



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 63/18

Verkündet am:
10. Februar 2021
Zöller
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

Schienenkartell VI

GWB 1999 § 33; BGB § 307 Abs. 1 Satz 1 A, C1

- a) Eine Klausel, nach der der Auftragnehmer, wenn er "aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung [...] darstellt", einen pauschalierten Schadensersatz in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der Abrechnungssumme zu zahlen hat, erfasst Submissionsabsprachen und ähnliche (horizontale) wettbewerbsbeschränkende Absprachen wie Preis-, Quoten-, Kundenschutz- oder Gebietsabsprachen, die darauf gerichtet und dazu geeignet sind, den im Rahmen der wettbewerblichen Auftragsvergabe vorausgesetzten Preisbildungsmechanismus zu stören. Ihr Anwendungsbereich ist nicht auf Abreden beschränkt, die sich unmittelbar auf die konkrete Auftragsvergabe beziehen, sondern umfasst auch generelle Absprachen zwischen Wettbewerbern, die aus Anlass zukünftiger Auftragsvergaben getroffen werden und darauf gerichtet sind, für diese Auftragsvergaben den wettbewerblichen Preisbildungsmechanismus ganz oder teilweise außer Kraft zu setzen.

ECLI:DE:BGH:2021:100221UKZR63.18.0

- b) Eine solche Klausel stellt keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners dar, sofern sie den zu erwartenden Schaden in einer Höhe pauschaliert, die nach dem typischerweise zu erwartenden hypothetischen Marktpreis, der sich ohne die Kartellabsprache eingestellt hätte, eine Unter- und eine Überkompensation des Schadens gleichermaßen wahrscheinlich erscheinen lässt, und dem Schädiger die Möglichkeit verbleibt, einen geringeren oder fehlenden Schaden nachzuweisen. Zur Bestimmung des typischen Schadens kann auf zum Zeitpunkt der Vereinbarung zur Verfügung stehende allgemeine Erkenntnisse der empirischen Ökonomie zu kartellbedingten Preisaufschlägen zurückgegriffen werden. Des Nachweises eines branchentypischen Durchschnittsschadens bedarf es jedenfalls dann nicht, wenn empirische Erkenntnisse hierzu fehlen.
- c) An den dem Schädiger obliegenden Nachweis eines ihm günstigeren, weil zu einem geringeren oder keinem Schaden führenden hypothetischen Marktpreises dürfen bei Vereinbarung einer Schadenspauschalierungsklausel keine anderen oder höheren Anforderungen gestellt werden als solche, die umgekehrt für die Darlegung und den Beweis des hypothetischen Marktpreises durch den Geschädigten gelten, wenn keine Schadenspauschalierung vereinbart ist oder der Geschädigte einen die Pauschale überschreitenden Schaden behauptet; auch insofern ist eine Gesamtwürdigung sämtlicher, von beiden Parteien vorgebrachter Indizien am Maßstab des § 287 ZPO vorzunehmen. Gelingt dem Schädiger danach die Darlegung und der Nachweis eines geringeren oder eines fehlenden Schadens nicht, muss er sich an dem pauschalierten Betrag festhalten lassen.

BGH, Urteil vom 10. Februar 2021 - KZR 63/18 - KG Berlin
LG Berlin

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Februar 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, den Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt und die Richterin Dr. Rombach

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des Kartellsenats des Kammergerichts vom 28. Juni 2018 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin, die den öffentlichen Nahverkehr in Berlin betreibt, nimmt die Beklagten auf Ersatz kartellbedingten Schadens in Anspruch.

2 Die Beklagte zu 1 befasst sich mit der Herstellung, dem Handel und dem Vertrieb von Weichen, Kreuzungen und sonstigen Teilen des Oberbaus von Schienenbahnen. Sie ist Gesamtrechtsnachfolgerin der Anfang des Jahres 2011 auf sie verschmolzenen SHW-Weichenbau GmbH, an der sie zuvor beteiligt war. Die Beklagte zu 2 ist in Deutschland unter anderem im Bereich Schienentechnik tätig. Im Jahr 2010 übertrug die Beklagte zu 1 im Wege der Umwandlung durch Abspaltung ihren Geschäftsbereich "Gleisbau" auf die Beklagte zu 2 (nachfolgend gemeinsam: die Beklagte).

3 Die Klägerin erwarb in den Jahren 2002 und 2003 von der Beklagten zu 1 in sieben Fällen Gleisoberbaumaterialien (Weichen und Weichenteile). In zwei Fällen ging der Beschaffung eine beschränkte Ausschreibung voraus. In weiteren zwei Fällen erfolgte eine freihändige Vergabe, und in den übrigen vier Fällen erteilte die Klägerin den Auftrag unmittelbar oder nach Einholung eines Angebots bei der Beklagten. Den in Rede stehenden Verträgen lagen "Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB)" der Klägerin zugrunde, die in Nr. 14 folgende Klausel enthielten:

"Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung oder eine unlautere Verhaltensweise darstellt, hat er 5 v. H. der Abrechnungssumme als pauschalierter Schadensersatz an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird."

4 Mit Bescheid vom 18. Juli 2013 verhängte das Bundeskartellamt gegen die Beklagte ein Bußgeld wegen Beteiligung an dem Kartell der "Schienenfreunde". Nach den Feststellungen des rechtskräftigen Bußgeldbescheids ver-

stieß die Beklagte gemeinschaftlich mit anderen Unternehmen jedenfalls zwischen 2001 und Mai 2011 gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen.

5 Die Klägerin macht geltend, sie habe aufgrund des Kartells überhöhte Preise zahlen müssen. Sie hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 31.227,61 € zuzüglich Zinsen zu zahlen (Klageantrag zu 1), sowie festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche über den geltend gemachten pauschalierten Schadensersatz hinausgehende Schäden nebst Zinsen zu erstatten, die ihr und ihrem Zuwendungsgeber aufgrund von Kartellabsprachen der Beklagten im Zusammenhang mit den der Beklagten in den Jahren 2002 und 2003 erteilten Aufträgen über Gleisoberbaumaterialien, insbesondere den streitbefangenen Aufträgen, entstanden sind und künftig noch entstehen werden (Klageantrag zu 2a). Für den Fall der Abweisung des Klageantrags zu 1 hat die Klägerin die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr und ihren Zuwendungsgebern aufgrund von Kartellabsprachen entstandene und in Zukunft entstehende Schäden zu ersetzen (Klageantrag zu 2b).

6 Das Landgericht hat der Klägerin unter Abweisung der Klage im Übrigen auf die Zahlungsklage einen Teilbetrag von 30.205,65 € zugesprochen und die Schadensersatzpflicht der Beklagten gemäß Klageantrag zu 2a festgestellt. Die beanspruchten Zinsen hat es jeweils nur in beschränktem Umfang zugesprochen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 26.039,35 € nebst Zinsen verurteilt sowie die Feststellung der Schadensersatzpflicht auf die über den Zahlungsbetrag hinausgehenden und der Klägerin im Zusammenhang mit den streitbefangenen Aufträgen bereits entstandenen kartellbedingten Schäden beschränkt. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte - unterstützt von der Streithelferin zu 1 - ihr auf vollständige Klagabweisung gerichtetes Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

7 A. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Der Klägerin stehe gegen die Beklagte nach § 33 GWB in der seit dem 1. Januar 1999 geltenden Fassung (GWB 1999) ein Anspruch auf pauschalierten Schadensersatz in Höhe von 26.039,35 € zu. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts im Bußgeldbescheid stehe fest, dass die Beklagte im hier maßgeblichen Zeitraum von 2002 bis 2003 gemeinschaftlich mit Vertretern zahlreicher weiterer in dem Markt der Schienen, Weichen und Schwellen führenden Unternehmen ein Kartell gebildet und gemeinschaftlich mit diesen vorsätzlich gegen das Verbot des § 1 GWB verstoßen habe.

9 Zugunsten der Klägerin streite ein Anscheinsbeweis sowohl dafür, dass die Beschaffungsvorgänge kartellbefangen gewesen seien, als auch dafür, dass der Klägerin ein Schaden entstanden sei. Diesen Anscheinsbeweis habe die Beklagte nicht zu erschüttern vermocht. Die Klägerin könne nach der wirksam einbezogenen Pauschalierungsklausel Nr. 14 ZVB als Schadensersatz für jeden der noch streitbefangenen Beschaffungsvorgänge 5 % der jeweiligen Nettoabrechnungssumme verlangen. Die Klausel erfasse sämtliche Formen der Auftragerteilung. Die Klausel halte der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB stand. Die Höhe der Schadenspauschale von 5 % der Abrechnungssumme übersteige nicht den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden. Metastudien, die auf eine größere Zahl von Schätzungen kartellbedingter Preisüberhöhungen zurückgriffen, belegten, dass die Preisaufschläge im Mittelwert höher gewesen seien. Die Klausel verstoße auch nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Schadensersatzanspruch sei weder wegen eines der Klägerin vorzuwerfenden Mitverschuldens zu kürzen, noch sei er verjährt.

- 10 B. Die zulässige Revision ist begründet. Mit der vom Berufungsgericht
gegebenen Begründung kann ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht
bejaht werden.
- 11 I. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen,
dass für die in Rede stehenden Aufträge aus den Beschaffungsvorgängen in den
Jahren 2002 und 2003 als Anspruchsgrundlage § 33 Satz 1 GWB 1999 in Be-
tracht kommt (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - KZR 24/17, BGHZ 224, 281
Rn. 18 - Schienenkartell II, mwN). Danach ist derjenige, der gegen eine Vor-
schrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verstößt, sofern die
Vorschrift den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zur Unterlassung ver-
pflichtet; fällt ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last, ist er auch zum Ersatz des
aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet.
- 12 II. Mit Recht hat das Berufungsgericht einen schuldhaften Verstoß der
Beklagten gegen § 1 GWB und Art. 81 Abs. 1 EGV (jetzt: Art. 101 Abs. 1 AEUV)
festgestellt und dabei angenommen, dass nach den gemäß § 33 Abs. 4 GWB in
der ab dem 1. Juli 2005 geltenden Fassung (GWB 2005) für den nachfolgenden
Schadensersatzprozess bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts im
Bußgeldbescheid die Beklagte über einen längeren Zeitraum an wettbewerbsbe-
schränkenden Absprachen beteiligt war. Dies wird von der Revision auch nicht
beanstandet.
- 13 Danach praktizierten Hersteller und Händler von Schienen, Weichen und
Schwellen spätestens seit 2001 bis zur Aufdeckung des Kartells im Mai 2011 auf
dem Privatmarkt in Deutschland Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen.
Die Unternehmensgruppen ThyssenKrupp und voestalpine waren in allen Re-
gionen und über den gesamten Zeitraum beteiligt. Die Beklagte nahm in diesem
Zeitraum im Bereich Schienen und Schwellen regional bei Ausschreibungen an
Absprachen teil. Die genannten Absprachen beruhten maßgeblich darauf, dass

den einzelnen Unternehmen bestimmte "Altkunden" oder "Stammkunden" zugeordnet waren und diese Zuordnung von den Kartellteilnehmern grundsätzlich respektiert wurde. Hierzu verzichteten die anderen Kartellteilnehmer auf die Abgabe von Angeboten oder reichten diese erst nach Ablauf der Angebotsfrist oder zu überhöhten Preisen ein, so dass der Auftrag dem vorbestimmten Unternehmen zufallen konnte. Die Absprachen wurden vorwiegend über telefonische Kontakte und persönliche Treffen sowie E-Mails umgesetzt. Aufgrund der über Jahre praktizierten Absprachen und gewachsenen Kundenbeziehungen war allen Beteiligten klar, wer jeweils den ausgeschriebenen Auftrag erhalten sollte. Dem betreffenden, als "Spielführer" bezeichneten Unternehmen kam eine organisatorische und koordinierende Funktion für den Auftrag zu. Diese beinhaltete unter anderem, den anderen Unternehmen, überwiegend in getarnter Form, die Preise der Schutzangebote oder den vom "Spielführer" angestrebten Zuschlagspreis mitzuteilen. Zum Ausgleich für die Abgabe von Schutzangeboten wurden die Kartellteilnehmer meist durch Unteraufträge oder sonstige Kompensationsgeschäfte entschädigt. Der Ausgleich erfolgte aber nicht nur projektbezogen, vielmehr basierte das System auf einem projektübergreifenden Verständnis und Vertrauensverhältnis der Kartellteilnehmer untereinander. Als Gegenleistung für die Abgabe eines Schutzangebots konnte der Schützende grundsätzlich davon ausgehen, dass er bei einem anderen Projekt von den Kartellteilnehmern geschützt würde. Der Ablauf war insgesamt so etabliert, dass es häufig keiner ausdrücklichen Absprache bezogen auf ein konkretes Projekt bedurfte. Im Bereich Weichen war die Beklagte an Absprachen beteiligt, die bis Ende 2008 vor allem bei Sitzungen des Arbeitskreises Marketing des Fachverbands Weichenbau beziehungsweise innerhalb des Verbands der Bahnindustrie getroffen wurden.

- 14 III. Das Berufungsgericht ist im Ergebnis auch mit Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs berechtigt ist.

15 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Voraussetzung eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs nach § 33 Satz 1 GWB 1999, dass dem Anspruchsgegner ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anzulasten ist, das - vermittelt durch den Abschluss von Umsatzgeschäften oder in anderer Weise - geeignet ist, einen Schaden des Anspruchstellers unmittelbar oder mittelbar zu begründen (BGHZ 224, 281 Rn. 25 - Schienenkartell II; BGH, Urteil vom 19. Mai 2020 - KZR 8/18, WuW 2020, 597 Rn. 25 - Schienenkartell IV; Urteil vom 23. September 2020 - KZR 4/19, WuW 2021, 37 Rn. 16 - Schienenkartell V). Für die Feststellung dieser Voraussetzung gilt der Maßstab des § 286 ZPO. Auf die weitergehende Frage, ob sich die Kartellabsprache auf den in Rede stehenden Beschaffungsvorgang, auf den der Anspruchsteller sein Schadensersatzbegehren stützt, tatsächlich nachteilig ausgewirkt hat und das Geschäft damit in diesem Sinn "kartellbefangen" oder "kartellbetroffen" war, kommt es im Rahmen der Prüfung der haftungsbegründenden Kausalität hingegen nicht an. Angesichts der Besonderheiten des kartellrechtlichen Deliktstatbestands bedarf es auch nicht der Feststellung einer konkret-individuellen Betroffenheit (BGH, WuW 2021, 37 Rn. 17 - Schienenkartell V). Im Streitfall sind diese Voraussetzungen ohne Weiteres erfüllt, weil die Klägerin nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts von der am Kartell beteiligten Beklagten Waren erworben hat, welche Gegenstand der Kartellabsprache waren.

16 IV. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann jedoch nicht angenommen werden, dass der Klägerin aufgrund der Kartellabsprache zwischen den beteiligten Unternehmen ein Schaden in Höhe von 26.039,35 € entstanden ist. Zwar ist das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend von der Wirksamkeit der vertraglich vereinbarten Schadenspauschalierungsklausel ausgegangen (dazu nachfolgend zu 1). Als rechtsfehlerhaft erweist sich aber seine Annahme, der Beklagten sei der Nachweis, dass ihr ein geringerer Schaden als

der Pauschalbetrag oder überhaupt kein Schaden entstanden ist, nicht gelungen (dazu nachfolgend zu 2).

- 17 1. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die in Nr. 14 ZBV enthaltene Schadenspauschalierungsklausel wirksam ist. Bei der Regelung nach Nr. 14 ZVB handelt es sich, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, um eine von der Klägerin vorformulierte Pauschalierungsklausel, auf die die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB Anwendung finden (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 1995 - VII ZR 286/94, BGHZ 131, 356, 359; Urteil vom 11. Dezember 2018 - KZR 26/17, NZKart 2019, 101 Rn. 42 - Schienenkartell I).
- 18 a) Die klauselrechtliche Prüfung kann auf die nach Nr. 14 ZVB vorgesehene Pauschalierung von Schäden beschränkt werden, die aus "unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen" resultieren; es kann offen bleiben, ob die in der Klausel ebenfalls vorgesehene Pauschalierung von Schäden, die aus unlauteren Verhaltensweisen folgen, wirksam ist.
- 19 aa) Inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen können nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein, wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen Regelungen stehen. Nur dann, wenn der als wirksam anzusehende Rest im Gesamtgefüge des Vertrags nicht mehr sinnvoll, insbesondere der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 - III ZR 325/12, NJW 2014, 141 Rn. 14; Urteil vom 14. Januar 2015 - XII ZR 176/13, NZM 2015, 209 Rn. 23).

20 bb) So liegt der Fall hier jedoch nicht. Die in Rede stehende Klausel enthält zwei voneinander sachlich zu trennende Regelungsbereiche, weil sie Schäden einer Pauschalierung unterwirft, die einerseits aus Verstößen gegen die lauterkeitsrechtlichen Verbotstatbestände des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, andererseits aus Verstößen gegen Verbotstatbestände des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und des Unionsrechts entstehen, soweit diese eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Diese Regelungsbereiche sind inhaltlich unabhängig und können losgelöst voneinander bestehen.

21 b) Die danach der gesonderten Überprüfung unterworfenene Regelung nach Nr. 14 ZVB verstößt, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat, nicht gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

22 Nach dieser Vorschrift sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung liegt vor, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragsgegners durchzusetzen versucht, ohne dessen Interessen ausreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 7. September 2016 - IV ZR 172/15, VersR 2016, 1420 Rn. 27, mwN). Nach diesem Maßstab werden die Vertragspartner der Klägerin durch die Regelung der Nr. 14 ZVB nicht unangemessen benachteiligt.

23 aa) Der Anwendungsbereich von Nr. 14 ZVB erstreckt sich auf vom Vertragspartner aus Anlass der Vergabe getroffene Abreden, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Sie erfasst nach der gebotenen Auslegung, die der Senat selbst vornehmen kann (BGH, Urteil vom 19. Januar 2016 - XI ZR 388/14, NJW 2016, 1382 Rn. 21), Submissionsabsprachen und ähnliche

(horizontale) wettbewerbsbeschränkende Absprachen wie Preis-, Quoten-, Kundenschutz- oder Gebietsabsprachen, die darauf gerichtet und dazu geeignet sind, den im Rahmen der wettbewerblichen Auftragsvergabe vorausgesetzten Preisbildungsmechanismus zu stören. Sie ist dabei nicht auf Abreden beschränkt, die sich unmittelbar auf die konkrete Auftragsvergabe beziehen, sondern erfasst vielmehr auch generelle Absprachen, die aus Anlass zukünftiger Auftragsvergaben getroffen werden und darauf gerichtet sind, für diese Auftragsvergaben den wettbewerblichen Preisbildungsmechanismus ganz oder teilweise außer Kraft zu setzen.

24 (1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Ausgangspunkt für die bei einer Formulklausel gebotene objektive, nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung ist in erster Linie ihr Wortlaut. Ist der Wortlaut der Klausel nicht eindeutig, kommt es entscheidend darauf an, wie die Klausel aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 289/19, WM 2020, 1840 Rn. 26, 29, mwN). Dabei sind die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen. Werden Verträge typischerweise mit einem bestimmten Personenkreis geschlossen, so sind die Verständnismöglichkeiten und Interessen der Mitglieder dieses Personenkreises maßgebend. Handelt es sich bei den Vertragspartnern - wie hier - im Regelfall um Kaufleute, so ist zu berücksichtigen, dass dieser Personenkreis geschäftserfahren, mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertraut und typischerweise mit besonderem Wissen ausgestattet ist (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2011 - IV ZR 117/09, NJW-RR 2011, 1595 Rn. 22). Außer Betracht zu bleiben haben solche Verständnismöglichkeiten, die zwar

theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und daher nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 289/19, ZNER 2020, 419 Rn. 27, mwN).

25 (2) Nach diesem Maßstab ist für die verständigen, im Umgang mit öffentlichen und privaten Beschaffungsvorgängen vertrauten - und redlichen - Vertragspartner der Klägerin erkennbar, dass mit der Definition einer der Pauschalierungsklausel unterfallenden Absprache als einer "aus Anlass der Vergabe nachweislich [...] getroffen[en]" Abrede, "die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung [...] darstellt", nach ihrem Sinn und Zweck solche - und nur solche - Wettbewerbsbeschränkungen erfasst werden sollen, die darauf gerichtet sind, die Funktionsbedingungen der Auftragsvergabe zu beeinträchtigen.

26 Ziel eines jeden Vergabeverfahrens ist die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots. Dieses ist für den Auftraggeber regelmäßig nur dann erkennbar, wenn funktionsfähiger Wettbewerb besteht, der insbesondere einen ungestörten Preiswettbewerb erlaubt, bei dem der effizienteste Anbieter die beste Chance hat, sich mit seinem Angebot durchzusetzen. Dem entspricht es, dass Vergabemärkte vor allem durch Preiswettbewerb bestimmt werden (vgl. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 6. Aufl., Rn. 465 ff.; Welzenbach, NZKart 2016, 356, 361). Aber auch dann, wenn der Auftraggeber andere oder weitere Vergabekriterien als den Preis anlegt, zielt die Vergabe auf die Ermittlung des für den Auftraggeber günstigsten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Vor diesem Hintergrund sind von der Klausel nach dem Verständnis der betroffenen Verkehrskreise Absprachen wie Preis-, Quoten- oder Kundenschutzkartelle sowie Gebietsabsprachen erfasst, die als bezweckte Beschränkungen des Wettbewerbs (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 11. September 2014 - C-67/13, EuZW 2014, 901 Rn. 48 ff. - Groupement des cartes bancaire; s.a. § 33 Abs. 2 GWB) darauf

gerichtet sind, den wettbewerblichen Preisbildungsmechanismus ganz oder teilweise außer Kraft zu setzen und damit den Auftraggeber daran zu hindern, das bei funktionierendem Wettbewerb günstigste erzielbare Angebot zu erkennen.

27 (a) Dabei handelt es sich zunächst um Submissionsabsprachen (vgl. BGHZ 131, 356, 359), die "aus Anlass der Vergabe" getroffen wurden und darauf gerichtet sind, den konkreten Auftrag einem bestimmten Anbieter zuzuweisen oder den Preis oder sonstige Bedingungen der Leistungserbringung zum Nachteil des Auftraggebers abzusprechen.

28 (b) Nach den genannten Auslegungsgrundsätzen setzt die Klausel aus der Sicht eines vernünftigen und redlichen Vertragspartners aber nicht das Bestehen einer gesonderten Absprache voraus, die sich unmittelbar auf den in Rede stehenden Beschaffungsvorgang richtet (s.a. OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Juli 2017 - 6 U 51/12 (Kart), juris Rn. 75). Ein vernünftiger und vor allem redlicher Vertragspartner wird annehmen, dass ein unabhängig von einer einzelnen Auftragsvergabe, aber in Erwartung zukünftiger Auftragsvergaben verabredetes Preis-, Quoten-, Kundenschutz- oder Gebietskartell, das mit einer umfassenden und weitreichenderen Koordinierung des Marktverhaltens der Kartellbeteiligten als bei einer Einzelabsprache verbunden und zudem geeignet ist, auch ohne eine gesonderte Absprache im Einzelfall ähnliche, möglicherweise sogar stärkere Auswirkungen auf die "aus Anlass der Vergabe" zu erwartenden Angebotspreise hervorzurufen, vom Anwendungsbereich der Klausel ebenso und erst recht erfasst werden soll.

29 (3) Darüber hinaus erfasst der Begriff "Vergabe" nach dem maßgeblichen Verständnis der beteiligten Verkehrskreise, wie aus § 3 Nr. 1 VOB/A in der ab dem 1. Februar 2001 geltenden Fassung sowie aus § 101 GWB in der ab dem 1. Januar 1999 geltenden Fassung deutlich wird und wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, sämtliche Formen der Vergabe und ist nicht auf Ausschreibungen beschränkt.

30 (4) Soweit der Auftragnehmer nach Nr. 14 ZVB "nachweislich" eine wettbewerbswidrige Abrede getroffen haben muss, begründet dies keine zusätzlichen Anforderungen an den Nachweis der Abrede. Es sind die allgemeinen Anforderungen an die Tatsachenfeststellung zu beachten, wie sie der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu entnehmen sind (BGHZ 224, 281 Rn. 34 ff. - Schienenkartell II).

31 bb) Die in diesem Sinn zu verstehende Klausel lässt nicht erkennen, dass die Klägerin mit ihrer Verwendung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Auftragnehmers durchzusetzen versucht, ohne dessen Interessen ausreichend zu berücksichtigen und ohne ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.

32 (1) Eine Klausel, auf deren Grundlage ihr Verwender für sich beansprucht, einen ihm entstandenen Schaden pauschal abzurechnen, ist außerhalb des unternehmerischen Geschäftsverkehrs an den Maßgaben der Vorschrift des § 309 Nr. 5 BGB zu messen. Danach ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt (Buchstabe a) oder dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale (Buchstabe b). Dabei darf die Pauschale der Höhe nach den normalerweise eintretenden branchentypischen Durchschnittsschaden nicht übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 1984 - II ZR 100/83, NJW 1984, 2093, 2094; BGHZ 131, 356, 359). Der danach maßgebliche Durchschnittsschaden ist objektiv und unabhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls zu ermitteln; die Darlegungs- und Beweislast für den branchentypischen Durchschnittsschaden trägt der Verwender (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1976

- VIII ZR 115/75, BGHZ 67, 312, 316 f.; Urteil vom 18. Februar 2015
- XII ZR 199/13, NJW-RR 2015, 690 Rn. 22, mwN).

33 (2) Im - hier maßgeblichen - unternehmerischen Geschäftsverkehr sind die genannten Wertungen bei der nach §§ 307, 310 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Inhaltskontrolle grundsätzlich ebenso zu berücksichtigen, wobei dem Vertragspartner des Verwenders der Nachweis eines wesentlich niedrigeren Schadens jedoch nicht ausdrücklich gestattet zu werden braucht; der Nachweis darf lediglich nicht ausgeschlossen sein (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2015 - VII ZR 58/14, NZBau 2016, 213 Rn. 28 f.). Im Rahmen der nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB gebotenen umfassenden Interessenabwägung (vgl. etwa BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 48; Urteil vom 1. Juni 2005 - IV ZR 100/02, NJW-RR 2005, 1161, 1162) ist im vorliegenden Zusammenhang darüber hinaus den Besonderheiten kartellzivilrechtlicher Schadensersatzansprüche Rechnung zu tragen.

34 (a) Die Bezifferung eines Schadens, der aus einem Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen resultiert, ist regelmäßig mit erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten und zudem oftmals mit großem sachlichen und finanziellen Aufwand verbunden. In besonderem Maße gilt dies für den praktisch bedeutsamsten Fall des durch Kartellabsprachen verursachten Preishöhenschadens, weil dieser Schaden aus einem Vergleich des vertraglich vereinbarten Preises mit dem hypothetischen Preis zu ermitteln ist, der sich ohne Kartellabsprache ergeben hätte (vgl. BGHZ 131, 356, 359 f., zu Submissionsabsprachen). Dieser hypothetische Wettbewerbspreis lässt sich im Rahmen des kontrafaktischen Szenarios typischerweise nur aufgrund von Indizien ermitteln (vgl. BGHZ 224, 281 Rn. 34 - Schienenkartell II) und kann auf Grundlage der Umstände des Einzelfalls ohnehin nur näherungsweise bestimmt werden. Insofern kommt dem mit der Verwendung von Pauschalierungsklauseln verfolgten und in § 309 Nr. 5 BGB grundsätzlich anerkannten Zweck, die Durchsetzung von

Schadensersatzansprüchen durch Verringerung von Zeitaufwand und Kosten zu rationalisieren (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juni 1982 - VIII ZR 89/81, NJW 1982, 2316, 2317; BT-Drucks. 7/3919, S. 29; Franck, ZHR 181 (2017), 955, 965), eine besondere Bedeutung zu (vgl. BGHZ 131, 356, 359 f.).

35 (b) Hinzu kommt, dass die Höhe des Schadens, der durch eine wettbewerbswidrige Absprache verursacht wird, von einer Vielzahl von Faktoren - unter anderem vom Grad der Marktabdeckung, der Dauer des Kartells und der Kartelldisziplin - abhängt, welche dem Klauselverwender als potentiell Geschädigtem einer Kartellabsprache bei Vertragsschluss typischerweise unbekannt sind und regelmäßig erst nach Aufdeckung einer solchen Absprache zu Tage treten. Daher stehen dem Verwender einer Pauschalierungsklausel im für die Bemessung der Schadenspauschale maßgeblichen Zeitpunkt typischerweise keine ausreichenden Daten zur Verfügung, um einen etwaigen eigenen zukünftigen Schaden auf Grundlage eines hypothetischen Wettbewerbspreises mit hinreichender Sicherheit zu ermitteln. Da zu erwarten ist, dass die im Zeitablauf wiederholte Aufdeckung unterschiedlicher Kartellabsprachen innerhalb einer bestimmten Branche - erst recht in einem bestimmten geographischen Markt - eher die Ausnahme bleibt, wird eine zuverlässige Ermittlung eines branchenüblichen Durchschnittsschadens typischerweise nicht gelingen können (vgl. Thoma/Bleier, KsZW 2015, 261, 263; Franck in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., § 33a GWB Rn. 120; Welzenbach, NZKart 2016, 356, 361 f.). Das Informationsdefizit des redlichen Klauselverwenders, der für den Fall einer Kartellabsprache auf dem relevanten Beschaffungsmarkt mit Hilfe der Pauschalierungsklausel eine effiziente Kompensation des aus dem vom unredlichen Vertragspartner begangenen Delikt resultierenden Vermögensschadens anstrebt, unterscheidet die in Rede stehenden Fälle von solchen, in denen mit der Pauschalierungsklausel ein Schaden abgegolten werden soll, welcher aus der Verletzung

einer vertragstypischen Pflicht resultiert und bei welchem sich der Klauselverwender zur Bemessung eines branchentypischen Durchschnittsschadens auf entsprechende Branchenerfahrungen und eigene Erfahrungswerte stützen kann.

36

(c) Bei der Bestimmung der Grenzen der nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zulässigen, auf kartellzivilrechtliche Schadensersatzansprüche bezogenen Pauschalierungsklauseln ist zudem das unionsrechtliche Gebot der effizienten Durchsetzung der Wettbewerbsregeln zu berücksichtigen, das sich unmittelbar aus Art. 101, 102 AEUV ergibt und das neben dem allgemeinen unionsrechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsgebot steht (vgl. dazu W.-H. Roth in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 92. Lieferung [November 2018], vor §§ 33 ff. Rn. 9). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union dienen kartellzivilrechtliche Schadensersatzansprüche dazu, die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln der Union zu erhöhen; sie sind zudem geeignet, die Marktteilnehmer von - oft verschleierte - Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus diesem Grund können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Union beitragen (grundlegend: EuGH, Urteil vom 20. September 2001 - C-453/99, EuZW 2001, 715 Rn. 27 - Courage). Daraus folgt, dass kartellzivilrechtliche Schadensersatzansprüche nicht nur im privaten Kompensationsinteresse (dazu EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006 - C-295/04, EuZW 2006, 529 Rn. 62 - Manfredi), sondern auch im öffentlichen Interesse am Schutz der wettbewerblichen Marktordnung mit einem Grad an Wirksamkeit durchsetzbar sein müssen, der sicherstellt, dass Unternehmen sie als regelmäßige und erwartbare Folge einer wettbewerbsbeschränkenden Handlung - ebenso wie bei anderen schwerwiegenden Delikten - in Rechnung stellen. Dem entspricht es, dass bereits der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle im Licht der Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs mit der Neufassung des § 33 GWB aF ein "effektives zivilrechtliches

Sanktionensystem" schaffen wollte, "von dem eine zusätzliche spürbare Abschreckungswirkung ausgeht" (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/3649, S. 35). Pauschalierungsklauseln der in Rede stehenden Art sind angesichts der genannten Schwierigkeiten der Schadensberechnung in besonderer Weise geeignet, die Durchsetzungskraft kartellzivilrechtlicher Schadensersatzansprüche zu erhöhen. Dem Interesse des Verwenders einer solchen Pauschalierungsklausel kommt vor diesem Hintergrund und insbesondere im Hinblick auf die Schwierigkeiten, denen er bei der Schadensberechnung ausgesetzt ist, besonderes Gewicht zu (vgl. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 307 BGB Rn. 136 ff.; Schweitzer/Woeste, *ssrn paper* 3695965, S. 27 ff. [abrufbar unter ssrn.com]; Thomas/Bleier, *KsZW* 2015, 261, 266; kritisch Franck, *ZHR* 181 (2017) 955, 980).

37

(d) Diese Besonderheiten verbieten einerseits den Schluss, Schäden infolge wettbewerbswidriger Absprachen seien grundsätzlich einer Pauschalierung nicht zugänglich (so aber BeckOK BGB/Becker, 56. Ed., § 309 Nr. 5 Rn. 39). Sie gestatten es andererseits aber auch nicht umgekehrt, bei der Inhaltskontrolle von Pauschalierungsklauseln generell auf eine Überprüfung zu verzichten, ob sich die Schadenspauschale an dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden orientiert (so aber OLG Thüringen, *NZKart* 2017, 540 Rn. 66 [aufgehoben durch BGHZ 224, 281 - Schienenkartell II]). Vielmehr folgt aus der typischen Interessenlage von Anspruchsteller und Anspruchsgegner des pauschalierten kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs, dass im Rahmen der klauselrechtlichen Überprüfung an die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorzunehmende (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2014 - VIII ZR 344/13, BGHZ 201, 363 Rn. 31) Bemessung der Schadenspauschale ein den Eigenarten der Bemessung und Abschätzung eines Kartellschadens angepasster Maßstab anzulegen ist.

38

Daher bedarf es jedenfalls dann, wenn es an hinreichenden empirischen Erkenntnissen für eine branchentypische Schadenshöhe fehlt, keiner Darlegung eines branchentypischen Durchschnittsschadens (Franck, ZHR 181 (2017), 955, 997; ders. in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., § 33a GWB Rn. 120; MünchKomm.BGB/Wurmnest, 8. Aufl., § 309 Nr. 5 Rn. 21). Eine Bezugnahme auf ökonomisch fundierte allgemeine Analysen kartellbedingter Preisaufschläge muss im Grundsatz genügen. Dabei kann unterstellt werden, dass jegliche empirische Untersuchung aufgrund der Komplexität des Preisbildungsmechanismus, der Vielfalt der Kartellabsprachen, der erheblichen Streubreite der zu beobachtenden Preisaufschläge und der begrenzten Verfügbarkeit hinreichend vergleichbarer Datensätze und in Abhängigkeit von der gewählten Betrachtungsweise allenfalls Näherungswerte abbilden und im Detail methodischen Zweifeln ausgesetzt sein kann (ausführlich dazu Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl., S. 90 ff.; Coppik/Heimeshoff, WuW 2020, 584 ff.). Unsicherheiten dieser Art sind jedoch bei der Ermittlung hypothetischer Marktpreise unvermeidlich und hindern nicht, unter kritischer und umfassender Würdigung der verfügbaren ökonomischen Erkenntnisse für die Zwecke der Bestimmung des nach dem Lauf der Dinge zu erwartenden kartellbedingten Schadens jedenfalls Aussagen darüber zu treffen, welche Differenz zwischen Angebotspreis und hypothetischem Marktpreis nach den verfügbaren Erkenntnissen der empirischen Ökonomie typischerweise wahrscheinlicher ist als eine größere oder kleinere andere Differenz.

39

(e) Es liegt dabei in der Natur der Sache, dass jede pauschalierte Abschätzung dieser Differenz zwischen Angebotspreis und hypothetischem Marktpreis sowohl mit der Gefahr einer Über- wie mit der Gefahr einer Unterkompensation des tatsächlich eingetretenen Schadens verbunden ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Klauselverwender gehalten wäre, schon bei der Pauschalierung selbst eine mögliche Überkompensation schlechthin oder zumindest weit-

gehend auszuschließen. Dergleichen gebietet auch nicht das allgemeine Schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nach §§ 249 ff. BGB, das im Grundsatz unionsrechtlich auch in Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2014/104/EU verankert ist. Diesem Gebot wird im vorliegenden Zusammenhang vielmehr dadurch in hinreichendem Maße Rechnung getragen, dass eine Pauschalierungsklausel dem an einer Kartellabsprache beteiligten Vertragspartner den Nachweis vorbehält, dass dem Verwender ein geringerer Schaden entstanden ist.

40 Müsste schon die Bestimmung der Höhe des pauschalierten Schadensersatzes eine mögliche Überkompensation des Schadens ausschließen, liefe dies in Widerspruch zu den legitimen Zwecken, die der Verwender mit der Pauschalierungsklausel verfolgt, darauf hinaus, die Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Ermittlung des hypothetischen Marktpreises einseitig zu Lasten des Klauselverwenders zu berücksichtigen. Eine Klausel, die dieses Risiko dem Vertragspartner überbürdet, steht jedenfalls dann mit den sich aus § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ergebenden Anforderungen in Einklang, wenn die pauschalierte Schadenshöhe nach den bei Vertragsschluss zur Verfügung stehenden Erkenntnissen gleichermaßen mit der Gefahr einer Über- wie einer Unterkompensation des Schadens verbunden ist und es beiden Vertragsparteien überlassen bleibt, jeweils einen ihr günstigeren hypothetischen Marktpreis und damit einen fehlenden oder geringeren oder aber einen höheren Schaden nachzuweisen.

41 Auch wenn damit dem Klauselgegner die Nachweisschwierigkeiten aufgebürdet werden, die mit der Feststellung eines hypothetischen Wettbewerbspreises verbunden sind, rechtfertigt sich diese vertraglich angeordnete Erschwernis damit, dass die Kartellabsprache, die die Ursache des Schadens bildet, in den Risikobereich des Klauselgegners fällt: Dieser ist für den Eingriff in die Freiheit des Wettbewerbsprozesses und für die sich daraus ergebende Störung des Preisbildungsmechanismus - der zentralen marktwirtschaftlichen Koordinierungsfunktion, auf deren Funktionsfähigkeit redliche Vertragspartner

bauen - ebenso verantwortlich wie für die daraus resultierende Schwierigkeit, den hypothetischen Marktpreis zu ermitteln, der sich ohne die Absprache eingestellt hätte. Zudem stehen dem Klauselgegner Informationen, die Rückschlüsse von den Auswirkungen der Kartellabsprache auf die Marktpreise zulassen, naturgemäß eher zur Verfügung als dem Klauselverwender (diese Informationsasymmetrie erkennt § 33g GWB an).

42 (3) Nach diesen Maßstäben ist die Annahme des Berufungsgerichts, die in Nr. 14 ZVB vorgesehene Pauschale von fünf Prozent der Abrechnungssumme übersteige nicht den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden, nicht zu beanstanden.

43 (a) Der Bundesgerichtshof hat in der Vergangenheit eine im Wortlaut nahezu identische Pauschalierungsklausel, die im Zusammenhang mit der Beauftragung von Bauleistungen verwendet worden ist und eine Schadenspauschale von drei Prozent der Auftragssumme vorsah, als im Einklang mit § 9 AGBG stehend erkannt (BGHZ 131, 356, 360), weil das Bundeskartellamt den durchschnittlichen Preisaufschlag bei Submissionsabsprachen im Baugewerbe auf 13 Prozent geschätzt hatte. Das Berufungsgericht hat sich auf Metastudien zu den Preiseffekten von Kartellabsprachen bezogen, die auf eine größere Anzahl von Schätzungen zurückgriffen und aus denen sich im Mittelwert deutlich höhere Preisauflschläge ergäben. Es hat damit ersichtlich insbesondere auf die von der Klägerin eingeführte, von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie Bezug genommen, nach der sich die durch eine Kartellabsprache verursachte Preiserhöhung im Mittelwert auf 20 Prozent und im Median auf 18 Prozent, bezogen auf den tatsächlich gezahlten Kaufpreis, belaufe, wobei der Mittelwert für Bieterkartelle mit 18 Prozent angegeben wird (Oxera Consulting Limited, Quantifying antitrust damages, Dezember 2009, S. 90, 92; vgl. auch Inderst/Thomas, aaO S. 89 ff.). Diese Untersuchungen rechtfertigen den

Schluss, dass die Schadenspauschale in Höhe von fünf Prozent der Abrechnungssumme nach den zur Verfügung stehenden Erkenntnissen der empirischen Ökonomie den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eintretenden Schaden nicht übersteigt. Die Revision zeigt weder Vortrag dazu auf, dass der Klägerin im hier maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses bessere Erkenntnisse zur Ermittlung eines solchen Schadens zur Verfügung standen, noch lässt sie erkennen, dass die Beklagten oder ihre Streithelferinnen den Ergebnissen der Oxera-Studie mit Substanz entgegengetreten wären. Die von der Revision geltend gemachten "ökonomischen Einwände" im Hinblick auf Modell- und Schätzfehler, einen etwaigen "Publikationsbias" und Zweifel im Hinblick auf die Übertragbarkeit auf Kartelle in Deutschland stehen in Ermangelung besserer Erkenntnisse - nicht nur im Zeitpunkt des Vertragsschlusses - einer Berücksichtigung dieser Studien nicht entgegen (Rn. 38).

44 Die Annahme des Berufungsgerichts steht im Übrigen - und ohne dass es im vorliegenden Fall entscheidend darauf ankäme - auch in Einklang mit weiteren Erkenntnissen der empirischen Ökonomie. Sie kann sich auf - im rechtsökonomischen Schrifttum rezipierte (Inderst/Thomas, aaO S. 87 ff.; Coppik/Heimeshoff, WuW 2020, 584 ff.; Franck, ZHR 181 (2017) 955, 994) - weitere Meta-Studien stützen, insbesondere auf solche, die mögliche Verzerrungen und Fehlinterpretationen aus dem verfügbaren Datenbestand der "Connor-Datenbank" (Connor, Price-Fixing Overcharges, 3rd Ed. (Februar 2014), ssrn paper 2400780 [abrufbar unter www.ssrn.com]), welche die Grundlage für zahlreiche der einschlägigen empirischen Studien bildet, durch verschiedene Gewichtungen im Rahmen einer Regressionsanalyse zu verringern suchen (insbes. Boyer/Kotchonie, How Much Do Cartel Overcharge?, Review of Industrial Organisation 47 (2015) 119 ff.). Danach wird der durchschnittliche Kartellaufschlag niedriger als in früheren Studien veranschlagt (vgl. dazu die Übersicht bei Coppik/Heimeshoff, WuW 2020, 584, 586; Inderst/Thomas, aaO S. 92 f.) und beläuft sich weltweit im Mittelwert auf 15 Prozent, im Median auf 16 Prozent, für

Kartelle in der Europäischen Union im Mittelwert auf 13,5 Prozent, im Median auf 14,08 Prozent, wobei allerdings der Mittelwert für Kartelle in der Union nach dem Jahr 1974 14,15 Prozent und der Median 15,86 Prozent beträgt (Boyer/Kotchonie, aaO S. 144).

45 (b) Vor diesem Hintergrund bezeichnet die in Rede stehende Schadenspauschale von fünf Prozent und ebenso eine solche mit einem Wert von maximal 15 Prozent - in Ermangelung besserer Erkenntnisse - einen vertretbaren und angemessenen Wert für eine Abschätzung der Abweichung des Angebotspreises vom hypothetischen Wettbewerbspreis, der einen angemessenen Ausgleich zwischen den aufgezeigten gegenläufigen Interessen der Vertragsparteien findet und von dem nicht angenommen werden kann, dass mit ihm die eigenen Interessen der Klägerin missbräuchlich auf Kosten des - im Anwendungsbereich der Klausel unredlichen - Vertragspartners ohne ausreichende Rücksicht auf dessen Interessen durchgesetzt werden.

46 (c) Eine unangemessene Benachteiligung ergibt sich - anders als die Revision meint - auch nicht aus dem Umstand, dass Nr. 14 ZVB unterschiedliche Schadensereignisse erfasst. Zwar hat der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit gelegentlich ausgesprochen, dass sich eine Pauschalierungsklausel, die unterschiedliche Arten von Verstößen erfasst, am geringsten denkbaren Verstoß zu orientieren hat (BGH, Urteil vom 21. März 1990 - VIII ZR 196/89, NJW-RR 1990, 1076, 1077). Die Klausel, die dieser Entscheidung zugrunde lag, ist in der Weite ihres Anwendungsbereichs aber mit der im Streitfall zu beurteilenden Klausel ebenso wenig vergleichbar wie im Hinblick auf die nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB maßgeblichen Interessenlagen. Zum einen erfasst die im Streitfall maßgebliche Klausel nach dem Ergebnis der gebotenen Auslegung nur Submissionsabsprachen und in ihrer Wirkung auf den Preisbildungsmechanismus vergleichbare Wettbewerbsverstöße, wodurch eine hinreichende Eingrenzung auf besonders gravierende Verhaltensweisen gegeben ist. Zum anderen sind im Streitfall die

Besonderheiten zu berücksichtigen, die mit dem Nachweis kartellbedingter Vermögensschäden verbunden sind. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass einer ins Detail gehenden Differenzierung zwischen unterschiedlichen Arten von Wettbewerbsverstößen innerhalb einer Pauschalierungsklausel Grenzen gesetzt sind. Dies folgt einerseits aus der Vielfalt möglicher Wettbewerbsbeschränkungen, zum anderen aus den nur sehr beschränkten Erkenntnismöglichkeiten über die aus derart unterschiedlichen Verstößen resultierenden, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schäden. Diese Umstände rechtfertigen es, dem Klauselverwender zu gestatten, eine gewisse Bandbreite von im Kern gleichgerichteten Verstößen zum Gegenstand der Pauschalierung zu machen und dem Klauselgegner das Risiko des Nachweises eines geringeren Schadens zuzuweisen.

47

(d) Soweit die Revision rügt, dass die auf die gesamte Abrechnungssumme aller Leistungen bezogene Pauschalierung in Fällen, in denen der Gesamtauftrag eine Vielzahl unterschiedlicher Leistungen umfasst, in denen aber nur ein Teil der gelieferten Produkte oder der erbrachten Dienstleistungen von einer Kartellabsprache betroffen ist, zu einer überhöhten Schadenssumme führe, ergibt sich aus den genannten Gründen ebenfalls keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners. Angesichts des strukturellen Informationsgefälles zwischen den Vertragspartnern im Hinblick auf Art und Umfang einer möglichen Kartellabsprache ist es dem redlichen Verwender nicht zumutbar, in der Pauschalierungsklausel Vorbehalte für den Fall vorzusehen, dass nur bestimmte Leistungen von der Kartellabsprache erfasst sind. Denn auch in einem solchen Fall lässt sich nicht ohne weiteres ausschließen, dass die Kartellabsprache auch die Preise beeinflusst hat, die der Vertragspartner für den nicht von der Absprache erfassten Teil seines Angebots geboten hat, etwa weil er sich aufgrund der Kartellabsprache des Auftrags sicher sein konnte. Für einen angemessenen Interessenausgleich genügt es vielmehr, wenn dem Vertragspartner der Nachweis

eines geringeren Schadens offensteht, indem ihm die Möglichkeit verbleibt, darzulegen und zu beweisen, dass ein Preishöhenschaden nur in Bezug auf einen bestimmten Teil der vertraglich geschuldeten Leistungen entstanden ist.

48 (e) Die Schadenspauschale verfehlt schließlich nicht deshalb den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden, weil sie - wie die Revision meint - nicht berücksichtigt, dass der Einwand der Abwälzung kartellbedingt überhöhter Preise ("pass-on") den Schaden verringere. Die Weiterwälzung eines durch Eingehung des Vertrages bereits entstandenen Schadens ist nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu beurteilen, für deren Voraussetzungen der Schädiger die Darlegungs- und Beweislast trägt (BGH, Urteil vom 19. Mai 2020 - KZR 8/18, WuW 2020, 597 Rn. 50 - Schienenkartell IV). Ungeachtet des Umstandes, dass eine Berücksichtigung des Einwands der Vorteilsausgleichung nicht regelhaft erfolgt (BGH, WuW 2021, 37 Rn. 48 - Schienenkartell V) und daher bei Verwendung einer Pauschalierungsklausel nicht als typischer Minderungsposten zu berücksichtigen ist, kommt der Einwand jedenfalls nur dann in Betracht, wenn sich der Schädiger auf die Weiterwälzung des Schadens beruft. Vor diesem Hintergrund werden verständige und redliche Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise (oben Rn. 24) die Klausel nicht dahin verstehen, dass der als Prozentsatz der Abrechnungssumme berechnete Pauschalbetrag bereits berücksichtigt, dass eine Schadensweiterwälzung stattgefunden hat (a.A. Franck, ZHR 181 (2017), 955, 966). Nach dem maßgeblichen Verständnis der vernünftigen und redlichen Vertragspartner findet dieser schadensmindernde Einwand im Rahmen der Regelung nach Nr. 14 ZVB seine systematisch zutreffende Berücksichtigung vielmehr darin, dass dem Schädiger auch insoweit der Nachweis eines geringeren Schadens vorbehalten bleibt.

49 c) Die Pauschalierungsklausel verstößt nicht gegen das Transparenzgebot im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann sich

eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders insbesondere daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

50 aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben verpflichtet, die Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Er muss einerseits die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Der Vertragspartner soll andererseits ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte und Pflichten feststellen können, damit er die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen bei Vertragsschluss hinreichend erfassen kann und nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Die Klausel muss nicht nur in ihrer Formulierung verständlich sein, sondern auch die mit ihr verbundenen wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen soweit wie möglich verdeutlichen (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 1. Oktober 2019 - VI ZR 156/18, NJW-RR 2020, 112 Rn. 23, mwN). Diese Grundsätze sind bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr gleichfalls zu beachten (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2017 - XII ZR 1/17, NJW-RR 2018, 198 Rn. 13).

51 bb) Nach diesen Maßstäben stellt sich die in Nr. 14 ZVB getroffene Pauschalierungsabrede nicht als intransparent dar.

52 (1) Die Regelung ist insbesondere nicht deshalb intransparent, weil die Klausel zur Berechnung der Schadenspauschale auf den Begriff der "Abrechnungssumme" Bezug nimmt und damit offenbleibt, ob als Basis der Schadensberechnung der Brutto- oder der Nettorechnungsbetrag zugrunde zu legen ist. Die Abrechnungssumme ist ein im Auftragswesen vielfach verwendeter Begriff (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 1987 - VII ZR 155/86, BGHZ 101, 357, 361;

Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 73/98, NJW 1999, 1108). Die Auslegung der Klausel am Maßstab der oben benannten Grundsätze ergibt, dass sie im hier maßgeblichen unternehmerischen Verkehr ohne Weiteres dahin zu verstehen ist, dass Berechnungsgrundlage für die Schadenspauschale die Abrechnungssumme ohne Einschluss der Umsatzsteuer ist, weil im unternehmerischen Verkehr die Vertragspartner typischerweise zum Vorsteuerabzug berechtigt sind.

53 (2) Intransparent ist die Regelung gemäß Nr. 14 ZVB zudem nicht deshalb, weil sich die Klausel, wie die Revision meint, nicht dazu verhält, ob von der für die Schadensberechnung maßgeblichen Abrechnungssumme von dem Auftragnehmer gewährte Skonti in Abzug zu bringen sind. Die Abrechnungssumme meint, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, den in der Rechnung ausgewiesenen Betrag vor Skontoabzug.

54 2. Soweit das Berufungsgericht danach im Ergebnis mit Recht die in Nr. 14 ZVB enthaltene Schadenspauschalierungsklausel angewandt hat, erweist sich allerdings die nachfolgende Prüfung der Frage, ob die Beklagten einen geringeren Schaden als einen vertraglich vereinbarten Pauschalbetrag oder einen gänzlich fehlenden Schaden ausreichend dargelegt und bewiesen haben, als rechtsfehlerhaft.

55 a) Das Berufungsgericht ist zunächst zu Unrecht davon ausgegangen, dass die von ihm angewandte Schadenspauschalierungsklausel nur dann Bedeutung erlangt, wenn es der Klägerin zuvor gelungen ist, zur Überzeugung des Gerichts darzulegen und nachzuweisen, dass ihr (überhaupt) ein Schaden entstanden ist.

56 Ist ein Schadensersatzanspruch - wie hier - dem Grunde nach entstanden und eine wirksame Pauschalierungsklausel vereinbart, trägt der Schädiger die Darlegungs- und Beweislast nicht nur für eine geringere Höhe des Schadens, sondern auch dafür, dass kein Schaden entstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom

14. April 2010 - VIII ZR 123/09, BGHZ 185, 178 Rn. 20 f.; Urteil vom 5. Mai 2011 - VII ZR 161/10, NJW 2011, 3030 Rn. 13; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, Neubearbeitung 2019, § 309 Nr. 5 Rn. 19; Roloff/Looschelders in Erman, BGB, 16. Aufl., § 309 Rn. 49). Insoweit kann eine einheitliche Prüfung vorgenommen werden, weil sich die Frage nach der Höhe des Schadens - jedenfalls für die Zwecke des Ausspruchs über den bezifferten Leistungsantrag - nicht von der Frage trennen lässt, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist (vgl. BGHZ 224, 281 Rn. 54 - Schienenkartell II).

57 Die Notwendigkeit einer gesonderten Feststellung, dass dem Geschädigten - hier der Klägerin - überhaupt ein Schaden in irgendeiner Höhe entstanden ist, ergibt sich nur für die hier nicht vorliegende besondere Situation des Erlasses eines Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs nach § 304 ZPO (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urteil vom 9. Juni 1994 - IX ZR 125/93, BGHZ 126, 217, 219 mwN). Da dem Schädiger bei Vereinbarung einer Pauschalierungsklausel der Nachweis offensteht, dass kein Schaden entstanden ist, reicht zur Erfüllung dieser - prozessualen - Voraussetzung für ein Grundurteil ein bloßer Verweis auf die Schadenspauschalierungsklausel nicht aus (zu dieser Fallgestaltung BGHZ 224, 281 Rn. 52 f. - Schienenkartell II; BGH, Urteil vom 10. Februar 2021 - KZR 94/18, z. Veröffent. best.).

58 b) Das Berufungsgericht hat zudem die Maßstäbe verkannt, die für seine Überzeugungsbildung hinsichtlich der Frage gelten, ob der Schädiger einen geringeren Schaden als den Pauschalbetrag oder einen gänzlich fehlenden Schaden ausreichend dargelegt und bewiesen hat.

59 aa) Das Berufungsgericht ist bei seiner Prüfung, ob der Klägerin überhaupt ein Schaden entstanden ist, zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Beweis des ersten Anscheins zugunsten der Klägerin dafür streite, dass die von der Klägerin gezahlten Preise höher gewesen seien als sie gewesen wären, wenn die Beklagte sich nicht am vorliegenden Kartell beteiligt hätte. Diese Annahme

steht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht im Einklang, weil es - wie der Bundesgerichtshof allerdings erst nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat - bei einem Quoten- und Kundenschutzkartell, wie es hier in Rede steht, an der dafür erforderlichen Typizität des Geschehensablaufs fehlt (BGH, NZKart 2019, 101 Rn. 57 - Schienenkartell I).

60 bb) Vor diesem Hintergrund kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich das Berufungsgericht auch bei der Prüfung der Frage, ob den Beklagten der Nachweis eines geringeren oder gänzlich fehlenden Schadens gelungen ist, von einem unzutreffenden Maßstab hat leiten lassen.

61 (1) An den dem Schädiger obliegenden Nachweis eines ihm günstigeren, weil zu einem geringeren oder keinem Schaden führenden hypothetischen Marktpreises dürfen bei Vereinbarung einer Schadenspauschalierungsklausel keine anderen oder höheren Anforderungen gestellt werden als diejenigen, die umgekehrt für die Darlegung und den Beweis des hypothetischen Marktpreises durch den Geschädigten gelten, wenn keine Schadenspauschalierung vereinbart ist oder der Geschädigte einen die Pauschale überschreitenden Schaden behauptet. Für diese Prüfung kommt es darauf an, ob sich der Tatrichter auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung sämtlicher, von beiden Parteien vorgebrachten Indizien eine am Maßstab des § 287 ZPO zu messende Überzeugung zu einem hypothetischen Marktpreis bilden kann, auf dessen Grundlage die Kartellabsprache nur einen geringeren als den pauschalierten oder überhaupt keinen Schaden verursacht hat. Für diese Gesamtwürdigung gelten auch im Rahmen des vom Schädiger bei einer wirksamen Schadenspauschalierung darzulegen- und nachzuweisenden fehlenden oder geringeren Schadens die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgestellten Maßstäbe (BGHZ 224, 281 Rn. 34 ff. - Schienenkartell II). Gelingt ihm danach die Darlegung und der Nachweis eines geringeren oder eines fehlenden Schadens nicht, muss sich der Schädiger an dem pauschalierten Betrag festhalten lassen.

62 (2) Dass das Berufungsgericht die danach gebotene Gesamtwürdigung sämtlicher vorgebrachter Indizien vorgenommen hat, lässt sich dem angegriffenen Urteil nicht entnehmen.

63 V. Fehlt es damit an verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen, die den Schluss tragen, dass der Klägerin ein Schaden in zuerkannter Höhe entstanden ist, hat auch der Feststellungsausspruch des Berufungsgerichts keinen Bestand.

64 C. Da sich das Urteil des Berufungsgerichts nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO), ist es insoweit aufzuheben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist (§ 562 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil er der vom Tatrichter vorzunehmenden Würdigung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls nicht vorgreifen kann. Die Sache ist daher zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück-

zuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Dabei wird das Berufungsgericht ein Mitverschulden der Klägerin an der Schadensentstehung erneut verneinen können (vgl. BGH, NZKart 2019, 101 Rn. 91 - Schienenkartell I; Urteil vom 19. Mai 2020 - KZR 70/17, WuW 2020, 595 Rn. 40 f. - Schienenkartell III). Ebenfalls wird es davon ausgehen können, dass die geltend gemachten Ansprüche nicht verjährt sind (vgl. Urteil vom 11. Dezember 2018 - KZR 26/17, juris Rn. 94 - Schienenkartell I).

Meier-Beck

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Rombach

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 16.12.2014 - 16 O 384/13 Kart -

KG Berlin, Entscheidung vom 28.06.2018 - 2 U 13/14 (Kart) -