



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 96/18

Verkündet am:
13. April 2021
Barth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. April 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, den Richter Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker, Dr. Rombach und Dr. Allgayer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 1, 2 und 3 sowie auf die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. August 2018 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als jeweils zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an einen anderen Kartellsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, die für den öffentlichen Personennahverkehr im mittleren Ruhrgebiet zuständig ist, nimmt die Beklagten auf Ersatz kartellbedingten Schadens in Anspruch.
- 2 In den Jahren 2002 und 2011 beauftragte die Klägerin die Beklagte zu 1 in zwei Fällen - einmal auf Grundlage eines Ausschreibungsverfahrens, das andere Mal aufgrund einer an die Beklagte zu 1 gerichteten Preisanfrage - mit der Lieferung von Materialien für den Gleisoberbau. Die Verträge enthielten jeweils eine Schadenspauschalierungsklausel, wonach der Auftragnehmer - vorbehaltlich eines ihm offenstehenden Nachweises eines Schadens in anderer Höhe - fünf bzw. 15 Prozent der Auftragssumme an die Auftraggeberin zu zahlen hat, "wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt". Im Jahr 2010 übertrug die Beklagte zu 1 im Wege der Umwandlung durch Abspaltung ihren Geschäftsbereich "Gleisbau" auf die Beklagte zu 2.
- 3 Mit Bescheiden vom 18. Juli 2013 verhängte das Bundeskartellamt unter anderem gegen die Beklagten zu 1, 3 und 5 jeweils ein Bußgeld wegen Beteiligung an dem Kartell der "Schienenfreunde".
- 4 Die Klägerin macht geltend, sie habe aufgrund des Kartells überhöhte Preise zahlen müssen. Sie hat ursprünglich von den Beklagten zu 1 und 2 Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 53.130,54 € sowie Feststellung der Schadensersatzpflicht im Hinblick auf einen darüber hinausgehenden Betrag verlangt und gegenüber den Beklagten zu 3 bis 7 Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht als Gesamtschuldner neben den Beklagten zu 1 und 2 begehrt. Das Landgericht hat durch Teil-Grund- und Teil-Schlussurteil die Klage gegen die Beklagten als Gesamtschuldner - unter Abweisung im Übrigen - überwiegend dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufungen der Beklagten zu 1 und 3 bis 7 hat

das Berufungsgericht unter Neufassung des landgerichtlichen Ausspruchs zurückgewiesen, nachdem die Klägerin im Berufungsrechtszug von den Beklagten als Gesamtschuldner Zahlung in einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Höhe, mindestens jedoch in Höhe von 102.662,08 €, verlangt hatte. Auf die Berufung der Beklagten zu 2 hat es das landgerichtliche Urteil - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen - mit der Maßgabe abgeändert, dass die Klage nur im Hinblick auf den Beschaffungsvorgang B20020109 gerechtfertigt ist, und die weitergehende Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat es das landgerichtliche Urteil in den Aussprüchen zu 2 bis 4 aufgehoben, soweit darin Zinsansprüche der Klägerin aberkannt worden sind. Mit der vom Senat zugelassen Revision verfolgen die Beklagten zu 1, 2 und 3 ihr auf Klageabweisung gerichtetes Begehren weiter. Mit der Anschlussrevision will die Klägerin die Anerkennung der geltend gemachten Ansprüche gegenüber der Beklagten zu 2 auch für den Beschaffungsvorgang B20020109 nach den zuletzt im Berufungsrechtszug gestellten Anträgen erreichen.

Entscheidungsgründe:

5 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

6 Der Klägerin stehe gegen die Beklagten zu 1 und zu 3 bis 7 als Gesamtschuldnerinnen dem Grunde nach ein Anspruch auf Ersatz des ihr durch an die Beklagte zu 1 erteilte Beschaffungsaufträge entstandenen Kartellschadens nach § 33 Satz 1 GWB 1999 und § 33 Abs. 3 GWB 2005, jeweils in Verbindung mit § 1 GWB, Art. 81 EGV, zu. Die Beklagten hafteten nach § 830 Abs. 1 Satz 1, § 840 Abs. 1 BGB gesamtschuldnerisch. Die Haftung der Beklagten zu 2 beruhe auf

§ 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG, § 840 BGB, erstrecke sich aber nur auf den Beschaffungsvorgang aus dem Jahr 2002. Für den nach der Umwandlung durch Abspaltung erteilten Beschaffungsauftrag komme eine Haftung nach § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG, § 840 Abs. 1 BGB nicht in Betracht. Zugunsten der Klägerin streite eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Klägerin von dem Kartellrechtsverstoß betroffen und dieser zumindest ein Schaden in irgendeiner Höhe entstanden sei. Die Beklagten hätten die tatsächliche Vermutung der Kartellbetroffenheit und diejenige eines kartellbedingten Schadens nicht widerlegt.

7 Der Klägerin seien unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung weder Leistungen von Seiten der Fahrgäste noch von Seiten der Zuwendungsgeber anzurechnen. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch sei unter dem Gesichtspunkt eines etwaigen Mitverschuldens der Klägerin weder gemindert noch ausgeschlossen. Schließlich seien die Ansprüche der Klägerin nicht verjährt.

8 II. Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach nicht bejaht werden.

9 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass für den im Jahr 2002 erteilten Auftrag als Anspruchsgrundlage § 33 Satz 1 GWB 1999 in Betracht kommt (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - KZR 24/17, BGHZ 224, 281 Rn. 18 - Schienenkartell II, mwN). Ebenso zutreffend hat das Berufungsgericht § 33 Abs. 3 GWB 2005 auf die Schadensersatzansprüche angewendet, die die Klägerin auf den Beschaffungsvorgang aus dem Jahr 2011 stützt.

10 2. Mit Recht hat das Berufungsgericht einen schuldhaften Verstoß der Beklagten zu 1 und 3 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 2005 für den nachfolgenden Schadensersatzprozess bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts im Bußgeldbescheid die Beklagten über einen längeren Zeitraum an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen beteiligt waren. 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 (näher: BGHZ 224, 281 Rn. 21 - Schienenkartell II).

11 3. Das Berufungsgericht ist im Ergebnis auch mit Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen berechtigt ist.

12 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Voraussetzung des haftungsbegründenden Tatbestands eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs sowohl nach § 33 Satz 1 GWB 1999 als auch nach § 33 Abs. 3, Abs. 1 GWB 2005 ebenso wie nach § 823 Abs. 2 BGB, 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, wobei für die Feststellung dieser Voraussetzung der Maßstab des § 286 ZPO gilt. Angesichts der Besonderheiten des kartellrechtlichen Deliktstatbestands kommt es auf die Frage, ob sich die Kartellabsprache auf den in Rede stehenden Beschaffungsvorgang, auf den der Anspruchsteller sein Schadensersatzbegehren stützt, tatsächlich nachteilig ausgewirkt hat, nicht an und bedarf es auch nicht der Feststellung einer konkret-individuellen Betroffenheit (BGHZ 224, 281 Rn. 25 - Schienenkartell II; 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 f. - Schienenkartell V).

- 13 b) Wie das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht angenommen hat, sind die vorstehenden Voraussetzungen für die Annahme der Betroffenheit im Streitfall erfüllt, weil die Klägerin von am Kartell beteiligten Unternehmen Waren erworben hat, welche Gegenstand der Kartellabsprache waren. Die von der Revision hiergegen erhobenen Rügen bleiben ohne Erfolg. Es erscheint angesichts der Art und Weise des festgestellten Verstoßes möglich, dass der Klägerin sowohl auf Grundlage von europaweiten Ausschreibungen sowie von ohne Ausschreibung erteilten Aufträgen jeweils ein kartellbedingter Schaden entstanden ist (BGH, WuW 2021, 37 Rn. 19 ff. - Schienenkartell V). Gleiches gilt, soweit Beschaffungsvorgänge aus der Anfangsphase des Kartells in Rede stehen.
- 14 4. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann jedoch nicht angenommen werden, dass der Klägerin aufgrund der Kartellabsprache zwischen den beteiligten Unternehmen - mit der für ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO erforderlichen Wahrscheinlichkeit (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2018 - KZR 26/17, NZKart 2019, 101 Rn. 38 - Schienenkartell I; s.a. Urteil vom 10. Februar 2021 - KZR 63/18, juris Rn. 57 - Schienenkartell VI) - überhaupt ein Schaden entstanden ist.
- 15 a) Die Annahme des Berufungsgerichts, es bestehe eine widerlegliche Vermutung dafür, dass der Klägerin ein Schaden entstanden sei, welche die Beklagten nicht widerlegt hätten, steht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Einklang. Nach ihr streitet zugunsten des Abnehmers eines an einer Kartellabsprache beteiligten Unternehmens zwar eine auf der hohen Wahrscheinlichkeit eines solchen Geschehens beruhende tatsächliche Vermutung - im Sinne eines Erfahrungssatzes - grundsätzlich dafür, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise im Schnitt über diejenigen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten (BGH, Urteil vom 8. Januar 1992 - 2 StR 102/91, BGHSt 38, 186, 194; Beschluss vom 28. Juni

2005 - KRB 2/05, WuW/E DE-R 1567, 1569 - Berliner Transportbeton I; Beschluss vom 26. Februar 2013 - KRB 20/12, BGHSt 58, 158 Rn. 76 - Grauzementkartell I; BGH, 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; WuW 2021, 37 Rn. 26 - Schienenkartell V). Die Berücksichtigung eines solchen Erfahrungssatzes führt aber nicht zu einer Umkehr der Beweislast. Vielmehr ist der einschlägige Erfahrungssatz im Rahmen der nach § 287 Abs. 1 ZPO vorzunehmenden Gesamtwürdigung sämtlicher für und gegen die Schadensentstehung sprechenden Indiztatsachen zu berücksichtigen (näher: BGHZ 224, 281 Rn. 36 - Schienenkartell II; BGH, WuW 2021, 37 Rn. 26 f. - Schienenkartell V).

16 b) Die danach erforderliche Gesamtwürdigung sämtlicher für und gegen die Entstehung eines Schadens sprechenden Indizien hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen. Vielmehr hat es offengelassen, ob die tatsächliche Vermutung einen Anscheinsbeweis begründet oder als Indiztatsache zu berücksichtigen ist, und hat angenommen, die tatsächliche Vermutung sei jedenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen und könne nur durch besondere Umstände erschüttert werden, was den Beklagten nicht gelungen sei. In diesem Zusammenhang hat es zahlreiche Einwendungen der Beklagten und die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Indiztatsachen nur unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Widerlegung der tatsächlichen Vermutung und nur je für sich gewürdigt. Es kann vor diesem Hintergrund nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht von einer unzutreffenden Verteilung der Beweislast ausgegangen ist und angenommen hat, den Beklagten obliege in Ansehung der tatsächlichen Vermutung der Beweis des Gegenteils.

17 III. Auch die Anschlussrevision der Klägerin hat Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Schadensersatzanspruch der

Klägerin gegenüber der Beklagten zu 2 im Hinblick auf den Beschaffungsvorgang aus dem Jahr 2011 nicht verneint werden.

18 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, eine Haftung der Beklagten zu 2 nach § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG für etwaige Ansprüche der Klägerin wegen des Beschaffungsvorgangs aus dem Jahr 2011 scheidet deshalb aus, weil dieser erst nach Wirksamwerden der Umwandlung erfolgt sei und deshalb keine Altverbindlichkeit im Sinne der Vorschrift darstelle.

19 2. Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

20 a) Die Haftung der an einer Spaltung beteiligten Rechtsträger erstreckt sich gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG auf solche Verbindlichkeiten, die vor Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind solche Altverbindlichkeiten bereits dann begründet, wenn der Rechtsgrund für die Entstehung dieses Anspruchs bereits vor Wirksamwerden der Spaltung gelegt wurde und die weiteren Voraussetzungen seines Entstehens erst nach dem Wirksamwerden der Spaltung erfüllt werden (BGH, Urteil vom 13. August 2015 - VII ZR 90/14, NJW 2015, 3373 Rn. 37, mwN auch zur Rechtsprechung des II. Zivilsenats zur vergleichbaren Situation bei § 160 HGB). Nach diesen Grundsätzen kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bereits der - wie hier - vor Wirksamwerden der Spaltung begangene Verstoß gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB und Art. 101 AEUV genügen, um etwaige - aufgrund der nach diesem Zeitpunkt erfolgten Beschaffungen entstandenen - Schadensersatzansprüche, für die eine Haftung der Beklagten zu 1 in Betracht kommt, als Altverbindlichkeiten zu qualifizieren; dies beruht darauf, dass das maßgebliche haftungsbegründende Verhalten der durch die Kartellabsprache erfolgte Eingriff in die Freiheit des Wettbewerbsprozesses ist (BGH, WuW 2021, 37 Rn. 71 - Schienenkartell V).

21 b) Allerdings besteht eine Haftung für solche Verbindlichkeiten nach § 133 Abs. 3 Satz 1 UmwG nur dann, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach der Spaltung fällig und daraus Ansprüche gegen sie in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des BGB bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird. Nach § 133 Abs. 4 Satz 1 UmwG beginnt die Frist mit dem Tage, an dem die Eintragung der Spaltung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers nach § 125 UmwG in Verbindung mit § 19 Abs. 3 UmwG bekannt gemacht worden ist. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - hierzu keine Feststellungen getroffen, weshalb für die Prüfung der Anschlussrevision zu unterstellen ist, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind.

22 IV. Da sich das Urteil des Berufungsgerichts nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO), ist es aufzuheben (§ 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 zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO); dabei macht der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch.

23 V. Bei der erneuten Prüfung, ob der Klägerin die geltend gemachten Schadensersatzansprüche zustehen, wird das Berufungsgericht die vertraglich vereinbarte Schadenspauschalierung in den Blick nehmen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2021 - KZR 63/18, juris Rn. 17 ff. - Schienenkartell VI) sowie die Anforderungen an die Tatsachenfeststellung und an die Berücksichtigung der Vorteilsausgleichung zu beachten haben, wie sie der Rechtsprechung

des Bundesgerichtshofs zu entnehmen sind (BGHZ 224, 281 Rn. 34 ff. - Schienenkartell II; BGH, WuW 2020, 597 Rn. 43 ff. - Schienenkartell IV; WuW 2021, 37 Rn. 43 ff. - Schienenkartell V).

Meier-Beck

Tolkmitt

Picker

Rombach

Allgayer

Vorinstanzen:

LG Dortmund, Entscheidung vom 21.12.2016 - 8 O 90/14 [Kart] -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.08.2018 - VI-U (Kart) 1/17 -