



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 24/17

Verkündet am:
28. Januar 2020
Anderer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

Schienerkartell II

GWB § 33 Abs. 3 aF; AEUV Art. 101; ZPO §§ 286 A, 287 Abs. 1

- a) Dem Merkmal der Betroffenheit im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB aF, welches mit dem Beweismaß des § 286 ZPO festzustellen ist, kommt bei der Prüfung des haftungsbegründenden Tatbestands eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs Bedeutung nur für die Frage zu, ob dem Anspruchsgegner ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anzulasten ist, das - vermittelt durch den Abschluss von Umsatzgeschäften oder in anderer Weise - geeignet ist, einen Schaden des Anspruchstellers mittelbar oder unmittelbar zu begründen.
- b) Die Feststellung des haftungsbegründenden Tatbestands setzt nicht voraus, dass sich die Kartellabsprache auf einen Beschaffungsvorgang, auf den der Anspruchsteller sein Schadensersatzbegehren stützt, tatsächlich ausgewirkt hat und das Geschäft damit "kartellbefangen" war; dieser Gesichtspunkt betrifft die Schadensfeststellung und damit die haftungsausfüllende Kausalität, für die das Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO gilt.
- c) Etablieren Kartellanten ein System, bei dem von einem "Spielführer" im Rahmen von Ausschreibungen die Preise von "Schutzangeboten" oder der angestrebte Zuschlagspreis mitgeteilt werden, ist es wegen der bestehenden Preistransparenz wahrscheinlich, dass von einem solchen System ein allgemeiner Effekt auf die Angebotspreise der Kartellanten ausgeht; diese Wahrscheinlichkeit ist umso höher, je umfassender die Quoten- oder Kunden-"Zuteilung" auf dem Markt praktiziert wird und je mehr die an der Kartellabsprache beteiligten Unternehmen aufgrund wechselseitiger Rücksichtnahme der Notwendigkeit enthoben sind, um einen einzelnen Auftrag zu kämpfen und hierzu gegebenenfalls Preiszugeständnisse zu machen.
- d) Im Rahmen der Feststellung eines kartellbedingten Schadens wird ein unmittelbarer Beweis einer Haupttatsache oder ihres Gegenteils in der Regel nicht dadurch angetreten, dass für die Entstehung oder das Fehlen eines Schadens Sachverständigenbeweis angeboten wird.

BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - KZR 24/17 - OLG Jena
LG Erfurt

ECLI:DE:BGH:2020:280120UKZR24.17.0

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Berg und Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Rombach und Dr. Linder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Kartellsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 22. Februar 2017 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Ersatz kartellbedingten Schadens in Anspruch.

2 Die Beklagte zu 1 befasst sich mit der Herstellung, dem Handel und dem Vertrieb von Weichen, Kreuzungen und sonstigen Teilen des Oberbaus von Schienenbahnen. Die Beklagte zu 2 handelt mit Oberbaumaterialien für den Gleisbau. Im Jahr 2010 übertrug die Beklagte zu 1 im Wege der Umwandlung durch Abspaltung ihren Geschäftsbereich "Gleisbau" auf die Beklagte zu 2 (nachfolgend gemeinsam: die Beklagte).

3 Die Klägerin, ein regionales Verkehrsunternehmen, erwarb von der Beklagten auf Grundlage nationaler Ausschreibungsverfahren in vier Fällen Gleisoberbaumaterialien. Im Jahr 2001 erwarb sie Gleise und Weichen, in den Jahren 2002, 2007 und 2009 Schienen und Schwellen. Den Verträgen lagen Bedingungen zugrunde, die u.a. folgende Klausel enthielten:

"Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er 15 v.H. der Abrechnungssumme an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird."

4 Mit Bescheid vom 18. Juli 2013 verhängte das Bundeskartellamt gegen die Beklagte wegen Beteiligung an dem Kartell der "Schienenfreunde" ein Bußgeld. Nach den Feststellungen des rechtskräftigen Bußgeldbescheids verstieß die Beklagte jedenfalls zwischen 2001 und Mai 2011 gemeinschaftlich handelnd u.a. mit den Streithelferinnen gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen.

5 Die Klägerin macht geltend, sie habe aufgrund des Kartells überhöhte Preise zahlen müssen. Sie hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 42.615,11 € zuzüglich Zinsen zu zahlen (Klageantrag zu 1), sowie festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr und ihren Zuwendungsgebern entstandene oder in Zukunft entstehende Schäden nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu ersetzen (Klageantrag zu 2a). Für den Fall der Abweisung des Klageantrags zu 1 hat sie die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche Schäden nebst Zinsen zu ersetzen, die ihr aufgrund von Kartellabsprachen aus den Aufträgen entstanden sind oder künftig noch entstehen werden (Klageantrag zu 2b). Das Landgericht hat durch Grund- und Teilurteil die Klage hinsichtlich des Zahlungsantrags dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und festgestellt, dass die Beklagte zum Ersatz weitergehender Schäden verpflichtet ist. Die beanspruchten Zinsen hat es nur in beschränktem Umfang zugesprochen.

6 Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht - nach Rücknahme der Klage im Hinblick auf die Feststellungsanträge zu 2a und 2b - zurückgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen und von der Streithelferin zu 3 unterstützten Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Der Zahlungsanspruch, der sich nicht unmittelbar aus der vertraglichen Pauschalierungsklausel, sondern aus § 33 GWB in Verbindung mit § 1 GWB ergebe, sei dem Grunde nach gerechtfertigt. Es stehe nach den Feststellungen des Bundeskartellamts im Bußgeldbescheid fest, dass die Beklagte zumindest von 2001 bis Mai 2011 u.a. gemeinsam mit den Streithelferinnen für den Absatz von Schienen, Weichen und Schwellen auf dem Privatmarkt in Deutschland kartellrechtswidrige Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen getroffen und insofern gegen § 1 GWB verstoßen habe.

9 Zugunsten der Klägerin streite ein Anscheinsbeweis, dass die in Rede stehenden Beschaffungsverträge von dem Kartell nachteilig zu Lasten der Klägerin beeinflusst gewesen seien. Danach sei davon auszugehen, dass sich dieses Kartell allgemein preissteigernd ausgewirkt habe. Der einzelne Anbieter habe bei einem Quotenkartell ebenso wie bei dem Schutz von Stammkundenbeziehungen einen geringeren Anreiz zur Senkung seiner Preise und verfüge über größere Möglichkeiten, seine Preise zu erhöhen. Das Kartell sei über viele Jahre intakt gewesen, was nur dann habe sinnvoll gewesen sein können, wenn es zu erhöhten, jedenfalls aber zu nicht marktkonformen Preisen geführt habe. Es sei zudem davon auszugehen, dass sich solche Preise auch außerhalb des Kartells als Preisschirmeffekte niedergeschlagen hätten. Diesen Anscheinsbeweis habe die Beklagte nicht erschüttert.

10 Darüber hinaus stehe aufgrund des ersten Anscheins zu Gunsten der Klägerin fest, dass auch die in Rede stehenden Beschaffungsvorgänge kartellbefangen gewesen seien. Angesichts des sachlichen Gegenstands der Kar-

tellabsprache, ihrer zeitlichen Dauer und räumlichen Ausdehnung entspreche es einem typischen Geschehensablauf, dass auch die konkreten Geschäfte von dem Kartell erfasst gewesen seien. Die Beklagte habe nicht vorgetragen, dass die jeweiligen Beschaffungsvorgänge atypisch gewesen seien, weshalb der Anscheinsbeweis uneingeschränkt für sämtliche Beschaffungsvorgänge gelte.

- 11 Die danach zugunsten der Klägerin streitende Vermutung eines kartellbedingten Nachteils habe die Beklagte nicht zu erschüttern vermocht. Sie habe weder dargelegt, dass der konkret betroffene Markt in Thüringen überhaupt nicht von der Kartellabsprache betroffen und dass die Beklagte nur und ausschließlich an Absprachen im Hinblick auf andere Regionen beteiligt gewesen sei, noch konkret vorgetragen, warum der Beschaffungsvorgang im Jahr 2009 nicht zu den Einzelfällen zähle, in welchen sie an Absprachen teilgenommen habe. Die Beklagte habe auch nicht näher vorgetragen, dass sie an der Absprache bezüglich der diesem Beschaffungsvorgang zugrundeliegenden Ausschreibung nicht beteiligt gewesen sei. Es komme schließlich nicht darauf an, ob die Klägerin Stammkundin der Beklagten gewesen sei und ob die in Rede stehenden Beschaffungsvorgänge nach dem im Bußgeldbescheid beschriebenen Muster abgelaufen seien. Nach den Feststellungen im Bußgeldbescheid seien den schützenden Unternehmen als Ausgleich für die Abgabe von Schutzangeboten bei nachfolgenden gleichwertigen Ausschreibungen der Vortritt eingeräumt worden. Aus diesem Grund sei es nicht ausgeschlossen, dass die zu beurteilenden Beschaffungsvorgänge der Beklagten aufgrund einer Kompensationsabsprache zugeteilt worden seien. Dies liege hier deshalb nahe, weil es sich um ein wirtschaftlich unbedeutendes Angebot handele. Dazu habe die Beklagte jedoch keinerlei konkreten Vortrag gehalten.

12 Der Anscheinsbeweis werde auch nicht dadurch erschüttert, dass die von der Klägerin gezahlten Preise sogar unter den durchschnittlichen Nachkartellpreisen lägen, wie sie sich aus dem von der Klägerin eingeholten IAW-Gutachten ergäben. Es fehle insofern an einer Vergleichbarkeit der gegenübergestellten Preise. Zudem könnten die Preise im Zeitraum nach Beendigung des Kartells dadurch beeinflusst gewesen seien, dass einzelne Anbieter vom Markt verschwunden seien.

13 Der Klägerin sei auch ein Schaden in zumindest irgendeiner Höhe entstanden. Insoweit könne sie sich auf die wirksam vertraglich vereinbarte Klausel über die Schadenspauschalierung stützen. Die Schadensersatzansprüche seien schließlich nicht verjährt.

14 II. Die Revision ist uneingeschränkt zulässig, § 543 Abs. 1 ZPO. Das Berufungsgericht hat die Revision ohne sachliche Beschränkung zugelassen.

15 Zwar kann sich eine zulässige Beschränkung auch - mit der hierfür erforderlichen Klarheit - aus den Urteilsgründen ergeben, wenn dort eine als zulassungsrelevant angesehene Rechtsfrage aufgeführt wird, die sich nur für einen eindeutig abgrenzbaren selbständigen Teil des Streitstoffs stellt, der Gegenstand eines Teilurteils oder eines eingeschränkt eingelegten Rechtsmittels sein kann (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 10. April 2018 - VIII ZR 247/17, WRP 2018, 710 Rn. 10). Voraussetzung für eine wirksame Beschränkung der Revisionszulassung ist dabei die Selbständigkeit des von der Zulassungsbeschränkung erfassten Teils des Streitstoffs in dem Sinne, dass dieser in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Streitstoff beurteilt werden und auch im Falle einer Zurückverweisung kein Widerspruch zum nicht anfechtbaren Teil des Streitstoffs auftreten kann (vgl. nur BGH, WRP 2018, 710 Rn. 21 mwN).

- 16 Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt, weil die Ansprüche, auf die sich die Frage der Verjährung auswirkt, im Hinblick auf die weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs angesichts des einheitlich zu beurteilenden Kartellverstoßes wie auch der sich daraus ergebenden Wirkungen nicht anders beurteilt werden dürfen als die übrigen in Streit stehenden Ansprüche. Ungeachtet dessen lässt sich weder dem Tenor noch den Entscheidungsgründen mit der erforderlichen Deutlichkeit entnehmen, dass das Berufungsgericht mit dem Verweis auf die im Entscheidungszeitpunkt ungeklärte Verjährungsproblematik überhaupt eine Beschränkung der Revision auf Teile des Streitstoffs erwogen hat und nicht bloß den Anlass für die - unbeschränkte - Zulassung der Revision benennen wollte.
- 17 III. Die Revision hat auch in der Sache 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.
- 18 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass für die in Rede stehenden Aufträge aus den Beschaffungsvorgängen der Jahre 2001 und 2002, auf die die Klägerin ihre Klage unter anderem stützt, als Anspruchsgrundlage § 33 Satz 1 GWB in der seit dem 1. Januar 1999 geltenden Fassung (GWB 1999) in Betracht kommt (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 - KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 13 - ORWI; Urteil vom 11. Dezember 2018, NZKart 2019, 101 Rn. 44 - Schienenkartell). Danach ist derjenige, der gegen eine Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verstößt, sofern die Vorschrift den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zur Unterlassung verpflichtet; fällt ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last, ist er auch zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet.

- 19 Ebenso zutreffend hat das Berufungsgericht § 33 Abs. 3 GWB in der ab dem 1. Juli 2005 geltenden Fassung (GWB 2005) im Hinblick auf die geltend gemachten Schadensersatzansprüche angewendet, die die Klägerin auf Beschaffungsvorgänge der Jahre 2007 und 2009 stützt. Zum Schadensersatz ist nach dieser Vorschrift verpflichtet, wer einen Verstoß nach § 33 Abs. 1 GWB 2005 vorsätzlich oder fahrlässig begeht. Gemäß § 33 Abs. 1 GWB 2005 ist derjenige, der gegen eine Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Art. 101, 102 AEUV verstößt, dem Betroffenen zur Beseitigung und gegebenenfalls zur Unterlassung verpflichtet.
- 20 2. Mit Recht hat das Berufungsgericht einen schuldhaften Verstoß der Beklagten gegen § 1 GWB festgestellt und dabei angenommen, dass nach den gemäß § 33 Abs. 4 GWB 2005 für den nachfolgenden Schadensersatzprozess bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts im Bußgeldbescheid die Beklagte über einen längeren Zeitraum an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen beteiligt war. Dies wird von der Revision auch nicht beanstandet. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts hat die Beklagte auch gegen Art. 81 Abs. 1 EGV (jetzt Art. 101 Abs. 1 AEUV) verstoßen.
- 21 Danach praktizierten Hersteller und Händler von Schienen, Weichen und Schwellen spätestens seit 2001 bis zur Aufdeckung des Kartells im Mai 2011 auf dem Privatmarkt in Deutschland Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen. Die Streithelferinnen zu 3 und 4 bzw. deren Vorgängergesellschaften waren in allen Regionen und über den gesamten Zeitraum beteiligt. Die Beklagte nahm in diesem Zeitraum im Bereich Schienen und Schwellen regional bei Ausschreibungen an Absprachen teil. Die genannten Absprachen beruhten maßgeblich darauf, dass den einzelnen Unternehmen bestimmte "Altkunden" oder "Stammkunden" zugeordnet waren und diese Zuordnung von den Kartellteilnehmern grundsätzlich respektiert wurde. Hierzu verzichteten die anderen Kartellteilnehmer auf die Abgabe von Angeboten oder reichten diese erst nach

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

22 3. Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zurecht davon ausgegangen, dass die Klägerin anspruchsberechtigt ist.

23 a) Der Kreis derjenigen, die berechtigt sind, einen Schadensersatzanspruch wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften des § 1 GWB sowie des Art. 101 AEUV geltend zu machen, bestimmt sich im Ausgangspunkt nach den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Allerdings

sind - wenn wie hier ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV in Rede steht - die Vorgaben des Unionsrechts zu berücksichtigen, denen sowohl der Kreis der Anspruchsberechtigten (EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006 - C-295/04, EuZW 2006, 529 Rn. 61, 91 - Manfredi) und die Person des Ersatzpflichtigen (EuGH, Urteil vom 14. März 2019 - C-724/17, WuW 2019, 253 = NZKart 2019, 217 Rn. 28 - Skanska) als auch der Begriff des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem nach Art. 101 AEUV verbotenen Verhalten und dem geltend gemachten Schaden (EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 - C-435/18, WuW 2020, 83 = NZKart 2020, 30 Rn. 23 - Otis u.a./Land Oberösterreich) zu entnehmen sind.

24 Um die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln der Union zu erhöhen und Unternehmen von - oft verschleierte - wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, kann nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union jedermann Ersatz des Schadens verlangen, soweit nur zwischen dem Schaden und dem nach Art. 101 AEUV verbotenen Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht (EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006 - C-295/04, EuZW 2006, 529 Rn. 61, 91 - Manfredi; Urteil vom 14. März 2019 - C-724/17, NZKart 2019, 217 Rn. 26 - Skanska; Urteil vom 12. Dezember 2019 - C-435/18, NZKart 2020, 30 Rn. 27 ff. - Otis u.a./Land Oberösterreich). Eine weitergehende Einschränkung des Kreises der Anspruchsberechtigten ergibt sich aus dem Unionsrecht nicht (näher dazu Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 29. Juli 2019 - C-435/18 Rn. 50 ff. - Otis u.a./Land Oberösterreich). Damit sind nicht nur die Marktteilnehmer auf den von der Kartellabsprache betroffenen oder benachbarten Märkten - insbesondere die unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer oder Lieferanten der Kartellbeteiligten (vgl. BGHZ 190, 145 Rn. 25 ff. - ORWI) - sowie der Kartellaußen-seiter (EuGH, Urteil vom 5. Juni 2014 - C-557/12, WuW 2014, 783 = NZKart 2014, 263 Rn. 30 ff. - Kone) berechtigt, Schadensersatzansprüche gegen die Kartellbeteiligten geltend zu machen. Vielmehr kann sich der Kreis der An-

spruchsberechtigten auch auf sonstige Dritte erstrecken, auf deren Vermögensposition sich die Kartellabsprache wirtschaftlich nachteilig in Form eines verursachten Schadens ausgewirkt hat (vgl. EuGH, NZKart 2020, 30 Rn. 30 ff. - Otis u.a./Land Oberösterreich). Dies entspricht der Weite des Schutzbereichs des Art. 101 AEUV.

25 b) Vor diesem Hintergrund kommt dem Merkmal der Betroffenheit im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB 2005 bei der Prüfung des haftungsbegründenden Tatbestands eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs - ähnlich wie bei sonstigen Schadensersatzansprüchen, die eine Rechtsgutsverletzung nicht voraussetzen (vgl. zu Amtspflichtverletzungen BGH, Urteil vom 7. März 1996 - IX ZR 169/95, NJW-RR 1996, 781; zu Vertragspflichtverletzungen BGH, Urteil vom 15. Juni 1993 - XI ZR 111/92, NJW 1993, 3073, 3076 mwN) - Bedeutung nur für die Frage zu, ob dem Anspruchsgegner ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anzulasten ist, das - vermittelt durch den Abschluss von Umsatzgeschäften oder in anderer Weise - geeignet ist, einen Schaden des Anspruchstellers mittelbar oder unmittelbar zu begründen (in diesem Sinn BGHZ 211, 146 Rn. 47 - Lottoblock II; vgl. auch Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bd. 2, § 33 GWB Rn. 15; Lahme/Ruster, NZKart 2019, 196; 198 f.; Stock, Der Schadensnachweis bei Hardcore-Kartellen, 2016, S. 272; weitergehend W.-H. Roth in Frankfurter Kommentar, Stand [94. Lieferung] August 2019, § 33a GWB Rn. 24, 87 ff.; Otto, ZWeR 2019, 354, 374 f., 380 f.). Für die Feststellung dieser Voraussetzungen gilt der Maßstab des § 286 ZPO. Im Streitfall sind sie ohne Weiteres erfüllt, weil die Klägerin nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts von der am Kartell beteiligten Beklagten Waren erworben hat, welche Gegenstand der Kartellabsprache waren.

26 Zur Ermittlung der haftungsbegründenden Kausalität muss hingegen nicht festgestellt werden, ob sich die Kartellabsprache auf den in Rede stehen-

den Beschaffungsvorgang, auf den der Anspruchsteller sein Schadensersatzbegehren stützt, tatsächlich ausgewirkt hat und das Geschäft damit in diesem Sinn "kartellbefangen" war (so aber OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Juli 2013 - 6 U 51/12 (Kart), juris Rn. 50; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. Januar 2019 - VI-U (Kart) 18/17, juris Rn. 59 f.; Thomas/Inderst, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl., S. 123; Wagner JZ 2019, 470 f.; Ohlhoff in Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 121). Auf eine solche "Kartellbefangenheit" des Erwerbsvorgangs kommt es im Rahmen der Prüfung des haftungsbegründenden Tatbestands eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs damit nicht an. Soweit dem Urteil des Senats vom 11. Dezember 2018 (NZKart 2019, 101 Rn. 59 - Schienenkartell) etwas anderes zu entnehmen sein sollte, wird daran nicht festgehalten.

27

Die Frage nach der im vorstehenden Sinn verstandenen Kartellbefangenheit einzelner Erwerbsvorgänge ist gleichbedeutend mit der für den unionsrechtlich determinierten Schadensersatz maßgeblichen Frage nach dem ursächlichen Zusammenhang zwischen der Kartellabsprache und dem Vorliegen eines individuellen Schadens. Erweist sich, dass dem Anspruchsteller ein der Kartellabsprache zurechenbarer Schaden entstanden ist, steht zugleich fest, dass sich die verbotene Absprache nachteilig auf das Geschäft, insbesondere auf den gezahlten Preis, ausgewirkt hat. Diese Gesichtspunkte sind im Rahmen der Schadensfeststellung Gegenstand der haftungsausfüllenden Kausalität (vgl. Otto, ZWeR 2019, 354, 383 und 388; Lahme/Ruster, NZKart 2019, 196, 200; Hutschneider/Stieglitz, NZKart 2019, 363, 367; Stock, Der Schadensnachweis bei Hardcore-Kartell, S. 266, 271 ff.). Dem entspricht es, dass eine normative Begrenzung des Kreises der Anspruchsberechtigten nach dem Inhalt des Unionsrechts in erster Linie dem Begriff des verursachten Schadens vorbehalten bleibt, damit nicht nur die auf den betroffenen, vor- oder nachgelagerten oder sonstigen benachbarten Märkten tätigen Akteure, sondern auch nur mittelbar

betroffene Dritte den durch die Kartellabsprache ursächlich hervorgerufenen Schaden ersetzt verlangen können (vgl. Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 29. Juli 2019 - C-435/18 Rn. 50 ff., 80 ff. - Otis u.a./Land Oberösterreich; vgl. zu § 33a GWB W.-H. Roth in Frankfurter Kommentar, Stand [94. Lieferung] August 2019, § 33 GWB Rn. 25 ff.).

28 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, NZKart 2019, 101, Rn. 38 - Schienenkartell) - überhaupt ein Schaden entstanden ist. Die Annahme, der Beweis des ersten Anscheins streite dafür, dass sich die Kartellabsprache allgemein sowie im Hinblick auf die in Rede stehenden Beschaffungsvorgänge preissteigernd ausgewirkt habe, und die Beklagte habe die daraus folgende Vermutung eines kartellbedingten Schadens nicht erschüttert, steht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Einklang.

29 a) Der aus einem Verstoß gegen kartellrechtliche Verhaltensnormen folgende Schadensersatzanspruch entsteht unabhängig von der Verletzung eines bestimmten Rechtsguts. Aus diesem Grund ist - im Gegensatz zu deliktischen oder vertraglichen Schadensersatzansprüchen, die die Verletzung eines Rechtsguts voraussetzen - bereits der erste Schaden der haftungsausfüllenden Kausalität zuzuordnen (BGHZ 211, 146 Rn. 42 f. - Lottoblock II mwN).

30 b) Die an den Nachweis dieses Schadens zu stellenden Anforderungen richten sich nach dem deutschen Zivilprozessrecht. Zwar ist nach dem Inhalt des Unionsrechts jeder Schaden, der in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV steht, nach dieser Vorschrift ersatzfähig. Auf einen spezifischen Zurechnungszusammenhang kommt es dabei nicht an (EuGH, NZKart 2020, 30 Rn. 30 f. - Otis u.a./Land Oberösterreich).

reich). Der Begriff der haftungsausfüllenden Kausalität ist damit im Ausgangspunkt unionrechtlich determiniert. Da es an einer näheren Ausgestaltung dieses Begriffs im Unionsrecht fehlt, obliegt es aber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, die Modalitäten der Ausübung und Durchsetzung des unionsrechtlich begründeten Schadensersatzanspruchs unter Einschluss des Kausalitätsbegriffs zu regeln (EuGH, NZKart 2014, 263 Rn. 24 f. - Kone), wobei die Mitgliedstaaten nach den Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz verpflichtet sind, die wirksame Anwendung der Wettbewerbsregeln und des sich aus ihnen ergebenden Schadensersatzanspruchs sicherzustellen (BGHZ 211, 146 Rn. 37 - Lottoblock II mwN). Zu diesen Modalitäten zählen jedenfalls die Vorschriften über die zivilprozessrechtlichen Anforderungen an die richterliche Tatsachenfeststellung (vgl. Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 29. Juli 2019 - C-435/18 Rn. 44 - Otis u.a./Land Oberösterreich).

31 c) Für die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises fehlt es - wie der Bundesgerichtshof nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat - bei einem Quoten- und Kundenschutzkartell, wie es hier in Rede steht, an der dafür erforderlichen Typizität des Geschehensablaufs (BGH, NZKart 2019, 101 Rn. 57 - Schienenkartell). Die Annahme des Berufungsgerichts, der Anscheinsbeweis sei durch das Vorbringen der Beklagten nicht erschüttert, trägt deshalb die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten nicht. Den Urteilsgründen ist auch nicht zu entnehmen, dass das Berufungsgericht unter Berücksichtigung aller Umstände des Streitfalls zu der Überzeugung gelangt wäre, dass der Klägerin ein Schaden entstanden ist. Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, ob, wie die Klägerin geltend macht, die von ihr vorgebrachten Indizien, die auf einen Schaden schließen lassen, als unstreitig zugrunde zu legen sind.

32 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 vorzugreifen kann. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

33 V. Bei der erneuten Prüfung, ob der Klägerin durch das Quoten- und Kundenschutzkartell, an dem sich die Beklagte und ihre Streithelferinnen beteiligt haben, ein Schaden entstanden ist, und der sich daran gegebenenfalls anschließenden Prüfung der Höhe des Schadens wird das Berufungsgericht Folgendes zu berücksichtigen haben:

34 1. Die Feststellung, dass der Preis, den ein an einer Kartellabsprache beteiligtes Unternehmen mit einem Abnehmer vereinbart, höher ist, als er ohne die Kartellabsprache wäre, oder allgemein das Preisniveau, welches sich auf einem von einer Kartellabsprache betroffenen Markt einstellt, über demjenigen Preisniveau liegt, das sich ohne die Absprache eingestellt hätte, kann regelmäßig nur aufgrund von Indizien getroffen werden. Denn nur die tatsächlich vereinbarten Preise und das tatsächliche Preisniveau auf dem betroffenen Markt sind beobachtbar und damit unmittelbar feststellbar, Preise und Preisniveau unter nicht manipulierten Marktbedingungen sind hingegen notwendigerweise hypothetisch. Der Tatrichter kann daher nur unter Heranziehung derjenigen Umstände, die darauf schließen lassen, wie sich das Marktgeschehen ohne die Kartellabsprache wahrscheinlich entwickelt hätte, zu Feststellungen zum hypothetischen Marktpreis gelangen; dies gilt auch dann, wenn der Tatrichter zur Ermittlung des hypothetischen Marktpreises auf Vergleichsmärkte zurückgreift (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2018 - KRB 51/16, WuW 2019, 146 Rn. 65 - Flüssiggas I mwN).

35 2. Die danach erforderlichen Feststellungen hat der Tatrichter unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu treffen, wobei ihm die

Befugnis zur Schadensschätzung nach den Maßstäben des § 287 Abs. 1 ZPO zusteht. Für die richterliche Überzeugungsbildung reicht eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit aus, dass ein Schaden entstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 18. März 2004 - IX ZR 255/00, NJW 2004, 1521, 1522; BGHZ 211, 146 Rn. 41 - Lottoblock II). Im Anwendungsbereich des § 287 Abs. 1 ZPO ist der Tatrichter besonders freigestellt. Seine Einschätzung ist mit der Revision nur daraufhin überprüfbar, ob er Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zu Grunde gelegt hat (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2013 - VI ZR 245/11, NJW 2013, 1870 Rn. 14; BGHZ 211, 146 Rn. 49 - Lottoblock II).

- 36 a) Die nach § 287 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. 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 vorgetragenen Indizien - ihre Richtigkeit unterstellt - ihn von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen (BGH, Urteil vom 25. November 1992 - XII ZR 179/91, NJW-RR 1993, 443, 444; Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 45; Urteil vom 25. Oktober 2012 - I ZR 167/11, NJW-RR 2013, 743 Rn. 26; Urteil vom 12. März 2019 - X ZR 32/17, GRUR 2019, 713 Rn. 71 - Cer-Zirkonium-Mischoxid I). Führt diese Prüfung zu dem Ergebnis, dass auch der Nachweis der in Rede stehenden Hilfstatsachen die richterliche Überzeugung von der Haupttatsache nicht begründen könnte, dürfen Beweisanträge, die diese Hilfstatsachen betreffen, abgelehnt werden. Dies gilt entsprechend für diejenigen Indizien, die der Gegner der be-

weisbelasteten Partei vorbringt. Kann der Tatrichter die Überzeugung von der Haupttatsache auch dann gewinnen, wenn er die behaupteten gegenläufigen Indiztatsachen - mit dem vollen Gewicht, das ihnen zukommen kann - als wahr unterstellt, bedarf es auch in diesem Fall keiner Beweiserhebung.

37 b) Zwar ist stets zu beachten, dass der (Gegen-)Beweisantritt zu einer Haupttatsache nicht auf Grund der Würdigung von Indiztatsachen übergangen werden darf (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2006 - IX ZR 173/03, NJW-RR 2007, 500 Rn. 10; Urteil vom 6. Juni 2013 - IX ZR 204/12, NJW 2013, 2345 Rn. 17); dies gilt auch bei Anwendung der Maßstäbe des § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO (vgl. BGH, Beschluss vom 16. April 2015 - IX ZR 195/14, NJW-RR 2015, 829 Rn. 9). Ein unmittelbarer Beweis der Haupttatsache oder ihres Gegenteils wird aber im vorliegenden Zusammenhang kaum in Betracht kommen (vgl. oben Rn. 34). Insbesondere wird ein solcher Beweis nicht dadurch ange treten, dass für die Entstehung oder das Fehlen eines Schadens Sachverständigenbeweis angeboten wird. Denn auch der Sachverständige wird die Frage, ob der von der Beklagten geforderte Preis einem hypothetischen Marktpreis entsprach, der sich ohne die Kartellabsprache eingestellt hätte, nur aufgrund einer sachverständigen Bewertung der gegebenen Anknüpfungstatsachen und einem darauf beruhenden Schluss von den vorliegenden Indizien auf die unter Beweis gestellte Haupttatsache beantworten können.

38 c) Umstände, die nach der Rechtsprechung des Senats der Annahme eines Anscheinsbeweises entgegenstehen, wie etwa eine möglicherweise mangelnde Kartelldisziplin (vgl. BGH, NZKart 2019, 101 Rn. 57 - Schienenkartell), sind im Rahmen der vom Tatrichter im konkreten Einzelfall vorzunehmenden Gesamtwürdigung nur dann zu berücksichtigen, wenn sie im Sachvortrag der Parteien oder in den bindenden Feststellungen der kartellbehördlichen Entscheidung eine zureichende Stütze finden.

39 3. Bei der danach vorzunehmenden Würdigung muss der Tatrichter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Erfahrungssätze berücksichtigen.

40 a) Insbesondere hat er zu beachten, dass zugunsten des Abnehmers eines an einer Kartellabsprache 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 (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, WRP 2018, 941 Rn. 35 - Grauzementkartell II). Diese Vermutung gewinnt an Gewicht, je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert wurde und je höher daher die Wahrscheinlichkeit ist, dass es Auswirkungen auf das Preisniveau gehabt hat, das sich infolge der Ausschaltung oder zumindest starken Dämpfung des Wettbewerbs eingestellt hat (BGH, WuW/E DE-R 1567, 1569 - Berliner Transportbeton I, BGH, NZKart 2019, 101 Rn. 55 - Schienenkartell). Diesen anerkannten Erfahrungssatz hat der Bundesgerichtshof in seinem letztgenannten Urteil vom 11. Dezember 2018 bestätigt.

41 b) Anders als bei Geltung eines Anscheinsbeweises kommt dem Erfahrungssatz kein abstrakt quantifizierbarer Einfluss auf das Ergebnis der Würdigung aller Umstände des Einzelfalles zu. Mit dem Grundsatz der freien richterlichen Überzeugungsbildung wäre dies unvereinbar. Das Gewicht des Erfahrungssatzes hängt vielmehr entscheidend von der konkreten Gestaltung des Kartells und seiner Praxis sowie davon ab, welche weiteren Umstände feststellbar sind, die für oder gegen einen Preiseffekt der Kartellabsprache sprechen.

42 4. Bei einem Quoten- und Kundenschutzkartell, wie es das Berufungsgericht festgestellt hat, kommt dem Erfahrungssatz eine starke Indizwirkung für ein von der Kartellabsprache beeinflusstes Preisniveau zu (vgl. BGH, NZKart 2019, 101 Rn. 56 - Schienenkartell).

43 a) Etablieren die Kartellanten im Rahmen von Ausschreibungen ein System, bei dem von dem "Spielführer" die Preise der "Schutzangebote" oder der angestrebte Zuschlagspreis untereinander mitgeteilt werden, entfällt die Notwendigkeit, mit einem für den Nachfrager möglichst günstigen Angebot um den Zuschlag zu kämpfen. Dies lässt nicht nur erwarten, dass der Preis, den der Nachfrager erhalten kann, bei demjenigen Umsatzgeschäft, bei dem ein solches System praktiziert wird, über demjenigen liegt, den er unter dem disziplinierenden Einfluss eines funktionierenden Wettbewerbs hätte erhalten können. Vielmehr ist es wegen der bestehenden Preistransparenz auch wahrscheinlich, dass von einem solchen System ein allgemeiner Effekt auf die Angebotspreise der Kartellanten ausgeht. Diese Wahrscheinlichkeit ist umso höher, je umfassender die Quoten- oder Kunden-"Zuteilung" auf dem Markt praktiziert wird und je mehr die an der Kartellabsprache beteiligten Unternehmen aufgrund wechselseitiger Rücksichtnahme der Notwendigkeit enthoben sind, um einen einzelnen Auftrag zu kämpfen und hierzu gegebenenfalls Preiszugeständnisse zu machen. Insofern ist zu berücksichtigen, dass die bei Bieterkartellen typischerweise gegebene hohe Markttransparenz die Funktionsfähigkeit des Kartells begünstigt (vgl. Thomas/Inderst, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl., S. 29). Demgemäß ergibt sich im Streitfall aus den bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts, dass der beschriebene, jahrelang praktizierte Ablauf insgesamt so etabliert war, dass es häufig keiner auf ein konkretes Projekt bezogenen ausdrücklichen Absprache mehr bedurfte, um das Quoten- und Kundenschutzkartell zu praktizieren.

44 b) Daraus folgt zugleich, dass der Unterscheidung zwischen der Frage, ob ein konkretes Umsatzgeschäft "kartellbefangen" war, und der Frage, ob einem Abnehmer ein Schaden entstanden ist, für die Ermittlung des Schadens nicht notwendigerweise Bedeutung zukommt. Gelangt der Tatrichter zu der Überzeugung, dass auf dem betroffenen Markt nicht nur einzelne Umsatzgeschäfte zu höheren Preisen abgeschlossen wurden, als dies ohne die Kartellabsprache der Fall gewesen wäre, sondern sich die Kartellabsprache allgemein auf die von den beteiligten Unternehmen durchsetzbaren Preise ausgewirkt hat, bedarf es grundsätzlich keiner weiteren Feststellungen zur "Kartellbefangenheit" eines bestimmten Auftrags. Es muss auch nicht zwingend festgestellt werden, ob der Auftrag an den jeweiligen "Spielführer" des Kartells oder einen Stammlieferanten im Wege einer Ausschreibung erteilt wurde und sich die Auftragsvergabe damit in das typische Muster oder Gesamtbild der Kartellabsprache einfügte.

45 Insofern wird im Streitfall zu berücksichtigen sein, dass die Kartellanten nach den Feststellungen im Bußgeldbescheid jedenfalls im Bereich der Weichen zur Verminderung des Entdeckungsrisikos vom Stammkundenprinzip abgewichen sind und Aufträge auch Unternehmen zugeteilt haben, die nicht Stammlieferanten waren. Für sämtliche von der Kartellabsprache betroffenen Produkte steht nach den Feststellungen im Bußgeldbescheid zudem fest, dass sich die Wirkungen der Absprache, insbesondere die Kompensation derjenigen Unternehmen, die bei Ausschreibungen Schutzangebote abgaben, nicht auf einzelne Projekte beschränkten. Vielmehr waren die Beziehungen der an dem Kartell beteiligten Unternehmen von einem wechselseitigen und "projektübergreifenden Verständnis und Vertrauensverhältnis" geprägt, wonach das schützende Unternehmen grundsätzlich davon ausgehen konnte, seinerseits bei einem anderen Projekt von den Mitkartellanten geschützt zu werden. Dies kann in Zusammenhang mit der hohen Preistransparenz, die sich zwangsläufig aus den

vom jeweiligen Spielführer den übrigen Kartellanten mitgeteilten eigenen Preisvorstellungen ergab, den Schluss auf eine umfassende Schwächung des Wettbewerbs zwischen den Kartellanten, wenn nicht sogar auf dessen völlige Ausschaltung, rechtfertigen. Daraus kann sich ergeben, dass die Kartellabsprache auch Preiseffekte bei Aufträgen hatte, die ohne Ausschreibung an einen Kartellanten vergeben wurden, der seinerseits nicht Stammlieferant des jeweiligen Auftraggebers war.

46 5. Bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung können gutachterliche Stellungnahmen zu berücksichtigen sein.

47 a) Der Tatrichter ist nach § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO auch bei der Frage, ob er ein Sachverständigengutachten einholt, freier gestellt als im Rahmen der Tatsachfeststellung nach § 286 ZPO. Die Vorschrift des § 287 ZPO schränkt das Gebot der Erschöpfung von Beweisanträgen mit der Folge ein, dass das Gericht an Beweisanträge nicht gebunden ist (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1990 - VI ZR 291/89, NJW 1991, 1412, 1413). Im Unterschied zu den Anforderungen des § 286 Abs. 1 ZPO kann der Tatrichter von einer weiteren Beweisaufnahme absehen, wenn ihm bereits hinreichende Grundlagen für ein Wahrscheinlichkeitsurteil zur Verfügung stehen (BGH, Urteil vom 13. Juni 1996 - IX ZR 233/95, NJW 1996, 2501, 2502). Das Gericht kann sich auch zur Bewertung der vorgebrachten Anknüpfungstatsachen - nach pflichtgemäßem Ermessen im Sinne des § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO - von Amts wegen sachverständiger Hilfe bedienen. Dies bedeutet nicht, dass der Sachverständige in jedem Fall nach § 404a Abs. 4 ZPO zur Ermittlung weiterer Anknüpfungstatsachen beauftragt werden müsste. Sein Rat kann sich, je nach den Umständen des Einzelfalls, auch darauf beschränken, aus den festgestellten oder als wahr unterstellten Indizien ökonomische Schlussfolgerungen über die Wahrscheinlichkeit der Entstehung oder die Höhe eines konkreten Schadens zu ziehen.

Zudem muss sich der Tatrichter mit einem von einer Partei vorgelegten Gutachten auseinandersetzen.

48 b) Unabhängig davon, ob ein solches Gutachten von einer Partei in Auftrag gegeben wird oder ob das Gericht das Gutachten eines von ihm bestellten Sachverständigen eingeholt hat, kann sich auch der Gutachter mit ökonomischen Methoden regelmäßig dem kontrafaktischen Szenario eines hypothetischen Wettbewerbspreises nur annähern (vgl. oben Rn. 34). Die Plausibilität dieser Annäherung hängt dabei typischerweise zum einen von der Genauigkeit und Validität der tatsächlichen Beobachtungen auf dem kartellierten und einem - zeitlichen, räumlichen oder sachlichen - Vergleichsmarkt und zum anderen davon ab, ob sich die Unterschiede zwischen den verglichenen Märkten mit hinreichender Zuverlässigkeit erfassen lassen. Daraus ergibt sich, dass ein Sachverständigengutachten weder die richterliche Gesamtwürdigung ersetzen kann, noch die Vorlage eines solchen Gutachtens durch eine der Parteien diese Würdigung in der einen oder anderen Richtung präjudiziert. Die Vorlage eines Privatgutachtens verpflichtet den Tatrichter nach den vorstehenden Grundsätzen nicht in jedem Fall zur Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens.

49 c) Insoweit wird das Berufungsgericht die auf ein vorgelegtes Privatgutachten gestützte Behauptung zu bewerten haben, die der Klägerin jeweils in Rechnung gestellten Preise hätten niedriger als die jeweiligen produktspezifischen Durchschnittspreise außerhalb des Kartellzeitraums gelegen. In diesem Zusammenhang wird - wovon auch das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend ausgegangen ist - zum einen zu berücksichtigen sein, wie aussagekräftig und verlässlich die in Bezug genommenen produktspezifischen Durchschnittspreise sind. Zum anderen wird - was das Verhältnis der von der Beklagten geforderten Preise zu den durchschnittlichen Preisen im Nachkartellzeitraum anbelangt - gegebenenfalls zu erwägen sein, ob Anhaltspunkte für einen Einfluss anderer

Marktfaktoren bestehen, insbesondere dafür, dass die Preise im Nachkartellzeitraum aufgrund der durch die lange Kartelldauer beeinträchtigten Marktstrukturen weiterhin nachteilig beeinflusst wurden (vgl. BGHZ 190, 145 Rn. 84 - ORWI; dazu auch Thomas/Inderst, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl., S. 47, 168, 457 ff.).

50 6. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Schadensersatzansprüche, welche die Klägerin auf Beschaffungsvorgänge aus den Jahren 2001 und 2002 stützt, seien nicht verjährt, ist nicht zu beanstanden. Wie der Bundesgerichtshof nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, ist die Vorschrift des § 33 Abs. 5 GWB 2005 auch auf vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle entstandene und zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährte Ansprüche anwendbar (BGH, NZKart 2018, 315 Rn. 62 ff. - Grauzementkartell II).

51 7. Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls schließlich zu erwägen haben, ob es unter Beachtung des Gesichtspunkts der Prozessökonomie geboten ist, erneut ein Grundurteil zu erlassen.

52 a) Zwar kann - wenn Grund und Höhe des Anspruchs streitig und alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind - nach § 304 ZPO ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs ergehen. Dies setzt die Feststellung voraus, dass mit Wahrscheinlichkeit überhaupt ein Schaden entstanden ist (vgl. BGH, NZKart 2019, 101 Rn. 38 - Schienenkartell). Die sich aus einem Erfahrungssatz ergebende allgemeine Wahrscheinlichkeit eines solchen Schadens reicht hierfür aber nicht aus. Um die erforderliche Überzeugung von der (wahrscheinlichen) Schadensentstehung auch im jeweiligen Streitfall verfahrensfehlerfrei zu gewinnen, muss sich das Gericht - auch für die Zwecke eines Grundurteils - im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung der einschlägigen Erfahrungssätze grundsätzlich umfassend mit den Umständen des Einzelfalls, einschließlich der vorgebrachten Indizien und

etwaiger vorgelegter Parteigutachten, auseinandersetzen. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass der Grad der für die Annahme eines Schadens erforderlichen Überzeugung in diesem Verfahrensstadium geringer ist als derjenige, den § 287 Abs. 1 ZPO für den Ausspruch über die Höhe des Schadens im Endurteil voraussetzt.

53 Der bloße Verweis auf die vertragliche Schadenspauschalierungsklausel - ihre Wirksamkeit unterstellt - genügt für die Annahme, ein Schaden sei in irgendeiner Höhe entstanden, nicht. Die Anwendung einer solchen Klausel, die lediglich zu einer Modifikation der Beweislast hinsichtlich der Frage führt, in welcher Höhe der Klägerin ein Schaden entstanden ist (BGH, NZKart 2019, 101 Rn. 42 - Schienenkartell), setzt die Feststellung voraus, dass dem Anspruchsteller ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach zusteht, also überhaupt ein Schaden entstanden ist (vgl. Kammergericht, Urteil vom 13. Juni 1988 - 12 U 7239/87, NJW-RR 1988, 1403, 1404; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl., § 309 Rn. 24; MünchKomm.BGB/Wurmnest, § 309 Nr. 5 Rn. 10).

54 b) Bei Anwendung und Auslegung der Regelung des § 304 ZPO ist darüber hinaus den Erfordernissen der Prozessökonomie Rechnung zu tragen. Der Erlass eines Grundurteils ist daher immer dann unzulässig, wenn dies zu einer ungerechtfertigten Verzögerung und Verteuerung des Prozesses führt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Tatsachen für Grund und Höhe annähernd dieselben sind oder in einem so engen Zusammenhang stehen, dass die Herausnahme einer Grundentscheidung unzweckmäßig und verwirrend
wäre

(BGH, Urteile vom 3. November 1978 - IV ZR 61/77, VersR 1979, 25; vom 28. Juni 2016 - VI ZR 559/14, NJW 2016, 3244 Rn. 36). Vor diesem Hintergrund kann es bei einem Streit über einen kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch aus Gründen der Prozessökonomie geboten sein, einheitlich über Grund und Höhe des geltend gemachten Anspruchs zu entscheiden.

Meier-Beck

Berg

Tolkmitt

Rombach

Linder

Vorinstanzen:

LG Erfurt, Entscheidung vom 03.07.2015 - 3 O 1050/14 -

OLG Jena, Entscheidung vom 22.02.2017 - 2 U 583/15 Kart -