



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 42/20

Verkündet am:
29. November 2022
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

Schlecker

GWB 2005 § 33 Abs. 3 (= § 33b GWB); ZPO § 287

Ein kartellrechtswidriger Austausch zwischen Wettbewerbern über geheime Informationen, die das aktuelle oder geplante Preissetzungsverhalten gegenüber einem gemeinsamen Abnehmer zum Gegenstand haben, begründet zugunsten dieses Abnehmers den Erfahrungssatz, dass die danach erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne die Wettbewerbsbeschränkung gebildet hätten (Fortführung von BGH, Urteil vom 13. April 2021 - KZR 19/20, WRP 2021, 1588 Rn. 26 - LKW-Kartell II mwN).

BGH, Urteil vom 29. November 2022 - KZR 42/20 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

ECLI:DE:BGH:2022:291122UKZR42.20.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 2022 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kirchhoff, den Richter Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker, Dr. Rombach und Dr. Vogt-Beheim

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 12. Mai 2020 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger nimmt als Insolvenzverwalter über das Vermögen des Anton Schlecker e. K. i. L. (im Folgenden: Schlecker) die Beklagten als Gesamtschuldner auf Ersatz kartellbedingten Schadens im Zusammenhang mit dem Erwerb von Drogeriemarkenartikeln in Anspruch.
- 2 Die Beklagten und die Streithelferinnen stellen Drogeriemarkenartikel her und vertreiben diese. Sie waren Mitglieder des Arbeitskreises "Körperpflege,

Waschmittel, Reinigungsmittel" (im Folgenden: Arbeitskreis) des Markenverbandes e.V., eines branchenübergreifenden Spitzenverbands zur Förderung des Wettbewerbs zwischen Industrie und Handel. Schlecker gehörte bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 28. März 2012 zu den größten deutschen Drogeriefilialisten und war lange Zeit mit Abstand Marktführer im Bereich des Handels mit Drogerieartikeln für Endverbraucher im deutschen Markt.

3 In den Jahren zwischen 2000 und 2012 vertrieben die Hersteller von Drogeriemarkenartikeln ihre Produkte zu 90 % über Drogerie- und Lebensmittelgeschäfte (im Folgenden: Einzelhandel). Die Hersteller waren in besonders hohem Maße darauf angewiesen, dass die von ihnen angebotenen Drogerieartikel dort "gelistet", also im Sortiment geführt wurden. Der Einzelhandel konnte aufgrund seiner Nachfragemacht den auf dem Absatzmarkt herrschenden Preisdruck durch mehrere Mechanismen, etwa Rabattforderungen, Androhung von Auslistungen und Reduzierung der abgenommenen Menge oder von Werbeaktionen, auf die Hersteller abwälzen.

4 Die Preisbildung auf dem Beschaffungsmarkt erfolgte bilateral in sogenannten Jahresgesprächen zwischen dem Einzelhändler und dem jeweiligen Hersteller, die sich über mehrere Monate hinzogen und im Abschluss einer Jahresvereinbarung mündeten. Die Vereinbarung umfasste alle Produkte, die ein Lieferant an den betreffenden Einzelhändler veräußerte. Die Hersteller übermittelten dem Einzelhandel üblicherweise einige Monate vor, spätestens zu Beginn der Jahresgespräche neue, von ihnen einseitig festgelegte Bruttopreise in sortimentsübergreifenden Listen. Hiervon ausgehend wurde über Rabatte, Skonti, Rückvergütungen, Werbeaktionen, Werbekostenzuschüsse und sonstige Vergütungen (im Folgenden: Nachlässe) verhandelt. Der vom Einzelhändler effektiv zu zahlende Preis ergab sich aus dem Listenpreis des Herstellers abzüglich der in der Jahresvereinbarung vereinbarten Nachlässe.

5 Mit Bescheiden vom 8. Dezember 2008, 22. März 2012 und 14. März 2013 verhängte das Bundeskartellamt gegen die Beklagten und den Markenverband e.V. Bußgelder. Nach den Feststellungen der bestandskräftigen Bußgeldbescheide verstießen die Beklagten gemeinsam mit den Streithelferinnen - in unterschiedlichem zeitlichen und sachlichen Umfang - durch ihre Beteiligung an einem zwischen dem 31. März 2004 und 23. November 2006 im Arbeitskreis praktizierten Informationsaustausch gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen.

6 Der Kläger macht geltend, Schlecker habe aufgrund des Kartells überhöhte Preise zahlen müssen. Die von Schlecker gezahlten Nettoeinkaufspreise seien je nach Produktgruppe und Hersteller zwischen 4,13 % und 18,38 % überhöht gewesen. Er hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihm wegen des Bezugs von kartellbedingt überteuerten Waren im Zeitraum von März 2004 bis Dezember 2007 Schadensersatz in einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Höhe, mindestens 212.200.000 € zuzüglich Gutachterkosten in Höhe von 580.483,19 €, jeweils nebst Zinsen, zu zahlen sowie ihn von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 137.589,50 € freizustellen.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der vom Senat zugelassenen Revision, der die Beklagten entgegneten, verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die zulässige Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 I. Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt am Main, NZKart 2020, 389) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

- 10 Zwar stehe nach den bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts fest, dass die Beklagten gegen das Kartellverbot gemäß Art. 81 EGV und § 1 GWB verstoßen hätten. Schlecker sei auch von dem Kartell betroffen gewesen. Auch unter Berücksichtigung von Erfahrungssätzen ergebe eine umfassende Würdigung aller von den Parteien - einschließlich gutachterlicher Stellungnahmen - vorgebrachten und den Feststellungen des Bundeskartellamts zu entnehmenden indiziellen Umstände jedoch keine hinreichende Wahrscheinlichkeit für einen kartellbedingten Schaden Schleckers.
- 11 Soweit das Bundeskartellamt in einzelnen Bußgeldbescheiden ausgeführt habe, dass die Kartellbeteiligten einen Wissensvorsprung erhalten hätten, den sie zum Nachteil ihrer Abnehmer genutzt und damit für sie vorteilhaftere Abschlüsse erzielt hätten, nehme diese Einschätzung weder an der Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB 2005 teil, noch weise sie einen konkreten Tatsachegehalt auf.
- 12 Es sei zweifelhaft, ob der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannte Erfahrungssatz, dass die im Rahmen eines Kartells erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache bildeten, auf den hier sanktionierten Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen Anwendung finde. Dies könne jedoch offenbleiben. Dem Erfahrungssatz komme jedenfalls kein maßgebliches Gewicht zu, weil zahlreiche Indizien einer preissteigernden Wirkung entgegenstünden. Innerhalb eines Zeitraums von nur zweieinhalb Jahren seien auf insgesamt 15 Treffen zwar nicht veröffentlichte Informationen ausgetauscht worden. Jedoch hätten nicht nur die jeweilige Teilnahme an den Treffen unter den Beklagten und Streithelferinnen, sondern auch der Gegenstand des Austauschs, die betroffenen Märkte und Wettbewerbsverhältnisse sowie Geber und Empfänger der Informationen variiert. Nicht auf jeder Sitzung seien zudem Informationen zu Schlecker ausgetauscht worden. Der Austausch habe nicht einen oder einige wenige Märkte betroffen, vielmehr sei er produktübergreifend angelegt gewesen. Hinzu komme, dass die

mitgeteilten Informationen keinen direkten Produktbezug aufgewiesen hätten und hochaggregiert gewesen seien.

13 Es gelte zwar der Erfahrungssatz, dass Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen berücksichtigen. Ob der Wissensvorsprung nachteilige Auswirkungen auf die Marktgegenseite habe, hänge jedoch vor allem von den wirtschaftlichen Bedingungen auf den relevanten Märkten und den Eigenschaften der ausgetauschten Informationen ab. Wegen der Ambivalenz der ausgetauschten Informationen sei eine negative Auswirkung auf den Preiswettbewerb nicht zwangsläufig.

14 Es gebe keine verlässlichen Rückschlüsse auf einen durch den Informationsaustausch verursachten Nachteil Schleckers. Den Feststellungen des Bundeskartellamts lasse sich keine Koordinierung hinsichtlich des Preises, des Zeitpunkts einer Preiserhöhung oder der prozentualen Erhöhung entnehmen. Auch die Qualität und Dichte der ausgetauschten Informationen, die Nachfragemacht von Schlecker sowie die fehlende Kartelldisziplin sprächen dagegen, dass sich der Informationsaustausch nachteilig auf die von Schlecker gezahlten Preise ausgewirkt habe.

15 Im Übrigen setzten nachteilige Auswirkungen auf die in Rede stehenden Beschaffungsvorgänge voraus, dass der Wettbewerb unter den Beklagten und Streithelferinnen durch die festgestellten Kartellrechtsverstöße ausgeschlossen oder eingeschränkt worden sei. Dies sei von vornherein für solche Waren ausgeschlossen, die nur von einem der Mitglieder vertrieben worden seien. Dasselbe gelte für diejenigen Produktgruppen, bei denen die Streithelferinnen bilaterale Preisabsprachen getroffen hätten, weil sich insoweit nicht erkennen lasse, dass der Informationsaustausch für einen Preisnachteil von Schlecker mitursächlich sei. Dieser stelle vielmehr eine im tatbestandlichen Erfolg nicht enthaltene Reserveursache dar. Hinsichtlich der Beschaffungsvorgänge, die außerhalb der vom Bundeskartellamt abgegrenzten Produktmärkte lägen, könne sich der Kläger nicht auf die Bindungswirkung berufen.

16 Der Kläger könne auch mit Hilfe der von ihm vorgelegten Gutachten nicht belegen, dass Schlecker durch den Informationsaustausch ein Schaden entstanden sei. Es sei zweifelhaft, ob darin Inhalt und Reichweite des streitgegenständlichen Informationsaustauschs richtig erfasst oder Absprachen zugrunde gelegt würden, die tatsächlich nicht getroffen worden seien. Die umfassende Auswertung des Sachvortrags der Parteien und der vorgelegten Privatgutachten begründe durchgreifende Zweifel in Bezug auf die Anknüpfungstatsachen, die der ökonomischen Analyse zugrunde liegen. Da der Kläger somit nicht substantiiert habe darlegen können, dass ihm überhaupt ein Kartellschaden entstanden sei, habe kein Anlass bestanden, seinem Antrag auf Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens nachzugehen.

17 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung in mehreren entscheidenden Punkten nicht stand. Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann ein Schadensersatzanspruch des Klägers nicht verneint werden.

18 1. Ohne Rechtsfehler ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass als mögliche Anspruchsgrundlagen § 33 Satz 1, Halbsatz 2 GWB in der vom 1. Januar 1999 bis 30. Juni 2005 geltenden Fassung (BGBl. I S. 2546, GWB 1999) i.V.m. § 1 GWB (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2018 - KZR 26/17, NZKart 2019, 101 Rn. 44 - Schienenkartell I) und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 101 AEUV (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 - KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 13 - ORWI; de Barros, NZKart 2020, 414) und § 33 Abs. 3 GWB in der vom 1. Juli 2005 bis 8. Juni 2017 geltenden Fassung (BGBl. I S. 3220, GWB 2005) i.V.m. § 33 Abs. 1 GWB in Betracht kommen. Danach ist derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Art. 81, 82 EGV (jetzt: Art. 101, 102 AEUV) verstößt, zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet.

19 2. Mit Recht hat das Berufungsgericht einen schuldhaften Verstoß der Beklagten gegen Art. 81 EGV (jetzt: Art. 101 AEUV) und § 1 GWB angenommen.

20 a) Das Bundeskartellamt hat in den gegen die Beklagten ergangenen Bußgeldbescheiden festgestellt, dass in Sitzungen des Arbeitskreises nicht öffentliche wettbewerbsrelevante Informationen ausgetauscht wurden und dass diese Abstimmung sich auf ihr Marktverhalten auswirkte. Es hat eine bezweckte, jedenfalls aber eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung bejaht, die spürbar und geeignet war, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.

21 aa) Gegenstand des Informationsaustauschs waren beabsichtigte kundenübergreifende Bruttopreiserhöhungen sowie die Durchsetzung angekündigter Bruttopreiserhöhungen. Dabei wurde mitgeteilt, ob eine Preiserhöhung beabsichtigt war, und, falls ja, zu welchem Zeitpunkt sowie teilweise in welchem Umfang und zum Teil bezogen auf welches Produktsegment. Der Austausch betraf zudem den aktuellen Stand der Verhandlungen mit ausgewählten großen Einzelhändlern bei Jahresgesprächen, insbesondere hinsichtlich der Veränderungen vereinbarter Rabatte und vom Einzelhandel begehrter Sonderforderungen, unter Offenlegung beider Verhandlungsparteien, des eigenen Angebotsverhaltens sowie der Vertragsabschlüsse. Darüber hinaus bezog sich der Informationsaustausch auf wesentliche Kennzahlen der vertrieblichen Tätigkeit.

22 bb) Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts gab es insgesamt 15 Sitzungen im Zeitraum zwischen dem 31. März 2004 und dem 23. November 2006. Die Beteiligung der Beklagten zu 3, 5, 6 und 7 erstreckte sich dabei nicht über den gesamten Zeitraum. Den Feststellungen der einzelnen Bußgeldbescheide lässt sich entnehmen, dass nicht durchweg alle Beklagten auf den Sitzungen vertreten waren und auch nicht immer alle vorstehenden Themen im Allgemeinen wie im Besonderen zu Schlecker besprochen wurden, vielmehr die Inhalte, die Beteiligten und Empfänger sowie Geber der einzelnen Informationen unterschiedlich waren. So ist etwa in dem gegen die Beklagte zu 7 ergangenen Bußgeldbescheid nicht festgestellt, dass sich diese an einem Austausch über beabsichtigte kundenübergreifende Bruttopreiserhöhungen und deren Durchsetzung beteiligt hat. Ferner ist in den die Beklagten zu 1, 5 und 7 betreffenden

Bescheiden nicht festgestellt, dass sie sich über das Bestehen und die Höhe der Sonderforderungen ausgetauscht haben. Eine Beteiligung an einem Austausch über wesentliche Kerngrößen vertrieblicher Tätigkeit durch die Behandlung von Zahlungszielen und die Teilnahme an Benchmark-Studien wird nicht allen Beklagten angelastet.

23 cc) Diese Abstimmung wirkte sich laut den Bußgeldbescheiden auf das Marktverhalten aus. Der Austausch über Zeitpunkt und teilweise Umfang geplanter Listenpreiserhöhungen sowie die Informationen zum Stand der Verhandlungen in den Jahresgesprächen und hinsichtlich der Sonderforderungen führten nach den Feststellungen des Bundeskartellamts unter anderem in dem gegen die Beklagte zu 2 ergangenen Bußgeldbescheid dazu, dass die Kartellbeteiligten die Ungewissheiten über ihr Marktgeschehen verringerten und ihre jeweilige Preis- und Verhandlungsstrategie den Gegebenheiten anpassten.

24 b) Die Feststellungen in den Bußgeldbescheiden sind für den jeweiligen Adressaten des Bußgeldbescheides für den vorliegenden Rechtsstreit bindend (§ 33 Abs. 4 GWB 2005 [= § 33b GWB]).

25 aa) In sachlicher Hinsicht erstreckt sich die Bindungswirkung auf die rechtliche und tatsächliche Feststellung des Kartellrechtsverstoßes und erfasst alle im vorangegangenen Verfahren getroffenen tatsächlichen Feststellungen, die den Lebenssachverhalt bilden, bezüglich dessen ein Kartellrechtsverstoß festgestellt wurde, und die seine rechtliche Einordnung als Verstoß tragen (vgl. BGH, Urteile vom 12. Juli 2016 - KZR 25/14, BGHZ 211, 146 Rn. 12, 14 f. - Lottoblock II; vom 23. September 2020 - KZR 35/19, BGHZ 227, 84 Rn. 24 - LKW-Kartell I).

26 bb) In persönlicher Hinsicht beschränkt sich die Bindungswirkung für jeden Beklagten auf den gegen ihn ergangenen Bußgeldbescheid, wenn er an dem Verfahren der anderen Beklagten nicht beteiligt war. Dies gilt jedenfalls, soweit zwischen den Beklagten keine wirtschaftliche Einheit besteht (vgl. zu Art. 16

Abs. 1 VO 1/2003: EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 - C-882/19, WuW 2021, 637 Rn. 55 - Sumal). Dem hat das Berufungsgericht Rechnung getragen. Es hat hinsichtlich der Art und des Umfangs der Beteiligung der jeweiligen Beklagten nach dem Inhalt des jeweiligen Bußgeldbescheides differenziert und beispielsweise berücksichtigt, dass die Beklagten zu 7 nach den Feststellungen des gegen sie ergangenen Bußgeldbescheides an dem Austausch über beabsichtigte kundenübergreifende Bruttopreiserhöhungen und ihre Durchsetzung nicht beteiligt war und die Beklagten zu 1, 5 und 7 sowie einige Streithelferinnen nach den jeweiligen Bußgeldbescheiden an dem Austausch über die Sonderforderungen nicht beteiligt waren.

27 c) Auch das erforderliche Verschulden liegt vor. Aufgrund der bindend festgestellten Tatsachen hinsichtlich Art und Umfang des Kartellrechtsverstoßes ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Beklagten vorsätzlich handelten. Hierfür genügt, dass sie nicht in Unkenntnis darüber sein konnten, dass das ihnen zur Last gelegte Verhalten eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckte oder bewirkte (vgl. EuGH, Urteil vom 11. Juli 1989 - 246/86, WuW/E EWG/MUV 865 Rn. 41).

28 3. Das Berufungsgericht hat ferner zutreffend Schlecker als von dem Kartell betroffen angesehen.

29 a) Die Kartellbetroffenheit, die Voraussetzung des haftungsbegründenden Tatbestandes eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs ist, setzt lediglich voraus, dass das wettbewerbsbeschränkende Verhalten geeignet ist, einen Schaden des Anspruchstellers unmittelbar oder mittelbar zu begründen. Für die Feststellung dieser Voraussetzung gilt der Maßstab des § 286 ZPO. Auf die weitergehende Frage, ob sich der Kartellrechtsverstoß auf den in Rede stehenden Beschaffungsvorgang, welchen der Anspruchsteller seinem Schadensersatzbegehren zugrunde legt, tatsächlich ausgewirkt hat und das Geschäft damit in diesem Sinn "kartellbefangen" oder "kartellbetroffen" war, kommt es bei der Prüfung der haftungsbegründenden Kausalität hingegen nicht an. Es bedarf

daher nicht der Feststellung einer konkret-individuellen Betroffenheit (st. Rspr., vgl. zuletzt BGHZ 227, 84 Rn. 31 mwN - LKW-Kartell I; BGH, Urteile vom 23. September 2020 - KZR 4/19, WuW 2021, 37 Rn. 16 f. - Schienenkartell V; vom 10. Februar 2021 - KZR 63/18, BGHZ 229, 1 Rn. 15 - Schienenkartell VI; vom 13. April 2021 - KZR 19/20, WRP 2021, 1588 Rn. 21 - LKW-Kartell II; vom 28. Juni 2022 - KZR 46/20, NZKart 2022, 641 Rn. 24 - Stahl-Strahlmittel).

30 b) Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat zutreffend angenommen, dass diese Voraussetzungen im Streitfall erfüllt sind, weil Schlecker von den am Kartell beteiligten Unternehmen Waren erworben hat, welche Gegenstand des Kartells waren (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - KZR 24/17, BGHZ 224, 281 Rn. 25 - Schienenkartell II).

31 4. Ohne Erfolg bleibt die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte bereits nach den bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts von einer kartellbedingten Preissteigerung und damit einem bei Schlecker eingetretenen Schaden ausgehen müssen.

32 a) Die Bindungs- oder Feststellungswirkung des Bußgeldbescheids nach § 33 Abs. 4 GWB 2005 erstreckt sich lediglich auf alle Feststellungen tatsächlicher und rechtlicher Natur, mit denen die Wettbewerbsbehörde einen Verstoß gegen das materielle Wettbewerbsrecht begründet (st. Rspr., BGHZ 211, 146 Rn. 14, 18 f - Lottoblock II; BGHZ 227, 84 Rn. 24 - LKW-Kartell I). Darüber hinausgehende Beschreibungen und Erwägungen erfasst sie hingegen nicht, und auch Fragen der Schadenskausalität sowie der Schadenshöhe nehmen nicht an ihr teil, sondern unterliegen der freien Beweiswürdigung des Gerichts (BGHZ 227, 84 Rn. 24 - LKW-Kartell I; BGH, WRP 2021, 1588 Rn. 18 - LKW-Kartell II; vgl. zu Art. 16 VO 1/2003: EuGH, Urteil vom 6. November 2012 - C-199/11, WuW/E EU-R 2566 Rn. 65).

33 b) Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, eine nachteilige Wirkung des Informationsaustauschs für Schlecker

stehe nicht mit Bindungswirkung fest. Soweit das Bundeskartellamt in einigen Bußgeldbescheiden ausgeführt hat, die Kartellbeteiligten erhielten durch den Informationsaustausch einen Wissensvorsprung, den sie zum Nachteil ihrer Abnehmer nutzten, ist dies für die Bejahung eines Verstoßes gegen Art. 81 EGV (jetzt: Art. 101 AEUV) nicht tragend.

34 aa) Notwendige aber hinreichende Bedingung einer abgestimmten Verhaltensweise ist nur, dass sich die Abstimmung von Wettbewerbern auf deren Marktverhalten auswirkt (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juli 2020 - KRB 99/19, BGHSt 65, 75 Rn. 20, 85 - Bierkartell). Für die abgestimmte Verhaltensweise ist nicht erforderlich, dass das Marktverhalten bei dem Abnehmer einen Nachteil herbeiführt (vgl. EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, C-8/08, Slg. 2009, I-4529 = WuW/E EU-R 1589 Rn. 28-30 - T-Mobile Netherlands u.a./NMa). Insoweit ist Gegenstand der Bindungswirkung allein, dass die Kartellbeteiligten den Wissensvorsprung nutzten, nicht aber ein dadurch verursachter Nachteil zu Lasten der Abnehmer.

35 bb) Der vom Bundeskartellamt festgestellte Nachteil ist auch nicht tragend für seine Annahme, es liege eine Wettbewerbsbeschränkung vor.

36 (1) Da für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung keine konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb festgestellt werden müssen, hat das Bundeskartellamt in den gegen die Beklagten ergangenen Bescheiden die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung allein auf die Feststellung gestützt, dass die Vereinbarung, sich auf den Sitzungen des Arbeitskreises über wettbewerbsrelevante sensible Informationen auf vertraulicher Basis auszutauschen, das Potential hatte, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten. Dies entspricht der Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs (vgl. EuGH, Slg. 2009, I-4529 Rn. 28-30 - T-Mobile Netherlands u.a./NMa; Urteile vom 11. September 2014 - C-67/13 P, WuW/E EU-R 3090 Rn. 50 - Groupement des cartes bancaire/Kommission; vom 2. April 2020 - C-228/18, WuW 2020, 261 Rn. 35 - Visa und Mastercard Ungarn, jeweils mwN).

37 (2) Tragend für die vom Bundeskartellamt außerdem angenommene bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist allein die Feststellung, der Austausch der Informationen über die Verhandlungen mit den Einzelhändlern habe den Grad der Ungewissheit über das fragliche Marktgeschehen - einschließlich des von Wettbewerbern beabsichtigten Marktverhaltens - erheblich verringert (vgl. Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. EG Nr. C 101/97, vom 27. April 2004, Rn. 24 und zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU Nr. C 11/1, vom 14. Januar 2011, Rn. 75, im Folgenden: Horizontalleitlinien).

38 5. Jedoch beruht die Annahme des Berufungsgerichts, es könne sich keine Überzeugung von einem Schaden Schleckers bilden, auf Rechtsfehlern.

39 a) Das Berufungsgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass die Feststellung, ob der von einem an dem Kartellrechtsverstoß beteiligten Unternehmen vereinbarte Preis wegen des Kartells höher war, als er ohne das Kartell gewesen wäre, nur unter Heranziehung derjenigen Umstände getroffen werden kann, die darauf schließen lassen, wie sich das Marktgeschehen ohne das Kartell wahrscheinlich entwickelt hätte (vgl. BGHZ 224, 281 Rn. 34 ff., 47 - Schienenkartell II; BGHZ 227, 84 Rn. 56 - LKW-Kartell I).

40 aa) Die danach erforderlichen Feststellungen hat der Tatrichter unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu treffen, wobei ihm die Befugnis zur Schadensschätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO zusteht. Im Anwendungsbereich dieser Norm ist der Tatrichter besonders freigestellt. Seine Einschätzung ist mit der Revision nur darauf überprüfbar, ob er Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (st. Rspr., vgl. nur BGHZ 224, 281 Rn. 35 mwN - Schienenkartell II).

41 bb) Die nach § 287 Abs. 1 ZPO vorzunehmende Würdigung hat alle Umstände einzubeziehen, die festgestellt sind, oder für die diejenige Partei, die

sich auf einen ihr günstigen Umstand mit indizieller Bedeutung für oder gegen einen Preiseffekt des Kartells beruft, Beweis angeboten hat (BGHZ 224, 281 Rn. 36 - Schienenkartell II). Der Tatrichter ist jedoch nicht gezwungen, jeden angebotenen Beweis zu erheben. Weil er bei der Behandlung von Anträgen zum Beweis von Indizien freier gestellt ist, als bei sonstigen Beweisanträgen, darf und muss er bei einem Indizienbeweis vor der Beweiserhebung prüfen, ob die vorgebrachten Indizien - ihre Schlüssigkeit unterstellt - ihn von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen. Eine solche tatrichterliche Schlüssigkeitprüfung unterliegt nur eingeschränkter Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Dieses kann lediglich prüfen, ob der Streitstoff umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- oder Erfahrungssätze gewürdigt worden ist (vgl. BGH, Urteile vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 46 mwN; BGHZ 224, 281 Rn. 35 - Schienenkartell II).

42 b) Nach diesen Grundsätzen rügt die Revision zu Recht, dass die Würdigung des Berufungsgerichts, es vermöge den Feststellungen des Bundeskartellamts sowie dem Parteivortrag keine indiziellen Umstände zu entnehmen, die eine gesicherte Grundlage für die nach § 287 ZPO erforderliche Wahrscheinlichkeit eines bei Schlecker infolge des Informationsaustauschs eingetretenen Schadens bildeten, von Rechtsfehlern beeinflusst ist. Unzutreffend ist zunächst die Auffassung des Berufungsgerichts, dem (von ihm unterstellten) Erfahrungssatz, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne das Kartell gebildet hätten, komme bei einem Informationsaustausch, wie er hier in Rede steht, bereits unabhängig von der Würdigung der Umstände des Einzelfalls kein starkes Gewicht zu.

43 aa) Für Schlecker als Abnehmer kartellbeteiligter Unternehmen spricht entgegen der vom Berufungsgericht geäußerten Zweifel ein Erfahrungssatz, dass die nach dem kartellrechtswidrigen Informationsaustausch erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne die Wettbewerbsbeschränkung gebildet hätten.

44 (1) Für Kartellschäden, auf die § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB noch keine Anwendung findet (§ 187 Abs. 3 Satz 1 GWB), hat der Bundesgerichtshof angenommen, dass zugunsten des Abnehmers eines an der Absprache von Preisen und bestimmter Quoten sowie über die Zuweisung bestimmter Kunden beteiligten Unternehmens eine auf der hohen Wahrscheinlichkeit eines solchen Geschehens beruhende tatsächliche Vermutung - im Sinne eines Erfahrungssatzes - dafür streitet, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise im Schnitt über diejenigen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 1992 - 2 StR 102/91, BGHSt 38, 186 [juris Rn. 41]; Beschlüsse vom 28. Juni 2005 - KRB 2/05, WuW/E DE-R 1567 [juris Rn. 20] - Berliner Transportbeton I; vom 26. Februar 2013 - KRB 20/12, BGHSt 58, 158 Rn. 76 - Grauzementkartell I; Urteil vom 12. Juni 2018 - KZR 56/16, WRP 2018, 941 Rn. 35 - Grauzementkartell II; NZKart 2019, 101 Rn. 55 - Schienenkartell I; BGHZ 224, 281 Rn. 40 - Schienenkartell II).

45 Grundlage dieses Erfahrungssatzes ist die wirtschaftliche Erfahrung, dass die Gründung und Durchführung eines solchen Kartells regelmäßig einen Mehrerlös der daran beteiligten Unternehmen zur Folge hat. Durch die Kartellabsprachen sind die beteiligten Unternehmen jedenfalls in einem gewissen Umfang der Notwendigkeit enthoben, sich im Wettbewerb zur Erlangung von Aufträgen gegen konkurrierende Unternehmen durchzusetzen, und Unternehmen, die sich aufgrund solcher Absprachen nicht dem Wettbewerb, insbesondere dem Preiswettbewerb, stellen müssen, werden im Regelfall keinen Anlass sehen, bestehende Preissenkungsspielräume zu nutzen (vgl. zuletzt BGHZ 227, 84 Rn. 40 - LKW-Kartell I; BGH, WRP 2021, 1588 Rn. 26 - LKW-Kartell II mwN; vgl. auch EuGH, WuW 2020, 261 Rn. 36 - Visa und Mastercard Ungarn). Dafür spricht, dass die Absprache von Preisen und bestimmten Quoten sowie die Zuweisung bestimmter Kunden der Steigerung des Gewinns dient. Damit ist zugleich wahrscheinlich, dass bei den Abnehmern der Kartellanten hierdurch ein Schaden verursacht wird (BGH, WRP 2018, 941 Rn. 35 - Grauzementkartell II).

- 46 (2) Auch bei einem kartellrechtswidrigen Austausch zwischen Wettbewerbern über geheime Informationen, die das aktuelle oder geplante Preissetzungsverhalten gegenüber einem gemeinsamen Abnehmer zum Gegenstand haben, ergibt sich aus der hohen Wahrscheinlichkeit eines solchen Geschehens die tatsächliche Vermutung - im Sinne eines Erfahrungssatzes - dafür, dass die nach dem kartellrechtswidrigen Informationsaustausch gegenüber diesem Abnehmer erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne die Wettbewerbsbeschränkung gebildet hätten.
- 47 (a) Da vermutet wird, dass die an der Abstimmung beteiligten Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen (vgl. EuGH, Urteile vom 8. Juli 1999 - C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125 = WuW/E EU-R 320 Rn. 121 - Anic Partecipazioni/Kommission; Slg. 2009, I-4529 Rn. 51 - T-Mobile Netherlands u.a./NMa; BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 31/14, WuW 2016, 536 Rn. 51 - Gemeinschaftsprogramme; BGHZ 211, 146 Rn. 23 - Lottoblock II; BGHSt 65, 75 Rn. 40 ff. - Bierkartell), ist auch bei einem reinen Informationsaustausch eine Beeinflussung der Marktmechanismen hoch wahrscheinlich. Diese Rechtsprechung zum (mit-)ursächlichen Zusammenhang zwischen Abstimmung durch Informationsaustausch und Verhaltensweise auf dem Markt hat ihren sachlichen Grund in einem validen Erfahrungssatz. Denn es zählt zum ökonomischen Erfahrungswissen, dass ein Unternehmen Kenntnisse über beabsichtigtes oder erwogenes Marktverhalten eines Wettbewerbers in der Regel bei der Bestimmung des eigenen Marktverhaltens berücksichtigt. Ein solches Verhalten entspricht wirtschaftlicher Vernunft (BGHSt 65, 75 Rn. 42 - Bierkartell).
- 48 (a) Jedenfalls im Fall der Weitergabe geheimer Informationen ist auch hoch wahrscheinlich, dass das Marktverhalten der Kartellbeteiligten nicht dem hypothetischen Marktverhalten entspricht, das sich ohne Beschränkung des Geheimwettbewerbs ergeben hätte. Zwar passen Wettbewerber auch ohne einen

kartellrechtswidrigen Informationsaustausch ihr Marktverhalten einem festgestellten oder erwarteten Verhalten der Wettbewerber mit wachem Sinn an (vgl. EuGH, Slg. 2009, I-4529 Rn. 33 - T-Mobile Netherlands u.a./NMa). Solange Informationen nicht öffentlich zugänglich sind, können sie sich an diesen jedoch nicht orientieren. Dies wird erst durch den Informationsaustausch ermöglicht. Deshalb spricht viel dafür, dass das Marktverhalten der Kartellbeteiligten im Falle eines Austausches geheimer Informationen von dem hypothetischen Marktverhalten abweicht.

49 (b) Betreffen solche geheimen Informationen aktuelles oder geplantes Preissetzungsverhalten besteht außerdem eine große Wahrscheinlichkeit dafür, dass die beteiligten Wettbewerber durch dieses vom hypothetischen Marktverhalten abweichende Verhalten ein gemeinsames höheres Preisniveau erreichen und die nach dem kartellrechtswidrigen Informationsaustausch erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne den Kartellrechtsverstoß gebildet hätten.

50 (aa) Das durch den Informationsaustausch beeinflusste Marktverhalten der Kartellanten ist nicht Gegenstand einer Absprache. Für welches Marktverhalten sich der Kartellbeteiligte aufgrund der berücksichtigten Information entscheidet, ist vielmehr abhängig von dem Inhalt des Austauschs, insbesondere der Art der ausgetauschten Informationen, den auf dem betreffenden Markt bestehenden Bedingungen, dessen Struktur (vgl. zur Wettbewerbsbeschränkung: EuGH, Urteil vom 26. September 2018 - C-99/17 P, NZKart 2018, 526 Rn. 155, 159 - Smartcard-Chips; Horizontalleitlinien Rn. 77) sowie von dem mit dem Informationsaustausch verfolgten Zweck (vgl. zur Wettbewerbsbeschränkung: EuGH, Urteil vom 13. November 2006 - C-238/05, WuW/E EU-R 1235 Rn. 54 - Asnef Equifax). Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, folgt aus einem durch einen kartellrechtswidrigen Informationsaustausch beeinflusstes Marktverhalten damit nicht zwangsläufig ein Nachteil für den Abnehmer (vgl. EuGH, Slg. 2009, I-4529 Rn. 31, 36 - T-Mobile Netherlands u.a./NMa). Ein Informationsaustausch

zwischen Wettbewerbern kann im Einzelfall sogar positive Wirkungen haben, etwa wenn er die Transparenz auf dem Markt erhöht, was zu Effizienzsteigerungen führen kann (vgl. auch OECD Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, 2010, DAF/COMP[2010] 37, S. 9).

51 (bb) Daraus folgt - entgegen der vom Berufungsgericht geäußerten Zweifel - jedoch nicht, dass bei einem Austausch zwischen Wettbewerbern über geheime Informationen betreffend das aktuelle oder geplante Preissetzungsverhalten gegenüber einem gemeinsamen Abnehmer, keine für die Beweiswürdigung bedeutsame Wahrscheinlichkeitsaussage für die genannten Preiseffekte (vgl. oben Rn. 39) in Form eines einfachen Erfahrungssatzes (vgl. dazu BGHSt 65, 75 Rn. 60 - Bierkartell) getroffen werden kann. Im Falle des Austausches von geheimen Informationen über die individuellen Absichten eines Unternehmens in Bezug auf sein künftiges Preissetzungsverhalten ist nämlich die Wahrscheinlichkeit besonders groß, dass es zu einem Kollusionsergebnis kommt. Bereits die Information, dass bei einem Wettbewerber zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Preisänderung stattfinden soll, ist für das Preissetzungsverhalten der anderen Wettbewerber, insbesondere die Einschätzung der Durchsetzbarkeit einer eigenen Preiserhöhung, von besonderer Bedeutung. Wenn Wettbewerber sich über ihre diesbezüglichen Absichten informieren, sind die ansonsten bestehenden Ungewissheiten über das Preissetzungsverhalten der Wettbewerber ausgeräumt und können die Wettbewerber ein gemeinsames höheres Preisniveau erreichen, ohne Gefahr zu laufen, Marktanteile einzubüßen oder während des Zeitraums der Anpassung an die neuen Preise einen Preiskrieg zu riskieren (vgl. Horizontalleitlinien Rn. 73). Dies entspricht auch der Lebenserfahrung. Entsprechende Beobachtungen wurden in vergleichbaren Fallkonstellationen getroffen (Albers, CR 1987, 753, 754; BKartA, WuW/E BKartA 1351, 1355 - Tubenhersteller I; KG, WuW/E OLG 1253, 1261 - Tubenhersteller II). Dasselbe gilt, wenn die geheimen Informationen aktuelles Preissetzungsverhalten zum Gegenstand haben. Denn auch dies ermöglicht die

Anpassung des eigenen Preissetzungsverhaltens, ohne einen Preiskrieg zu riskieren.

52 Dies genügt, um einen einfachen Erfahrungssatz im Sinne einer für die Beweiswürdigung bedeutsamen Wahrscheinlichkeitsaussage (BGHSt 65, 75 Rn. 60 - Bierkartell; vgl. auch Coppik/Heimeshoff, WuW 2020, 584, 592) zu begründen. Den oben genannten Einflussfaktoren, die gegen oder für ein Marktverhalten mit negativen Preiseffekten für den Abnehmer sprechen können, ist dadurch Rechnung zu tragen, dass der Tatrichter anhand dieser gegenläufigen oder bestätigenden Indizien prüft, welches Gewicht dem Erfahrungssatz zukommt und ob er im konkreten Fall als bestätigt oder entkräftet angesehen werden kann (BGHSt 65, 75 Rn. 60 - Bierkartell; vgl. auch Coppik/Heimeshoff, WuW 2020, 584, 592).

53 (3) Danach streitet hier eine tatsächliche Vermutung für den Eintritt eines kartellbedingten Preiseffekts hinsichtlich der Warenbezüge von solchen Beklagten, die an dem Informationsaustausch über künftige Listenpreiserhöhungen beteiligt waren. Denn bei den ausgetauschten Informationen über Zeitpunkt und Umfang künftiger Bruttopreiserhöhungen handelte es sich nach den bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts in den einzelnen Bußgeldbescheiden in der Regel um nicht öffentlich bekannte Wettbewerbsparameter.

54 Zwar gilt die Vermutung für die Berücksichtigung der Information und damit der Erfahrungssatz nur hinsichtlich des Informationsaustausches zwischen Wettbewerbern (s.o. Rn. 47). Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts im gegen den Markenverband ergangenen Bußgeldbescheid und den entsprechenden die Adressaten jeweils bindenden Feststellungen in den gegen die Beklagten ergangenen Bußgeldbescheiden hatte aber jeder Kartellbeteiligte mindestens fünf direkte Wettbewerber im Arbeitskreis, bis auf ein Unternehmen, das nur zwei direkte Wettbewerber hatte.

55

(4) Der Erfahrungssatz, dass die nach dem kartellrechtswidrigen Informationsaustausch erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne die Wettbewerbsbeschränkung gebildet hätten, gilt auch für den Austausch über den Stand der Jahresgespräche und sonstigen Gespräche mit Schlecker, soweit sie die Sonderforderungen und sonstige Nachlässe, insbesondere Rabatte betrafen. Dies ist hinsichtlich des Austausches über Nachlässe insbesondere im Fall der Beklagten zu 7 relevant, für die eine Beteiligung an dem Austausch über die Listenpreise und Sonderforderungen betreffenden Informationen nicht festgestellt ist. Mangels entsprechender Feststellungen des Berufungsgewichtes ist zugunsten des Klägers im Revisionsverfahren zu unterstellen, dass der Austausch, an dem die Beklagte zu 7 beteiligt war, auch Schlecker betraf. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts berichteten einzelne Kartellbeteiligte über den Stand der Verhandlungen mit ausgewählten großen Einzelhändlern. Diese Informationen bezogen sich teilweise auch auf Schlecker. Dabei wurden Informationen darüber ausgetauscht, welche Nachlässe und Sonderbedingungen Schlecker von einigen Kartellbeteiligten forderte und (vereinzelt) welche Angebote die betroffenen Unternehmen Schlecker in Form eines produktübergreifenden Gesamtprozentsatzes gemacht haben. Der Austausch bezog sich dabei nur auf die Veränderung der Rabatte, nicht auf die Gesamtrabathöhe. Ferner wurde über den Stand der Verhandlungen berichtet. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts waren diese Informationen so in der Öffentlichkeit nicht bekannt. Branchenzeitungen berichteten zwar regelmäßig über Themen wie Jahresgespräche und Sonderforderungen. Es handelte sich meist jedoch um allgemein gehaltene Presseberichte, die keine konkreten Details der Verhandlungen wiedergaben, oftmals sogar nur um Spekulationen. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts diente der Informationsaustausch dazu, herauszufinden, welche Forderung des Handels ernst gemeint war und welcher Verhaltensspielraum bestand. Der Informationsaustausch ermöglichte damit den Kartellbeteiligten eine zeitnahe Reaktion auf Verhandlungsergebnisse ihrer Wettbewerber.

- 56 bb) Das Berufungsgericht hat zwar ohne Rechtsfehler angenommen, aus dem von ihm unterstellten Erfahrungssatz ergebe sich keine Umkehr der Beweislast. Es ist jedoch rechtsfehlerhaft von einer nur geringen Indizwirkung der tatsächlichen Vermutung ausgegangen.
- 57 (1) Zu Recht hat das Berufungsgericht eine aus dem (von ihm unterstellten) Erfahrungssatz folgende Umkehr der Beweislast abgelehnt. Eine tatsächliche Vermutung führt grundsätzlich nicht zur Umkehr der Darlegungs- und Beweislast. Vielmehr kann sie lediglich einen Indizienbeweis für die behauptete Tatsache begründen (BGHSt 65, 75 Rn. 63 - Bierkartell). Die dagegen erhobenen Rügen der Revision greifen nicht durch.
- 58 (a) Da § 33a Abs. 2 GWB gemäß § 187 Abs. 3 Satz 1 GWB keine Anwendung findet, kann offenbleiben, ob die Regelung auf einen Informationsaustausch überhaupt anwendbar ist. Wie der Senat schon mehrfach entschieden hat, ist bei einer Kartellabsprache wegen der fehlenden Typizität auch kein Raum für die Annahme eines Anscheinsbeweises (vgl. BGH, NZKart 2019, 101 Rn. 57 - Schienenkartell I; BGHZ 224, 281 Rn. 31 - Schienenkartell II; BGHZ 227, 84 Rn. 38 - LKW-Kartell I). Nichts anderes gilt im Falle eines kartellrechtswidrigen Informationsaustausches.
- 59 (b) Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich aus dem allgemeinen unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz nicht die Notwendigkeit einer Beweislastumkehr. Der Effektivitätsgrundsatz verlangt, dass die nationalen Rechtsvorschriften, die die Beweiswürdigung und das Beweismaß regeln, die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln der Union nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011 - C-360/09, Slg. 2011, I-5161 = WuW/E EU-R 1975 Rn. 24 - Pfeiderer; vom 21. Januar 2016 - C-74/14, WuW 2016, 126 Rn. 35 - Eturas; BGHZ 211, 146 Rn. 37, 45 - Lotto-block II). Da die Feststellung, dass der Preis wegen des Kartells höher war als er ohne das Kartell gewesen wäre, nur auf Grundlage von Indizien getroffen werden

kann (vgl. oben Rn. 41), verlangt der Effektivitätsgrundsatz zwar, dass der Beweis für einen Schaden nicht nur durch unmittelbare Beweise erbracht werden kann, sondern auch mittels Indizien (vgl. für die Frage der Verletzung des Art. 101 AEUV: EuGH, WuW 2016, 126 Rn. 37 - Eturas). Dem Effektivitätsgrundsatz tragen auch die geringen Anforderungen an das Beweismaß nach § 287 ZPO Rechnung (vgl. BGHZ 211, 146 Rn. 45 - Lottoblock II). Eine Beweislastumkehr verlangt der Effektivitätsgrundsatz dagegen nicht. Dies unterliegt keinem vernünftigen Zweifel, so dass eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nicht erforderlich ist (vgl. EuGH, Urteile vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 16 - C.I.L.F.I.T.; vom 6. Oktober 2021 - C-561/19, NJW 2021, 3303 Rn. 39 - Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi).

60 (2) Revisionsrechtlicher Überprüfung hält jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts nicht stand, bei einem Informationsaustausch, wie er hier in Rede steht, komme der tatsächlichen Vermutung einer preissteigernden Wirkung bereits unabhängig von der stets erforderlichen Würdigung der Umstände des Einzelfalls keine starke Indizwirkung zu. Das Maß der Indizwirkung hängt vom Grad der Wahrscheinlichkeit ab, den der Erfahrungssatz zum Ausdruck bringt (BGHSt 65, 75 Rn. 60 - Bierkartell). Da im Falle des Austausches geheimer Informationen über die individuellen Absichten eines Unternehmens in Bezug auf sein künftiges Preisverhalten gegenüber dem Abnehmer die Wahrscheinlichkeit besonders groß ist, dass es zu einem Kollusionsergebnis zu Lasten dieses Abnehmers kommt und entsprechendes im Falle der Information über aktuelles Preisverhalten gilt (vgl. oben Rn. 51), kommt dem Erfahrungssatz abstrakt betrachtet regelmäßig eine starke Indizwirkung zu. Dem steht nicht entgegen, dass die Wirkungen eines solchen Informationsaustausches von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Diese sind vielmehr im Rahmen der Gesamtwürdigung darauf zu prüfen, ob sich aus ihnen Indizien ergeben, die im konkreten Fall den Erfahrungssatz bestätigen oder entkräften (vgl. BGHSt 65, 75 Rn. 60 - Bierkartell).

61 c) Von Rechtsfehlern beeinflusst sind ferner die Feststellung sowie die Gesamtwürdigung der für und gegen den Erfahrungssatz sprechenden Indizien durch das Berufungsgericht.

62 aa) Die Ansicht des Berufungsgerichts, die geringe Häufigkeit und begrenzte Dauer des Informationsaustauschs entkräfte den Erfahrungssatz, berücksichtigt den Sachverhalt nicht umfassend. Zwar erhöht sich das Gewicht des Erfahrungssatzes, je länger und je nachhaltiger ein Kartell praktiziert wurde und je größer daher die Wahrscheinlichkeit ist, dass es Auswirkungen auf das Preisniveau gehabt hat (BGHZ 227, 84 Rn. 57 - LKW-Kartell II). Daraus folgt aber im Umkehrschluss nicht, dass ein vergleichsweise kurzer - hier etwa zweieinhalb Jahre umfassender - Kartellzeitraum typischerweise ein gegen Preiseffekte sprechendes Indiz ist. Die Häufigkeit, mit der Informationen ausgetauscht werden müssen, um ein Kollusionsergebnis zu begünstigen, hängt von Art, Alter und Aggregation der Daten sowie von den Vertragslaufzeiten ab (Horizontalleitlinien Rn. 91). Da die Jahresvereinbarungen für jedes Jahr neu verhandelt und geschlossen werden mussten, reichte bereits ein den jeweiligen Verhandlungen vorangehender einmaliger Informationsaustausch aus, um mithilfe der ausgetauschten Information auf das Verhandlungsergebnis Einfluss zu nehmen. Es handelte sich hier um hochaktuelle, für das eigene Preissetzungsverhalten wesentliche und auf individualisierte Beklagte bezogene Informationen. Dementsprechend genügte auch nach den Feststellungen des Bundeskartellamts schon eine einmalige Teilnahme an einer Sitzung des Arbeitskreises, um einen wettbewerbswidrigen Erfolg herbeizuführen.

63 bb) Selbst wenn es denjenigen Unternehmen, die nur in einem kurzen Zeitraum an dem Informationsaustausch teilgenommen haben, nach der Einschätzung des Bundeskartellamts kaum möglich war, die Daten abschließend zu bewerten und sie in ihr operatives Geschäft zu integrieren, spricht dies entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht generell gegen die Eignung des Informationsaustauschs, das Verhandlungsergebnis zum Nachteil Schleckers zu

beeinflussen. Zwar liegt insoweit nahe, dass die Preisgestaltung jener Hersteller von dem Informationsaustausch nicht beeinflusst wurde, insbesondere wenn in dem maßgeblichen Zeitraum keine preisbezogenen Entscheidungen getroffen wurden. Das Berufungsgericht hätte aber eine differenzierte Würdigung vornehmen und zwischen Waren, die von den nur kurze Zeit an dem Informationsaustausch beteiligten Herstellern bezogen wurden, und anderen Waren unterscheiden müssen.

64 cc) Dass die Beklagten nicht stets in allen Sitzungen vertreten waren, begründet kein gegenläufiges Indiz im Rahmen der Gesamtwürdigung, sondern betrifft die Frage, ob der Erfahrungssatz im jeweiligen Fall Anwendung findet. Für die Feststellung, dass der Erfahrungssatz hinsichtlich bestimmter Beklagter keine Anwendung findet, reicht dabei der allgemeine Hinweis darauf nicht aus, dass nicht alle Beklagten in allen Sitzungen vertreten waren. Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Jahresvereinbarung des Vorjahres unstreitig Ausgangspunkt der Verhandlungen war, konnte sich ein durch den Informationsaustausch verursachtes nachteiliges Verhandlungsergebnis für Schlecker in einem der vorangegangenen Jahresgespräche auch auf die Verhandlungen in den nachfolgenden Jahren auswirken. Es reichte daher für die Anwendung des Erfahrungssatzes auf bestimmte Produkte aus, wenn die jeweilige Herstellerin an der Vorjahressitzung teilgenommen hat.

65 dd) Da die kartellbedingte Preisüberhöhung damit unmittelbaren Einfluss auf die Preisverhandlungen der Folgejahre hatte, kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ein Schaden Schleckers auch nicht für den Zeitraum nach dem letztmaligen Informationsaustausch am 23. November 2006 ausgeschlossen werden.

66 ee) Entsprechendes gilt, soweit das Berufungsgericht die Ursächlichkeit des Informationsaustauschs für einen Schaden Schleckers hinsichtlich solcher seit 1. Januar 2006 bezogener Produkte aus den Bereichen Duschgel, Zahncreme und Handgeschirrspülmittel ausgeschlossen hat, die Gegenstand der

bilateralen Preisabsprachen zwischen einzelnen Streithelferinnen waren. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatten die Streithelferinnen Mitte 2005 die Anhebung der Listenpreise zum 1. Januar 2006 abgestimmt. Das Berufungsgericht hat angenommen, da der vom Kläger geltend gemachte Schaden Schleckers in Form einer Erhöhung der Preise bereits auf diese bilateralen Preisabsprachen zurückzuführen sei, lasse sich nicht erkennen, inwiefern der Informationsaustausch darüber hinaus zu einem Schaden Schleckers hätte beitragen können. Dieser stelle vielmehr eine im tatbestandlichen Erfolg nicht enthaltene Reserveursache dar. Das trifft indes nicht zu. Da Grundlage der zwischen den Streithelferinnen vereinbarten Listenpreiserhöhungen beispielsweise für das Jahr 2006 die Bruttopreislisten für 2005 waren, wirkte ein darin enthaltener kartellbedingter Nachteil Schleckers fort. Diese Auswirkung trat neben und unabhängig von der Preisabsprache der Streithelferinnen ein.

67 ff) Auch der Verweis des Berufungsgerichts auf die unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse der Kartellbeteiligten vermag seine Annahme nicht zu tragen, der tatsächlichen Vermutung komme im Rahmen der Gesamtwürdigung lediglich ein geringes Gewicht zu. Der Erfahrungssatz gilt bereits nur, soweit der Austausch zwischen Wettbewerbern erfolgte (vgl. oben Rn. 47, 54).

68 gg) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht bei seiner Gesamtbeurteilung zum Nachteil des Klägers gewürdigt, dass es keine verlässlichen Rückschlüsse auf einen durch den Informationsaustausch hervorgerufenen Nachteil Schleckers gebe. Mit seiner Auffassung, es komme im Rahmen der Gesamtwürdigung darauf an, ob und wie die am Informationsaustausch Beteiligten das erlangte Wissen in den konkreten Auftragsverhandlungen mit Schlecker nutzten, es bedürfe der Darlegung indizieller Umstände, die für eine - gegebenenfalls konkludente - Verständigung sprächen, hat es die Bedeutung und die Tragweite des (von ihm unterstellten) Erfahrungssatzes verkannt, nach dem eine Vermutung für den darlegungs- und beweisbelasteten Kläger spricht, dass der Informationsaus-

tausch tatsächlich für Schlecker einen negativen Preiseffekt auf das Verhandlungsergebnis hatte (vgl. im Einzelnen Rn. 46). Umstände, die dafür sprechen, dass die ausgetauschten Informationen für das Verhandlungsergebnis unerheblich waren, hatte das Berufungsgericht daher lediglich als gegenläufige Indizien zu würdigen, für die wiederum die Beklagten die Darlegungs- und Beweislast tragen (vgl. BGH, WuW 2021, 37 Rn. 27 - Schienenkartell V).

69 Nicht alle vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angesprochenen Umstände sprechen im Übrigen gegen einen Schaden Schleckers.

70 (1) Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Informationsaustausch sei nicht geeignet gewesen, negative Auswirkungen auf den Preis der Ware zu haben, widerspricht den Feststellungen des Bundeskartellamts in einigen Bußgeldbescheiden, wonach die Kartellbeteiligten durch den Informationsaustausch einen Wissensvorsprung erhielten, den sie zum Nachteil ihrer Abnehmer nutzten und damit für sie vorteilhaftere Abschlüsse erzielten. Diese Feststellungen sind zwar hinsichtlich der Frage, ob der Informationsaustausch negative Preiseffekte herbeiführen konnte und tatsächlich auch hervorrief, nicht bindend (vgl. oben Rn. 31 ff.). Da der Kläger die Bußgeldbescheide zum Gegenstand seiner Klage gemacht und das Berufungsgericht auf die Bußgeldbescheide Bezug genommen hat, ist aber im Revisionsverfahren mangels gegenteiliger Feststellungen im Berufungsurteil zugunsten des Klägers zu unterstellen, dass die diese Würdigung tragenden Feststellungen in den jeweiligen Bußgeldbescheiden nicht von den übrigen Beklagten substantiiert bestritten worden sind.

71 Das Berufungsgericht hätte sich bei seiner Würdigung deshalb insbesondere mit den auf Zeugenaussagen gestützten Ausführungen des Bundeskartellamts auseinandersetzen müssen, wonach die Informationen über die Preiserhöhungspläne den Kartellbeteiligten ermöglichten, eigene Preiserhöhungen "im Gleichzug mit den Wettbewerbern", also in deren "Windschatten" durchzuführen.

Vor diesem Hintergrund hätte das Berufungsgericht seine Auffassung näher begründen müssen, warum die vom Kläger behauptete "Verhandlungsfront" der Beklagten und Streithelferinnen ohne greifbaren Ansatz sei.

72

Einen auf die Bildung einer einheitlichen Verhandlungsfront gerichteten Zweck des von den Beklagten praktizierten Informationsaustauschs legen insbesondere die Feststellungen des Bundeskartellamts zu den Gesprächen im Vorfeld der Bundestagswahl 2005 beispielsweise in dem gegen die Beklagte zu 2 ergangenen Bußgeldbescheid nahe. Danach führte die bevorstehende Mehrwertsteuererhöhung zu einer Intensivierung des Informationsaustauschs über Listenpreiserhöhungen. Schon im Vorfeld der Bundestagswahl vom 18. September 2005 hatte es danach zwischen den Markenherstellern und dem Handel Diskussionen bezüglich der zu erwartenden Mehrwertsteuererhöhung gegeben. Der Handel vertrat dabei den Standpunkt, dass die Hersteller ihre Preise absenken sollten, um selbst die Endverbrauchspreise nicht anheben zu müssen. Im Arbeitskreis wurde das Thema Mehrwertsteuererhöhung erstmals am 15. September 2005 besprochen, wobei sich die Mitglieder gegenseitig bekräftigten, dass ungeachtet der Mehrwertsteuererhöhung Preiserhöhungen durchgesetzt werden müssten. Nach der Bundestagswahl war im Koalitionsvertrag vereinbart worden, die Mehrwertsteuer zum 1. Januar 2007 von 16 % auf 19 % zu erhöhen. Da der Handel signalisiert hatte, in einem Zeitraum von drei Monaten vor und nach der Mehrwertsteuererhöhung keine Preiserhöhungen zu akzeptieren, war nach den Feststellungen des Bundeskartellamts von entscheidender Bedeutung, wie die Kartellbeteiligten auf die Vorgaben des Handels reagierten, ob etwa im Markt eine Preisbewegung nach oben stattfinden würde, und ob für das einzelne Unternehmen Preiserhöhungen "im Windschatten" der Wettbewerber möglich waren. Vor dem Hintergrund, dass die Mitglieder des Arbeitskreises sich gegenseitig bekräftigt hatten, Preiserhöhungen durchzusetzen, könnte dies ein den Erfahrungssatz stärkendes Indiz sein. Das Berufungsgericht setzt sich damit nicht aus-

reichend auseinander, wenn es lediglich darauf hinweist, dass nach dem offiziellen Sitzungsprotokoll jedem Unternehmen vorbehalten bleiben sollte, wie es mit den Forderungen des Einzelhandels umgehe.

73 (2) Gegen die Wahrscheinlichkeit eines für Schlecker nachteiligen Marktverhaltens spricht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht, dass die mitgeteilten Informationen keinen direkten Produktbezug hatten. Dies widerspricht bereits der Feststellung des Bundeskartellamts, dass die Mitteilung teilweise auch bezogen auf das Produktsegment erfolgte. Dass die Preiserhöhung nicht notwendigerweise alle Produkte in der Preisliste betraf, und deshalb insbesondere keine Rückschlüsse ermöglichte, auf welche konkreten Wettbewerbsverhältnisse sie sich bezog, stellt die Relevanz der Information für unmittelbare Wettbewerber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht in Frage. Nach den die Annahme der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung betreffenden und damit den jeweiligen Adressaten des Bußgeldbescheides bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts (vgl. oben Rn. 32) ist bereits die Information, dass bei einem Wettbewerber zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Preisbewegung stattfindet, für die Preiserhöhungsplanung der anderen Wettbewerber, insbesondere für die Einschätzung der Durchsetzbarkeit der Preiserhöhung beim Handel und der Risiken eines Marktanteilsverlusts beim Endkunden oder gar der Auslistung von hoher Bedeutung.

74 (3) Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, gegen den Erfahrungssatz spreche, dass konkrete Prozentsätze der Preiserhöhungen nicht genannt worden seien, beruht auch dies auf einer unzureichenden Würdigung des Sachverhalts. Die Nennung konkreter Prozentsätze war nach den Feststellungen des Bundeskartellamts nicht erforderlich, weil bereits die Information, dass bei einem Wettbewerber zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Preisbewegung stattfindet, für die Preiserhöhungsplanung der anderen Wettbewerber, d.h. insbesondere die Einschätzung der Chancen für die tatsächliche Durchsetzung der Preiserhöhung, von hoher Bedeutung war. Das Bundeskartellamt beruft sich in diesem

Zusammenhang unter anderem auf die Aussage eines Betroffenen, wonach sich die Preiserhöhungen zumeist in dem Bereich von 2 % bis 5 % bewegten. Niedrigere Preiserhöhungen könnten zu leicht weg verhandelt werden und Preiserhöhungen über 5 % seien selten. Damit war jedenfalls der Spielraum möglicher Preiserhöhungen bekannt. Im Übrigen wurden die Preislisten nach den Feststellungen des Bundeskartellamts zumeist zeitgleich oder bald nach der Versendung an den Handel an die übrigen Kartellbeteiligten übermittelt, so dass spätestens zu diesem Zeitpunkt eine konkrete Information über die Preisgestaltung vorlag.

75 (4) Rechtlich zu beanstanden ist die Auffassung des Berufungsgerichts, der Bedeutungsgehalt der Information über die Bruttolistenpreiserhöhung sei im Hinblick auf die Verhandlungsstrategie Schleckers zu vernachlässigen. Schlecker trachtete nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zwar danach, den jährlichen Bruttopreiserhöhungen eine Verbesserung der Einkaufskonditionen entgegenzusetzen. Daraus lässt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts jedoch nicht ableiten, dass die Kenntnis der Kartellbeteiligten über die beabsichtigte Bruttopreiserhöhung keine maßgebliche Bezugsgröße für die Jahresgespräche war. Die Bedeutung der Preiserhöhungen wird anschaulich durch die Feststellungen des Bundeskartellamts belegt, wonach sich die Mitglieder des Kartells anlässlich der bevorstehenden Mehrwertsteuererhöhung gegenseitig bekräftigten, dass dessen ungeachtet Preiserhöhungen durchgesetzt werden müssen (vgl. Rn. 72). Schließlich berücksichtigt die Sichtweise des Berufungsgerichts nicht, dass es Zweck des Kartells war, Preiserhöhungen "im Windschatten" der Wettbewerber durchzusetzen.

76 (5) Dass die Konditionengerüste der einzelnen Hersteller unterschiedlich waren, so dass die Angabe der Veränderung des Gesamtrabattsatzes keinen Rückschluss auf die konkreten Konditionen des Wettbewerbers ermöglichte, stellt den Wert der Information entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts genauso wenig in Frage wie der Umstand, dass einige nachgelagerte Rabatte in den abgeschlossenen Jahresvereinbarungen noch nicht festgelegt waren. Die

bloße Angabe der Veränderung des Gesamtrabattsatzes macht die Information nicht wertlos. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts hätten den Kartellbeteiligten ohne die ausgetauschte Information wichtige Anhaltspunkte für die Bestimmung der eigenen Verhaltensstrategie gefehlt. Zu welchen Abschlüssen Schlecker bei anderen Kartellbeteiligten bereit war, insbesondere ob eine "einheitliche Front" der Kartellbeteiligten gegen bestimmte Handelsforderungen bestand, war für sie durchaus von Bedeutung.

77 (6) Mit dem Berufungsgericht könnte sich zwar ein gegenläufiges Indiz für einen Schaden Schleckers aus einer im Vergleich zu den kartellfreien Zeiträumen verbesserten Entwicklung der Schlecker gewährten Nachlässe ergeben. Denn dies könnte dafür sprechen, dass Schlecker kartellbedingten Preiserhöhungen mit der Forderung nach höheren Nachlässen wirksam begegnete. Die dazu getroffenen Feststellungen tragen diese Annahme jedoch nicht. Das Berufungsgericht verweist auf eine Tabelle des vom Kläger vorgelegten Ausgangsgutachtens, aus der sich ergebe, dass sich die Konditionen für einige Kartellbeteiligten in dem Zeitraum nach 2007 - also nach dem Kartellzeitraum - (teilweise nur bezogen auf bestimmte Produktgruppen) verschlechterten, während sich diese für andere verbessert hätten und sich für wieder andere eine kontinuierliche, nahezu gleichbleibende Konditionenverbesserung im Zweitraum ab 2003 bis 2010 ablesen lasse. Eine solche kontinuierliche, nahezu gleichbleibende Konditionenverbesserung nicht nur während des Kartellzeitraums, sondern schon vor Beginn des Informationsaustauschs und nach dessen Beendigung spricht ebenso wie eine Verschlechterung der Konditionen nach dem Kartellzeitraum dafür, dass die Durchsetzbarkeit der Forderung Schleckers nach einer Verbesserung der Einkaufskonditionen während des Kartellzeitraums jedenfalls nicht stärker ausgeprägt war als in den kartellfreien Zeiträumen. Soweit eine Konditionenverschlechterung für die Kartellbeteiligten während des Kartellzeitraums festgestellt ist, spricht dies nicht ohne weiteres dafür, dass Schlecker kein Schaden entstanden sein kann. Es ist insoweit auch denkbar, dass Schlecker den kartellbedingten

Preiserhöhungen nicht in voller Höhe durch eine Konditionenverbesserung ausgleichen konnte.

78 Auch die isolierte Betrachtung der Entwicklung der Konditionen und Rabatte der Hersteller, welche nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unabhängig voneinander stiegen und fielen, rechtfertigt nicht die Annahme, dass der Informationsaustausch über die Jahresgespräche und Sonderforderungen keine Wirkungen hatte. Die isolierte Betrachtung wird nämlich der Lebenswirklichkeit nicht gerecht, wonach das Verhandlungsergebnis durch sämtliche den Preis bestimmende Faktoren bestimmt wird.

79 (7) Soweit das Berufungsgericht zum Nachteil des Klägers berücksichtigt hat, dass er weder für alle Beklagten noch für die Streithelferinnen vorgebracht habe, ob und wann die Kartellbeteiligten während des Kartellzeitraums Preiserhöhungen vornahmen, verkennt es damit nicht nur die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich gegenläufiger Indizien (vgl. Rn. 41). Die Würdigung ist auch lückenhaft. Denn das Berufungsgericht hätte in diesem Zusammenhang berücksichtigen müssen, dass der Informationsaustausch mit gewisser Wahrscheinlichkeit auch dazu führen konnte, dass die beteiligten Unternehmen bestehende Preissenkungs- oder Preisgestaltungsspielräume nicht nutzen (vgl. BGH, NZKart 2019, 101 Rn. 55 - Schienenkartell I), weil die Neigung der Kartellbeteiligten zu Preiszugeständnissen (z.B. in Form höherer Rabatte) im Hinblick auf die Kenntnis der Verhandlungsstrategie der Wettbewerber schwächer ausgeprägt war (vgl. oben Rn. 51, 55). In diesem Fall wäre Schlecker auch ohne eine Erhöhung der Bruttolistenpreise ein Schaden entstanden.

80 (8) Es trifft zwar zu, dass die Durchsetzbarkeit einer Preiserhöhung von einer Vielzahl von Faktoren abhängt, wie dem Zurückliegen der letzten Preiserhöhung, der Bedeutung des Lieferanten, der Tiefe und Breite des Sortiments und der Marktstärke der Produkte. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schließt das einen Schaden Schleckers jedoch nur dann aus, wenn und soweit Preiserhöhungen tatsächlich nicht durchsetzbar und etwaige Preissenkungs- und

Preisgestaltungsspielräume nicht vorhanden waren. Insoweit fehlt es an Feststellungen des Berufungsgerichts. Da den Beklagten der Vortrag und gegebenenfalls der Beweis dazu, dass sie ihre Preiserhöhungsverlangen nicht durchsetzen konnten, ohne weiteres möglich ist, genügte es nicht, wenn die Beklagten lediglich auf gegen eine Preiserhöhung sprechende Gründe verweisen sollten.

81 (9) Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass eine fehlende Kartelldisziplin gegen eine preissteigernde Wirkung eines Kartells spricht (vgl. BGH, NZKart 2019, 101 Rn. 57 - Schienenkartell I; BGHZ 224, 281 Rn. 38 - Schienenkartell II). Rechtlich zu beanstanden ist jedoch seine Auffassung, es begründe ein gegen den Erfahrungssatz sprechendes Indiz, dass es mangels einer Grundabsprache für ein bestimmtes Marktverhalten typischerweise keine Überwachungs- und Sanktionsmechanismen hinsichtlich des Marktverhaltens gebe. Da vermutet wird, dass die an der Abstimmung beteiligten Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen (Rn. 47), ist, solange die beteiligten Unternehmen nicht den Nachweis dafür erbringen, dass sich diese Abstimmung nicht auf ihr Marktverhalten ausgewirkt hat (EuGH, Slg. 2009, I-4529 Rn. 61 - T-Mobile Netherlands u.a./NMa; Urteil vom 5. Dezember 2013 - C-455/11 P, NZKart 2014, 63 Rn. 43 - Solvay/Kommission; BGHSt 65, 75 Rn. 40 - Bierkartell), davon auszugehen, dass die zwischen Wettbewerbern ausgetauschte Information auch tatsächlich berücksichtigt wurde. Soweit das Berufungsgericht darauf hinweist, dass für die Beklagten keine Möglichkeit bestand, den Wahrheitsgehalt der mitgeteilten Information zu überprüfen, reicht dies für den danach erforderlichen Nachweis fehlender Berücksichtigung nicht aus. Im Übrigen steht diese Annahme hinsichtlich des Austausches der Information über beabsichtigte Bruttopreiserhöhungen in Widerspruch zu den Feststellungen des Bundeskartellamts, wonach die neuen Preislisten zumeist zeitgleich oder bald nach der Versendung an den Handel auch direkt an die übrigen Kartellbeteiligten geschickt wurden, so dass diese die Richtigkeit der früheren Informationen über beabsichtigte Preisänderungen insoweit überprüfen konnten.

82 III. Da sich das Urteil des Berufungsgerichts nicht aus anderen Grün-
den als richtig darstellt (§ 561 ZPO), ist es aufzuheben (§ 562 ZPO).

83 1. Die Klage ist zulässig. Ihre Unzulässigkeit kann nicht mit dem Hin-
weis im Berufungsurteil begründet werden, der Kläger habe seine Klageanträge
differenzieren müssen, weil eine gesamtschuldnerische Haftung nur soweit ge-
geben sei, wie die Wettbewerbsbeziehungen und die zeitlichen Beteiligungen
reichten.

84 a) Allerdings weist das Berufungsgericht zutreffend darauf hin, dass
eine Haftung der jeweiligen Beklagten nur für solche Schäden in Betracht kommt,
die auf dem während ihrer Beteiligung an der Grundabrede erfolgten Informati-
onsaustausch beruhen. Es kommt für den Fall, dass Schlecker durch das wett-
bewerbswidrige Verhalten der Beklagten ein Schaden entstanden ist, deshalb in
Betracht, dass der Umfang der Haftung jedenfalls der Beklagten zu 3, 5, 6 und 7,
die nicht über den gesamten Kartellzeitraum und teilweise nicht bezogen auf alle
Informationen am Kartell beteiligt waren, sich von dem derjenigen Beklagten un-
terscheidet, die während des gesamten Kartellzeitraums umfassend beteiligt wa-
ren. Anders als das Berufungsgericht meint, folgt daraus jedoch nicht, dass der
Kläger seine Klageanträge entsprechend differenzieren musste.

85 aa) Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die be-
stimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs
enthalten. Damit wird der Streitgegenstand abgegrenzt und zugleich die Grund-
lage für eine etwa erforderlich werdende Zwangsvollstreckung geschaffen. Daran
gemessen ist ein Klageantrag grundsätzlich hinreichend bestimmt, wenn er den
erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen
Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen
Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko
eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den
Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne
eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (st. Rspr.,

vgl. BGH, Urteile vom 2. Dezember 2015 - IV ZR 28/15, NJW 2016, 708 Rn. 8; vom 21. März 2018 - VIII ZR 68/17, BGHZ 218, 139 Rn. 15, jeweils mwN). Das Erfordernis, Gegenstand und Grund des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs anzugeben, dient auf der Ebene der Zulässigkeit allein dazu, den Streitgegenstand festzulegen. Dafür kommt es nicht darauf an, ob der maßgebende Lebenssachverhalt vollständig beschrieben oder der Klageanspruch schlüssig oder substantiiert dargelegt ist (BGH, Beschluss vom 7. April 2009 - KZR 42/08, WRP 2009, 745, 746; BGHZ 218, 139 Rn. 21, jeweils mwN). Vielmehr ist im Allgemeinen ausreichend, wenn der Anspruch als solcher identifizierbar ist (BGHZ 218, 139 Rn. 21 mwN).

86 bb) Diesen Anforderungen genügt die Klageschrift. Aus dem Klageantrag wird deutlich, dass der Kläger die Beklagten als Gesamtschuldner für den gesamten von ihm angeblich durch den Kartellrechtsverstoß erlittenen Schaden in Anspruch nehmen will. Dass sich unterschiedliche Beteiligungsbeiträge sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht aus den vom Kläger vorgelegten Bußgeldbescheiden ergeben, ändert daran nichts und stellt die Zulässigkeit der Klage nicht in Frage. Dies ist vielmehr eine Frage der zur Begründetheit gehörenden Schlüssigkeit der Klage.

87 b) Aus denselben Gründen kann die Unbestimmtheit des Klageantrags auch nicht mit der Erwägung angenommen werden, es sei keine Differenzierung nach Wettbewerbsverhältnissen erfolgt. Denn auch dies betrifft lediglich die Schlüssigkeit und damit die Begründetheit der Klage.

88 2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts genügen nicht, um die Schlüssigkeit der Klage hinsichtlich der Produkte zu verneinen, die nur ein Beteiligter des Kartells im Sortiment geführt hat.

89 a) Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Beklagten allein für solche Schäden haften, die durch

eine ihnen zuzurechnende Wettbewerbsbeschränkung verursacht wurden. Ausgeschlossen ist eine Ersatzpflicht damit lediglich hinsichtlich solcher Produktbereiche, die von einer von den jeweiligen Beklagten mittelbar oder unmittelbar herbeigeführten Wettbewerbsbeschränkung nicht betroffen waren.

90

aa) Da es sich bei einem Kartellrechtsverstoß um eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung handelt, haften grundsätzlich alle Kartellteilnehmer nach § 830 Abs. 1 Satz 1, § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner (vgl. BGHZ 190, 145 Rn. 80 - ORWI). Die Beurteilung, ob sich jemand als Mittäter oder Gehilfe im Sinne der genannten Bestimmungen an einer die zivilrechtliche Haftung begründenden deliktischen Verhaltensweise beteiligt hat, richtet sich nach den für das Strafrecht entwickelten Rechtsgrundsätzen (vgl. BGH, Urteile vom 29. Oktober 1974 - VI ZR 182/73, BGHZ 63, 124 [juris Rn. 8]; vom 24. Januar 1984 - VI ZR 37/82, BGHZ 89, 383 [juris Rn. 23]; vom 19. Mai 2020 - KZR 70/17, WuW 2020, 595 Rn. 31 - Schienenkartell III). Soweit ein Verstoß gegen kartellrechtliche Verbotstatbestände in Rede steht, gilt dies grundsätzlich auch für den Begriff der Tat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründen Einzelabsprachen, die lediglich eine kartellrechtswidrige Grundabsprache konkretisieren, regelmäßig keine selbständigen Taten. Sie stellen keine mehrfache Verletzung desselben Tatbestands dar; vielmehr werden sie schon vom gesetzlichen Tatbestand zu einer Bewertungseinheit verbunden (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1995 - KRB 33/95, BGHSt 41, 385 [juris Rn. 24]; WuW/E DE-R 1567 [juris Rn. 11] - Berliner Transportbeton I; BGHSt 58, 158 Rn. 23 - Grauzementkartell I), die auch zivilrechtlich eine tatbestandliche Handlungseinheit darstellen kann. Folge einer solchen Grundabsprache ist es, dass die hieran beteiligten Unternehmen gesamtschuldnerisch für sämtliche Schäden haften, die ihre Ursache in dem Kartellverstoß haben (vgl. BGH, WuW 2020, 595 Rn. 38 - Schienenkartell III). Diese Anforderungen stehen in Einklang mit den aus Art. 81 Abs. 1 EGV (jetzt: Art. 101 Abs. 1 AEUV) folgenden Vorgaben des Unionsrechts (vgl. BGH, WuW 2020, 595 Rn. 36 - Schienenkartell III; EuGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - C-644/13 P, juris Rn. 53 - Villeroy &

Boch Belgium u.a./Kommission). Im Bußgeldrecht der Union gelten vergleichbare Grundsätze (vgl. EuGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - C-644/13 P, Rn. 49 - Villeroy & Boch Belgium u.a./Kommission; NZKart 2018, 526 Rn. 172 - Smart-card-Chips).

91 bb) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten besteht.

92 Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts in den Bußgeldbescheiden haben die Beklagten gemeinschaftlich handelnd durch dieselbe Handlung, mithin durch eine Tat, vorsätzlich gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und abgestimmter Verhaltensweisen gemäß Art. 81 Abs. 1 EGV und § 1 GWB verstoßen. Denn alle Sitzungen, auf denen ein Informationsaustausch stattfand, dienten der Durchführung der zwischen den kartellbeteiligten Unternehmen getroffenen Grundabsprache zum regelmäßigen Austausch sensibler Informationen. Es handelte sich zwar nach den Feststellungen um mehrere Handlungen, sie stellten sich aber als Verwirklichung eines einheitlichen Täterwillens dar. Alle in den Bußgeldbescheiden aufgeführten Sitzungen dienten nach den dort getroffenen Feststellungen der Durchführung der getroffenen Grundabsprache zum regelmäßigen Austausch sensibler Informationen. Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 7 nehmen auch diese Feststellungen an der Bindungswirkung teil. Denn sie betreffen den Lebenssachverhalt, aufgrund dessen ein Kartellrechtsverstoß festgestellt wurde (BGHZ 211, 146 Rn. 12, 14 f. - Lotto-block II; BGHZ 227, 84 Rn. 24 - LKW-Kartell I). Der Verstoß gegen das Kartellverbot setzt ein Zusammenwirken mehrerer Unternehmen voraus. Die Bewertung der Tat als andauernde Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EGV und § 1 GWB im Sinne einer Bewertungseinheit gehört zur Feststellung des Verstoßes, da damit die Bezugstat bestimmt wird. Ohne Erfolg macht die Beklagte zu 7 geltend, in dem gegen sie ergangenen Bescheid sei keine "einheitliche Tat" festgestellt. Denn es genügt, dass dort ein Grundkonsens festgestellt ist. Für die jeweiligen Beklagten war auch objektiv vorhersehbar, dass die übrigen Kartellbeteiligten die

ausgetauschten Informationen bei ihrem Marktverhalten zum Nachteil der Marktgegenseite und so auch Schleckers berücksichtigten. Denn die Berücksichtigung solcher Informationen entspricht wirtschaftlicher Vernunft (BGHSt 65, 75 Rn. 42 - Bierkartell).

93 cc) Soweit eine gesamtschuldnerische Haftung vorliegt, ist die Haftung der Beklagten nicht auf die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse und die dazu gehörenden Produktbereiche beschränkt. Die Haftung bezieht sich vielmehr auf alle Produktbereiche, auf denen eine Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliegt. Sollten die Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach eine Haftung der einzelnen Beklagten nur insoweit gegeben sei, wie die jeweiligen Wettbewerbsbeziehungen reichten, so zu verstehen sein, dass nur Unternehmen, die miteinander in Wettbewerb stehen als (Mit-)Täter oder Gehilfen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot in Frage kommen, trifft dies nicht zu.

94 (1) Das Verbot nach Art. 81 Abs. 1 EGV (jetzt: Art. 101 AEUV) betrifft nicht nur entweder Unternehmen, die auf dem von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Markt oder auf den diesem Markt vorgelagerten, nachgelagerten oder benachbarten Märkten tätig sind, oder Unternehmen, die ihre Selbständigkeit beim Verhalten auf einem bestimmten Markt aufgrund einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise beschränken (EuGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - C-644/13 P, juris Rn. 51 - Villeroy & Boch Belgium u.a./Kommission). Nach gefestigter Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs bezieht sich der Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 EGV (jetzt: Art. 101 AEUV) allgemein auf alle Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, die - sei es in horizontalen oder vertikalen Beziehungen - den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt verfälschen, unabhängig davon, dass nur das Geschäftsverhalten einer der Parteien durch die Bedingungen der in Rede stehenden Vereinbarungen betroffen ist (EuGH, Urteile vom 22. Oktober 2015 - C-194/14 P, NZKart 2015, 528 Rn. 35 - AC-Treuhand II; vom 26. Januar 2017 - C-644/13 P, juris Rn. 51 - Villeroy & Boch u.a./Kommission). Eine einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung

kann damit auch Unternehmen angelastet werden, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen (EuGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - C-644/13 P, juris Rn. 56 - Villeroy & Boch Belgium u.a./Kommission).

95 (2) Die Verschiedenheit der von der Zuwiderhandlung erfassten Produktmärkte steht damit der Feststellung einer einheitlichen Zuwiderhandlung jedenfalls nicht entgegen (EuGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - C-644/13 P, juris Rn. 54 - Villeroy & Boch Belgium u.a./Kommission). Die Beklagten sind zum einen für ihre unmittelbare Beteiligung an der ihnen zur Last gelegten Zuwiderhandlung verantwortlich und zum anderen für ihre mittelbare Beteiligung daran (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - C-644/13 P, juris Rn. 56 - Villeroy & Boch Belgium u.a./Kommission).

96 (3) Zutreffend ist allerdings das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein ersatzfähiger Schaden Schleckers nur hinsichtlich solcher Produktmärkte in Betracht kommt, auf denen der Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung herbeiführte. Andernfalls fehlte es an einem ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem nach Art. 101 AEUV verbotenen Verhalten, welcher nach ständiger Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch ist (vgl. EuGH, Urteile vom 13. Juli 2006 - C-295/04, EuZW 2006, 529 Rn. 61, 91 - Manfredi; vom 14. März 2019 - C-724/17, WuW 2019, 253 Rn. 26 - Skanska; vom 12. Dezember 2019 - C-435/18, WuW 2020, 83 Rn. 30 - Otis u.a./Land Oberösterreich; vgl. auch BGHZ 224, 281 Rn. 24 - Schienenkartell II). Auch wenn ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV nicht voraussetzt, dass das daran beteiligte Unternehmen auf dem davon betroffenen Markt tätig ist, ändert dies nichts daran, dass er nur vorliegt, wenn mit den Absprachen oder Verhaltensweisen eine Verfälschung des Wettbewerbs auf diesem Markt bezweckt oder bewirkt wird (vgl. EuG, Urteil vom 16. September 2013 - T-380/10, juris Rn. 99 - Badezimmerkartell). Besteht keine aktuelle oder potenzielle Wettbewerbsbeziehung zwischen den Teilnehmern des Informationsaustauschs, kommt eine Beschränkung des Wettbewerbs nicht in

Betracht. Hierdurch wird weder in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit eines Marktteilnehmers eingegriffen, noch erzeugt es eine künstliche Markttransparenz, da die Marktteilnehmer nicht auf denselben relevanten Märkten tätig sind (vgl. Wieser, WuW 2020, 636, 641; Bechtold/Bosch, GWB, 10. Aufl., § 1 Rn. 50).

97 b) Daher wäre ein Ersatzanspruch hier ausgeschlossen, soweit nur ein Kartellbeteiligter auf dem maßgeblichen Produktmarkt tätig und auch kein potentieller Wettbewerb anderer Kartellbeteiligter zu erwarten war. Dafür reicht die Feststellung des Berufungsgerichts, das Bundeskartellamt habe Produkte identifiziert, die nur ein Beteiligter des Kartells im Sortiment geführt habe, nicht aus. Es käme vielmehr darauf an, ob von den weiteren Kartellbeteiligten potentieller Wettbewerb zu erwarten war. Sollte der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger, was sich dem Berufungsurteil nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen lässt, keinen Vortrag gehalten haben, ginge das zu seinen Lasten.

98 IV. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil er der vom Tatrichter vorzunehmenden Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls nicht vorgreifen kann und weitere Feststellungen zu treffen sind. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

99 V. Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht folgendes zu berücksichtigen haben:

100 1. Hinsichtlich der Einzelheiten des vom Bundeskartellamt festgestellten Sachverhalts hat das Berufungsgericht bei der Gesamtwürdigung teilweise "exemplarisch" auf den gegen den Markenverband e.V. ergangenen Bußgeldbescheid sowie "exemplarisch" auf einzelne gegen die Beklagten ergangenen Bußgeldbescheide Bezug genommen. Insbesondere aus dem gegen den Markenverband ergangenen Bußgeldbescheid kann sich zwar nach den oben dargestellten Grundsätzen keine Bindungswirkung für die Beklagten ergeben (Rn. 26). Es kommt jedoch in Betracht, dass der Inhalt des jeweils in Bezug genommenen

Bußgeldbescheids zum relevanten Prozessstoff auch für die jeweiligen Nichtadressaten geworden ist. Da der Kläger alle Bußgeldbescheide zum Gegenstand der Klage gemacht hat, gehört der Inhalt der gegen den Markenverband und gegen andere Beklagte ergangenen Bußgeldbescheide zum im Prozessrechtsverhältnis zum Nichtadressaten zu berücksichtigenden Prozessstoff, sofern die Richtigkeit von dem jeweiligen Beklagten, der nicht Adressat des Bußgeldbescheides ist, nicht substantiiert bestritten wurde. Im Falle eines solchen substantiierten Bestreitens unterliegt die Frage der Richtigkeit der festgestellten Tatsachen der freien Beweiswürdigung des Gerichts (vgl. BGH, WRP 2021, 1588 Rn. 18 - LKW-Kartell II). Soweit das Berufungsgericht danach Einzelheiten aus einem bestimmten Bußgeldbescheid, welche von den Nichtadressaten erheblich bestritten wurden, auch gegenüber diesen zur Grundlage seiner Würdigung machen sollte, hätte es die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind (§ 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

101 2. Hinsichtlich abgeschlossener Jahresvereinbarungen ist zu differenzieren.

102 a) Zutreffend ist die Auffassung des Berufungsgerichts, dass sich ein nachfolgender Informationsaustausch auf die bereits abgeschlossene Jahresvereinbarung nicht ausgewirkt haben kann. Dementsprechend hat der Kläger die Beschaffungsvorgänge aus der Jahresvereinbarung der Beklagten zu 1 für das Jahr 2004 herausgenommen, weil diese bereits vor Beginn des Informationsaustauschs am 31. März 2004 abgeschlossen war.

103 b) Soweit das Berufungsgericht jedoch beispielsweise meint, dasselbe gelte für die mit der Beklagten zu 1 abgeschlossene Jahresvereinbarung für 2005, weil diese zum Zeitpunkt des Informationsaustauschs bereits abschließend verhandelt gewesen sei, setzt es sich nicht mit der naheliegenden Möglichkeit auseinander, dass der Informationsaustausch Ende März 2004 dennoch Einfluss auf die Preisgestaltung der Beklagten zu 1 im Jahr 2005 haben konnte. Es kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass für die Hersteller,

die die Preise bereits ausverhandelt hatten, den mitgeteilten Informationen über Preiserhöhungen und Sonderforderungen auch bei den nachfolgenden Preisverhandlungen in den Folgejahren unmittelbar keine Bedeutung mehr zukam. Selbst wenn dem so wäre, darf nicht aus dem Blick geraten, dass auf dem Informationsaustausch beruhende Preiserhöhungen der übrigen Kartellbeteiligten Auswirkungen auf die auf dem gesamten betroffenen Markt durchsetzbaren Preise haben konnten (vgl. BGHZ 224, 281 Rn. 44 - Schienenkartell II). Das Preisniveau auf dem Markt hat regelmäßig Einfluss auf die Preisbildung, so dass ein mittelbarer Einfluss der Preiserhöhungen auf spätere Verhandlungen nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden kann.

104 c) Soweit das Berufungsgericht unter "festgelegter Preiserhöhung" die Mitteilung der beabsichtigten Preiserhöhung gegenüber dem Kunden vor dem Abschluss einer entsprechenden Jahresvereinbarung verstehen sollte, stellt dies keinen abgeschlossenen Sachverhalt dar, der die Annahme rechtfertigt, dass die Information über die Preiserhöhung der Wettbewerber keinen Einfluss auf die dem Preiserhöhungsverlangen folgenden Verhandlungen mit Schlecker gehabt haben kann. Ein Unternehmen, welches eine Preiserhöhung auf einer Sitzung des Arbeitskreises angekündigt hatte, aber noch nicht gegenüber dem Handel, konnte seine geplante Preissetzung noch ändern, wenn es Informationen über die Preiserhöhungen seiner Wettbewerber erhalten hatte. Da es insoweit an einer verbindlichen Preisvereinbarung vor dem Informationsaustausch fehlt, handelt es sich erst bei den danach vereinbarten Preisen um "nach dem Informationsaustausch erzielte Preise". Dies rechtfertigt die Anwendung des Erfahrungssatzes.

105 3. Sollte es für die Beurteilung des Eintritts eines Schadens trotz der nach vorstehenden Maßstäben durchgeführten Gesamtwürdigung noch darauf ankommen, wird das Berufungsgericht die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens zur Durchführung einer Regressionsanalyse nicht ohne weitere Feststellungen mit der Begründung ablehnen dürfen, dass die im Parteigutachten des Klägers enthaltene Regressionsanalyse von einer unrichtigen

Preissetzungsmethode ausgehe oder methodische Fehler und eine unzutreffende Tatsachenermittlung aufweise.

106 a) Eine Regressionsanalyse, welche eine Differenz zwischen den Preisen auf dem angeblich vom Kartell beeinflussten Markt und den Preisen auf dem kartellfreien Vergleichsmarkt ermittelt, stellt - wenn sie auf einer hinreichend verlässlichen Datengrundlage methodisch korrekt und mit signifikanten Ergebnissen durchgeführt worden ist - ein relevantes Indiz dafür dar, dass der klagenden Partei durch den Kartellverstoß wahrscheinlich ein Schaden in Höhe dieser Differenz entstanden ist (vgl. BGH, WRP 2021, 1588 Rn. 66 - LKW-Kartell II; vgl. ferner Inderst/Thomas, ZWeR 2021, 432 ff.). Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass auch der Nachweis der in einem Parteigutachten durchgeführten Regressionsanalyse im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung die richterliche Überzeugung von dem Eintritt eines Schadens nicht begründen könnte, darf jedoch auch ein Beweisantrag, der die Regressionsanalyse betrifft, abgelehnt werden (BGHZ 224, 281 Rn. 36, 47 - Schienenkartell II).

107 b) Soweit es für die Frage, ob Schlecker ein Schaden entstanden ist, überhaupt noch darauf ankommen sollte, wird das Berufungsgericht die mögliche indizielle Bedeutung der vom Kläger vorgelegten Regressionsanalyse jedoch nicht ohne weiteres mit der Begründung ausschließen können, die Analyse habe wichtige Inputfaktoren nicht untersucht, die für die vom Berufungsgericht zugrunde gelegte nachfrageorientierte Preissetzung von Bedeutung sind. Dafür wäre vielmehr erforderlich, dass die dort nicht berücksichtigten Werte der für die nachfrageorientierte Preissetzung maßgeblichen Einflussvariablen - des Konsumentennutzens und der Marktstärke der Drogeriemarkenartikel - im Kartellzeitraum höher gewesen wären als in den Jahren 2008 bis 2011. Nur unter dieser Prämisse ließe sich nämlich die im Gutachten des Klägers ermittelte Abweichung mit der Veränderung dieser Einflussvariablen erklären. In diesem Fall könnte das Ergebnis der Regressionsanalyse als richtig unterstellt werden, ohne dass sich hieraus ein für einen Schaden sprechendes Indiz ergäbe. Für die Feststellung

einer entsprechenden Änderung der Werte von Konsumentennutzen und Marktstärke genügt indes nicht, dass der Kläger einer Tabelle in dem von der Beklagten zu 1 vorgelegten Privatgutachten nicht entgegengetreten sei, aus der sich bezogen auf den Lebensmitteleinzelhandel die Entwicklung des Verhältnisses der Marktanteile von Marken- und Handelsmarkenprodukten ergeben soll. Die Revision weist zu Recht darauf hin, dass sich aus der Tabelle keine ausreichenden Hinweise dafür ergeben, dass der durch die Eigenmarken verursachte Wettbewerbsdruck in den kartellbetroffenen Jahren 2005 bis 2006 geringer gewesen sei als im Nachkartellzeitraum. Wenn danach bereits zu Kartellbeginn im Jahr 2004 ein entsprechender Preisdruck durch die Eigenmarken vorhanden gewesen sein sollte, was mangels entsprechender Feststellungen zugunsten des Klägers für das Revisionsverfahren zu unterstellen ist, kann die ermittelte Preisdifferenz zwischen dem Kartell- und Nachkartellzeitraum nicht ohne Weiteres mit einem bedeutenden Rückgang der Verbrauchernachfrage erklärt werden. Dies spräche vielmehr dafür, dass die Verhandlungen mit Schlecker durch den Informationsaustausch beeinflusst wurden.

108 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unterlag der Beschaffungsmarkt bereits im Kartellzeitraum einem starken Preisdruck, da der Einzelhandel aufgrund seiner Nachfragemacht den auf dem nachgelagerten Absatzmarkt herrschenden Preisdruck durch mehrere Mechanismen, etwa Rabattforderungen oder Androhung von Auslistungen, Mengen- oder Werbekostenreduzierungen auf die Hersteller abwälzen konnte. Wenn trotz gleichbleibenden Preisdrucks die vom Kläger in Auftrag gegebene Regressionsanalyse eine Preisdifferenz im Vor- und Nachkartellzeitraum ergibt, könnte dies dafür sprechen, dass dieser Mechanismus - also die sogenannte Türsteherfunktion des Einzelhandels - während des Kartellzeitraums beeinflusst wurde und Schlecker den auf dem Absatzmarkt herrschenden Preisdruck nicht in gleichem Maße weitergeben konnte, wie das ohne den kartellrechtswidrigen Informationsaustausch der Fall gewesen wäre.

109 c) Soweit das Parteigutachten methodische Fehler enthalten und auf einer fehlerhaften Tatsachenermittlung beruhen sollte, wird dies nicht ohne weiteres die Ablehnung des Antrags auf Einholung einer Regressionsanalyse durch einen gerichtlichen Sachverständigen oder ein Absehen von deren Einholung von Amts wegen rechtfertigen können. Es ist zwar im Zivilprozess rechtsmissbräuchlich, eine Behauptung ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich auf Geratewohl, gleichsam "ins Blaue hinein" aufzustellen (BGH, Urteil vom 20. September 2002 - V ZR 170/01, MDR 2003, 45 [juris Rn. 9] mwN). Davon kann jedenfalls hier, soweit für den Kläger ein Erfahrungssatz streitet, dass der Informationsaustausch zu einem Preiseffekt geführt hat, aber nicht ausgegangen werden.

Kirchhoff

Tolkmitt

Picker

Rombach

Vogt-Beheim

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 10.08.2018 - 2-03 O 239/16 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 12.05.2020 - 11 U 98/18 (Kart) -