

BGH zu den Anforderungen an den Nachweis eines Kartellschadens – Urteil vom 12. Juli 2016 – KZR 25/14 – Lottoblock II

Mitteilung der Pressestelle des Bundesgerichtshofs

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat sich damit befasst, wie weit die Bindungswirkung an die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes im Kartell-verwaltungsverfahren reicht, wenn später Schadensersatz wegen dieses Verstoßes begehrt wird, und welche Anforderungen dabei an die Feststellung eines Schadens zu stellen sind.

Die Klägerin, eine gewerbliche Spielvermittlerin, verlangt von der Beklagten, der Lottogesellschaft des Landes Nordrhein-Westfalen, Schadensersatz wegen eines Kartellrechtsverstoßes.

Die Veranstaltung von Lotterien ist in Deutschland grundsätzlich den Lottogesellschaften der Bundesländer vorbehalten, die sich im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) zusammengeschlossen haben. Ab April 2005 versuchte die Klägerin mit verschiedenen Kooperationspartnern, eine Vermittlung für Spieleinsätze bei den staatlichen Lotterien aufzubauen. Dazu sollten Verkaufsstellen in Einzelhandelsgeschäften wie Supermärkten oder Tankstellen errichtet werden („terrestrischer Vertrieb“). Einnahmen wollte die Klägerin aus Gebühren der Spielteilnehmer und Provisionszahlungen der Lottogesellschaften erzielen. Der Rechtsausschuss des DLTB forderte die Lottogesellschaften auf, Umsätze aus dem terrestrischen Vertrieb gewerblicher Spielvermittler zurückzuweisen. Das Bundeskartellamt verbot

daraufhin dem DLTB und den Lottogesellschaften der Länder eine solche Aufforderung und die Umsetzung des Beschlusses des Rechtsausschusses; diese Verfügung wurde durch Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2008 rechtskräftig bestätigt (KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408 – Lottoblock I; s. Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs Nr. 155/2008 vom 14. August 2008).

Die Klägerin verlangt Ersatz entgangenen Gewinns für die Jahre 2006 bis 2008. Sie macht geltend, wegen des Kartellrechtsverstoßes der Lottogesellschaften habe sie das Vermittlungsgeschäft nicht wie geplant aufbauen und entwickeln können.

Das Oberlandesgericht hat die Beklagte zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von rund 11,5 Mio. € zuzüglich Zinsen verurteilt. Auf die Revision der Beklagten hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs diese Entscheidung aufgehoben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Aufgrund der Entscheidung „Lottoblock I“ steht nach § 33 Abs. 4 GWB* für den Schadensersatzprozess bindend fest, dass die Lottogesellschaften den Beschluss des Rechtsausschusses des DLTB befolgt und durch ihr in dieser Weise abgestimmtes Verhalten gegen Kartellrecht verstoßen haben. Anders als vom Oberlandesgericht angenommen, ergibt sich daraus jedoch nicht, wie lange dieses kartellrechtswidrige Verhalten andauert hat.

Allerdings durfte das Oberlandesgericht annehmen, dass sich die Verhaltensabstimmung bis 2008 auf das Marktverhalten der Lottogesellschaften ausgewirkt hat. Jedenfalls bei einer einmaligen kartellrechtswidrigen Abstimmung, die auf zeitlich unbeschränkte Wettbewerbswirkungen angelegt ist, spricht eine Vermutung dafür, dass sie von den beteiligten Unternehmen dauerhaft beachtet wird und das Marktgeschehen andauernd beeinflusst, solange sich die maßgeblichen Umstände nicht

wesentlich ändern. Diese Vermutung ist nicht, wie die Revision meint, mit der Zustellung der Verfügung des Bundeskartellamts entfallen. Vielmehr ist für die Widerlegung der Vermutung in einem solchen Fall erforderlich, dass sich ein an dem Kartellrechtsverstoß beteiligtes Unternehmen offen und eindeutig von der Abstimmung distanziert. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts ist dies nicht geschehen.

Damit steht jedoch noch nicht fest, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Klägerin durch das abgestimmte Verhalten der Lottogesellschaften ein Schaden entstanden ist. Für diese Beurteilung gilt zwar die Beweiserleichterung des § 287 Abs. 1** ZPO, wobei § 252 Satz 2 BGB*** dem Verletzten für die Darlegung und den Nachweis eines entgangenen Gewinns eine ergänzende Beweiserleichterung in Form einer widerlegbaren Vermutung gewährt. Das Oberlandesgericht hat aber bei der unter Beachtung dieses Maßstabs vorzunehmenden Prüfung, ob und in welcher Höhe der Klägerin ein Schaden entstanden ist, nicht alle erheblichen Umstände berücksichtigt.

So erscheint es mangels anderweitiger Feststellungen möglich, dass die Lottogesellschaften trotz bestehender ökonomischer Anreize für eine Kooperation 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. Dafür könnte ein Wunsch, das bisherige Vertriebssystem für Lotterien zu schützen, und die Unsicherheit über das künftige Glücksspielrecht sprechen, da das Bundesverfassungsgericht zum damaligen Zeitpunkt eine Neuausrichtung des Glücksspielrechts am Ziel der Vermeidung von Suchtgefahren für verfassungsrechtlich geboten erklärt hatte. Außerdem hat das Oberlandesgericht einen zwischen 2005 und 2008 bei den Lottogesellschaften eingetretenen Umsatzrückgang sowie die zeitweise in mehreren neuen

Bundesländern und Berlin geltenden gesetzlichen Provisionsverbote bei gewerblicher Spielvermittlung bei der Schadensberechnung nicht ausreichend berücksichtigt.

Vorinstanzen:

OLG Düsseldorf – Urteil vom 9. April 2014 – VI-U Kart 10/12 (WuW/E DE-R 4394)

LG Dortmund – Urteil vom 24. April 2012 – 25 O 5/11

Karlsruhe, den 12. Juli 2016

***§ 33 GWB Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht**

(...)

(4) Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union Schadensersatz gefordert, ist das Gericht an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde. Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 ergangen sind. (...)

****§ 287 ZPO Schadensermittlung; Höhe der Forderung**

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

*****§ 252 BGB Entgangener Gewinn**

(...) Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen

Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.