines Teils der geltend gemachten Zinsen abgewiesen (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 4394). Die dagegen gerichtete, vom Senat zugelassene Revision der Beklagten hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung.

AUS DEN GRÜNDEN

- 10 A. ... B. ... Die Beklagte ist der Klägerin zwar aufgrund Beteiligung an einer kartellrechtswidrigen Abstimmung mit den anderen Lottogesellschaften dem Grunde nach zum Schadensersatz verpflichtet. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen erlauben indes keine abschließende Entscheidung darüber, ob und ggf. in welcher Höhe der Klägerin durch die verbotene Verhaltensabstimmung in den Jahren 2006 bis 2008 tatsächlich ein Schaden entstanden ist. Die Sache ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

• **Die Bindungswirkung an die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes im Kartellverwaltungsverfahren ...**

- 11 I. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, aufgrund des im Kartellverwaltungsverfahren „Lottoblock“ ergangenen Senatsbeschlusses (WuW/E DE-R 2408) stehe mit Bindungswirkung gem. § 33 Abs. 4 GWB fest, dass sich die Beklagte im Zeitraum vom 25./26. April 2005 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht im Kartellverwaltungsverfahren aufgrund einer mit den anderen Lottogesellschaften der Länder abgestimmten Verhaltensweise unter Verstoß gegen Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV) und § 1 GWB geweigert habe, terrestrisch vermittelte Spieleinsätze gewerblicher Spielvermittler anzunehmen.

• **... erfasst nicht nur den Tenor und die tragenden Gründe der Entscheidung, sondern erstreckt sich auch auf die Feststellung des Kartellrechtsverstoßes in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht**

1. Bei Schadensersatzklagen wegen Verstößen gegen das deutsche oder Unionskartellrecht ist das Gericht gem. § 33 Abs. 4 S. 2 GWB an die Feststellung des Kartellrechtsverstoßes in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen gebunden, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen des Bundeskartellamts ergangen sind. Die Bindungswirkung erfasst nicht nur den Tenor, sondern auch die tragenden Gründe der Entscheidung und erstreckt sich auf die Feststellung des Kartellrechtsverstoßes in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (vgl. etwa Dreher, ZWeR 2008, 325, 328 f.; Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, S. 426 f.; Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, 2010, S. 174, 179; Bornkamm in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl., § 33 Rn. 169; Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl., § 33 Rn. 42; a. A. Meyer, GRUR 2006, 27, 29 f.).

Zwar verwendet die Begründung des Regierungsentwurfs zur 7. 13
GWB-Novelle zur Bezeichnung der mit § 33 Abs. 4 GWB gewollten Wirkung den Begriff „Tatbestandswirkung“ (Begründung zum Entwurf eines 7. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 15/3640, S. 54). Damit ist jedoch keine Tatbestandswirkung im verwaltungsrechtlichen Sinn gemeint, die allein an den Tenor einer Entscheidung anknüpft. Ein solches enges Verständnis des § 33 Abs. 4 GWB wäre unvereinbar mit dem Zweck der Bestimmung, die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Kartellrechtsverstößen zu erleichtern (vgl. BT-Drucks. 15/3640, S. 35). Auch aus dem Zusammenhang der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber bei Einführung von § 33 Abs. 4 GWB keine enge Tatbestandswirkung im verwaltungsrechtlichen Sinn beabsichtigt hat. Danach bezieht sich die Tatbestandswirkung auf die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes, während alle weiteren Fragen, insbesondere zur Schadenskausalität und zur Schadensbeziehung, der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen (BT-Drucks. 15/3640, S. 54). Feststellungen zur Kausalität und zur Schadenshöhe sind indes nie im Tenor einer kartellbehördlichen oder gerichtlichen Entscheidung enthalten, sondern stets nur in den Entscheidungsgründen. Die Differenzierung zwischen der Feststellung des Verstoßes und allen weiteren Fragen in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 33 Abs. 4 GWB kann sich daher nur auf die Entscheidungsgründe beziehen (Dreher, ZWeR 2008, 325, 329).

Zudem wäre der Regelungsinhalt bei einem engen Verständnis der 14
Tatbestandswirkung des § 33 Abs. 4 GWB rein deklaratorisch, weil die Bindung an den Entscheidungstenor einer bestandskräftigen behördlichen oder einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung ohnehin besteht, ohne dass es einer besonderen gesetzlichen Regelung bedarf. Die Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB erfasst daher alle im vorangegangenen Verfahren getroffenen tatsächlichen Feststellungen, die den Lebenssachverhalt bilden, bezüglich dessen ein Kartellrechtsverstoß festgestellt wurde, und die seine rechtliche Einordnung als Verstoß tragen (vgl. Nothdurft, Festschrift für Tolksdorf, 2014, S. 533, 541).

Soweit eine die kartellbehördliche Verfügung bestätigende Ent- 15
scheidung des Beschwerdegerichts im Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof überprüft worden ist, ist allerdings zu beachten, dass der Bundesgerichtshof keine eigenen Feststellungen trifft (§ 76 Abs. 4 GWB). Vielmehr hat er seiner Entscheidung die rechtsfehlerfrei getroffenen tatsächlichen Feststellungen des

Beschwerdegerichts zugrunde zu legen. Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 S. 2 GWB besteht in diesem Fall für diejenigen tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts, die nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs die Zurückweisung der Beschwerde tragen. Soweit das Beschwerdegericht weitere Feststellungen getroffen haben sollte, sind sie für die rechtskräftige Entscheidung im Kartellverwaltungsverfahren ohne Bedeutung und werden nicht von der Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 S. 2 GWB erfasst.

- 16 2. Das Berufungsgericht hat danach zutreffend angenommen, nach seiner Entscheidung im Kartellverwaltungsverfahren und dem die Rechtsbeschwerde, soweit für das vorliegende Verfahren von Interesse, zurückweisenden Senatsbeschluss „Lottoblock“ stehe für den vorliegenden Schadensersatzprozess mit Bindungswirkung gem. § 33 Abs. 4 GWB fest, dass es die Beklagte und die anderen Landeslottogesellschaften unter Verstoß gegen Art. 81 EG und § 1 GWB in Umsetzung des Beschlusses des Rechtsausschusses des DLTB vom 25./26. April 2005 abgelehnt haben, terrestrisch vermittelte Spieleinsätze der gewerblichen Spielvermittler anzunehmen. Richtig ist ebenso die Annahme, diese Beurteilung beruhe auf der im Kartellverwaltungsverfahren nicht ausgeräumten Vermutung, der Beschluss des Rechtsausschusses sei von den Lottogesellschaften bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigt worden (vgl. BGH, WuW/E DE-R 2408 Rn. 43 – Lottoblock, mit Hinweis auf EuGH, Slg. 1999, I4125 = WuW/E EU-R 320 Rn. 121, 126 Anic Partecipazioni).

- **Für den Umfang der Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB ist allein maßgeblich, in welchem Umfang eine Zuwiderhandlung gegen Kartellrecht im Tenor oder in den tragenden Gründen der abschließenden Entscheidung festgestellt worden ist**

- 17 3. Das Berufungsgericht hat jedoch fehlerhaft angenommen, aufgrund dieser Vermutung sei die andauernde Fortsetzung des kartellrechtswidrigen Verhaltens aller Lottogesellschaften bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht im Kartellverwaltungsverfahren am 30. Mai 2007 gem. § 33 Abs. 4 GWB mit Bindungswirkung für den Schadensersatzprozess festgestellt.
- 18 a) Für den Umfang der Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB kommt es auf die im Vorverfahren oder -prozess getroffenen tatsächlichen Feststellungen an. Handelt es sich um eine Bußgeldentscheidung, so wird sie regelmäßig Feststellungen zur Dauer des Verstoßes enthalten, weil es sich dabei um ein wesentliches Zumessungskriterium im Rahmen von § 17 OWiG handelt (zu einem derartigen Fall vgl. etwa OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Juli 2013 – 6 U 51/12 (Kart), juris Rn. 46, insoweit nicht in NZKart 2014, 366). Bei Entscheidungen im Kartellverwaltungsverfahren ist dagegen der Zeitraum des Verstoßes nicht notwendig zu bestimmen. Für die Rechtmäßigkeit einer Abstellungsverfügung gem. § 32 GWB kommt es darauf an, ob eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV begangen worden ist oder jedenfalls droht. Die Abstellungsverfügung setzt mithin lediglich eine Begehungsgefahr voraus, die sich regelmäßig, wenn auch nicht notwendig, aus einer in der Vergangenheit liegenden Verletzungshandlung ergibt (BGH, WuW/E DE-R 2408 Rn. 52 Lottoblock; Bornkamm in Langen/Bunte aaO, § 32 GWB Rn. 15). Mit der Feststellung einer Wiederholungsgefahr wird jedoch nicht die andauernde weitere Begehung der Zuwiderhandlung festgestellt. Die Feststellung der Gefahr eines (weiteren) Verstoßes ist nicht mit der Feststellung eines tatsächlich eingetretenen Verstoßes gleichzusetzen.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es für den Umfang der Bindungswirkung unerheblich, welcher Tatsachenvortrag bis zur letzten Tatsachenverhandlung im Kartellverwaltungsverfahren gehalten werden konnte. Maßgeblich ist vielmehr allein, in welchem Umfang eine Zuwiderhandlung gegen Kartellrecht im Tenor oder in den tragenden Gründen der abschließenden Entscheidung im Kartellverwaltungsverfahren festgestellt worden ist. Selbst wenn festgestellt worden wäre, dass die Zuwiderhandlung eingestellt worden sei, hätte dies die Wiederholungsgefahr nach allgemeinen Grundsätzen nicht beseitigt und wäre daher für die Entscheidung unerheblich gewesen.

b) Danach steht für den vorliegenden Schadensersatzprozess mit Bindungswirkung gem. § 33 Abs. 4 S. 2 GWB entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ein Verstoß der Lottogesellschaften gegen Art. 81 EG und § 1 GWB für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2006 nicht fest. ...

- **Für eine Fortsetzung des kartellrechtswidrigen Verhaltens der Lottogesellschaften über den 31.12.2005 hinaus streitet eine tatsächliche Vermutung**

II. Das Berufungsgericht hat jedoch rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Lottogesellschaften und damit auch die Beklagte den Beschluss des Rechtsausschusses bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens auch über den 31. Dezember 2005 hinaus berücksichtigt haben. Hierfür streitet eine tatsächliche Vermutung (vgl. EuGH, Slg. 1999, I4125 = WuW/E EU-R 320 Rn. 121, 126 Anic Partecipazioni; BGH, WuW/E DE-R 2408 Rn. 43 Lottoblock). Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass diese Vermutung weder durch das „ODDSET-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276) noch durch den „Aufhebungsbeschluss“ des Rechtsausschusses des DLTB vom Juli 2006, die Zustellung der Abstellungsverfügung des Bundeskartellamts oder andere tatsächliche Umstände ausgeräumt worden ist.

1. Unternehmen, die ihr Verhalten koordiniert haben, weil sie sich wirtschaftliche Vorteile durch die Beseitigung oder Verringerung des zwischen ihnen bestehenden Wettbewerbs versprechen, haben danach regelmäßig weder Anlass, die Verhaltenskoordinierung zu bekräftigen, noch von ihr abzuweichen. Dies gilt jedenfalls, solange die für die Abstimmung wesentlichen ökonomischen und rechtlichen Rahmenbedingungen fort dauern und kein Beteiligter erkennbar aus ihr ausbricht. Das rechtfertigt die Vermutung, dass sich die Beteiligten bei ihrem weiteren Marktauftritt so verhalten, wie sie es untereinander abgestimmt haben. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat das Eingreifen der Vermutung einer andauernden Zuwiderhandlung demgemäß lediglich an die Voraussetzung geknüpft, dass eine Abstimmung vorliegt und dass die Unternehmen weiterhin auf dem Markt tätig sind (vgl. EuGH, Slg. 2009, I4529 Rn. 58 T-Mobile Netherlands BV). Die nationalen Gerichte haben diese Vermutung als integralen Bestandteil des Unionsrechts anzuwenden (vgl. EuGH, WuW 2016, 126 Rn. 33 Eturas). Aufgrund dieser Vermutung konnte und musste das Berufungsgericht eine Fortsetzung des kartellrechtswidrigen Verhaltens der Lottogesellschaften über den 31. Dezember 2005 hinaus annehmen.

2. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht die Vermutung nicht schon durch den Hinweis der Beklagten auf das „ODDSET-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276) als ausgeräumt angesehen ... [wird ausgeführt].

3. ... 5. Schließlich ist auch die Zustellung der Abstellungsverfügung am 23. August 2006, mit der den Kartellteilnehmern die Fortsetzung der Zuwiderhandlung bußgeldbewehrt und sofort vollziehbar untersagt wurde, für sich allein nicht geeignet, die Vermutung entfallen zu lassen, die Lottogesellschaften hätten ihr Verhalten gegenüber der

Klägerin auch in der Folgezeit an der getroffenen Abstimmung ausgerichtet ... [wird ausgeführt].

- **Das Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO gilt nicht nur für die Höhe des Schadens, sondern auch für die Frage, ob ein Schaden überhaupt entstanden ist**

- 40 IV. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Kartellrechtsverstoß der Beklagten und der übrigen Lottogesellschaften sei für das Scheitern des Geschäftsmodells der Klägerin kausal geworden und ihr sei hierdurch ein Schaden i. H. v. 11.538.020,51 € entstanden, hält richtlicher Nachprüfung indes nicht stand.
- 41 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass schon für die Frage, ob der Klägerin durch den Kartellrechtsverstoß der Beklagten und der übrigen Lottogesellschaften ein Schaden entstanden ist, das Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO gilt. Für die richterliche Überzeugungsbildung reicht daher eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit aus, dass ein Schaden entstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 18. März 2004 – IX ZR 255/00, NJW 2004, 1521, 1522 [BB 2004, 1190Ls]).
- 42 a) § 287 Abs. 1 ZPO gilt nicht nur für die Höhe des Schadens, sondern auch für die Frage, ob ein Schaden überhaupt entstanden ist. Die Vorschrift ist aber nur anwendbar, soweit es um die haftungsausfüllende Kausalität geht. Für Umstände, die zur haftungsbegründenden Kausalität gehören, ist § 286 ZPO maßgeblich (BGH, Urteil vom 5. November 2013 – VI ZR 527/12, NJW 2014, 688 Rn. 13; Urteil vom 12. Februar 2008 – VI ZR 221/06, NJW 2008, 1381 Rn. 9). Bei deliktischen oder vertraglichen Schadensersatzansprüchen, die die Verletzung eines Rechtsguts voraussetzen, gehört die primäre Rechtsgutverletzung zur haftungsbegründenden Kausalität (BGH, NJW 2008, 1381 Rn. 9; BGH, Urteil vom 6. Mai 2015 – VIII ZR 161/14, NJW 2015, 2111 Rn. 10; Urteil vom 24. Juni 1986 – VI ZR 21/85, NJW 1987, 705, 706). Entsteht ein Schadensersatzanspruch dagegen unabhängig von der Verletzung eines Rechtsguts, ist bereits der erste Schaden der haftungsausfüllenden Kausalität zuzuordnen (BGH, Urteil vom 15. Juni 1993 – XI ZR 111/92, NJW 1993, 3073, 3075 f.; zur Abgrenzung zwischen haftungsausfüllender und haftungsbegründender Kausalität vgl. BeckOK.ZPO/Bacher, 20. Aufl., Stand 1. März 2016, § 287 Rn. 3 bis 5; Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 287 Rn. 15).
- 43 b) Begehrt ein Kläger wegen eines Verstoßes gegen Kartellrecht Schadensersatz, macht er einen Schaden geltend, ohne dass die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts erforderlich ist. Für die Frage, ob infolge des Kartellrechtsverstoßes ein Schaden entstanden ist, gilt deshalb die Beweiserleichterung des § 287 Abs. 1 ZPO (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. Januar 2014 VI-U (Kart) 7/13, juris Rn. 76 bis 82, insoweit nicht vollständig in WuW/E DE-R 4477, 4480).
- 44 Entgegen der Ansicht der Revision hat der Wortlaut von § 33 Abs. 3 S. 3 GWB in diesem Zusammenhang keine Aussagekraft. Danach kann bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 ZPO insbesondere der anteilige Gewinn berücksichtigt werden, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat. Eine Beschränkung des Beweismaßes von § 287 ZPO allein auf die Frage des Umfangs des Schadens kann dieser Regelung nicht entnommen werden.
- 45 c) Diese Beurteilung steht auch im Einklang mit 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 (nachfolgend: Schadensersatzrichtlinie, ABl. 2014,

L 349 S. 1), die bis zum 27. Dezember 2016 in das deutsche Recht umzusetzen ist. Nach Art. 4 und Erwägungsgrund 11 der Schadensersatzrichtlinie müssen die nationalen Bestimmungen zur Kausalität zwischen Kartellrechtsverstoß und Schaden dem Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz entsprechen. Sie dürfen daher die Geltendmachung des Rechts auf Schadensersatz weder übermäßig erschweren noch praktisch unmöglich machen. Würde bei der Frage, ob durch einen Kartellrechtsverstoß ein Schaden entstanden ist, statt § 287 Abs. 1 ZPO die Vorschrift des § 286 ZPO angewendet, so bestünde die Gefahr, dass die effektive Durchsetzung des Kartellrechts der Union verhindert würde, weil im Hinblick auf die Vielzahl auf dem Markt wirksamer Einflüsse häufig nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts feststehen wird, dass ein durch einen Kartellrechtsverstoß betroffener Marktteilnehmer auch tatsächlich einen Schaden erlitten hat.

d) Das Berufungsgericht ist auch rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass § 252 S. 2 BGB dem Verletzten für die Darlegung und den Nachweis eines entgangenen Gewinns eine § 287 ZPO ergänzende Beweiserleichterung in Form einer widerlegbaren Vermutung gewährt (BGH, Urteil vom 24. April 2012 – XI ZR 360/11, NJW 2012, 2266 Rn. 13).

e) Allerdings ist nach § 286 ZPO festzustellen, ob der Anspruchsteller durch den Kartellrechtsverstoß betroffen ist. Insoweit steht im Streitfall jedoch aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung im Kartellverfahren fest, dass diejenigen gewerblichen Spielvermittler, die den Gesellschaften des DLTB die terrestrische Vermittlung von Spielumsätzen angeboten haben, von dem unzulässigen abgestimmten Verhalten der Lottogesellschaften betroffen waren.

- **Bei der Prüfung der Frage, ob und in welcher Höhe der Klägerin ein Schaden entstanden ist, hat das OLG nicht alle erheblichen Umstände berücksichtigt**

2. Das Berufungsgericht hat jedoch bei der Prüfung der Frage, ob und in welcher Höhe der Klägerin ein Schaden entstanden ist, nicht alle erheblichen Umstände berücksichtigt. Es hat zudem die Vorschrift des § 252 S. 2 BGB nicht zutreffend angewandt.

a) Im Anwendungsbereich von § 287 Abs. 1 ZPO ist der Tatrichter allerdings besonders frei gestellt. Seine Einschätzung ist mit der Revision nur daraufhin überprüfbar, ob er Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2013 – VI ZR 245/11, NJW 2013, 1870 Rn. 14 m. w. N.). Dieser Nachprüfung hält das Berufungsurteil indes nicht stand. Das Berufungsgericht hat es versäumt, unter umfassender Würdigung aller erheblichen Umstände des Falles abzuschätzen, ob ohne die kartellrechtswidrige Verhaltensabstimmung eine Zusammenarbeit der Klägerin mit den Lottogesellschaften zustande gekommen wäre und ob die Klägerin dabei den als entgangen geltend gemachten Gewinn erzielt hätte.

b) Der Tragfähigkeit des Geschäftsmodells der Klägerin stand allerdings nicht entgegen, dass die Lottogesellschaften keine rechtliche Verpflichtung hatten, mit der Klägerin zusammenzuarbeiten. Vielmehr kommt es in erster Linie darauf an, ob eine Zusammenarbeit mit der Klägerin kaufmännisch vernünftigem Verhalten entsprochen hätte ...

c) Für die Begründung haftungsausfüllender Kausalität kommt es allerdings darauf an, ob aufgrund der Marktgegebenheiten hinreichend wahrscheinlich ist, dass die Beklagte oder andere Lottogesellschaften tatsächlich mit der Klägerin Vermittlungsverträge abgeschlossen und Provisionen an sie gezahlt hätten, wenn die kartellrechtswidrige Verhaltensabstimmung nicht stattgefunden hätte. Anders als das Berufungsgericht angenommen hat, reicht dafür nicht allein die

Plausibilität der aus dem Geschäftskonzept der Klägerin abgeleiteten Umsatz- und Gewinnerwartungen, aus denen sich für die Lottogesellschaften ökonomische Anreize zu einer Zusammenarbeit mit der Klägerin ergaben. Bei einer autonomen Entscheidung über eine Kooperation mit der Klägerin hatte die Beklagte vielmehr insbesondere auch die Auswirkungen auf ihr bestehendes Vertriebssystem sowie die Unsicherheiten zu berücksichtigen, die hinsichtlich des künftigen regulatorischen Konzepts für das Glücksspielrecht bestanden.

- 55 aa) ... cc) Unter diesen Umständen erscheint es ohne weitere Feststellungen nicht unwahrscheinlich, dass die Beklagte und die übrigen Lottogesellschaften trotz der bestehenden ökonomischen Anreize auch bei autonomer unternehmerischer Entscheidung nicht oder jedenfalls nur zögernd und in geringerem als von der Klägerin geplanten Umfang Vermittlungsverträge mit der Klägerin abgeschlossen und Provisionen an sie gezahlt hätten.
- 56 d) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin hätte, falls sich die Lottogesellschaften zur Kooperation bereit gezeigt hätten, in vollem Umfang den von ihr prognostizierten Gewinn erzielt, beruht auch in weiterer Hinsicht auf einer unvollständigen Würdigung der insoweit relevanten Umstände.

• **Das Berufungsgericht hat weder den Umstand berücksichtigt, dass die Umsätze der Lottogesellschaften im maßgeblichen Zeitraum zurückgegangen waren, ...**

- 57 aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Umsätze der staatlichen Lotterien in Deutschland in den Jahren 2005 bis 2008 um etwa 1 Milliarde Euro, also um etwa 20%, zurückgegangen. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge (§ 252 S. 2 BGB) war deshalb ein entsprechender Rückgang der Provisionseinnahmen zu erwarten. Das Berufungsgericht hatte nach § 287 Abs. 1 ZPO frei zu würdigen, ob und inwieweit dieser Umstand wahrscheinlich Auswirkungen auf die Schadensersatzforderung der Klägerin hatte. Es durfte nicht stattdessen der Beklagten die Beweislast für derartige Auswirkungen auferlegen. Etwa bestehenden Unsicherheiten hätte es durch einen Abschlag von der Schadensersatzforderung Rechnung tragen müssen.
- 58 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann aus dem parallel zum Umsatzrückgang der staatlichen Lottogesellschaften zwischen 2005 und 2008 festgestellten Anstieg der gewerblichen Bruttospielerträge um ca. 50% nicht geschlossen werden, der Umsatzrückgang hätte die Klägerin nicht berührt. Denn der Anstieg der gewerblichen Erträge bezieht sich auf alle Glücksspielsegmente, insbesondere den zu jener Zeit stark wachsenden Sektor der Online-Wetten. Ob und in welchem Umfang Vertriebspartner der Lottogesellschaften in dem schrumpfenden Markt dennoch steigende Einnahmen hätten erzielen können, ergibt sich daraus nicht.

• **... noch dass es in mehreren Bundesländern neue Provisionsverbote gegeben hat.**

- 59 bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist für die Schadensberechnung auch der Einwand der Beklagten erheblich, dass nach dem zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Ausführungsgesetzen zum Glücksspielstaatsvertrag in den Ländern Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen und Sachsen-Anhalt gewerblichen Spielvermittlern keine Provisionen mehr gezahlt werden durften (vgl. § 13 Abs. 3 Landesgesetz über das öffentliche Glücksspiel vom 15. Dezember 2007, GVBl Berlin 2007, 33/604; § 6 Abs. 3 Glücksspielgesetz des Landes Brandenburg vom 18. Dezember 2007, GVBl Brandenburg 2007, 17/218; § 9 Abs. 2 Gesetz zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrags vom 14. Dezember 2007, GVBl.

Mecklenburg-Vorpommern 2007, S. 386; § 13 Abs. 3 Gesetz zum Glücksspielstaatsvertrag, GVBl Sachsen 2007, 15/542; § 13 Abs. 9 Glücksspielgesetz des Landes Sachsen-Anhalt, GVBl LSA 2007, 412). Indem das Berufungsgericht die Auswirkungen der Provisionsverbote in fünf Bundesländern auf die Gewinnerwartungen der Klägerin nicht berücksichtigt hat, hat es einen wesentlichen Bemessungsfaktor für die Bestimmung des dieser entstandenen Schadens außer Betracht gelassen.

(1) Das Berufungsgericht hat angenommen, diese Provisionsverbote stellten einen Verstoß gegen Art. 10 EG i. V. m. Art. 81 EG dar, weil sie bezweckten und bewirkten, einen Wettbewerb der Lottogesellschaften untereinander zu verhindern. Dieser Beurteilung kann nicht zugestimmt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat das Provisionsverbot unter Suchtpräventionsgesichtspunkten für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt (BVerfG (Kammer), NVwZ 2008, 1338 Rn. 60). Es handelte sich dabei um eine Maßnahme, mit der die Länder versuchten, der Anforderung des „ODDSET-Urteils“ des Bundesverfassungsgerichts gerecht zu werden, die Spieltätigkeit nicht auszudehnen. Verfolgten die Bundesländer mit der Einführung der Provisionsverbote ein derartiges, vom Unionsrecht anerkanntes, legitimes öffentliches Interesse, so fehlt es insoweit an einem unternehmerischen Handeln. Die damit notwendig verbundene wettbewerbsbeschränkende Wirkung verstößt nicht gegen Unionskartellrecht.

Unter diesen Umständen kann jedenfalls nicht angenommen werden, dass die Lottogesellschaften an die Klägerin in denjenigen Bundesländern, die gesetzliche Provisionsverbote eingeführt hatten, auch noch im Zeitraum vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2008 Provisionen gezahlt hätten. Die Lottogesellschaften mussten das jeweils für sie geltende Recht beachten.

(2) Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung geltend, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wäre zu erwarten gewesen, dass die Klägerin im Fall eines Provisionsverbots in bestimmten Bundesländern die dort terrestrisch akquirierten Spielaufträge an Lottogesellschaften in anderen Bundesländern vermittelt hätte, in denen kein Provisionsverbot galt. Eine derartige Umgehung der landesrechtlichen Provisionsverbote wäre rechtswidrig gewesen. Die Provisionsverbote knüpfen an den Tatbestand einer gewerblichen Spielvermittlung, also der Akquisition eines Spielauftrags, in dem jeweiligen Bundesland an. Sie bezwecken im Interesse der Suchtprävention eine Beschränkung der gewerblichen Vermittlungstätigkeit. Die Provisionsverbote waren deshalb unabhängig davon anwendbar, ob die Spielvermittlung an eine Lottogesellschaft innerhalb oder außerhalb des jeweiligen Bundeslands erfolgte und ob der auswärtigen Lottogesellschaft eine Tätigkeit in dem Bundesland, in dem das Provisionsverbot galt, erlaubt war. Um eine extraterritoriale Anwendung von Landesrecht handelt es sich dabei nicht, weil Anknüpfungspunkt des Landesgesetzes die gewerbliche Spielvermittlung in dem jeweiligen Bundesland ist.

• **Zurückverweisung und Hinweise an das Berufungsgericht**

V. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat vermag nicht in der Sache selbst zu entscheiden, weil der wahrscheinliche Kausalverlauf insgesamt neu bewertet werden muss und weitere Feststellungen des Berufungsgerichts, die Auswirkungen auf die Frage haben, ob und ggf. in welcher Höhe der Klägerin ein Schaden entstanden ist, nicht ausgeschlossen sind. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

VI. Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren gibt der Senat folgende Hinweise ... [wird ausgeführt].

CB-KOMMENTAR
„Das Urteil wird sich tendenziell zugunsten von Geschädigten auswirken“
PROBLEM

In kartellrechtlichen Follow-on-Klagen liefert § 33 Abs. 4 GWB eine wichtige Hilfe, die sog. Bindungswirkung an die Feststellungen der Kartellbehörde bzw. eines Gerichts. Fraglich ist, wie weit diese Bindungswirkung reicht und welche Anforderungen dabei an die Feststellung eines Schadens zu stellen sind.

ZUSAMMENFASSUNG

Mit Urteil vom 12.7.2016 (KZR 25/14, Lottoblock-II) hat sich der BGH damit befasst, wie weit die Bindungswirkung im Kartellverfahren reicht. Gegenstand des Rechtsstreits ist die Klage der gewerblichen Spielvermittlerin SWS (vormals Fluxx) gegen WestLotto auf Ersatz für entgangenen Gewinn wegen Kartellrechtsverstoßes.

In Deutschland ist die Veranstaltung von Lotterien grundsätzlich den Lottogesellschaften der Bundesländer vorbehalten. Diese haben sich im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) zusammengeschlossen. Im April 2005 beschloss der Rechtsausschuss des DLTB, Umsätze aus dem terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler zurückzuweisen. Daraufhin weigerten sich die Lottogesellschaften, Tippscheine der Klägerin aus dem stationären Vertrieb, z. B. über Supermärkte und Tankstellen, entgegenzunehmen. Auf Grund des Boykottaufrufs leitete das Bundeskartellamt ein Missbrauchsverfahren ein. Im August 2006 verfügte das Amt mit sofortiger Abstellungsverfügung, dass die Empfehlung des Rechtsausschusses gegen Kartellrecht verstieß und die Aufforderung abzustellen war. Gleichzeitig wurde dem DLTB und den 17 Lottogesellschaften untersagt, diese Aufforderung weiter umzusetzen und sich daran zu halten. Die Kartellamtsverfügung wurde im Wesentlichen vom OLG und BGH bestätigt. Die Klägerin verlangte Ersatz für entgangenen Gewinn in den Jahren 2006 bis 2008, mindestens jedoch 8,25 Mio. Euro zzgl. Zinsen. Das LG Dortmund hat die Klage abgewiesen. Das OLG Düsseldorf sprach der Klägerin einen Betrag i. H. v. 11,5 Mio. Euro zzgl. Zinsen zu. Diese Entscheidung hat der BGH nun aufgehoben und an das OLG zurückverwiesen, teilweise aber auch dem Grunde nach bestätigt. Der BGH bemängelt, dass das OLG bei der Berechnung des Schadensersatzes nicht alle Umstände ausreichend gewürdigt hat. Neben der Feststellung, wie lange der kartellrechtswidrige Zustand bestanden hat, hätte das Berufungsgericht auch berücksichtigen müssen, dass die Umsätze der Lottogesellschaften im maßgeblichen Zeitraum zurückgegangen waren und es in mehreren Bundesländern neue Provisionsverbote gegeben hat.

Hinsichtlich der Dauer des Kartellverstoßes stellt der BGH fest, dass die Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB zu weit ausgelegt wurde. Lediglich Bußgeldentscheidungen enthalten regelmäßig Feststellungen zur Dauer eines Kartellverstoßes, was im Kartellverfahren nicht notwendigerweise der Fall ist. Andererseits durfte das OLG aber auch annehmen, dass sich die Verhaltensabstimmung bis 2008 ausgewirkt hat. Bei einem punktuellen Kartellrechtsverstoß,

dessen Auswirkungen potentiell zeitlich unbeschränkt sind, lässt die Zustellung einer sofort vollziehbaren Abstellungsverfügung für sich allein die Vermutung einer andauernden Bestimmung oder Beeinflussung des Marktgeschehens durch die Verhaltenskoordination regelmäßig nicht entfallen. Für die Widerlegung dieser Vermutung wäre es erforderlich, dass sich ein am Verstoß beteiligtes Unternehmen offen und eindeutig von der Abstimmung distanziert, was im vorliegenden Fall nicht ersichtlich war. Ferner steht für die Frage, ob und in welcher Höhe der Klägerin ein Schaden entstanden ist, die Beweiserleichterung des § 287 Abs. 1 ZPO zur Verfügung. Dabei gewährt § 252 S. 2 BGB der Klägerin eine ergänzende Beweiserleichterung in Form einer widerlegbaren Vermutung. Bei Prüfung dieser Frage hat das OLG nicht alle erheblichen Umstände berücksichtigt. Dem BGH erscheint es möglich, dass die Lottogesellschaften trotz bestehender Anreize für eine Zusammenarbeit mit der Klägerin auch ohne kartellrechtswidrige Abstimmung bei autonomer unternehmerischer Entscheidung nicht oder nur zögernd und in geringerem als von der Klägerin geplanten Umfang Vermittlungsverträge mit der Klägerin abgeschlossen und Provisionen an sie gezahlt hätten.

PRAXISFOLGEN

Für die Praxis ist das Urteil von großer Bedeutung. Obwohl es geeignet ist, die zugesprochene Summe im konkreten Fall zu reduzieren, wird es sich tendenziell zugunsten von Geschädigten auswirken. Für den Umfang der Bindungswirkung wurde klargestellt, dass es bei Feststellungen des Kartellrechtsverstoßes allein auf den Tenor und die tragenden Gründe der Entscheidung des Gerichts oder der Kartellbehörde ankommt. Grundsätzlich richtig sind insoweit die Ausführungen zur Bindungswirkung und der Dauer des Verstoßes sowie die Unterscheidung zwischen Bußgeld- und Verwaltungsverfahren. Allerdings darf dabei auch nicht übersehen werden, dass ein kartellrechtswidriges Dauerverhalten durch eine Durchsuchung ebenfalls regelmäßig nicht geändert und unterbrochen wird. Auch bei Preisabsprachen kommt es vor, dass etwa lang andauernde Lieferbeziehungen beeinflusst wurden. In diesen Fällen wird ebenfalls eine Vermutung naheliegen, dass die Fortsetzung des kartellrechtswidrigen Verhaltens nach einer Durchsuchung andauert, so dass dieselben Gründe gelten könnten. Bemerkenswert klägerfreundlich ist zudem die Anwendung des § 287 ZPO im Zusammenhang mit der Frage, „ob“ ein Schaden entstanden ist.

Hinsichtlich einer Zäsur bleibt es bei der strikten Haltung, dass sich ein am Kartell beteiligtes Unternehmen offen und eindeutig von einer Abstimmung oder Absprache distanzieren muss, was den anderen Teilnehmern bewusst werden muss.

AUTOR


Dr. Sebastian Jungermann ist Rechtsanwalt und Partner bei Kaye Scholer in Frankfurt a. M. und verantwortet den Praxisbereich Kartellrecht.