



# BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

**EDITORIAL** Berlin Talks: Private International Law (*Andreas Engel, Markus Lieberknecht, Bettina Rentsch, Giesela Rühl, Sophia Schwemmer*)

**INTERVIEW** Lilith Rein: Feministische Rechtswissenschaft und studentisches Engagement für eine geschlechtergerechte Rechtspraxis

## AUS DER LEHRE

*Dr. Lukas Böffel, LL.M. (Berkeley) und Dr. Jan Markus Weber*  
Die Assessorexamensklausur

## GRUNDLAGEN

*Len Klingelmeyer*  
Die Freiheitsforderung im Deutschen Bauernkrieg 1525

## ZIVILRECHT

*Kevin Ambrosius*  
Urheberrechtliche Implikationen von Deepfakes  
*İpek Sera Şenyuva*  
Der Effektivitätsgrundsatz als Grundlage für einen Mindestschaden im Kartellschadensersatzrecht

## ÖFFENTLICHES RECHT

*Shashwati Wagle*  
Externalisierung von Asylverfahren: Vereinbarkeit mit europäischem Menschenrechtsschutz?

## STRAFRECHT

*Morsal Nilofar Azizi*  
Fehlerquellen im Zwischenverfahren und alternative Verfahrensgestaltung

6. Jahrgang · Seiten 77–156

[www.berlinerrechtszeitschrift.de](http://www.berlinerrechtszeitschrift.de)

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

# AUSGABE 2/2025

Vervielfältigungshandlungen jedoch nicht als solche angesehen werden. Der digitale Werkgenuss muss möglich sein.

b) Wird genutztes Material in einer wiedererkennbaren Weise übernommen und verändert, wird es in der Regel bearbeitet und erneut vervielfältigt. Bei der mathematischen Analyse eines Werkes nach Mustern handelt es sich hingegen immer nur um den digitalen „Werkgenuss“. Deshalb kann etwa beim *Lyp Sync* selten eine Bearbeitung des Ursprungswerkes, wohl aber des Werkes vorliegen, auf das die Muster übertragen werden.

c) Insbesondere bei verfolgten böswilligen Zwecken kann § 14 UrhG relevant sein.

2. Diese Eingriffe sind nur selten gemäß §§ 53, 44b, 51 UrhG gerechtfertigt. Regelmäßig müssen jedenfalls nicht-kommerzielle, hinreichend transformative Deepfakes mit positivem Verwendungszweck zulässige Pastiches sein, selten hingegen Deepfakes, bei denen böswillige Motive verfolgt werden.

3. Das diesbezügliche Urheberrecht ist durchsetzungsschwach, was sich angesichts der Anonymität im Internet und flankierenden Grundrechten schwer vermeiden lässt.

4. KI-generierte Deepfakes sind nur im Einzelfall als Werk geschützt. Maßgeblich ist, wer die gestalterischen Entscheidungen trifft und ob das Ergebnis als Werk der KI oder des Menschen einzustufen ist. Deepfakes mit hinreichend eigenpersönlichem künstlerischem Gehalt sind regelmäßig schutzfähig, v.a. wenn neben die Entscheidung zur Auswahl des Ausgangsmaterials eine weitere wesentliche künstlerische Entscheidung hinzutritt (in der Regel bei *face swaps* oder aufwendig erstellten Deepfakes).

5. Warum der Lichtbildner als Inhaber eines Leistungsschutzrechts bessergestellt wird als der KI-Anweisende, ist nicht nachvollziehbar. Der Schutz für Lichtbildner muss abgeschafft werden, um Widersprüche zu vermeiden. Alternativ muss darüber nachgedacht werden, ob man das System der Leistungsschutzrechte angesichts des technischen Fortschritts reformieren und gleichzeitig auf einen Kernbereichsschutz eingrenzen sollte.

*Ipek Sera Şenyuva\**

## Der Effektivitätsgrundsatz als Grundlage für einen Mindestschaden im Kartellschadensersatzrecht

*Die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche scheitert häufig an der Bezifferung der Schadenshöhe, obwohl Kartelle erhebliche Schäden für Abnehmer und Wettbewerb verursachen. Dies wirft die Frage auf, wie Geschädigte wirksam zu ihrem Recht kommen können und ob die geltenden Instrumente den unionsrechtlichen Anforderungen an eine effektive Rechtsdurchsetzung tatsächlich genügen. Vor diesem Hintergrund untersucht die Arbeit, ob sich aus dem europäischen Effektivitätsgrundsatz eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Einführung eines Mindestschadens ableiten lässt. Ausgangspunkt ist das Thermo-fenster-Urteil des BGH, in dem erstmals ein unionsrechtlich gebotener Mindestschaden anerkannt wurde. Im Fokus steht die Frage, ob und in welcher Form sich eine vergleichbare Dogmatik auf das Kartellrecht übertragen lässt und wie sich ein pauschalierter Mindestschaden unter Berücksichtigung der deutschen Schadensdogmatik, insbesondere dem Totalreparationsprinzip und § 287 ZPO, umsetzen lässt.*

### Inhaltsübersicht

|                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Einleitung: Zur Ausgangslage des Kartellschadensersatzes .....                                    | 120 |
| B. Der europäische Effektivitätsgrundsatz .....                                                      | 121 |
| I. Entwicklung des Kartellrechts und Anforderungen an das nationale Recht .....                      | 121 |
| II. Reichweite bei kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen .....                                 | 122 |
| C. Die Herausforderung der Schadenshöhe im Kartellrecht .....                                        | 122 |
| I. Die Kompensation im deutschen Schadensrecht ..                                                    | 123 |
| II. Die Schadensschätzung nach § 287 ZPO .....                                                       | 123 |
| D. Der Mindestschaden als Lösungsansatz .....                                                        | 123 |
| I. Der Mindestschaden als Schadensuntergrenze ....                                                   | 124 |
| 1. Die Thermo-fenster-Entscheidung .....                                                             | 124 |
| 2. Übertragbarkeit auf Kartellschadensersatzansprüche .....                                          | 125 |
| 3. Integration eines Mindestschadens in die deutsche Schadensdogmatik .....                          | 125 |
| II. Der widerlegbare Mindestschaden .....                                                            | 126 |
| III. Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung .....                                          | 127 |
| E. Fazit: Der widerlegbare Mindestschaden als Umsetzung des europäischen Effektivitätsgrundsatzes .. | 127 |

\* Die Autorin studiert Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktgebiet „Wettbewerbs- und Regulierungsrecht“. Die Themenstellung erfolgte durch Dr. Kathrin Westermann.

## A. Einleitung: Zur Ausgangslage des Kartellschadensersatzes

Kartelle stellen eine erhebliche Gefahr für den Wettbewerb dar und führen oft zu wirtschaftlichen Nachteilen für Unternehmen und Verbraucher.<sup>1</sup> Sie bewirken künstlich erhöhte Preise, Marktzutrittsbarrieren und eine Einschränkung des Innovationswettbewerbs.<sup>2</sup> Um diesen negativen Effekten entgegenzuwirken, existieren in der Europäischen Union und in Deutschland sowohl öffentliche Sanktionen als auch private Schadensersatzansprüche. So können betroffene Marktteilnehmer Kartellanten auf Ersatz des ihnen entstandenen Schadens in Anspruch nehmen. Allerdings zeigen sich in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bei der Geltendmachung solcher Kartellschadensersatzansprüche.<sup>3</sup> Die oft verdeckte Natur von Kartellen sowie die komplexen Preisbildungsmechanismen erschweren es Geschädigten, den konkreten Schaden zu beziffern.<sup>4</sup> Zwar sehen sowohl europäisches Recht, insbesondere Art. 17 der Richtlinie 2014/104/EU,<sup>5</sup> als auch nationales Recht, wie § 33a Abs. 2 S. 2 und 3 GWB Beweiserleichterungen vor, doch bleibt die Höhe des Schadens regelmäßig schwer nachweisbar.<sup>6</sup> Hinzu kommt, dass Kartellschadensersatzverfahren in besonderem Maße auf ökonomische Gutachten angewiesen sind. Diese werden häufig bereits benötigt, um die Wahrscheinlichkeit eines Schadens zu belegen und sind spätestens bei dessen Schätzung von Notwendigkeit.<sup>7</sup> Die Gutachten können sowohl von den Parteien selbst als auch vom Gericht eingeholt werden. Angesichts der unterschiedlichen Interessenlagen der Parteien bedürfen Parteigutachten jedoch meist einer unabhängigen Überprüfung.<sup>8</sup> Zwar verfügen viele Gerichte über eine gewisse ökonomische Erfahrung, doch können sie nicht immer die hochspezialisierten Methoden überblicken.<sup>9</sup> Für die Klägerseite bedeutet dies erhebliche zusätzliche Kosten, die nicht selten schon vor Klageerhebung durch die Einholung von Privatgutachten anfallen. Ein einzelnes ökonomisches Gutachten kann dabei regelmäßig einen Betrag im niedrigen bis mittleren sechsstelligen Euro-Bereich erreichen.<sup>10</sup> Zwar sind solche Aufwendungen grundsätzlich als Teil des Schadens nach § 249 BGB erstattungsfähig, sie müssen jedoch zunächst von den Anspruchstellern vorfinanziert werden – und dies, ohne dass zu diesem Zeitpunkt bereits eine gesicherte Prognose über die Erfolgsaussichten besteht.<sup>11</sup> Auch wenn eine teil-

weise unbezifferte Klage zulässig ist, bleibt es regelmäßig erforderlich, spätestens im Prozess ein Gutachten vorzulegen oder sich mit einem vom Gericht bestellten Sachverständigen auseinanderzusetzen.<sup>12</sup>

Vor diesem Hintergrund wird zunehmend die Einführung eines Mindestschadens diskutiert. Ein solcher pauschaler Schadensersatz würde es Geschädigten ermöglichen, ohne aufwendige wirtschaftliche Gutachten zumindest einen typisierten Mindestbetrag geltend zu machen.<sup>13</sup> Die zentrale Frage lautet, ob eine solche Regelung unionsrechtlich geboten sein könnte, vor allem aus der Sicht des Effektivitätsgrundsatzes. Der Effektivitätsgrundsatz verpflichtet die Mitgliedstaaten, nationale Regelungen so auszugestalten, dass die Durchsetzung der unionsrechtlich garantierten Rechte nicht leerläuft.<sup>14</sup> Daraus ergibt sich die Leitfrage dieser Arbeit: Lässt sich aus dem europäischen Effektivitätsgrundsatz zur Durchsetzung des Kartellverbots die Vorgabe eines Mindestschadens bei Kartellschadensersatzansprüchen herleiten?

Einen aktuellen Anknüpfungspunkt liefert die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere das Urteil des VIa. Zivilsenats vom 26.6.2023,<sup>15</sup> in dem ein unionsrechtlich gebotener Mindestschaden im Zusammenhang mit dem sogenannten *Thermofenster*-Urteil zugesprochen wurde.<sup>16</sup> Die Argumentation stützt sich ausdrücklich auf das Effektivitätsprinzip, was die Frage aufwirft, ob sie auf kartellrechtliche Schadensersatzansprüche übertragbar ist.

Im Folgenden wird zunächst der Effektivitätsgrundsatz als Auslegungsmaßstab im Unionsrecht analysiert und auf seine Bedeutung für das Kartellschadensersatzrecht hin untersucht (B.). Daran anknüpfend werden bestehende Beweiserleichterungen dargestellt und deren Reichweite kritisch bewertet (C.). Im Anschluss wird das Urteil des BGH vom 26.6.2023 ausgewertet und geprüft, ob und inwieweit dessen Grundsätze auf das Kartellrecht übertragbar sind. Sodann erfolgt eine Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern ein gesetzlicher Mindestschaden innerhalb der deutschen Schadensdogmatik ausgestaltet werden könnte (D.). Die Arbeit schließt mit einer Bewertung und einem Ausblick, ob ein Mindestschaden unionsrechtlich gefordert, praktisch sinnvoll und dogmatisch vertretbar ist.

<sup>1</sup> Hauser/Haas, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Schadensersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Kap. B Rn. 5.

<sup>2</sup> Schroeder, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Bd. 1, 2024, Art. 101 Rn. 769.

<sup>3</sup> Schweitzer/Woeste, ZWeR 2022, 46.

<sup>4</sup> Hauser/Haas (Fn. 1), Kap. I Rn. 120.

<sup>5</sup> RL (EU) 2014/104 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, Amtsblatt L 349 vom 5.12.2014, S. 1-19.

<sup>6</sup> Fritzsche, NZKart 2017, 581 (581 ff.).

<sup>7</sup> Dewenter/Gasper, NZKart 2024, 671 (672).

<sup>8</sup> Dewenter/Klein, WuW 2022, 14.

<sup>9</sup> Dewenter/Gasper, NZKart 2024, 671 (672).

<sup>10</sup> Rother, in: Fuchs/Weitbrecht, Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, 1. Aufl. 2019, § 3 Rn. 41.

<sup>11</sup> Rother (Fn. 10), § 3 Rn. 41.

<sup>12</sup> Dewenter/Gasper, NZKart 2024, 671 (672).

<sup>13</sup> Krüger, NZKart 2024, 152 (152 ff.).

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 14.6.2011, Pfeleiderer, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 29 ff.; EuGH, Urt. v. 6.6.2013, Donau Chemie, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:336, NZKart 2013, 330, Rn. 29 ff.; Völcker, in: FS Roth, 2015, S. 647.

<sup>15</sup> BGH NJW 2023, 2259.

<sup>16</sup> Krüger, NZKart 2024, 152 (152 ff.).

## B. Der europäische Effektivitätsgrundsatz

Der Effektivitätsgrundsatz ist eines der zentralen Prinzipien des Unionsrechts. Er verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, nationale Regelungen so auszugestalten und anzuwenden, dass die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) der unionsrechtlichen Vorschriften gewährleistet wird.<sup>17</sup> Maßstab ist dabei nicht die bloße formale Umsetzung, sondern die tatsächliche Möglichkeit, Rechte aus dem Unionsrecht wirksam durchzusetzen.<sup>18</sup>

Seine Grundlage findet der Effektivitätsgrundsatz zunächst im Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV. Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen ergreifen müssen, um die Ziele des Unionsrechts zu erreichen.<sup>19</sup> Zwar wenden die Mitgliedstaaten grundsätzlich ihre eigenen Verfahrens- und Sanktionsnormen an und folgen somit dem Grundsatz der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten, doch darf dies nicht dazu führen, dass die Durchsetzung unionsrechtlicher Vorgaben erschwert oder praktisch unmöglich gemacht wird.<sup>20</sup>

Insbesondere in wettbewerbsrechtlichen Kontexten gewinnt der Effektivitätsgrundsatz an Relevanz. Der EuGH betont seit langem, dass es für die praktische Wirksamkeit des Kartellrechts nicht ausreicht, nur behördliche Sanktionen vorzusehen. Vielmehr muss auch die private Rechtsdurchsetzung effektiv ausgestaltet sein, insbesondere durch den Zugang zu Schadensersatzansprüchen.<sup>21</sup>

## I. Entwicklung des Kartellrechts und Anforderungen an das nationale Recht

Die zunehmende Bedeutung des Effektivitätsgrundsatzes für das Kartellrecht zeigt sich exemplarisch in mehreren Grundsatzentscheidungen.<sup>22</sup> In *Courage/Crehan*<sup>23</sup> stellte der EuGH klar, dass Privatpersonen, denen durch einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV ein Schaden entstanden ist, Anspruch auf Ersatz haben müssen.

In *Manfredi*<sup>24</sup> konkretisierte der EuGH dies. Der Anspruch auf Ersatz umfasst nicht nur den Ersatz des unmittelbaren Schadens, sondern auch den entgangenen Gewinn und die Zahlung von Zinsen.<sup>25</sup> Zudem müsse der Schadensersatz eine abschreckende Wirkung entfalten.<sup>26</sup>

Diese Entscheidungen mündeten in der Kartellschadensersatzrichtlinie, die den Effektivitätsgrundsatz in Art. 1, 4 und 17 ausdrücklich aufgreift und systematisch mit dem Äquivalenzprinzip verbindet. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, wirksame prozessuale und materielle Rahmenbedingungen für die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche zu schaffen.

Ein weiterer entscheidender Schritt in der Entwicklung des Effektivitätsgrundsatzes war zudem die *Verordnung (EG) Nr. 1/2003*<sup>27</sup>, welche die Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV dezentralisierte und 2004 in Kraft trat.<sup>28</sup> Bis dahin war die Durchsetzung des Kartellrechts weitgehend zentralisiert. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen mussten bei der Kommission angemeldet und von ihr genehmigt werden.<sup>29</sup> Die Verordnung übertrug die Verantwortung für die Anwendung des Kartellrechts auch auf nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte.<sup>30</sup> Damit wurde deutlich, dass die praktische Wirksamkeit des europäischen Kartellrechts maßgeblich von nationalen Durchsetzungsmechanismen abhängt. Zwar sind die Mitgliedstaaten in der Ausgestaltung von Verfahrensregeln im Grundsatz frei. Jedoch muss sichergestellt werden, dass die effektive Durchsetzung nicht beeinträchtigt wird.<sup>31</sup>

Die Mitgliedstaaten verfügen zwar über ein gewisses Maß an Verfahrenautonomie, doch ist diese durch den Effektivitätsgrundsatz begrenzt.<sup>32</sup> Dies bedeutet konkret, dass Schadensersatzansprüche wegen Kartellverstößen unter realistischen Bedingungen durchsetzbar sein müssen.<sup>33</sup> Unverhältnismäßige Anforderungen an Kausalität, Darlegungs- oder Beweislast können hier dementsprechend unzulässig sein.<sup>34</sup>

<sup>17</sup> EuGH, Urt. v. 14.6.2011, Pfeiderer, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 29 f.; EuGH, Urt. v. 6.6.2013, Donau Chemie, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:336, NZKart 2013, 330, Rn. 29 ff.; EuGH, Urt. v. 5.6.2014, Kone, C-577/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 33 f.

<sup>18</sup> *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2024, vor § 33 Rn. 21.

<sup>19</sup> EuGH, Urt. v. 16.12.1976, Rewe, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188, Rn. 5; EuGH, Urt. v. 9.11.1983, San Giorgio, C-199/82, ECLI:EU:C:1983:328, Rn. 14; EuGH, Urt. v. 26.3.1963, Van Gend & Loos, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, S. 25; *Franck* (Fn. 18), vor § 33 Rn. 21.

<sup>20</sup> *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV Rn. 61.

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 20.9.2001, *Courage/Crehan*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26 ff.; *Völcker* (Fn. 14), S. 647.

<sup>22</sup> *Völcker* (Fn. 14), S. 647.

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 20.9.2001, *Courage/Crehan*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 28.

<sup>24</sup> EuGH, Urt. v. 13.7.2006, *Manfredi*, C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461.

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 13.7.2006, *Manfredi*, C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 95, 100.

<sup>26</sup> EuGH, Urt. v. 13.7.2006, *Manfredi*, C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 93, 99.

<sup>27</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Amtsblatt Nr. L 001 vom 04/01/2003 S. 1-25.

<sup>28</sup> *Völcker*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Handbuch Kartellverfahren und Kartellprozess, 2. Aufl. 2024, § 6 Rn. 5; *Mestmäcker*, NZKart 2014, 8 (9 f.).

<sup>29</sup> *Völcker* (Fn. 28), § 6 Rn. 4 f.

<sup>30</sup> *K. Schmidt/König* (Fn. 18), VO (EG) 1/2003 Art. 1 Rn. 9.

<sup>31</sup> *K. Schmidt/König* (Fn. 18), VO (EG) 1/2003 Art. 1 Rn. 17.

<sup>32</sup> *Ebers*, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 249 ff.; *Roth*, ZHR 197 (2015), 668 (671 ff.).

<sup>33</sup> EuGH, Urt. v. 20.9.2001, *Courage*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 29; EuGH, Urt. v. 6.6.2013, *Donau Chemie*, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:336, NZKart 2013, 330, Rn. 29 ff.; EuGH, Urt. v. 14.6.2011, *Pfeiderer*, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 29 f.

<sup>34</sup> *König*, Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs, 2011, S. 17 f.

Der Effektivitätsgrundsatz verfolgt dabei nicht nur den Schutz individueller Rechte. Vielmehr erfüllt er auch eine öffentliche Funktion, indem er zivilrechtliche Klagemöglichkeiten als integralen Bestandteil der Wettbewerbsordnung begreift.<sup>35</sup> Diese sogenannte funktionale Subjektivierung besagt, dass die Anerkennung subjektiver Rechte zugleich der Sicherstellung der unionsrechtlichen Ordnung dient.<sup>36</sup> Die effektive Durchsetzbarkeit der Rechte Einzelner trägt somit unmittelbar zur Durchsetzung des Kartellrechts bei.

## II. Reichweite bei kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen

Nicht jede Maßnahme, die theoretisch die Rechtsdurchsetzung verbessern könnte, ist unionsrechtlich geboten.<sup>37</sup> Ein Übermaß an Klägerfreundlichkeit könnte die beabsichtigte Effektivierung beeinträchtigen, wenn ein Großteil der Klagen geltend gemacht werden würde, ohne dass ein Verstoß gegen das Kartellverbot überhaupt vorliegt. Eine derartig klägerfreundliche Ausgestaltung würde somit über das Maß der anzustrebenden Effektivität hinauschießen und den vom EuGH bei der Entwicklung des Effektivitätsgrundsatzes angestrebten Motiven nicht gerecht werden. In seiner Rechtsprechung hat der EuGH zudem immer wieder betont, dass der Effektivitätsgrundsatz kein generelles Instrument zur Vereinheitlichung oder Maximierung der Rechtsdurchsetzung ist.<sup>38</sup> Er greift nur ein, wenn nationale Regelungen die praktische Geltendmachung unionsrechtlicher Rechte faktisch unmöglich machen oder in unverhältnismäßiger Weise erschweren.<sup>39</sup>

Dies bedingt eine differenzierte Betrachtung, um die Reichweite des Effektivitätsgrundsatzes zu formulieren. Der Effektivitätsgrundsatz entfaltet seine Bindungswirkung in jedem Fall, kommt aber insbesondere dort zum Tragen, wo strukturelle Durchsetzungsdefizite vorliegen.<sup>40</sup> Dabei können sowohl formelle Hürden wie kurze Verjährungsfristen oder restriktive Beweislastverteilungen als auch materielle Anforderungen, etwa an die Kausalität oder die Schadensdarlegung, unionsrechtlich problematisch werden.<sup>41</sup> Maßgeblich ist stets, ob die Regelung im Ergebnis dazu führt, dass das durch das Unionsrecht gewährte Recht nicht sinnvoll ausgeübt werden kann.<sup>42</sup>

Der Effektivitätsgrundsatz verlangt nicht, dass die Durchsetzung vollkommen risikofrei und kostenneutral oder stets erfolgreich verläuft.<sup>43</sup> Auch erlaubt er den Mitgliedstaaten, ihre Verfahren unter Beachtung der nationalen Rechtskultur und der allgemeinen Prinzipien des Prozessrechts zu gestalten. Entscheidend ist lediglich, dass die praktische Durchsetzbarkeit unionsrechtlich garantierter Rechte nicht unterlaufen wird.<sup>44</sup> In diesem Spannungsverhältnis zwischen unionsrechtlicher Wirksamkeit und nationaler Gestaltungshoheit liegt die Herausforderung. Der Effektivitätsgrundsatz zwingt nicht zur Einführung bestimmter Instrumente, wohl aber zur fortlaufenden Prüfung, ob das bestehende System den unionsrechtlichen Anforderungen noch genügt.<sup>45</sup>

Die Frage, ob eine nationale Regelung die effektive Durchsetzung von Unionsrecht tatsächlich behindert, fällt in den Zuständigkeitsbereich des EuGH. Es obliegt den innerstaatlichen Gerichten, die maßgeblichen Tatsachen festzustellen und das nationale Recht auf den Einzelfall anzuwenden. Die Bewertung, ob damit zugleich der Effektivitätsgrundsatz verletzt wird, ist hingegen Teil der unionsrechtlichen Auslegung. Der EuGH hat dies etwa im *Pfleiderer-Urteil*<sup>46</sup> bekräftigt.

## C. Die Herausforderung der Schadenshöhe im Kartellrecht

Zwar stellt § 33a Abs. 1 GWB klar, dass jeder durch ein Kartell Geschädigte Anspruch auf Ersatz des tatsächlich erlittenen Vermögensnachteils hat, doch die Bestimmung der Schadenshöhe ist angesichts komplexer Marktmechanismen in der Praxis sehr schwierig. Gerade die wirtschaftlich gebotene Vergleichsbetrachtung zwischen realem und hypothetischem Wettbewerbsgeschehen stößt an praktische und ökonomische Grenzen.<sup>47</sup> Die Kartellschadensersatz-RL normiert insoweit keine konkreten Berechnungsmodelle. In Erwägungsgrund 26 wird lediglich betont, dass den nationalen Gerichten geeignete Instrumente zur Schätzung zur Verfügung stehen müssen, um auch unter Beweis-schwierigkeiten einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.<sup>48</sup>

<sup>35</sup> Zuleeg, in: Von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2017, Art. 1 Rn. 34.

<sup>36</sup> Ebers (Fn. 32), S. 104 ff.

<sup>37</sup> Roth, WRP 2013, 257 (262).

<sup>38</sup> König (Fn. 34), S. 79.

<sup>39</sup> EuGH, Urt. v. 21.2.2023, Mercedes-Benz Group, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 90 ff.; Fischer, ZAP 2023, 1003 (1005 f.).

<sup>40</sup> Schmolke, NZG 2016, 721 (725).

<sup>41</sup> EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Muños, C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497, Rn. 31; Schmolke, NZG 2016, 721 (725).

<sup>42</sup> Schmolke, NZG 2016, 721 (725).

<sup>43</sup> Fuchs (Fn. 10), § 2 Rn. 1 ff.

<sup>44</sup> Fuchs (Fn. 10), § 2 Rn. 1 ff.

<sup>45</sup> Fuchs (Fn. 10), § 2 Rn. 1 ff.

<sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 14.6.2011, Pfeiderer, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 29 f.

<sup>47</sup> COM (2013) 404 final, S. 3; Mederer, EuZW 2013, 847 (851); Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz, 2009, S. 407.

<sup>48</sup> Erwägungsgrund 26 RL (EU) 2014/104; Oster, EuR 2019, 578 (596).

## I. Die Kompensation im deutschen Schadensrecht

Dem Kartellschadensersatz liegt das allgemeine schadensrechtliche Prinzip der Totalreparation nach § 249 BGB zugrunde. Dies bedeutet, dass der Geschädigte so zu stellen ist, wie er stünde, wenn der Kartellverstoß nicht eingetreten wäre.<sup>49</sup> Soweit eine Naturalrestitution nicht möglich ist, tritt Geldersatz nach § 251 Abs. 1 BGB an ihre Stelle.<sup>50</sup>

Der Schadensersatz dient damit grundsätzlich dem Ausgleich konkreter Einbußen, nicht jedoch der Bestrafung des Schädigers.<sup>51</sup> Zwar wird die Ersatzpflicht auch als präventives Instrument anerkannt, eine darüber hinausgehende abschreckende Wirkung wird im deutschen Schadensrecht jedoch nur in Ausnahmefällen, etwa bei immateriellen Schäden oder besonders schwerwiegenden Rechtsverletzungen, berücksichtigt.<sup>52</sup> Maßstab bleibt die konkret-individuelle Kompensation.<sup>53</sup>

Zur Ermittlung der Schadenshöhe wird regelmäßig auf die Differenzhypothese zurückgegriffen. Der tatsächliche Zustand des Vermögens wird mit jenem verglichen, der ohne den Wettbewerbsverstoß hypothetisch eingetreten wäre.<sup>54</sup> In der Theorie erscheint dieses Modell bestechend klar, in der Praxis stößt es jedoch auf erhebliche Beweisprobleme, da der hypothetische Zustand ohne den Wettbewerbsverstoß angesichts der unzähligen Faktoren, die das Marktgeschehen beeinflussen können, nur sehr schwer zu bestimmen ist.<sup>55</sup> Gerade im Zusammenspiel mit dem Effektivitätsgebot des Unionsrechts ergibt sich daraus ein Spannungsverhältnis.<sup>56</sup> Einerseits wird eine möglichst präzise und im Idealfall vollständig nachgewiesene Schadensberechnung verlangt, andererseits droht dadurch in der Praxis eine faktische Entwertung des Anspruchs, wenn die Darlegungslast für Geschädigte zu hoch angesetzt wird.<sup>57</sup>

## II. Die Schadensschätzung nach § 287 ZPO

In Anerkennung dieser Schwierigkeiten eröffnet § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO dem Gericht die Möglichkeit, die Höhe des Schadens nach freier Überzeugung zu schätzen.<sup>58</sup> Die Vorschrift modifiziert das sonst geltende Beweismaß nach § 286 ZPO.<sup>59</sup> Es genügt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Feststellung der Schadenshöhe; eine absolute ist nicht erforderlich.<sup>60</sup>

Diese Erleichterung ist im Kartellrecht besonders relevant. § 33a Abs. 3 S. 1 GWB verweist im Zuge der Umsetzung der Kartellschadensersatz-RL ausdrücklich auf § 287 ZPO als maßgebliche Grundlage für die Schadensbemessung. Der BGH hat zuletzt im *LKW-Kartell*<sup>61</sup> betont, dass die Gerichte nicht verpflichtet seien, von der Klägerseite ökonomische Parteigutachten zu verlangen. Vielmehr genügen konkrete Anhaltspunkte, die als Ausgangspunkt einer richterlichen Schätzung dienen könnten.<sup>62</sup>

Diese Schätzungsbefugnis ist allerdings keine Ermächtigung für Entscheidungen ohne jegliche Grundlage.<sup>63</sup> Die Rechtsprechung fordert tatsächliche Anhaltspunkte.<sup>64</sup> Das bedeutet, dass der Geschädigte substantiierte Anhaltspunkte vortragen muss, aus denen sich eine Schätzunggrundlage bilden kann.<sup>65</sup> Vergleichsmarktanalysen oder ökonomische Studien können hier als Bezugspunkte dienen. In § 287 ZPO erfolgt daher keine abstrakte Berechnung des Schadens, sondern eine Schätzung, die auf konkrete Anhaltspunkte gestützt ist. Fehlen solche Grundlagen, scheidet eine Schätzung aus und es entscheidet letztlich die objektive Beweislast darüber, zu wessen Lasten dieses *non liquet* geht, wobei grundsätzlich der Kläger die materielle Beweislast trägt.<sup>66</sup> Gerade in Konstellationen strukturell bestehender Beweisschwierigkeiten ist § 287 ZPO daher ein zentrales Instrument, um im Bereich der Haftungsausfüllung die praktische Wirksamkeit kartellrechtlicher Ersatzansprüche sicherzustellen.

## D. Der Mindestschaden als Lösungsansatz

Die Schadensvermutung nach § 33a Abs. 2 S. 1 GWB erleichtert den Nachweis einer Schadensentstehung, indem angenommen wird, dass ein Kartell einen Schaden verursacht hat, solange die Kartellanten dies nicht widerlegen.<sup>67</sup> Vor diesem Hintergrund wird vermehrt diskutiert, ob die Einführung eines sogenannten gesetzlichen Mindestschadens zusätzlich auch ein geeignetes Instrument zur Verbesserung der Durchsetzungskraft des Kartellrechts darstellen könnte.<sup>68</sup> Dieses Konzept unterscheidet sich fundamental von der klassischen Schadensersatzbemessung.

<sup>49</sup> Oetker, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 320; Logemann (Fn. 47), S. 409.

<sup>50</sup> K. Schmidt/König (Fn. 18), VO (EG) 1/2003, Art. 1 Rn. 28.

<sup>51</sup> Oetker (Fn. 49), § 249 Rn. 320.

<sup>52</sup> BGH NJW 2012, 927; WuW/E DE-R 3431; Oetker (Fn. 49), § 249 Rn. 8 f. Anders Wagner (Fn. 49), vor §§ 823 ff. Rn. 48.

<sup>53</sup> BGH NJW 1995, 861; 1996, 984; 2005, 215 (218).

<sup>54</sup> Oetker (Fn. 49), § 249 Rn. 16 ff.

<sup>55</sup> Logemann (Fn. 47), S. 405, 410.

<sup>56</sup> Logemann (Fn. 47), S. 407.

<sup>57</sup> König (Fn. 34), S. 17.

<sup>58</sup> BGH WuW 2024, 607, Rn. 11; Woeste, WuW 2024, 591.

<sup>59</sup> Prütting, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 7. Aufl. 2025, § 287 Rn. 1; Laumen, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 16. Aufl. 2024, § 287 Rn. 1, 19 f.

<sup>60</sup> BGHZ 149, 63 (66); NJW 2002, 128; BGHZ 159, 254 (257); NJW 2004, 2828 (2829); Prütting (Fn. 59), § 287 Rn. 19; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 18. Aufl. 2018, § 115 Rn. 2.

<sup>61</sup> BGH WuW 2024, 607.

<sup>62</sup> BGH WuW 2024, 607, Rn. 20 f.; Woeste, WuW 2024, 591.

<sup>63</sup> Prütting (Fn. 59), § 287 Rn. 3; Laumen (Fn. 59), § 287 Rn. 19.

<sup>64</sup> Laumen (Fn. 59), § 287 Rn. 16; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 60), § 115 Rn. 2.

<sup>65</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 60), § 115 Rn. 2.

<sup>66</sup> Laumen (Fn. 59), § 287 Rn. 2; Prütting (Fn. 59), § 286 Rn. 99 f.

<sup>67</sup> Kersting, in: Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun, Kartellrecht, 5. Aufl. 2025, § 33a Rn. 85, 101 f.

<sup>68</sup> Makatsch/Mir, EuZW 2015, 7 (8); Weitbrecht, WuW 2015, 959 (968 f.); Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332 (334); Krüger, NZKart 2024, 152 (154).

Die nachfolgenden Ausführungen beleuchten zunächst die konzeptionellen Grundlagen und denkbaren Ausgestaltungsvarianten eines Mindestschadens, um darauf aufbauend zu untersuchen, inwieweit das Urteil des BGH vom 26.6.2023 Anhaltspunkte für die kartellrechtliche Diskussion geben kann und inwiefern sich ein Mindestschaden in die deutsche Schadensdogmatik integrieren ließe.

## I. Der Mindestschaden als Schadensuntergrenze

In diesem Modell wird dem Geschädigten ein bestimmter Schadensbetrag unabhängig davon zugesprochen, ob konkrete Anhaltspunkte zur Schadenshöhe vorliegen, sofern die haftungsbegründenden Voraussetzungen gegeben sind.<sup>69</sup> Ziel dieses Konzepts ist es, prozessuale Hürden auf Klägerseite zu überwinden.<sup>70</sup> Der BGH hat dieses Prinzip bereits anerkannt. Bei feststehendem Schadenseintritt, dessen genaue Höhe jedoch nicht zuverlässig ermittelt werden kann, ist ein Mindestschaden zu schätzen.<sup>71</sup> Dieses Vorgehen stützt sich auf die Erwägung, dass die Darlegungs- und Beweislast nicht vollständig zulasten des Geschädigten gehen darf. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie der Ansatz unionsrechtlich weiterentwickelt werden kann.

### 1. Die Thermofenster-Entscheidung

Am 21.3.2023 stellte der EuGH in der Entscheidung *Mercedes-Benz*<sup>72</sup> fest, dass ein Käufer eines Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 715/2007<sup>73</sup> einen Schadensersatzanspruch gegen den Hersteller geltend machen kann, sofern ihm durch die Abschalteinrichtung ein Schaden entstanden ist.<sup>74</sup> Dieser Anspruch ergäbe sich aus dem individualschützenden Charakter der unionsrechtlichen Vorschriften, insbesondere aus Art. 46 der Rahmenrichtlinie 2007/46/EG<sup>75</sup> sowie Art. 13 Abs. 1 der VO 715/2007. Zwar obliegt die Ausgestaltung der Ansprüche dem nationalen Recht, doch unterliegt dieses dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot.<sup>76</sup>

Diese Vorgaben griff der BGH in seiner *Thermofenster-Entscheidung*<sup>77</sup> auf. Der Kläger begehrte Schadensersatz für den Kauf eines Diesel-Pkw mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Emissionskontrollsystem.<sup>78</sup> Der BGH sah darin einen Verstoß gegen die Verordnung (EG) Nr.

715/2007 und bejahte ein unionsrechtlich geschütztes Interesse des Käufers daran, keinen Vermögensnachteil im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden.<sup>79</sup> Entscheidend sei, dass der Käufer das Fahrzeug, angesichts der mit der Abschalteinrichtung verbundenen Risiken, zu einem überhöhten Preis erworben habe.<sup>80</sup> Der dadurch entstandene Differenzschaden sei gemäß § 287 ZPO durch den Tatrichter im Rahmen einer freien Schätzung unter Beachtung aller Umstände zu bemessen.<sup>81</sup>

In diesem Urteil hat der BGH erstmals eine konkrete Unter- grenze für den Schadensersatz formuliert. Dabei erkannte das Gericht in Anlehnung an die Vorgaben des EuGH eine Schadenshöhe von mindestens 5 % und höchstens 15 % des Kaufpreises als rechtlich gebotene Grenzen an.<sup>82</sup> Diese Spanne begrenze das richterliche Ermessen in rechtlicher Hinsicht.

Die untere Grenze begründet der BGH mit dem Effektivitätsgebot des Unionsrechts. Ein Schadensersatz von weniger als 5 % sei nicht geeignet, den durch den Rechtsverstoß verursachten Schaden in wirksamer Weise zu sanktionieren.<sup>83</sup> Dabei betont der BGH, dass eine Sanktionierung bereits dann unionsrechtlich wirksam sei, wenn sie für den Schädiger angesichts seines durch das Geschäft erzielten Ertrags eine nicht völlig unerhebliche wirtschaftliche Einbuße darstelle.<sup>84</sup> Es sei nicht erforderlich, dass jede einzelne Sanktion für sich genommen verhaltensändernde Wirkung entfalte. Vielmehr genüge es, wenn die Summe der Sanktionen bei mehrfachen Verstößen eine abschreckende Wirkung ausübe.<sup>85</sup>

Die Obergrenze von 15 % begründet der BGH hingegen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>86</sup> Angesichts des objektiv eher geringfügigen Charakters des Verstoßes sei ein darüber hinaus gehender Schadensersatz nicht angemessen. Zudem könne es in der Praxis zu einer Kumulation von Ersatzansprüchen kommen, da der Fahrzeughersteller für dasselbe Fahrzeug bei Wiederverkäufen mehrfach in Anspruch genommen werden könne.<sup>87</sup>

Für die konkrete Bemessung des Schadens innerhalb dieser Bandbreite ist der Tatrichter zudem nicht verpflichtet, ein Sachverständigengutachten einzuholen.<sup>88</sup> Auch ein konkreter Parteivortrag zur exakten Schadenshöhe, etwa zur Be-

<sup>69</sup> Krüger, NZKart 2024, 152 (155).

<sup>70</sup> Hauser/Frantzmann (Fn. 1), Kap. I Rn. 124; Isikay, Schadensschätzung, S. 188 f.

<sup>71</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 17.7.1992, Az. I ZR 107/90.

<sup>72</sup> EuGH, Urt. v. 21.3.2023, Mercedes-Benz Group, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 90 ff.

<sup>73</sup> Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge, Amtsblatt L 171/1 vom 19.6.2007, S. 1-16.

<sup>74</sup> Weitbrecht, NZKart 2024, 170 (174).

<sup>75</sup> Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.9.2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen

und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, Amtsblatt L 263 vom 9.10.2007, S. 1-160.

<sup>76</sup> EuGH, Urt. v. 21.3.2023, Mercedes-Benz Group, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 90 ff.; Fischer, ZAP 2023, 1003 (1005 f.).

<sup>77</sup> BGH, Urt. v. 26.6.2023, VIa ZR 335/21.

<sup>78</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 34.

<sup>79</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 28.

<sup>80</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 40.

<sup>81</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 72.

<sup>82</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 73.

<sup>83</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 74.

<sup>84</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 74.

<sup>85</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 51.

<sup>86</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 75.

<sup>87</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 75.

<sup>88</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 78.

hauptung, der Schaden liege unter 5 % oder über 15 %, sei für die gerichtliche Schätzung grundsätzlich nicht erforderlich, das Gericht kann diesen jedoch berücksichtigen.<sup>89</sup> Der BGH stellt vielmehr klar, dass die rechtlichen Vorgaben aus dem Effektivitäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip den Maßstab der Schätzung von vornherein rechtlich begrenzen. Innerhalb dieses Rahmens könne die Schadenshöhe nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls bestimmt werden. Allerdings hält der BGH fest, dass nachträgliche Umstände, die zu einer Reduzierung des Schadens führen, durchaus im Rahmen der Vorteilsausgleichung berücksichtigt werden können.<sup>90</sup> So sei etwa die signifikante Minderung des Risikos behördlicher Betriebseinschränkungen durch ein späteres Software-Update ein möglicher schadensmindernder Faktor.

## 2. Übertragbarkeit auf Kartellschadensersatzansprüche

Angesichts der Diskussion um einen Mindestschaden stellt sich die Frage, inwieweit sich die *Thermofenster*-Entscheidung auf Kartellschadensersatzansprüche übertragen lässt.

Ein ausschlaggebender Einwand gegen eine direkte Übertragung der im *Thermofenster*-Urteil entwickelten Schätzbandbreite auf das Kartellrecht ergibt sich aus der systematischen Eigenständigkeit der Kartellschadensersatzrichtlinie.<sup>91</sup> Anders als viele andere sekundärrechtliche Vorgaben, die den Mitgliedstaaten lediglich aufgeben, bei Verstößen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorzusehen, enthält die Richtlinie 2014/104/EU eine spezialgesetzliche Regelung des zivilrechtlichen Schadensersatzes bei Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV. Sie normiert ausdrücklich konkrete Anforderungen an die Schadensvermutung, die Beweislastverteilung, die Kausalität und die Schadensabwälzung.<sup>92</sup> Damit handelt es sich um eine *lex specialis* gegenüber allgemeinen Sanktionierungspflichten, wie sie etwa in Produktsicherheits- oder Zulassungsverordnungen enthalten sind.<sup>93</sup> Eine Analogie zur Rechtsprechung in technischen Bereichen, wie sie im Zusammenhang mit der VO 715/2007 erfolgt ist, ist daher nicht ohne Weiteres geboten.

Angesichts dessen verlangen Teile der Literatur, dass der Mindestschaden bei Verstößen gegen das Kartellverbot mit etwa 5 % anzusetzen und im Übrigen zu schätzen ist, wobei – angesichts der gegenüber den beim *Thermofenster* vorliegenden, weit schwerwiegenderen Verstöße gegen Kartellrecht – dieser Mindestschaden erst recht gelten und es keine Obergrenze von 15 % geben dürfe.<sup>94</sup>

## 3. Integration eines Mindestschadens in die deutsche Schadensdogmatik

Weiterhin offen ist auch, inwiefern sich eine gesetzliche Untergrenze als Mindestschaden in die deutsche Schadensdogmatik integrieren ließe. Maßgeblich ist insbesondere das in § 249 Abs. 1 BGB verankerte Totalreparationsprinzip.<sup>95</sup> Danach ist der Geschädigte so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Das deutsche Schadensrecht fordert damit grundsätzlich eine konkrete, individuell bezogene Schadensberechnung, die auf der Differenz zwischen tatsächlicher und hypothetischer Vermögenslage beruht.<sup>96</sup> Pauschale Festlegungen widersprechen diesem Grundgedanken jedenfalls dann, wenn sie nicht widerlegbar sind und keine Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls nehmen.

Gerade das Verbot der Überkompensation, das auch in Art. 3 Abs. 3 2014/104/EU und in § 33a Abs. 1 S. 2 GWB ausdrücklich normiert ist, steht einer starren Schadensuntergrenze entgegen.<sup>97</sup> Eine solche Untergrenze ließe sich im Prozess nicht relativieren und führe selbst dann zur Zuspicherung eines Schadens, wenn im Einzelfall nur ein geringerer oder gar kein Schaden vorliegt. Dies ließe sich mit dem Verbot der Überkompensation nicht vereinbaren und würde damit die Einzelfallprüfung nach § 287 ZPO umgehen.<sup>98</sup> Allerdings könnte eine gesetzliche Untergrenze als *lex specialis* zu § 287 ZPO verstanden werden.<sup>99</sup> Sie könnte den Gerichten als Orientierung dienen und so den Prozess beschleunigen.<sup>100</sup> Gleichwohl bliebe die Bindung an konkrete tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, die § 287 ZPO voraussetzt. Ohne greifbare Anhaltspunkte wäre eine Schätzung weiterhin nicht möglich.

Eine feste Untergrenze ließe sich somit nicht ohne Weiteres in die Dogmatik des deutschen Schadensrechts einfügen, ohne den Grundsatz der individuellen Schadensbemessung und das Verbot der Überkompensation zu gefährden.

Auch die Einführung einer Obergrenze für kartellrechtlichen Schadensersatz würde aus dogmatischer Sicht nicht nur systematisch problematisch, sondern auch unionsrechtlich unzulässig sein.<sup>101</sup> Anders als im *Thermofenster*-Fall, auf den sich der BGH mit seiner Schätzobergrenze von 15 % stützt, geht es im Kartellrecht nicht um geringfügige technische Verstöße, sondern um tiefgreifende, systematisch organisierte Eingriffe in den Marktmechanismus.<sup>102</sup> Sie führen nachweislich zu erheblichen Preisverzerrungen,

<sup>89</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 79.

<sup>90</sup> BGH NJW 2023, 2259, Rn. 80.

<sup>91</sup> *Weitbrecht*, NZKart 2024, 170 (171).

<sup>92</sup> Art. 17 RL (EU) 2014/104.

<sup>93</sup> *Weitbrecht*, NZKart 2024, 170 (174).

<sup>94</sup> *Krüger*, NZKart 2024, 152.

<sup>95</sup> *Rother* (Fn. 10), § 33a Rn. 74.

<sup>96</sup> *Oetker* (Fn. 49), § 249 Rn 16 ff.

<sup>97</sup> EuGH, Urt. v. 21.3.2023, Mercedes-Benz Group, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229, Rn. 94.

<sup>98</sup> *Jaensch*, JM 2023, 404 (406); *Birkholz*, VersR 2023, 1117 (1121).

<sup>99</sup> *Klumpe*, WuW 2024, 12 (13 ff.); *Kirchhoff*, WuW 2024, 73 (74).

<sup>100</sup> *Krüger*, NZKart 2024, 152 (155).

<sup>101</sup> EuGH, Urt. v. 6.6.2013, Mercedes-Benz Group, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366; NZKart 2013, 330, Rn. 24.

<sup>102</sup> *Krüger*, NZKart 2024, 152 (154).

die nicht selten deutlich über 15 % hinausgehen.<sup>103</sup> In diesen Konstellationen ist das öffentliche Interesse an wirksamer Sanktionierung besonders hoch.<sup>104</sup> Eine pauschale Begrenzung des ersatzfähigen Schadens würde dieses Interesse unterlaufen.

Zudem verstieße eine solche Obergrenze gegen das unionsrechtlich garantierte Prinzip des vollständigen Schadenersatzes, wie es in Art. 3 Abs. 1 2014/104/EU ausdrücklich normiert ist. Der dort geforderte „volle Ersatz“ umfasst nicht nur den tatsächlich entstandenen Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn und Zinsen.<sup>105</sup> Eine Begrenzung der Ersatzhöhe nach oben würde diesem umfassenden Anspruch zuwiderlaufen und wäre im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes nicht haltbar.

Unabhängig von der fehlenden systematischen Übertragbarkeit zeigt sich eine weitere Schwäche des BGH-Urteils auch in der methodischen Begründungstiefe der dort angenommenen Schätzbandbreite. Die im Urteil aufgeführten Orientierungswerte von 5 % bis 15 % sind weitgehend begründungslos.<sup>106</sup> Weder wird erläutert, auf welcher Grundlage diese Prozentwerte beruhen, noch nach welchen Kriterien innerhalb dieser Bandbreite eine konkrete Schadenshöhe zu bestimmen ist.

## II. Der widerlegbare Mindestschaden

Während eine starre Schadensuntergrenze mit den Grundsätzen des deutschen Schadensrechts kaum vereinbar erscheint, könnte eine widerlegbare gesetzliche Schadenshöhenvermutung den dogmatischen Konflikt entschärfen und gleichzeitig den unionsrechtlichen Effektivitätsanforderungen Rechnung tragen. Der Effektivitätsgrundsatz verlangt von den Mitgliedstaaten, wirksame Instrumente zur Schadensschätzung bereitzustellen.<sup>107</sup> Der BGH hat in der *Thermofenster*-Entscheidung gezeigt, dass unionrechtliche Wertungen die Bemessung von Schadenersatz vorstrukturieren können, was nahelegt, dass ein unionsrechtlich geprägter Mindestschaden auch im Kartellrecht eine tragfähige Lösung darstellen könnte. Er könnte zudem eine ausgewogene Lösung zwischen dem Ziel effektiver Anspruchsdurchsetzung und den Prinzipien der Einzelfallgerechtigkeit und Totalreparation darstellen.<sup>108</sup> Vor diesem

Hintergrund wird in Rechtsprechung und Literatur zunehmend diskutiert, ob und in welcher Form eine solche Vermutung in das nationale Recht integriert werden könnte.<sup>109</sup>

Die widerlegbare Schadenshöhenvermutung bietet eine typisierende Anknüpfung, lässt jedoch im konkreten Fall Abweichungen zu. Die Beklagtenseite kann darlegen, dass der Schaden im Einzelfall unterhalb der Vermutung liegt oder gar nicht eingetreten ist. Damit wird die Vermutung zur Stütze für den Anspruch, ohne das Prinzip der Totalreparation zu gefährden. Für Kläger bedeutet das eine spürbare Entlastung.<sup>110</sup> Sie müssen keine aufwendigen Marktanalysen oder ökonomischen Beweise mehr führen, sondern können sich zunächst auf den gesetzlichen Vermutungswert berufen.<sup>111</sup>

Während der deutsche Gesetzgeber trotz zahlreicher Vorschläge aus Literatur und Praxis bislang keine solche Regelung geschaffen hat, haben andere Mitgliedstaaten bereits konkrete gesetzliche Vermutungen implementiert.<sup>112</sup> In Ungarn besteht seit 2009 eine gesetzliche Vermutung eines kartellbedingten Preisaufschlags von 10 %.<sup>113</sup> Lettland folgte mit einer analogen Regelung und führte auch einen widerlegbaren Mindestschaden von 10 % ein.<sup>114</sup> Dem folgte Rumänien 2020, indem es eine gesetzliche Vermutung einführte, wonach Kartelle einen Preisaufschlag von sogar 20 % verursachen.<sup>115</sup>

Die empirischen Studien zeigen, dass Kartelle in rund 93 % der Fälle zu einem messbaren Schaden führen.<sup>116</sup> Ein Null-Schaden trat lediglich in etwa 7 % der Fälle auf, wobei selbst diese Quote mit methodischen Unschärfen erklärbar sein dürfte. Am häufigsten wurden Preisaufschläge im Bereich zwischen 10 % und 20 % festgestellt, wobei der arithmetische Mittelwert „um 20 %“ und der Median bei 18 % lag.<sup>117</sup>

Neuere Studien bestätigen diese Tendenz. So wurde bei insgesamt 191 europäische Kartellfällen ein durchschnittlicher Preisaufschlag von 20,7 % ermittelt.<sup>118</sup> Allerdings wiesen viele dieser Kartelle auch deutlich geringere Effekte auf, insbesondere solche mit rein nationaler Reichweite oder kürzerer Laufzeit. Diese empirische Streuung unterstreicht, dass die konkrete Schadenshöhe erheblich variieren kann und eine flexible, aber widerlegbare gesetzliche Regelung erforderlich erscheint.<sup>119</sup>

<sup>103</sup> Vgl. *Oxera*, Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts. Studie für die Europäische Kommission, 2009, S. IX (keine statistisch belastbaren Beispiele, jedoch von der Rechtsprechung genutzt).

<sup>104</sup> *Krüger*, NZKart 2024, 152 (154).

<sup>105</sup> *Krüger*, NZKart 2024, 152.

<sup>106</sup> *Weitbrecht*, NZKart 2024, 170 (174).

<sup>107</sup> *Franck* (Fn. 18), vor § 33 Rn. 21.

<sup>108</sup> *Weitbrecht*, NZKart 2024, 170 (174).

<sup>109</sup> *Kersting*, NZKart 2022, 309 (312); *Dewenter/Gasper*, NZKart 2024, 671 (674).

<sup>110</sup> *Kersting/Preuß*, Kartellschadenersatzrichtlinie, § 5 Rn. 2.

<sup>111</sup> *Krüger*, NZKart 2024, 152 (153).

<sup>112</sup> *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 (8); *Weitbrecht*, WuW 2015, 959 (968 f.).

<sup>113</sup> § 88/C Abs. 6 ungarisches Kartellgesetz i.d.F. vom 23.3.2009.

<sup>114</sup> Kapitel VI, Section 21 Abs. 3 lettisches Wettbewerbsgesetz.

<sup>115</sup> Art. 16 Abs. 2, ORDONANȚĂ DE URGENȚĂ nr. 170 din 14 octombrie 2020 privind acțiunile în despăgubire în cazurile de încălcare a dispozițiilor legislației în materie de concurență, precum și pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr. 21/1996.

<sup>116</sup> Vgl. *Oxera*, Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts. Studie für die Europäische Kommission, 2009, S. IX.

<sup>117</sup> Vgl. *Oxera*, Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts. Studie für die Europäische Kommission, 2009, S. IX.

<sup>118</sup> Vgl. *Smuda*, 10 Journal of Competition Law & Economics, 2013, S. 72 ff.

<sup>119</sup> *Isikay* (Fn. 70), S. 22.

Vorschläge reichen von einer pauschalen Schätzung des Schadens in Höhe von 1 % des Kaufpreises bis zu einer gesetzlichen Festlegung eines typisierten Mindestschadens von 10 %.<sup>120</sup> Bisher hat sich der Gesetzgeber jedoch zurückhaltend gezeigt, obwohl sich eine solche Regelung dogmatisch problemlos an § 287 ZPO anbinden ließe. Die Norm erlaubt es dem Tatrichter bereits heute, Schadenshöhe und Schadenseintritt bei unsicherer Tatsachenlage nach freier Überzeugung zu schätzen.<sup>121</sup> Eine gesetzliche Vermutung würde diesen Spielraum nicht ersetzen, sondern systematisch strukturieren. Zudem würde auch das Problem der Überkompensation mit einem widerlegbaren Mindestschaden gedämmt werden, da den Kartellanten die Möglichkeit eingeräumt wird, sich gegen den angesetzten Wert zu wehren.<sup>122</sup> Es besteht eher eine höhere Gefahr der Unterkompensation, wenn der Anspruchsteller einen tatsächlichen höheren Schaden nicht beweisen kann.<sup>123</sup> Der widerlegbare Mindestschaden könnte – wie die Schadensvermutung – zu einer Beweislastumkehr führen, dessen Kosten der Schädiger tragen müsste.<sup>124</sup> Dieser verfügt meist über die ökonomischen Mittel und besitzt – im Gegensatz zu dem Geschädigten – alle notwendigen Informationen.<sup>125</sup> Zugleich hat der BGH in der *Thermofenster*-Entscheidung gezeigt, dass sich ein Mindestschaden auch in der Beweiswürdigung nach § 287 ZPO anerkennen lässt.<sup>126</sup>

Die widerlegbare Mindestschadensvermutung bietet einen klaren Rahmen, lässt aber Raum für Einzelfallgerechtigkeit.<sup>127</sup> Gerade in Verfahren ohne belastbare ökonomische Daten ist sie geeignet, die Rechtsverfolgung planbarer und gerechter zu machen.

### III. Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung

Begleitend zur Diskussion um die Zulässigkeit eines Mindestschadens im Kartellrecht sind in Rechtsprechung und Gesetzgebung bereits Tendenzen erkennbar, die auf eine pauschalierende Behandlung kartellbedingter Schäden hindeuten.

Ein Beispiel für eine solche praktische Ausgestaltung sind vertraglich vereinbarte Schadenspauschalierungen, wie sie etwa in Standardverträgen oder Branchenvereinbarungen Anwendung finden.<sup>128</sup> Gerade in Sektoren mit wiederholten kartellrechtlichen Problemen bieten sie eine Möglichkeit, die Unsicherheiten bei der Schadensbeurteilung durch feste Vereinbarungen abzumildern. Der BGH hat sich in seiner Entscheidung zum *Schienenkartell VI* mit der Frage der Zulässigkeit solcher Klauseln befasst und eine pauschale

Schadenshöhe von bis zu 15 % der Auftragssumme für grundsätzlich zulässig erklärt, vorausgesetzt die Vereinbarung lässt dem Schädiger die Möglichkeit, einen geringeren Schaden nachzuweisen.<sup>129</sup> Damit zeigt sich, dass die Vertragsfreiheit im Einklang mit § 307 BGB durchaus Wege eröffnen kann, um auch ohne staatliche Intervention einen effektiveren Schadensausgleich herbeizuführen, sofern ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien gewahrt bleibt.<sup>130</sup>

Das Beispiel der vertraglichen Schadenspauschalierung zeigt, dass der Mindestschaden bereits auf unterschiedlichen Ebenen des Kartellrechts durchgesetzt wird. Ein solcher Ansatz kann dazu beitragen, die Rechtsdurchsetzung effektiver, kalkulierbarer und letztlich fairer zu gestalten – ohne die materiellen Grundlagen des deutschen Schadensrechts aufzugeben.

### E. Fazit: Der widerlegbare Mindestschaden als Umsetzung des europäischen Effektivitätsgrundsatzes

Die Einführung eines Mindestschadens bei kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen ist nun vor allem im Hinblick auf die Vorgaben des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes zu beurteilen. In der Praxis zeigt sich, dass kartellrechtliche Schadensersatzklagen regelmäßig mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden sind.<sup>131</sup> Diese Ausgangslage führt dazu, dass potenziell berechnete Ansprüche häufig nicht geltend gemacht werden.<sup>132</sup>

Der Mehrwert einer unionsrechtlich fundierten Betrachtung liegt darin, die bewährte nationale Praxis der Mindestschadensschätzung mit den Vorgaben des Effektivitätsgrundsatzes systematisch zu verbinden. Die *Thermofenster*-Entscheidung verdeutlicht, dass unionsrechtliche Wertungen die Festlegung von Untergrenzen für die Schadensschätzung nicht nur legitimieren, sondern unter Umständen sogar gebieten können.

Nach dem Effektivitätsgrundsatz ist es geboten, effektive Methoden zu schaffen, um den Zugang zum Recht zu sichern.<sup>133</sup> Die Möglichkeit einer gerichtlichen Schadensschätzung allein genügt dafür nicht in jedem Fall, denn die Anwendung des § 287 ZPO setzt zumindest eine Schätzungsgrundlage voraus.<sup>134</sup> Ein gesetzlich verankerter, widerlegbarer Mindestschaden könnte diese Lücke schließen, indem er typisierend eine Schadenshöhe vorgibt, die bei Fehlen konkreter Nachweise greift, aber gleichzeitig dem Beklagten die Möglichkeit einräumt, diese Vermutung zu entkräften.<sup>135</sup>

<sup>120</sup> Kersting/Preuß (Fn. 110), § 5 Rn. 2.

<sup>121</sup> LG Dortmund, Urt. v. 30.9.2020, 8 O 115/14; NZKart 2020, 612.

<sup>122</sup> Coppik/Heimeshoff, WuW 2020, 584 (588).

<sup>123</sup> Hauser/Frantzmann, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 1. Aufl. 2018, Rn. 776.

<sup>124</sup> Hauser/Frantzmann (Fn. 123), Rn. 776.

<sup>125</sup> Bernhard, NZKart 2013, 488 (493).

<sup>126</sup> Krüger, NZKart 2024, 152 (154).

<sup>127</sup> Bernhard, NZKart 2013, 488 (494).

<sup>128</sup> Kersting (Fn. 67), § 33a Rn. 126 f.; Franck (Fn. 18), § 33a Rn. 116.

<sup>129</sup> BGHZ 229, 1; NZKart 2021, 350 (355).

<sup>130</sup> BGHZ 229, 1; NZKart 2021, 350 (355).

<sup>131</sup> Schweitzer/Woeste, ZWeR 2022, 46 (47).

<sup>132</sup> Schweitzer/Woeste, ZWeR 2022, 46 (47).

<sup>133</sup> EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Courage/Crehan, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 28.

<sup>134</sup> Laumen (Fn. 59), § 287 Rn. 16.

<sup>135</sup> Weitbrecht, NZKart 2024, 170 (174).

Dieses Modell würde sich systematisch an der bereits bestehenden Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB orientieren. Eine Erweiterung um eine widerlegbare Schadenshöhenvermutung würde das Instrumentarium sinnvoll ergänzen, ohne mit dem Totalreparationsprinzip oder dem Verbot der Überkompensation in Konflikt zu geraten.<sup>136</sup> Der Schädiger hat weiterhin die Möglichkeit, nachzuweisen, dass im konkreten Fall ein geringerer Schaden entstanden ist. Dass der europäische Gesetzgeber bislang keine konkrete Vermutung der Schadenshöhe aufgenommen hat, bedeutet kein Verbot solcher Regelungen auf nationaler Ebene, im Gegenteil sogar.<sup>137</sup> Die Öffnungsklauseln in der Richtlinie lassen den Mitgliedstaaten bewusst Spielraum, um angemessene Lösungen zu finden. Der Effektivitätsgrundsatz wirkt hier somit als Maßstab, nicht als Grenze.

Ein widerlegbarer Mindestschaden könnte in die deutsche Schadensdogmatik integriert werden, wobei sich die Frage stellt, wie dies mit den bisherigen Prinzipien des Schadensrecht in Einklang gebracht werden kann. § 249 BGB ver-

langt zwar grundsätzlich eine individuelle Kompensation, steht aber pauschalierenden Elementen nicht grundsätzlich entgegen, insbesondere, wenn diese typisierend auf der Grundlage empirischer Erfahrung oder struktureller Erkenntnisse erfolgen.<sup>138</sup> Die Rechtsprechung des BGH lässt in komplexen Fallkonstellationen bereits jetzt großzügige Schätzspielräume zu, sofern diese auf plausiblen Anknüpfungstatsachen beruhen.<sup>139</sup>

Ob die Einführung einer solchen Regelung durch den Gesetzgeber erfolgt oder sich im Wege der richterlichen Fortbildung des geltenden Rechts herausbildet, bleibt abzuwarten. Auch über eine mögliche Höhe kann nur spekuliert werden. Die unionsrechtliche Entwicklung und die praktische Ineffektivität der derzeitigen Anspruchsdurchsetzung sprechen jedoch eine klare Sprache: Der Mindestschaden, verstanden als widerlegbare Vermutung, erscheint nicht nur als rechtlich möglich, sondern notwendig, um den europäischen Effektivitätsgrundsatz zu erfüllen.

Shashwati Wagle\*

## Externalisierung von Asylverfahren: Vereinbarkeit mit europäischem Menschenrechtsschutz?

*Die Externalisierung von Asylverfahren in Drittstaaten hat sich zu einem zentralen Ansatz europäischer Migrationspolitik entwickelt, wirft jedoch erhebliche menschenrechtliche Herausforderungen im Kontext der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auf. Insbesondere das Verbot der Kollektivausweisung (Art. 4 Prot. 4) sowie der Schutz vor willkürlicher Freiheitsentziehung (Art. 5) werden durch systematische Merkmale wie kollektive Ausweisungen und de facto Inhaftierungen gefährdet. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) relativiert diese Schutzrechte zunehmend durch das Konstrukt der culpability, das Schutzsuchenden eine Mitverantwortung zuschreibt. Die Arbeit zeigt auf, dass die Praxis der Drittstaatenauslagerung mit den grundlegenden Prinzipien des europäischen Menschenrechtsschutzes nicht im Einklang steht, und fordert eine konsequente menschenrechtliche Rückbesinnung zur Wahrung effektiver Schutzstandards.*

### Inhaltsübersicht

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Einleitung .....                                                                                 | 129 |
| B. Aufbau und systematische Bedingungen der Externalisierung .....                                  | 130 |
| I. Begriff und Grundlagen der Drittstaatenauslagerung .....                                         | 130 |
| II. Anwendbarkeit der EMRK bei der Externalisierung von Asylgesuchen .....                          | 131 |
| III. Kollektivausweisung (Art. 4 Prot. 4) als systematisches Merkmal der Drittstaatenauslagerung .. | 131 |
| 1. Schutzgehalt und Funktion des Art. 4 Prot. 4 ..                                                  | 131 |
| 2. Kollektivausweisung in der Drittstaatenauslagerung .....                                         | 131 |
| 3. Systematik: kollektive Ausweisung als inhärentes Merkmal der Externalisierung .....              | 132 |
| IV. De facto Inhaftierung als strukturelle Bedingung der Drittstaatenauslagerung .....              | 132 |
| 1. De facto Inhaftierung in der EMRK .....                                                          | 132 |
| 2. Asyllager in Drittstaaten .....                                                                  | 133 |
| 3. Lagerbedingungen in empirischer Evidenz ....                                                     | 133 |
| 4. Systematik: Inhaftierung als konzeptionelle Voraussetzung der Externalisierung .....             | 134 |

<sup>136</sup> Weitbrecht, NZKart 2024, 170 (174).

<sup>137</sup> Makatsch/Mir, EuZW 2015, 7 (8); Weitbrecht, WuW 2015, 959 (968 f.); Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332 (334).

<sup>138</sup> Kersting (Fn. 67), § 33a Rn. 119.

<sup>139</sup> Prütting (Fn. 59), § 287 Rn. 1.; Laumen (Fn. 59), § 287 Rn. 1, 19 f.

\* Die Autorin studiert Rechtswissenschaft mit dem Schwerpunkt Völkerrecht, Europarecht und Menschenrechte an der Freien Universität Berlin und der University of California College of the Law, San Francisco. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Völkerrecht. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. Helmut Philipp Aust.