

# „Heterogenität als Problem für Steuerung“, Einzelfallgerechtigkeit und das Referenzklassenproblem im Kartellschadensersatzrecht

*Alexander Morell*

Meinen Weg in die Gruppe von Christoph Engel am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern fand ich über die „Heterogenität als Problem für Steuerung“. Ich war neugierig geworden auf diesen Max-Planck-Direktor, der Jurist ist, aber rechnet und auch Ameisenforscher in sein Seminar lädt. Der Tristesse der Examensvorbereitung beschloss ich also, mit der reichen Abwechslung zu begegnen, die ein Seminar bei diesem vielseitigen Denker versprach. Ich erhielt das Thema „Heterogenität als Problem für Steuerung“ – und verstand es nicht. Dass Christoph Engel mein stetes Bemühen dennoch mit einem erfreulichen Seminarschein honorierte, ermunterte mich nach überwundenem Examen zu einer Promotionsanfrage. Seitdem hatte ich am Institut immer wieder Gelegenheit, darüber nachzudenken, was Christoph Engel sich von diesem Thema erhofft hatte, auf das er immer wieder zurückgekommen ist.

Kürzlich meine ich, das Thema in einem angewandten Kontext wiedererkannt zu haben: In den Problemen um den Beweis der Kartellschadenshöhe. Der Rahmen meines Aufsatzes dazu<sup>1</sup> ließ für die Meta-Gedanken, denen man am MPI in Bonn wie an keinem anderen Ort im akademischen Betrieb nachgehen konnte, keinen Raum, so dass ich die Gelegenheit nutze, meine unfertigen Hintergrundüberlegungen hier zu platzieren. Vielleicht findet Christoph Engel Freude am Prozess, den er ausgelöst hat und vielleicht auch an einigen Gedanken, die dieser Prozess hat entstehen lassen.

---

1 Morell 2025a, 2025b.

## A. Heterogenität als Problem für die Bemessung des (steuernden) Kartellschadensersatzes

Der Kartellschadensersatz dient nach heute wohl allgemeiner Ansicht zumindest auch der Verhaltenssteuerung (Prävention, private Rechtsdurchsetzung).<sup>2</sup> Der Beweis des Kartellschadens ist allerdings schwer.<sup>3</sup> Niemand kümmert sich um den Ersatz des *dead weight loss*.<sup>4</sup> Den zu bemessen, ist zu kompliziert. Der Fokus liegt auf der sogenannten „overcharge“, den kartellbedingten Mehrkosten, die Kunden während der Kartelldauer für die tatsächlich abgenommene Menge bezahlen mussten. Auch die Bemessung dieses Schadens führt regelmäßig zu wenig ergiebigen „Gutachterschlachten“<sup>5</sup>, die vor allem die Gerichte, aber wohl auch die Kläger, gern vermeiden würden. Die Beklagten mögen diese „Gutachterschlachten“ als Mittel zur Abschreckung schätzen, aber deren Kosten bezahlen auch sie. Schön wäre es daher, könnte man sich bei der von § 287 ZPO grundsätzlich eröffneten Schätzung der „Overcharge“ behelfen, indem man – ggf. *prima facie* – einen mittleren Schaden unterstellte.<sup>6</sup> Studien dazu liegen vor. Der Medianschaden von (aufgedeckten) Kartellen liegt bei zwischen 16 % und 18 % des unter dem Kartell bezahlten Preises.<sup>7</sup>

Zumindest noch<sup>8</sup> verschließen sich Gerichte aber der Schätzung der Schadenshöhe unter direktem Rückgriff auf die Metastudien zu Kartellschäden. Eine Begründung ist die Heterogenität von Kartellen. Kartelle seien zu „vielgestaltig“<sup>9</sup>, als dass aus dem Aggregat auf den „Einzelfall“ geschlossen werden könne.<sup>10</sup> Und da ist sie, die Heterogenität als Problem für den (auch steuernden) Kartellschadensersatz. Ist es tatsächlich unzulässig, bezüglich der Schadenshöhe zu typisieren, weil die Grundgesamtheit, aus der man abstrahiert, „vielgestaltig“ ist?

---

2 Weitbrecht 2017, S. 1574; Franck 2024, Rn. 3–4; Roth 2016, S. 1136.

3 Galle 2016; Stancke 2018, Vor Fn. 52; Martinek 2023, S. 144; Weitbrecht 2024, S. 170; Hornkohl 2020, S. 661; Roth 2018, S. 29.

4 Oxera und Komninos 2009, S. 15.

5 Heusel et al. 2024, S. 386; Schweitzer und Woeste 2022, S. 72.

6 Das versuche ich in Morell 2025b zu begründen.

7 Morell 2025b, S. 198.

8 Die Tür zu einer derartigen Schätzung hat jüngst der BGH mit seinem LKW IV-Urteil aufgestoßen, BGH, Urteil vom 09.07.2024, KZR 98/20.

9 BGH, Urteil vom 11.12.2018, 57 (KZR 26/17)

10 BGH, Urteil vom 11.12.2018, 57; BGH, Urteil vom 28.01.2020, S. 41.

## B. Heterogenität als Problem für Steuerung und das Referenzklassenproblem

Das Problem der Heterogenität als Problem für Steuerung ist eng verwandt, vielleicht gar identisch, mit dem Problem der Referenzklassenauswahl<sup>11</sup> zur Bildung von Anfangswahrscheinlichkeiten.<sup>12</sup>

Will man aufklären, ob eine Tatsache vorliegt (ein durch das Kartell verursachter Mindestschaden von  $x$ , zum Beispiel), behilft man sich zur Vermeidung von Widersprüchen bei der Auswertung der Evidenz sinnvollerweise der Theorie der (subjektiven) Wahrscheinlichkeit: Man bildet eine Anfangswahrscheinlichkeit, aktualisiert diese durch die Integration von Indizien nach Bayes Regel („updating“) und prüft, ob die Endwahrscheinlichkeit über der kritischen Wahrscheinlichkeit liegt, die das gesetzliche Beweismaß zum Kriterium eines gelungenen Beweises erklärt.<sup>13</sup> Weil man oft nicht sehr viele Indizien hat, bleibt die Anfangswahrscheinlichkeit in vielen Fällen für die Endwahrscheinlichkeit relevant. Auch die (subjektive) Anfangswahrscheinlichkeit muss daher sinnvoll und sorgfältig bestimmt werden. Dazu sollte sie an (objektiven) historischen Häufigkeiten des gesuchten Merkmals in einer für den Entscheidungskontext relevanten Referenzklasse bemessen werden.<sup>14</sup>

Für den Kartellschadensersatz hieße das: Zunächst geht man davon aus, dass ein Kartell mit einer gerade überwiegenden Wahrscheinlichkeit eine Overcharge von mindestens 16 % verursacht hat.<sup>15</sup>

## C. Die Schranke der Einzelfallgerechtigkeit als Verbot übermäßiger Abstraktion

Dieses Vorgehen lässt bei vielen Juristen die Alarmglocken schrillen. Die Kartelle in den Metastudien seien eben „zu vielgestaltig“. <sup>16</sup> Sie unterschieden sich zu sehr in den Overcharges, die für sie gemessen wurden, und den

---

11 Schweizer 2015, S. 258–266; Morell 2022, S. 123–128.

12 Ich spreche im Folgenden der Anschaulichkeit halber nur von „Anfangswahrscheinlichkeit“. Das hier geäußerte gilt genauso für die Bestimmung des Gewichts von Indizien und Beweismitteln aus der Lebenserfahrung (Bayesianisch: „Likelihoods“).

13 Schweizer 2015, S. 287; Morell 2022, S. 269.

14 Morell 2022, S. 95.

15 Morell 2025b.

16 BGH, Urteil vom 11. 12. 2018, 57; Inderst und Thomas 2021, S. 434.

Eigenschaften, die sie auszeichneten, als dass man sie alle, und sei es nur im Ausgangspunkt, gleich behandeln könnte. Scherte man alle Kartelle – und sei es nur in erster Näherung – über einen Kamm, so werde man dem „Einzelfall“ nicht „gerecht“!<sup>17</sup>

Ist das ein valider Einwand gegen den (vorläufigen) Schluss von allen vermessenen Kartellen auf ein Kartell, der die subjektive Beweislast für geringere Schäden auf den beklagten Kartellanten wechseln ließe? Dafür ist kurz zu klären, was Einzelfallgerechtigkeit bedeutet. Die Einzelfallgerechtigkeit ist ein Begriff, der in der Forschungsgruppe von Christoph Engel keine Prominenz genoss. Für die Beobachtung nur eines einzelnen Falls kann man keine Signifikanztests rechnen und keine Graphen zeichnen. Kurz: Die Freude, die man mit einem Einzelfall haben könnte, schien uns begrenzt. Außerhalb des Instituts scheint die Einzelfallgerechtigkeit in der Welt der Juristen aber so etwas wie der Goldstandard zu sein. Eigentlich überraschend für einen Begriff, dessen Wortsinn ein Oxymoron darstellt. „Gerecht“ ist es, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.<sup>18</sup> Zur Feststellung von Gerechtigkeit müssen also mindestens zwei Fälle betrachtet und verglichen werden<sup>19</sup> – und in der Regel noch viele mehr. Wie kann dann die Betrachtung nur eines „einzelnen“ Falls eine Aussage über Gerechtigkeit erlauben? Ein Verständnis, nach dem man im Dienst der Einzelfallgerechtigkeit die richtige Lösung nur aus dem konkret betrachteten Fall herausarbeitet, kann also nicht richtig sein. Es ist widersprüchlich.

Sinnvoller beschreibt Gabriele Britz in einer der wenigen Abhandlungen zum Thema die Einzelfallgerechtigkeit als Verbot einer übermäßigen Generalisierung.<sup>20</sup> Dabei weist sie darauf hin, dass man, wenn man die Rechtsfolge für einen heterogenen Kreis von Normadressaten generalisiert (Berufsende mit 65, statt Berufsende für alle, die nicht mehr leistungsfähig sind), wissentlich Fälle auf eine Weise behandelt, die das Normziel missbilligt (man versetzt leistungsfähige 66-Jährige in den Ruhestand).<sup>21</sup> Sie nennt diese Fälle „Generalisierungsunrecht“.<sup>22</sup> Obwohl sie

---

17 Coppik und Heimeshoff 2021, S. 67; Mallmann und Leinemann 2023, S. 50; BGH, Urteil vom 28.01.2020, S. 41.

18 Aristotles 1911, S. 95.

19 Aristotles 1911, S. 95.

20 Zusammenfassend Britz 2008, S. 212.

21 Britz 2008, S. 12–13.

22 Britz 2008, S. 3. Sie sieht Verstöße gegen die Einzelfallgerechtigkeit auch in zwei weiteren Konstellationen: Das Anknüpfen an generalisierende Umstände könne auch

schon von Unrecht spricht, wenn das Telos die Entscheidung des Falls nicht deckt, will sie über die Frage der Rechtmäßigkeit von Generalisierung erst in einer Verhältnismäßigkeitsprüfung – wieder im Einzelfall – entscheiden.<sup>23</sup>

Zum Maßstab zulässiger Generalisierung kann man mehr sagen, als dass sie verhältnismäßig sein sollte. Die Definition von Britz ist wie für einen Fehlerkostenansatz gemacht.<sup>24</sup> Eine Entscheidung, die mit dem Telos nicht übereinstimmt, ist eine im Hinblick auf das Regelungsziel fehlerhafte Entscheidung. Weil das Regelungsziel hoffentlich sinnvoll ist, hat sie Kosten. Zugleich hat die Generalisierungen einen Nutzen. Britz nennt vor allem die „Vereinfachung“.<sup>25</sup> Doch die Dinge liegen grundsätzlicher.<sup>26</sup> Generalisierung ist ein Mittel zum Umgang mit Unwissenheit. Wer nicht weiß, welche Gesundheitskosten ein Versicherter im Laufe seines Lebens akkumulieren wird, generalisiert und schließt aus seiner Erfahrung mit ähnlichen Fällen auf eine unsichere, aber nützliche Vorhersage. Der Richter, der bei Prozessbeginn nicht weiß, ob der Beklagte das Rennrad des Klägers wie behauptet absichtlich zerstört hat, generalisiert auch, obwohl er die Tatsachen des Einzelfalls aufklären soll. Er bildet sich eine Überzeugung über die Grundwahrscheinlichkeit, dass Menschen an einem bestimmten Ort einander Rennräder zerstören (oder setzt sie „neutral“ auf 50:50) und wertet dann den Beweiswert der Indizien und Beweismittel anhand seiner Lebenserfahrung. Wie häufig haben sich Parteien wirklich gestritten, wenn (nur) zwei Zeugen mit persönlicher Bindung zum Kläger das behaupten? Wie häufig zerstört nach einem Streit über einen mittleren Geldbetrag unter Freunden der eine absichtlich das Eigentum des anderen? Usw. Wer Beweise rational würdigt, der generalisiert. Erkenntnis ist ohne Generalisierung ausgeschlossen. Erkenntnis ist Induktion und In-

---

ungewollte und damit ungerechte Verteilungsfolgen haben, Britz 2008, S. 113. Ferner erschwerten Generalisierungen dem generalisierend Behandelten die ihm durch das APR gewährleistete freie Selbstdarstellung, Britz 2008, S. 179–209. Beide in der Einzelfallgerechtigkeit zum Ausdruck kommenden Wertungen gegen Generalisierung spielen im Kontext des formal angelegten Beweisrechts, das hauptsächlich epistemische Ziele verfolgt, nicht materiell verteilt und den Parteien keine Darstellungsrechte einräumt, sondern sie bei der Wahrheit hält, eine untergeordnete Rolle.

23 Zusammenfassend Britz 2008, S. 212.

24 Ausdrücklich Britz 2008, S. 167–168.

25 Britz 2008, S. 158.

26 Klingt bei Britz immerhin an: „Ermöglichung (...) von Informationsgewinnung“, Britz 2008, S. 158.

duktion erweitert bekanntes Wissen auf unbekannte Fälle. Durch Generalisierung. Es ist bekannt, dass man sich bei diesen Schlüssen vertun kann. Das ist kein „Generalisierungsunrecht“. Es ist schlicht ein Fehler und der Schließende muss sich Rechenschaft darüber ablegen, wie schlimm ein Fehler wäre und ob es sich angesichts dieser Folgen lohnen könnte, Weiteres gegen Fehler zu unternehmen.

Erkenntnis erfordert also Abstraktion. Aber auf einem ausreichend hohen Abstraktionsniveau sind alle Fälle gleich. Da bedarf es eines Stoppschildes. Der Anspruch, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, kann nur dann relevant bleiben, wenn er nicht durch Abstraktion umgangen wird. Der Gedanke der Einzelfallgerechtigkeit scheint mir die Funktion dieses Stoppschildes zu erfüllen. Aber wann abstrahiert man „zu hoch“? In Konkretisierung des Fehlerkostenansatzes von Gabriele Britz: Wenn der Nutzen zusätzlicher Abstraktion kleiner ist als deren Kosten.

#### D. Einzelfallgerechtigkeit als Nutzung der größten homogenen Referenzklasse

Auch hier hilft das Denken in Referenzklassen. Für die Auswahl der Referenzklasse, an der man die Anfangswahrscheinlichkeit (oder auch die Beweiswerte von Indizien) bestimmt, gibt es keine allgemeingültigen, aber immerhin akzeptierte Regeln.<sup>27</sup> Vieles scheint dafür zu sprechen, auf die engste Referenzklasse abzustellen. Die engste Referenzklasse ist die Klasse von Elementen, die die meisten Merkmale mit dem betrachteten Fall teilt. Dieses Kriterium entspricht allerdings der Einzelfallgerechtigkeit im Sinne des Oxymorons. Wenn man im Kartellschadensrecht die Overcharge eines dreijährigen Gebietskartells von sechs deutschen Produzenten von Nutzfahrzeugen bestimmen will, die vor allem in Süddeutschland verkaufen, müsste man schauen, zu welchem Schaden in der Vergangenheit Gebietskartelle über Nutzfahrzeuge in Süddeutschland im Mittel geführt haben, die zwischen zwei und vier Jahren aktiv waren und in einem weiten Oligopol von sechs Kartellanten praktiziert wurden. Ein solches Kartell existiert wahrscheinlich nur einmal – im zu entscheidenden Fall. Ein zweites zum Vergleich wird man in den Metastudien nicht finden, geschweige denn eine Anzahl gleichartiger, über die man in Ausnutzung des

---

27 Morell 2022, S. 123–128.

Gesetzes der großen Zahl einen verlässlichen Durchschnittswert bilden könnte. Die engste einschlägige Klasse ist der Fall selbst. Aber dieser Fall ist keine Referenz. Abstraktion ist unumgänglich, um sinnvolle Anfangswahrscheinlichkeiten zu bilden.

Die Eigenschaften zur weiteren Eingrenzung der Referenzklasse müssen daher auf Relevanz für das gesuchte Merkmal (im Beispiel: den Mindestschaden) untersucht werden. Eigenschaften, die für den Schluss auf das gesuchte Merkmal irrelevant sind, sollten die Referenzklasse nicht verkleinern. Die wohl überzeugendste Regel zur Auswahl der Referenzklasse ist daher die Anweisung, auf die größte homogene Referenzklasse abzustellen. Homogen sind Elemente einer Referenzklasse, wenn sie sich nicht durch Eigenschaften unterscheiden, die für den Schluss auf das gesuchte Merkmal relevant sind. Diese Regel ist mit dem Gedanken der Einzelfallgerechtigkeit im Sinne des notwendigen Stoppschildes kompatibel und scheint mir die recht verstandene Einzelfallgerechtigkeit zu erhellen. Es kommt nicht auf den Blick auf den einen Fall an. Es muss abstrahiert werden. Aber grundsätzlich nur so weit, wie dadurch keine relevante Information über das gesuchte Merkmal verloren geht.<sup>28</sup>

#### E. Einzelfallgerechtigkeit bei Unerreichbarkeit einer homogenen Referenzklasse: Ein Kosten-Nutzen-Ansatz

Unglücklicherweise sind die Häufigkeiten der gesuchten Merkmale in homogenen Referenzklassen oft nicht bekannt und alle Häufigkeiten, mit denen man arbeiten kann, entstammen bekanntermaßen heterogenen Referenzklassen. Hier erst wird die Auswahl der Referenzklasse zum wirklichen Problem – für das es keine eindeutige konzeptionelle Lösung gibt.<sup>29</sup> Das Beispiel vom schwedischen Lourdes-Pilger illustriert es anschaulich, wenn auch vielleicht nicht scharf genug: Nach Lourdes pilgern gemeinhin Katholiken. In Schweden wohnen ganz überwiegend Protestanten. Wo liegt nun die Anfangswahrscheinlichkeit, dass der schwedische Lourdespilger katholisch ist? Stellt man auf die Schweden ab oder auf die Lourdespilger? Die (relativ) größte (wenn auch absolut wohl kleine) Referenzklasse wäre die Klasse aller schwedischen Lourdespilger, denn sowohl

---

<sup>28</sup> Morell 2022, S. 123–128.

<sup>29</sup> Morell 2022, S. 123–128.

die schwedische Herkunft als auch die Pilgerschaft tragen Information über die Religionszugehörigkeit. Aber die Häufigkeit des Merkmals „katholisch“ in dieser Klasse ist nicht bekannt.<sup>30</sup>

Ähnlich liegen die Dinge auch bei der Bestimmung des Kartellschadens. Der Medianschaden für alle bekannten Kartelle liegt bei 16 %. Die Elemente dieser großen Referenzklasse unterscheiden sich klar in Eigenschaften, die für das gesuchte Merkmal relevant sind (Weite des Oligopols, Marktabdeckung des Kartells, Art der Absprache, ...). Die große Referenzklasse, für welche die Häufigkeit des Merkmals bekannt ist, ist heterogen. Aber für viele kleinere Referenzklassen (wie die süddeutscher Nutzfahrzeugsgebietskartelle mit sechs Mitgliedern) ist die Häufigkeit des gesuchten Merkmals „Mindestschaden in Höhe von x“ unbekannt oder basiert auf so wenigen Beobachtungen, dass man sich auf den Zusammenhang zwischen mittlerer Tendenz des Schadens und den geteilten Eigenschaften der Kartelle nicht verlassen kann. Das Referenzklassenproblem wird üblicherweise als Frage beschrieben, welche Wahrscheinlichkeit einer Tatsachenbehauptung *prima facie* zuzuschreiben ist, d. h. welcher von vielen verfügbaren Referenzklassen die Häufigkeit zu entnehmen ist, die man als Anfangswahrscheinlichkeit behandelt. Es ist in dieser Diskussion meist klar, dass man eine der Referenzklassen wählen wird. Die Schärfe gerade des praktischen Kartellrechtsschadensproblems ergibt sich daraus, dass die Gerichte nun gar keine Aussage über einen Mindestschaden treffen wollen. Damit machen sie faktisch (aus Gründen der Beweislast) die Aussage, der Schaden liege (*prima facie*) bei null, obwohl diese Aussage nun von gar keiner der verfügbaren Referenzklassen gestützt wird. Ist das von der Einzelfallgerechtigkeit geboten? Welche Orientierung bietet die Einzelfallgerechtigkeit in einem solchen Kontext?

Die Einzelfallgerechtigkeit schützt nicht vor jeder, sondern nur vor übertriebener Abstraktion. Wann eine „Übertreibung“ vorliegt, bemisst sich an Gründen, die dem Recht entnommen werden müssen. Im Beweisrecht müssen es angesichts des Beibringungsgrundsatzes, welcher der zutreffenden Tatsachenermittlung dient,<sup>31</sup> zunächst epistemische Gründe sein. Die Homogenität ist das einfache Kriterium: Abstraktion, welche die Erkenntnis nicht verwässert, ist immer zulässig. Im Problem um die Nutzung von Meta-Studien zum Kartellschaden wird aber deutlich, dass

---

30 Rüßmann 1987, Rn. 9.

31 Morell 2022, S. 325–326.

Abstraktion notwendig ist, um Wissen überhaupt verfügbar zu machen. Wenn genaueres, fallspezifisches Wissen nicht vorliegt, muss man sich fragen, ob man aufgrund seines allgemeinen Wissens überhaupt etwas über den zu entscheidenden Fall weiß. Gebietet die Einzelfallgerechtigkeit also, gar nicht zu wissen, wenn man nicht genau weiß? Meines Erachtens ist hier eine Kosten-Nutzen-Abwägung ausschlaggebend.

Die Einzelfallgerechtigkeit verbietet es jedenfalls, sich auf vermeidbarer Unwissenheit auszuruhen. Wenn man gerade nicht weiß, aber ohne Umstände wissen könnte, muss man forschen. Andererseits sollte die Einzelfallgerechtigkeit den Zufall, dass über bestimmte Rechtsgenossen gerade nicht mehr in Erfahrung zu bringen ist, nicht in das Privileg ummünzen, dass diese Rechtsgenossen vom Recht nicht belangt werden können, obwohl man etwas (Ungenaues) über sie weiß. Wenn also Wissen mit vertretbarem Aufwand zu erwerben ist, gebietet es die Einzelfallgerechtigkeit, die Referenzklassen weiter zu verengen. Wenn aber mit vertretbarem Aufwand kein weiteres Wissen zu erlangen ist, muss die kleinste bekanntermaßen heterogene Referenzklasse als „praktisch homogen“ gelten – man hat nichts Besseres.<sup>32</sup> Die Häufigkeit in der heterogenen Referenzklasse repräsentiert alles, was man weiß und gerade wissen kann. Dieses Wissen darf man nutzen. Die Entscheidung wird durch freiwillige Ignoranz ja nicht besser.

Bei der Frage, ob nun zu forschen ist, oder die kleinste heterogene Referenzklasse, für die man noch Häufigkeiten kennt, als „praktisch homogen“ zu behandeln ist, sind die Kosten der Wissensbeschaffung (der Referenzklassenverengung) mit den erwarteten Kosten der fälschlichen Belastung des Normadressaten abzuwägen.<sup>33</sup>

## F. Einzelfallgerechtigkeit und Beibringungsgrundsatz

Im Falle des Kartellschadens wird anhand der Kosten-Nutzen-Betrachtung erkennbar, dass der Beibringungsgrundsatz das Problem in Wohlgefallen auflöst. Der Beibringungsgrundsatz ist „gebaut“ für die sukzessive Erschließung von Wissen. Seine Konstruktion erlaubt es, in jeder Situation das

---

32 Schweizer 2015, S. 363.

33 Für die Wahrscheinlichkeit der fälschlichen Belastung ist auf die Häufigkeit der heterogenen Referenzklasse abzustellen, die das Wissen repräsentiert, das vor der weiteren Wissenssuche besteht. Anderes Wissen steht nicht zur Verfügung.

gerade verfügbare (vorläufige) Wissen zu unterstellen. Dann gewährleistet er „automatisch“ eine zutreffende und „einzelfallgerechte“ Entscheidung für oder gegen weitere Aufklärung von dieser Stufe an. Der Beibringungsgrundsatz lässt, wenn der Richter *prima facie* den Medianschaden der heterogenen Referenzklasse aller Kartelle unterstellt, die subjektive Beweislast für einen geringeren Schaden auf den Beklagten Kartellanten wechseln und bürdet damit die weiteren Aufklärungskosten demjenigen auf, der den Vorteil der weiteren Aufklärung hat. Er wird aufklären, wenn die Aufklärung weniger kostet als ihr Vorteil dem Belasteten wert ist. Aufklärung erfolgt also genau dann, wenn die Abwägung von Kosten der Aufklärung und der durch sie vermeidbaren (erwarteten) unberechtigten Belastung des Kartellanten eben diese Aufklärung gebietet. Wenn die Kosten der Aufklärung höher sind als die durch zusätzliche Aufklärung vermeidbare (erwartete) unberechtigte Belastung des Kartellanten, wird er nicht aufklären. In dieser Situation wäre die weitere Aufklärung auch nicht geboten und die Einzelfallgerechtigkeit lässt es zu, dass auf die heterogene Referenzklasse abgestellt wird, die alles verfügbare Wissen repräsentiert.

Etwas schwieriger liegen die Dinge, wenn der Kartellant höhere Kosten der Sachverhaltsaufklärung hat als andere am Verfahren beteiligte. Ein solcher Umstand implizierte, dass die Kosten der Sachverhaltsaufklärung günstiger sein könnten, so dass sie die Nachteile des Kartellanten nicht überwögen, müsste ein anderer Akteur die Sachlage aufklären. Hier können auf der Darlegungsebene die sekundäre Darlegungslast und auf der Beweisebene Vorlagepflichten (etwa die recht verstandene Anwendung von § 142 ZPO) oder richterliche Würdigung mit Hilfe des Grossman'schen Schließens<sup>34</sup> helfen, die Kostenvorteile des Prozessgegners zu realisieren.

Der Zivilprozess institutionalisiert mithin die erforderliche Kosten-Nutzen-Abwägung, welche die Einzelfallgerechtigkeit ausfüllt. Er tut dies mit Hilfe des Beibringungsgrundsatzes.

## G. Ausblick

Ich glaube die hier angestellten Überlegungen sind über das Kartellschadensrecht hinaus relevant. Wie die Ergebnisse in weiteren Rechtsfragen nach dem hier vorgeschlagenen Ansatz lauten, wäre eigens auszuarbeiten.

---

<sup>34</sup> Morell 2022, 189–279.

Daher seien hier nur Denkanstöße zur Illustration vorgetragen. Credit Scoring ist in Frankfurt jüngst ausführlich diskutiert worden. Gebietet die Einzelfallgerechtigkeit, ggf. ausgefüllt durch Grundrechte, dass die Entscheidung über die Kreditvergabe letztlich von Menschen getroffen wird, weil der „Einzelfall“ ja möglicherweise nicht zur „Statistik“ passt? Dem menschlichen Kreditvergeber werden apriori auch keine homogenen Referenzklassen zur Verfügung stehen als dem Vergabealgorithmus. Aber ein menschlicher Kreditvergeber kann vielleicht eher zusätzliche Nachforschungen anstellen, als ein vorgegebener Algorithmus, um seine Referenzklasse aktiv zu verkleinern. Ob die Einzelfallgerechtigkeit die Bank dazu verpflichtet, diese menschliche Nachforschung zu ermöglichen, sollte davon abhängen, ob die Kosten dieser Aufklärung für die Bank die Nachteile der Abstraktion für Kreditnehmer übersteigen. Auch hier steht ein Mechanismus zur Verfügung, der zumindest grundsätzlich davon dispensieren kann, dass ein Dritter diese Kosten-Nutzen-Abwägung explizit durchführen muss: Funktionierender Wettbewerb am Markt. Automatisiertes credit scoring löst die Befürchtung aus, dass Mitgliedern bestimmter Gruppen aufgrund der Generalisierung Kredite verwehrt werden, die sie nach ihrer tatsächlichen, aber nicht beobachteten Kreditwürdigkeit eigentlich (ggf. günstiger) erhalten sollten. Sind die Kosten der Verweigerung für die Betroffenen größer als die Vorteile der Generalisierung, sollte sich ein anderer Wettbewerber finden, der mit Hilfe von Menschen diese Differenzierung vornimmt und sich den Vorteil mit der betroffenen Gruppe teilt.

Vielleicht könnte dieses Vorgehen auch Diskussionen über Diskriminierung im öffentlichen Recht informieren: Der Staat hat durch Sachverhaltsaufklärung kleine, möglichst homogene Referenzklassen zu bilden, aber nur solange die Kosten den Nutzen nicht übersteigen. Hier verlasse ich als Zivilrechtler nun wirklich mein Gebiet und will daher die Ergebnisse zusammentragen.

## H. Schluss

Das Problem der Heterogenität als Problem für Steuerung zeigt sich auch in der Bestimmung der Höhe des Kartellschadens. Hier ist der Median-schaden aller Kartelle bekannt, aber unklar, wie diese Information für den „Einzelfall“ zu nutzen ist. Das Problem der Heterogenität als Problem für Steuerung ist eng verwandt mit dem Referenzklassenproblem.

Letztlich „löst“ man das Problem durch Abstraktion. Der zulässigen Abstraktion sind allerdings Grenzen durch das Ziel der „Einzelfallgerechtigkeit“ gesetzt. Sie verbietet nicht Abstraktion, sondern nur deren Übermaß. Grundsätzlich liegt die Grenze zwischen zulässiger und übermäßiger Abstraktion an der größten (noch) homogenen Referenzklasse. Anfangswahrscheinlichkeiten aus ihr zu bestimmen, entspricht immer dem Gebot der Einzelfallgerechtigkeit, aber weiter als bis zu ihr sollte grundsätzlich nicht abstrahiert werden. In den schwierigen Fällen sind die Häufigkeiten des gesuchten Merkmals in der homogenen Referenzklasse aber nicht bekannt, sondern es stehen nur bekanntermaßen heterogene Referenzklassen zur Information der Anfangswahrscheinlichkeit zur Verfügung. In diesen Fällen muss das Gebot des Strebens nach Einzelfallgerechtigkeit durch eine Kosten-Nutzen-Analyse ausgefüllt werden. Liegen die Kosten der Informationssuche, welche die Referenzklasse verengen würde, unter der (erwarteten) unberechtigten Belastung des Adressaten der Maßnahme, ist die Referenzklasse durch Erforschung weiterer Zusammenhänge zu verengen. Liegen die Kosten weiterer Forschung über denen der (erwarteten) Belastung des Adressaten der Maßnahme, ist die verfügbare heterogene Referenzklasse als epistemisch homogen zu behandeln. Diese Kosten-Nutzen-Abwägung ist im Beibringungsgrundsatz institutionalisiert. Der Richter kann daher zu jeder Zeit das verfügbare Wissen zu Grunde legen, auch wenn er es aus einer heterogenen Referenzklasse schöpft.

Ich schließe mit der Hoffnung auf viele weitere anregende Diskussionen mit dem Jubilar über Heterogenität als Problem für Steuerung und die vielen anderen faszinierenden Probleme zwischen Recht, Wahrscheinlichkeit und sozialer Realität.

## Literatur

- Aristoteles (1911): *Nikomachische Ethik*. Übersetzt und mit einer Einleitung und erklärenden Anmerkungen versehen von Eugen Rolfes. 2. Aufl. Leipzig: Verlag von Felix Meiner (Philosophische Bibliothek, 5).
- BGH, Urteil vom 11. 12. 2018, Aktenzeichen KZR 26/17. WuW 2019, 91–97.
- BGH, Urteil vom 28. 01. 2020, Aktenzeichen KZR 24/17. NZKart 2020, 136–141.
- BGH, Urteil vom 09. 07. 2024, Aktenzeichen KZR 98/20.
- Britz, Gabriele (2008): *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung. Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Coppik, Jürgen; Heimeshoff, Ulrich (2021): Praxis der Kartellschadensermittlung. Ökonomische Evidenz zur Effektivität von Kartellen. Düsseldorf: Handelsblatt Fachmedien.
- Franck, Jens-Uwe (2024): § 33a. In: Torsten Körber, Heike Schweitzer und Daniel Zimmer: *GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*. 7. Aufl. München: C.H. Beck (Wettbewerbsrecht, Band 2).
- Galle, René (2016): Der Anscheinsbeweis in Schadensersatzfolgeklagen – Stand und Perspektiven. In: *NZKart*, S. 214–220.
- Heusel, Nicola; Hildebrand, Thomas; Mattes, Anselm (2024): Empirie schlägt Vermutung. Vorschläge für eine bessere Nutzung ökonomischer Gutachten in Kartellschadensersatzverfahren. In: *WuW*, S. 379–387.
- Hornkohl, Lena (2020): Freie Schätzung der Kartellschadenshöhe nach § 287 ZPO. Eine Reaktion auf jüngste Entwicklungen. In: *NZKart*, 661.
- Inderst, Roman; Thomas, Stefan (2021): Zum Umgang mit Regressionsanalysen in Kartellschadensersatzfällen. In: *ZWeR*, S. 432–459.
- Mallmann, Roman A.; Leinemann, Franziska (2023): Sonderzivil(prozess)recht für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche? In: *ZWeR*, S. 44–56.
- Martinek, Michael (2023): Der „kleine Anscheinsbeweis“ im Kartellschadensersatzrecht. Anm. zu BGH, v. 29. 11. 2022, KZR, 42/20 - Schlecker. In: *JM*, S. 144–148.
- Morell, Alexander (2022): Der Beibringungsgrundsatz. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Morell, Alexander (2025a): Schätzung von Kartellschäden: Beweismaß, inkrementelles Vorgehen und die Rolle von Erfahrungssätzen. Teil 1. In: *Wirtschaft und Wettbewerb*, S. 129–137.
- Morell, Alexander (2025b): Schätzung von Kartellschäden: Beweismaß, inkrementelles Vorgehen und die Rolle von Erfahrungssätzen. Teil 2. In: *Wirtschaft und Wettbewerb*, S. 194–200.
- Oxera; Komninos, Assimakis P. (2009): Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts : study prepared for the European Commission. Luxembourg: EUR-OP.
- Roth, Herbert (2016): Private Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess. In: *JuristenZeitung* 71 (23), S. 1134–1140. DOI: <https://doi.org/10.1628/002268816X14712722914313>.
- Roth, Wulf-Henning (2018): Vorb. §§ 33-33h GWB. In: Wolfgang Jaeger, Juliane Kokott, Petra Pohlmann und Dirk Schroeder: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*. Mit Kommentierung des GWB, des EG-Kartellrechts und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, Stand: 9/2024, 109. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt.
- Rußmann, Helmut (1987): § 286 ZPO. In: Rudolf Wassermann: *Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung*. Neuwied.
- Schweitzer, Heike; Woeste, Kai (2022): Zum Umgang mit ökonomischer Unsicherheit bei der Schätzung von Kartellschäden. Eckpfeiler eines kartellschadensersatzspezifischen Beweisrechts. In: *ZWeR*, S. 46–79.
- Schweizer, Mark (2015): Beweiswürdigung und Beweismaß. Rationalität und Intuition. Tübingen: Mohr Siebeck (*Jus privatum*, v.189).

Stancke, Fabian (2018): Rechtliche Rahmenbedingungen kartellrechtlicher Massenklagen. In: WuW (2), S. 59–66.

Weitbrecht, Andreas (2017): Eine neue Ära im Kartellschadensersatzrecht – Die 9. GWB-Novelle. In: NJW, S. 1574–1578.

Weitbrecht, Andreas (2024): Kartellschadensersatz 2023. In: NZKart, S. 170–177.