


<b>Gericht:</b>	LG Dortmund 8. Zivilkammer
<b>Entscheidungsdatum:</b>	28.06.2017
<b>Aktenzeichen:</b>	8 O 89/14 (Kart)
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:LGDO:2017:0628.8O89.14KART.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 33 GWB vom 26.08.1998, § 33 Abs 4 GWB 2015
<b>Zitiervorschlag:</b>	LG Dortmund, Urteil vom 28. Juni 2017 – 8 O 89/14 (Kart) –, juris

---

**Kartellrecht: Schadensersatzanspruch eines Auftraggebers bei kartellrechtswidrigen Absprachen der Lieferanten; Nachweis der Kartellbetroffenheit einer Vertragsbeziehung; Anforderung an die Annahme eines Anscheinsbeweises zur Auswirkung eines Kartells auf die Preisgestaltung in einem konkreten Vertragsverhältnis; Vorteilsausgleich bei Weitergabe eines Mehrpreises an Kunden eines von kartellrechtlichen Absprachen betroffenen Vertragspartners; Rückwirkungsverbot bei prozessualen Regelungen und Verjährungsvorschriften**

#### **Orientierungssatz**

1. Bei einem unmittelbaren Abnehmer einer Leistung, zu welcher der Lieferant mit anderen Unternehmen eine kartellrechtswidrige Absprache getroffen hat, ist immer von der Betroffenheit des Abnehmers vom Kartellverstoß auszugehen. Dabei ist eine Betroffenheit auch dann anzunehmen, wenn sich der Kartellverstoß nicht gezielt gegen den Abnehmer gerichtet hat.(Rn.50)
2. Bei Änderungen prozessualer Vorschriften (hier: Beweiserleichterung von Anschlussklagen bei Kartellverstößen) kann die neu erlassene und für die Teilnehmer eines Kartells ungünstigere Regelung auch in zum Zeitpunkt der Rechtsänderung noch nicht eingeleitete bzw. noch nicht abgeschlossenes Verfahren einbezogen werden.(Rn.62)
3. Wurde durch das Kartellamt ein rechtswidriges Kartell festgestellt, so besteht im Rechtsstreit über Schadensersatzansprüche in einem vom Kartell betroffenen Vertragsverhältnis ein Anscheinsbeweis dafür, dass sich die Kartellabsprachen auch im Rahmen eines konkreten Beschaffungsvorgangs zu Lasten des Vertragspartners preiserhöhend auswirkten.(Rn.67) Das gilt auch bei einem Stammkundenmodell als Ziel einer Kartellabsprache, bei dem sich im Kartell zusammengeschlossene Unternehmen Märkte nach bestehenden Stammkundenbeziehungen aufteilen.(Rn.70)
4. Ein Schadensersatzanspruch aus einem von einem rechtswidrigen Kartell beeinflussten Beschaffungsvorgang entfällt bei einer Weitergabe der infolge der kartellwidrigen Preisabsprache der Lieferanten dem Leistungsbezieher entstandenen Mehrkosten an seine Kunden nur dann, wenn die Weitergabe der Mehrkosten in einem Anschlussmarkt erfolgte. Fehlt ein solcher Markt (hier: Erbringung von öffentlichen Nahverkehrsdienstleistungen), findet eine solche Vorteilsanrechnung dagegen nicht statt.(Rn.97)

5. Auch auf Kartellrechtsverstöße, die vor dem 1. Juli 2015 stattfanden, kommen die mit Wirkung zu diesem Tag neu geschaffenen Verjährungsvorschriften zur Einführung einer Hemmung der Verjährung für die Dauer des kartellrechtlichen Bußgeldverfahrens zur Anwendung, soweit die Ansprüchen aus den Kartellrechtsverstößen im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung noch nicht verjährt waren.(Rn.121)

#### Verfahrensgang

nachgehend OLG Düsseldorf 2. Zivilsenat, 29. August 2018, VI-U (Kart) 11/17, ..., Urteil

#### Tenor

1. Die Klage ist betreffend den mit dem Klageantrag geltend gemachten Schadensersatz nebst Zinsen gegen die Beklagten als Gesamtschuldner dem Grunde nach gerechtfertigt.

2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

#### Tatbestand

- 1 Die Klägerin ist ein Nahverkehrsunternehmen mit Sitz in E und beschafft im Rahmen ihrer Betriebstätigkeit regelmäßig Gleisoberbaumaterialien.
- 2 Die Beklagte zu 1) ist seit vielen Jahren tätig bei der Herstellung, dem Handel und dem Vertrieb von Weichen, Kreuzungen und sonstigen Teilen des Oberbaus von Schienenbahnen; die Beklagte zu 2) handelt mit Eisenbahnoberbaumaterialien und ist bei der Vorbereitung und Durchführung von Gleis-Oberbaumaßnahmen tätig; im Jahr 2010 übertrug die Beklagte zu 1) im Wege der Umwandlung durch Abspaltung den Geschäftsbereich "Gleisbau" auf die Beklagte 2).
- 3 Die Beklagte zu 3) ist Rechtsnachfolgerin betreffend sämtlicher Aspekte aus dem Geschäftsbereich Gleistechnik diverser Vorgängerfirmen und unterhielt im gesamten Kartellzeitraum fünf Produktionsstätten und acht Vertriebsniederlassungen für Gleisoberbaumaterialien in Deutschland.
- 4 Die Beklagten zu 4) und 5) gehören jeweils zum W Konzern, welcher im Kartellzeitraum der zweitgrößte Anbieter von Gleisoberbaumaterialien in Deutschland war; die Beklagte zu 6) ist eine Gesellschaft österreichischen Rechts und gehört zum selben Konzern.
- 5 Die Beklagte zu 7) entstand durch Formwechsel der U GmbH im Jahr 2006; die Rechtsvorgängerin firmierte 1998 als U2 GmbH, ab 2001 als U GmbH und gehörte bis zum Verkauf an W im Jahr 2001 zum U3 Konzern; die Produktion von Oberbaumaterialien erfolgte im Werk in E, welches Ende des Jahres 2013 stillgelegt wurde.
- 6 Gegen die Beklagten wurden im Mai 2011 Bußgeldverfahren wegen Kartellverstößen eingeleitet. Am 18.7.2013 erließ das Bundeskartellamt gegen die Beklagte zu 1), zu 3) und zu 5) inzwischen bestandskräftige Bußgeldbescheide wegen kartellrechtswidrigen Absprachen in Bezug auf Oberbaumaterialien in Höhe von insgesamt 97,64 Millionen EUR, wobei es insoweit zu einer einvernehmlichen Beendigung kam. Nach diesen Bescheiden waren die Adressaten gemeinsam mit der Beklagten 4), den Beklagten zu 6) und 7) sowie weiteren Unternehmen (im folgenden "Kartellanten"; vgl. Aufstellung der Beteiligten S. 5 des Bescheides Anlage K1) an dem so genannten "Kartell der Schienenfreunde" beteiligt. Die Beklagte zu 4) hatte das Schienenkartell gegenüber dem Kartellamt aufge-

deckt und war als Kronzeugin nicht Adressatin eines Bußgeldbescheids. Bei den Kartellanten handelt es sich um die wichtigsten Lieferanten von Oberbaumaterialien in ganz Deutschland. Es liefen oder laufen noch Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Submissionsbetruges gegen verschiedene Vertreter der Unternehmen.

- 7 Bei den kartellrechtswidrigen Absprachen handelte es sich um Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen. Nach Feststellung des Bundeskartellamtes bezweckten die Absprachen die Aufteilung von Ausschreibungen, Anfragen und Projekten unter den Kartellanten; dies in einem Zeitraum von (mindestens) 2001 - Mai 2011. Die Kartellanten teilten sich in die Kunden unter anderem anhand des "Stammkunden-" beziehungsweise "Altkundenprinzips" auf. Jedem Kartellbeteiligten wurden einzelne Kunden als Stamm- bzw. Altkunden zugeordnet, wobei Grundlage gewachsene Kundenbeziehungen und -vorlieben waren. Die anderen an den kartellrechtswidrigen Absprachen beteiligten Unternehmen schützten dieses Vorgehen, indem sie entweder bewusst keine Angebote für ihnen nicht zugewiesene Projekte abgaben oder Angebote verspätet bzw. gezielt überteuert abgaben. Von dieser Vorgehensweise gab es gemäß den Feststellungen des Bundeskartellamtes gelegentliche Abweichungen, um Kundenzuweisungen zu verschleiern, wobei es in diesem Fall als Ausgleich Unteraufträge gab (vergleiche zu den gesamten Feststellungen Anlage K1). Koordiniert wurde all dies durch einen so genannten Spielführer, dessen Rolle in der Regel durch das Unternehmen eingenommen wurde, welches den Auftrag erhalten sollte. Die Absprachen betraf alle Oberbaumaterialien, also insbesondere Schienen, Weichen und Schwellen und erfasste sowohl Ausschreibungen und Anfragen bezüglich Produktkombinationen, bestehend aus mehreren Losen, als auch Ausschreibung und Anfragen, die aus einzelnen Losen bestanden. Innerhalb des Kartells gab es diverse Mechanismen (bezüglich näherer Einzelheiten wird auf Blatt 14 der Akte Bezug genommen). Über die Jahre hinweg entwickelte sich ein festes System, so dass aufgrund dieser eingeführten Spielregeln ausdrückliche Einzelfallabsprachen zu allen Projekten nicht erforderlich waren.
- 8 Absprachen über "weichenlastige" Projekte wurden darüber hinaus auch im Zusammenhang mit Sitzungen des Arbeitskreises Marketing im Fachverband Weichenbau beziehungsweise innerhalb des W2 E. V. (W2) getroffen; an diesen Absprachen waren üblicherweise Vertreter der Beklagten zu 1), ferner U3, W, I GmbH, L GmbH und W3 GmbH beteiligt. Zumindest vor 2001 erfolgten die Absprachen nach Quoten, im Laufe der Zeit erfolgt ein Übergang zum Stammkundensystem. Darüber hinaus sprachen die Weichenhersteller auch über Preiserhöhungen. Bis zur Auflösung des Fachverbandes Weichenbau im Jahre 2006 dienten die Sitzungen des Arbeitskreises als Rahmen für die beschriebenen Absprachen. Nach Auflösung wurde die Projektaufteilung etc. in identischer Form im Marketingausschuss, auch Marketingarbeitskreis oder Marketingarbeitskreisgruppe genannt, weitergeführt. Anfang 2009 ging der Marketingausschuss in der W2 Fachgruppe Infrastruktur auf; zu diesem Zeitpunkt fanden die Absprachen häufiger einzelfallbezogen und nicht mehr in Verbandstreffen statt, was möglich war, da sich die Stammkundenaufteilung eingespielt hatte.
- 9 Die Beklagte zu 1) war im Zeitraum von 2001- Mai 2011 laut Bußgeldbescheid an den kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen beteiligt, wobei sie seit August 2008 nur noch vereinzelt an Absprachen beteiligt war.
- 10 Zusätzlich bestand innerhalb des Kartells der Schienenfreunde für den Produktbereich Schienen seit 2001 bis Mai 2011 eine kartellrechtswidrigen Vertriebsvereinbarung zwi-

schen der Beklagten zu 3) und den Beklagten zu 4)-7), auf deren Grundlage die Beklagte zu 3) Schienen, die von der Beklagten zu 7) hergestellt wurden, veräußerte. Diese Vertriebsvereinbarung wurde im Jahr 2001 im Zusammenhang mit der Veräußerung der Geschäftsanteile der Beklagten zu 7) von U3 an W geschlossen und im Jahre 2008 nochmals bekräftigt.

- 11 Die Klägerin trägt vor, dass sich ausweislich des Bußgeldbescheides die Beklagten 3-7 im Zeitraum 2001 bis Mai 2011 umfassend und bundesweit am Kartell der Schienenfreunde beteiligt hätten und die Beklagte zu 1) ebenfalls in diesem Zeitraum für Oberbaumaterialien sowie bis mindestens 2008 auch an Absprachen zu Weichen beteiligt gewesen sei (zu den Einzelheiten wird auf Bl. 22 der Akte Bezug genommen).
- 12 Die Klägerin bezog in den Jahren 2002 und 2003 solche Leistungen von der Beklagten zu 1).
- 13 Davon sind im hiesigen Rechtsstreit die aus Bl. 56-60 ersichtlichen Vorgänge streitgegenständlich; den einzelnen Vergaben ging jeweils ein Präqualifikationsverfahren voraus, dem eine Aufforderung an die Beklagte zu 1) folgte, ein Angebot abzugeben.
- 14 Bei den Beschaffungen mit den Vorgangsnummern #####75, #####12 und #####19 sind "Preiszusammenstellungen und Erklärungen des Bieters" abgesprochen worden, die in Ziff. 2 folgende Regelung enthalten:
- 15 "Wir versichern, daß wir aus Anlaß dieser Ausschreibung keine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Absprache, insbesondere über die Abgabe und Nichtabgabe von Angeboten, über die hierbei zu fordernden Preise, über die Entrichtung einer Ausfallentschädigung (Gewinnbeteiligung oder sonstige Angaben) sowie über die Festsetzung oder Empfehlung von Preisen, soweit sie nach dem Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nicht zulässig sind, getroffen haben. Falls sich herausstellt, daß unsere Erklärung unrichtig war, sind wir verpflichtet einen Betrag in Höhe von 3% der Auftragssumme an die Auftraggeberin zu zahlen. (Im Hinblick auf die weiteren Einzelheiten der Erklärungen wird auf Anlage K5 Bezug genommen.)
- 16 Die Klägerin behauptet, dass die Kartell- beziehungsweise Submissionsabsprachen unter Beteiligung der Beklagten 1) jedenfalls auch die hier streitgegenständlichen Bezugsvorgänge betreffen. Diese Beschaffungsvorgänge seien im vom Kartellamt festgestellten Kartellzeitraum der Beklagten zu 1) erteilt worden und somit kartellbefangen gewesen; für letztere Behauptung greifen aus Sicht der Klägerin jedenfalls Beweiserleichterung wie eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast sowie ein Anscheinsbeweis; jedenfalls bestehe eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten. Es sei festzustellen, dass die streitgegenständlichen Vorgänge allesamt die durch das Bundeskartellamt im Bußgeldbescheid festgestellten Kriterien des Kartells erfüllen würden.
- 17 Soweit die Beklagten auf unterschiedliche Absprachen und unterschiedliche Aktivitäten in verschiedenen Regionen abstellen würden, meint die Klägerin, dass laut Bußgeldbescheid eine übergreifende Gesamtabsprache vorliege und die Beklagten auch gerade nicht vortragen würden, das Gebiet der Klägerin sei kartellfreie Region gewesen.
- 18 Die Klägerin behauptet, durch die kartellrechtswidrigen Absprachen einen erheblichen Schaden erlitten zu haben, da sie ohne die Absprachen die streitgegenständlichen Oberbaumaterialien zu erheblich günstigeren Preisen, nämlich zu Wettbewerbspreisen, hätte beziehen können. Das Kartellamt selber habe auch im Beschluss vom 03.04.2015 zutref-

find ausgeführt, dass aufgrund des kartellbedingt höheren Preisniveaus am Markt die Beschaffung von Oberbaumaterialien zu kartellbedingt überhöhten Preisen abgewickelt worden seien und zwar selbst in Fällen, in denen die Beschaffung nicht unmittelbar Gegenstand der Kartellabsprache waren.

- 19 Aus Sicht der Klägerin spricht für die Entstehung eines Schadens nach der Rechtsprechung der Sinn und Zweck von Kartellen.
- 20 Die Klägerin behauptet, es sei auch eine generelle Preissteigerung aufgrund der kartellrechtswidrigen Absprachen gegeben, da auch Nichtkartellanten höhere als die wettbewerblichen Preise erzielt hätten, so dass eine Schädigung der Klägerin selbst dann vorläge, wenn die Beklagten darlegen und beweisen könnten, dass einzelne Projekte nicht von den kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen betroffen waren. Das Preisniveau bei Gleisoberbaumaterialien sei bundesweit und somit auch in der hier betroffenen Region angestiegen und habe somit höher gelegen, als es ohne Kartell der Fall gewesen wäre. Für den Anstieg des Preisniveaus streite auch eine Vermutung.
- 21 Die Klägerin bestreitet, eine Weiterwälzung des Schadens vorgenommen zu haben.
- 22 Die Haftung der Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner ergebe sich nach Abspaltung des Geschäftsbereichs "Gleisbau" von der Beklagten zu 1) auf die Beklagte zu 2) im Jahr 2010 aus § 133 UmwG.
- 23 Eine Verjährung der Ansprüche sei wegen des eingeleiteten Güteverfahrens und des auch rückwirkend anzuwendenden § 33 V GWB nicht eingetreten.
- 24 Nachdem die Klägerin zunächst die aus Bl. 2 und 3 d.A. sowie klageerweiternd aus Bl. 405/406 d.A. ersichtlichen Anträge stellte, beantragt sie nun
- 25 1) Die Beklagten werden als Gesamtschuldnerinnen verurteilt, an die Klägerin Schadensersatz zu zahlen in einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Höhe, mindestens jedoch i.H.v. 30.994,71 Euro nebst Zinsen in Höhe von jährlich 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 10.421,37 Euro seit dem 29.06.2002 und aus 10.012,35 Euro seit dem 08.04.2003 und aus weiteren 10.560,99 Euro seit dem 15.07.2003.
- 26 2) Die Beklagten werden als Gesamtschuldnerinnen verurteilt, die Klägerin von Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 629,70 Euro freizustellen.
- 27 Die Beklagten beantragen,
- 28 die Klage abzuweisen.
- 29 Die Beklagten zu 1) und 2) rügen den Klagevortrag als unsubstantiiert, da die Betroffenheit der streitgegenständlichen Auftragsverhältnisse von kartellrechtswidrigen Absprachen lediglich pauschal behauptet werde. Aus den Bußgeldbescheiden folge auch nicht, dass die streitgegenständlichen Beschaffungsvorgänge kartellbefangen gewesen seien; die Beklagten bestreiten die Kartellbefangenheit ausdrücklich.
- 30 Bekl 1) und 2) rügen, dass den Erwerben keine Ausschreibungen zugrunde gelegen hätten, so dass schon kein Raum für eine Absprache gewesen sei, da die Klägerin offenbar schon auf die Beklagte zu 1) als Lieferantin festgelegt gewesen sei .

- 31 Sie bestreiten auch die Zahlungen der einzelnen Rechnungen.
- 32 Die Beklagten weisen darauf hin, dass zudem eine Feststellungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB allein dem Bußgeldbescheid, nicht aber dem Bescheid aus dem Akteneinsichtsverfahren zukomme.
- 33 Zudem komme eine Anwendung des § 33 Abs. 4 GWB auf Altfälle nicht in Betracht.
- 34 Auch habe das Kartell nicht zu einer generellen Preiserhöhung geführt, sondern nur zu einer besseren Auslastung der vorhandenen Kapazitäten; dies zeige sich schon an den nach Ende des Kartells gestiegenen Preisen. Ein Preisschirmeffekt und dessen Voraussetzungen seien vorliegend ebenfalls nicht gegeben.
- 35 Die Klägerin habe ihren Schaden zudem nicht substantiiert dargelegt, und zwar nicht einmal in Form einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit; ein Anscheinsbeweis komme ihr nicht zugute. Zudem liege der Meterpreis etwa für Vignol-Schienen mit 31,44 Euro deutlich unter dem Nachkartellpreis von 62,41 Euro.
- 36 Jedenfalls sei der Schaden aufgrund der Weitergabe etwaiger Schäden an die Kunden wieder entfallen.
- 37 Ferner müsse sich die Klägerin aufgrund ihrer Vergabepaxis ein Mitverschulden anrechnen lassen.
- 38 Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über Basiszins seien überhöht, eine Mahnung sei keinesfalls entbehrlich.
- 39 § 33 III 4 GWB sei auf Altfälle, d.h. auf Anspruchsentstehungen vor dem 1.7.2005, nicht anwendbar.
- 40 Die Beklagten erheben die Einrede der Verjährung.
- 41 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie auf die Anlagen Bezug genommen.
- 42 Die Klägerin hat mit Antrag vom 20.12.2013 ein Güteverfahren eingeleitet. Zu den Einzelheiten wird auf Bl. 36/37 d.A. Bezug genommen.
- 43 Die Beklagten zu 3) bis 7) haben gegenüber der Klägerin Verjährungsverzichtserklärungen abgegeben; bezüglich der Einzelheiten wird auf Bl. 673 f. d.A. Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

- 44 Die Klage ist zulässig und begründet.
- 45 Aus Gründen der Verfahrensökonomie macht die Kammer im Hinblick auf den mit dem zulässigen Klageantrag zu 1) geltend gemachten bezifferten Schadensersatz von der Möglichkeit Gebrauch, über den Grund der Haftung vorab zu entscheiden (§ 304 Abs. 1 ZPO). Es besteht insoweit sowohl über den Grund als auch über die Höhe des Anspruchs Streit. Die Kammer kann insoweit über den Grund der Haftung vorab entscheiden und das Teil-Grundurteil mit einem Endurteil zu den übrigen Klageanträgen verbinden.

- 46 Ein Zwischenurteil über den Grund darf ergehen, soweit alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind und nach dem Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vergleiche statt aller BGH VII ZR 90/14, Rn 44; BGH VII ZR 12/09 Rn 13 m.w.N. - juris). Diese Wahrscheinlichkeit folgt aus den Feststellungen unten, auf die insoweit verwiesen wird.
- 47 Hinsichtlich der Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Schadens ist der Rechtsstreit zurzeit nicht entscheidungsreif. Keines der durch die Parteien vorgelegten beziehungsweise anderweitig gerichtsbekannten Gutachten (vergleiche zum Beispiel "J"-Gutachten, "O"-Gutachten, "OXERA"-Studie) ist ohne weitere sachverständige Begutachtung angesichts der jeweils dagegen vorgebrachten Monita geeignet, zur Schadensschätzung herangezogen zu werden; insbesondere handelt es sich bei der letztgenannten Studie um eine abstrakt-generelle Meta-Studie ohne konkreten Bezug zu Oberbaumaterialien.
- I)
- 48 Der Klägerin steht im Hinblick auf die Erwerbsvorgänge aus den Jahren 2002/2003 dem Grunde nach ein gesetzlicher Schadensersatzanspruch gemäß § 33 GWB in der vom 1. Januar 1999 bis zum 30. Juni 2005 (im folgenden § 33 GWB a.F.) geltenden, nach dem intertemporären Recht für den Belieferungszeitraum 2002-2003 maßgeblichen Fassung zu (vgl. zur Anwendbarkeit des § 33 GWB a.F. BGH KZR 75/10 Rn 13, OLG Karlsruhe 6 U 51/12 Kart Rn 43 - juris).
- 49 Anwendbar für den Schadensersatzanspruch ist das GWB in der Fassung vom 26. August 1998. Denn es kommt insoweit auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der vermeintlich schadensbegründenden Handlungen an (OLG Karlsruhe 6 U 51/12 Kart; LG Berlin vom 6. August 2013 - 16 O 193/11 Kart; offengelassen LG Frankfurt 2-06 O 464/14), die hier teils im Jahre 2003, also vor dem Inkrafttreten des aktuellen § 33 GWB am 1. Juli 2005, stattgefunden haben sollen. Die Anwendung der neu eingeführten Anspruchsgrundlage gemäß § 33 Abs. 1 und 3 GWB scheidet dagegen mangels einer dahingehenden Übergangsvorschrift aus (BGH KZR 75/10 = BGHZ 190, 145 = WRP 2012 S. 2009, Tz. 13 - ORWI; LG Berlin, Urteil vom 16. Dezember 2014 - 16 O 384/13 Kart -, Rn. 47, juris).
- 50 Nach § 33 GWB a. F. ist derjenige, der gegen eine Vorschrift des GWB oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, dem Betroffenen zur Unterlassung verpflichtet, sofern die Vorschrift oder die Verfügung den Schutz eines anderen bezweckt. Er ist auch zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet, wenn ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt. Dem Verweis in § 33 GWB a.F. auf ein Schutzgesetz kann nicht entnommen werden, dass der Kreis der durch das Kartellverbot geschützten Personen auf solche Abnehmer beschränkt werden muss, gegen die sich die Kartellabsprache gezielt richtet (BGHZ 190, 145 Tz. 16 f. - ORWI zu Art. 101 Abs. 1 AEUV). In jedem Fall ist aber auch nach § 33 GWB a.F. für die Aktivlegitimation eines Klägers erforderlich, dass dieser von dem Kartellverstoß betroffen, er also durch den Verstoß, der den Schadensersatzanspruch begründen soll, beeinträchtigt ist (vgl. auch EuGH Slg 2001, I -6297 Rdnr. 26 - Courage Crehan; Slg 2006 - I 6619 Rdnr. 61 - Manfredi). Denn nach § 33 GBW a.F. ist der der Vorschrift zuwiderhandelnde Kartellant nur zum Ersatz des "aus dem Verstoß entstandenen Schadens" verpflichtet. Dies verdeutlicht, dass der einen Schadensersatz

geltend machende Kläger von dem Verstoß betroffen sein muss (OLG Karlsruhe aaO Rn 44).

- 51 Dieser Aspekt der Unmittelbarkeit ist bei der Klägerin als unmittelbarer Abnehmerin ohne weiteres gegeben (so auch in ähnlichem Fall etwa LG Mannheim 7 O 110/13 Kart), so dass die etwa bei indirekten Lieferungen relevante Frage, ob stattdessen oder kumulativ auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 81 EG abzustellen wäre, dahinstehen kann (vgl. dazu z.B. LG Frankfurt 2-06 O 464/14).
- 2)
- 52 Für die Entscheidung ist davon auszugehen, dass die Beschaffungsvorgänge der Klägerin von dem Kartell betroffen waren und der Klägerin hierdurch zumindest irgendein Schaden entstanden ist.
- a)
- 53 Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes in den gegen die Beklagten zu 1) sowie 3) - 7) ergangenen Bußgeldbescheiden (vgl. Anlagen K1 ff.) praktizierten die Hersteller und Händler von Schienen, Weichen und Schwellen spätestens ab dem Jahr 2001 bis zur Aufdeckung des Kartells im Mai 2011 auf dem Privatmarkt in Deutschland, und damit bundesweit - unter Beeinträchtigung auch des zwischenstaatlichen Handels, Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen. Beteiligt waren, wenn auch teilweise nicht in allen Regionen und über den gesamten Zeitraum hinweg, die soeben genannten Beklagten (partiell über Rechtsvorgängerinnen beziehungsweise Konzerngesellschaften) sowie daneben auch einige der Streithelfer (zu den Einzelheiten vergleiche die Bußgeldbescheide in den Anlagen).
- 54 Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass die genannten Absprachen sich zwar im Laufe der Zeit hinsichtlich Struktur und Teilnehmer mit den Marktgegebenheiten geänderten, dabei auch von regional unterschiedlicher Intensität waren, aber immer mit dem selben Grundverständnis sowie vergleichbarem Ablauf und endlich der Umsetzung erfolgte. In allen Regionen und im gesamten Kartellzeitraum seien jedenfalls die Unternehmen U3 über die Beklagte zu 3) (Schienen, Schwellen und Weichen) sowie W über die Beklagten zu 4) - 7) (insgesamt ebenfalls Schienen, Schwellen und Weichen) beteiligt gewesen. Die Absprachen hätten den Vertrieb von Schienen, Weichen und Schwellen an Nahverkehrsunternehmen, Privat- bzw. Regionalbahnen sowie in einer Reihe von Fällen Industriebahnen und Bauunternehmen betroffen. Dabei sei es um die Aufteilung von Ausschreibungen bzw. Projekten unter den Kartellbeteiligten gegangen. Nicht alle an den Absprachen beteiligten Unternehmen hätten auch alle betroffenen Produkte angeboten. Auch seien nicht alle bundesweit tätig gewesen. Deshalb sei bei Ausschreibungen eine Absprache zwischen den Unternehmen, die als Bieter infrage kamen, erfolgt. Im Bereich Schienen und Schwellen seien die Beklagten zu 4), 6) und 7) sowie die Beklagte zu 3) als Händlerin der Beklagten zu 7) im gesamten Zeitraum bundesweit an den Absprachen beteiligt gewesen. Die Beklagte zu 1) und zwei weitere Unternehmen hätten regional bei Ausschreibungen an Absprachen teilgenommen. Nach der Übernahme durch die C plc. im August 2008 sei die Beklagte zu 1) nur noch in Einzelfällen an Absprachen beteiligt gewesen.
- 55 Im Bereich Weichen seien die Aufträge jedenfalls bis Ende 2008 vor allem im Rahmen bzw. am Rande von Sitzungen des Arbeitskreises Marketing innerhalb des Fachverban-



des Weichenbau beziehungsweise innerhalb des W2 e.V. (W2) abgesprochen worden. Beteiligt gewesen seien neben der Beklagten zu 3) unter anderem die Beklagten zu 1) und zu 5). Neben der Beklagten zu 3) und den W-Unternehmen habe zumindest ab Anfang 2010 auch die G-Gruppe das gesamte Produktspektrum (Schienen, Weichen, Schwellen) angeboten.

- 56 Die Absprachepraxis im Privatmarkt habe maßgeblich darauf basiert, dass den einzelnen Unternehmen bestimmte "Alt-" beziehungsweise Stammkunden zugeordnet gewesen seien. Diese Zuordnung der Kunden zu bestimmten Unternehmen sei von den Kartellbeteiligten grundsätzlich respektiert worden. Sie hätten diese Unternehmen "geschützt", indem sie bewusst auf die Abgabe von Angeboten verzichtet, diese erst nach Ablauf der Angebotsfrist abgegeben oder gezielt überteuerte Angebot abgegeben hätten, so dass der Auftrag an das "vorbestimmte" Unternehmen habe gehen können. Die Absprachen seien vorwiegend über telefonische Kontakte und persönliche Treffen sowie E-Mails umgesetzt worden. Dabei sei aufgrund der über Jahre praktizierten Absprachen und gewachsenen Kundenbeziehungen und -vorlieben allen Beteiligten von vornherein klar gewesen, wer den ausgeschriebenen Auftrag bekomme (dieser sei auch "Spielführer" beziehungsweise "Führender" genannt worden). Insoweit sei im Rahmen des ersten Kontakts bestätigt worden, welches Unternehmen im konkreten Fall den Auftrag habe ausführen, also führendes Unternehmen habe sein sollen und wie die anderen Unternehmen an dem Projekt hätten partizipieren sollen. Dem führenden Unternehmen sei bei der Umsetzung der Absprachen insgesamt eine organisatorische und koordinierende Funktion zugekommen. Ihm habe es oblegen, den anderen teilnehmenden Unternehmen entweder die Preise zu nennen, die diese in ihrem Angebot an den Kunden hätten kommunizieren sollen (so genannte "Schutzangebote", welche über den Preisen des führenden Unternehmens und dessen Angebot gegenüber dem Kunden gelegen hätte) oder aber den so genannten "Null-Preis" (häufig mit Sicherheitspuffer für Nachverhandlungen mit dem Kunden), zu dem das führende Unternehmen den Auftrag habe buchen wollen und auf den die übrigen einen Aufschlag vorgenommen hätten. Mit der Zeit habe sich der Ablauf zwischen den Beteiligten so eingespielt, dass das "führende Unternehmen" nicht selten Schutzpreise auch ohne vorherige Anfrage der anderen Unternehmen übersandt habe. Die Kommunikation solcher Preise habe auch telefonisch, getarnt als Aktien- beziehungsweise Börsenwerte oder Lottozahlen sowie in persönlichen Gesprächen stattgefunden. Als Ausgleich für die Abgabe der Schutzangebote seien die Unternehmen meist durch Unteraufträge beteiligt worden. Teils sei auch vereinbart worden, dass sie bei den nächsten gleichwertigen Ausschreibungen den Vortritt bekommen beziehungsweise Essen seien anderweitige Kompensationsgeschichte erfolgt. Insofern hätten die Absprachen einzelne projektbezogene Ausschreibungen betroffen. Der Ausgleich sei zwischen den an der Absprache beteiligten Unternehmen dabei nicht nur projektbezogen erfolgt, sondern vielmehr habe das System auf einem projektübergreifenden Verständnis und Vertrauensverhältnis der einzelnen Unternehmen untereinander basiert. Als Gegenleistung für die Abgabe eines Schutzangebotes in einem konkreten Projekt habe der Schützende grundsätzlich davon ausgehen können, dass er seinerseits bei einem anderen Projekt von den Mitkartellanten geschützt werde. Mit dem Stammkundensystem sei häufig auch die kundenseitig gewünschte spezifische Ausrichtung von Ausschreibungen einhergegangen. Die einzelnen Unternehmen seien bei der Ausschreibung ihrer jeweiligen Stammkunden häufig an der Erstellung der Leistungsverzeichnisse beteiligt gewesen. Durch die Kombination des Stammkundensystems mit auf spezifische Unternehmen zugeschnittenen Produkten in den Leistungsverzeichnissen sei den einzelnen Kartellteilnehmern bereits vor der Ausschreibung klar gewesen, auf wen das jeweilige Pro-

jekt bei den einzelnen Kunden zulaufen müsse. Der Ablauf der Absprache sei insgesamt als Spielregel derart etabliert gewesen, dass es häufig keiner ausdrücklichen bzw. Einzelfallabsprache zwischen den beteiligten Unternehmen bei den jeweiligen Projekten mehr bedurft hätte.

- 57 Die produktübergreifende Absprachepraxis für Schienen, Weiche und Schwellen sei über Jahre gewachsen. Sie sei durch Einzeländerungen im Laufe der Zeit nicht infrage gestellt worden.
- 58 Innerhalb des Kartells habe - nur für Schienen und insofern für Projekte ab 100 t (laut den zu Grunde liegenden Projektlisten sogar ab 50 t) - ab 2001 zwischen der Muttergesellschaft der Beklagten zu 3) und der Vorgängergesellschaft der Beklagten zu 7) eine kartellrechtswidrigen Vertriebsvereinbarung bestanden, auf deren Grundlage die Beklagte zu 3) Schienen der Beklagten zu 7) veräußert habe. Dies sei jedenfalls bis Mai 2011 praktiziert worden. Ziel sei die gemeinsame Führungsposition auf dem Schienenprivatmarkt (Marktanteil über 90 %), das "Halten" der aktuellen Führungsposition bzw. die Verhinderung eines Anteilsverlustes durch die Akquisition der Beklagten zu 7) (durch W von U) und die selektive Erhöhung des aktuellen Preisniveaus beziehungsweise Listenpreiserhöhungen gewesen. Spätestens Ende 2007 sei ergänzend zwischen den Beklagten zu 3), 4), 6) und 7) für den Privatmarkt vereinbart worden, dass über die beiden W-Werke eine gezielte Zuweisung von Projekten an die Beklagten zu 3) beziehungsweise 4) erfolgt. Damit die Projektverteilung zu keiner Verschiebung der Lieferanteile zwischen der Beklagten zu 3) beziehungsweise zu 7) einerseits und den Beklagten zu 4) beziehungsweise zu 6) andererseits führte, sei Mitte 2008 zudem ein quotaler Verteilungsschlüssel eingeführt worden. Es sei vereinbart worden, dass der Beklagten zu 3) 60 % und der Beklagten zu 4) 40 % der schienenbezogenen Aufträge zugewiesen werden sollten. Diese Verteilung habe den damaligen Marktverhältnissen entsprochen.
- 59 Im Bereich Weichen - unter anderem Beklagte zu 1), 3) und 5) - hätten zumindest von 2001-2008 circa fünf bis achtmal jährlich die Sitzungen des Arbeitskreises Marketing innerhalb des Fachverbands Weichenbau beziehungsweise innerhalb des W2 den Kartellunternehmen als Plattform für ihre regelmäßigen Projektabsprachen bei Weichen gedient. Neben der klassischen Verbandsarbeit habe der Arbeitskreis Marketing in erster Linie der Aufteilung von Projekten gedient. Dies sei vor 2001 noch auf Grundlage von Quoten geschehen. Zur Umsetzung dieser Quotenvereinbarung seien im Rahmen der Arbeitskreissitzungen konkrete Projekte diskutiert und deren Zuteilung abgesprochen worden. Dabei seien die beteiligten Unternehmen derzeit überein gekommen, sich bei der Aufteilung der Projekte an Stammkunden zu orientieren bzw. die Projekte jeweils dem Unternehmen zuzuteilen, dass diesen Kunden bereits zuvor geliefert habe. Zur Verringerung des Entdeckungsrisikos dieser Strategie sei gelegentlich von diesem Vorgehen abgewichen worden. Hinsichtlich der Zuteilung von neuen Kunden haben gegolten, dass wer zuerst von einem anstehenden Projekt erfahren habe, es in der Regel habe buchen, das heißt dieses Projekt für sich beanspruchen können. Zudem habe zwischen den Weichenherstellern eine Kundenschutzregelung bestanden, die bewirkt habe, dass diese Hersteller weitgehend respektiert hätten, wenn z.B. aufgrund der räumlichen Nähe eine besonders enge Beziehung eines Herstellers zu einem bestimmten Kunden bestanden habe. Im Fachverband Weichenbau sei es auch immer wieder zu Diskussionen über Preiserhöhungen gekommen. Die Kartellanten hätten sich mehrfach darauf verständigt, die Erhöhungen von Materialpreisen entsprechend weiterzugeben. Eine Nennung konkreter Preise für einzelne Weichen sei dabei nicht erfolgt. Dies sei auch nicht notwendig ge-

wesen, da die Kartellanten wegen der Mitteilungen von Schutzpreisen einen Überblick über den jeweils verwendeten Angebotspreis gehabt hätten. Zumindest zwischen 2001 und 2006 hätten die Arbeitskreissitzungen der Aufteilung aktueller Projektausschreibungen gedient. Nach Auflösung des Fachverbandes und Überführung unter das Dach des W2 habe dort ein Nachfolgegremium bestanden, das ebenfalls der Verteilung aktueller Projektabspraken gedient habe. Umgesetzt worden sei die Absprachen nach wie vor durch den Bestandsschutz von Stammkunden, durch die exklusive Zuteilung von Neukunden und durch Praktizierung der Kundenschutzregelung. Dabei hätten auch weiterhin Preisabsprachen stattgefunden. Jedenfalls ab 2008 seien Kontakte häufiger einzelfallbezogene erfolgt, da sich die Stammkundenzuordnung und die damit einhergehende Vorgehensweise zwischen den Kartellanten in regional unterschiedlicher Ausprägung eingespielt gehabt habe. Damit verbunden gewesen seien auch zunehmend E-Mail-Kontakte. Insgesamt sei der Teilnehmerkreis über die Jahre hinweg weitgehend unverändert geblieben.

- 60 Alles in allem habe sich in die Kartellabsprache auf das gesamte Bundesgebiet erstreckt und nach den Einschätzungen des Bundeskartellamts auch den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt.

b)

- 61 Diese Feststellungen des Bundeskartellamtes, welche sich die Klägerin zu Eigen gemacht hat, sind gemäß § 33 Abs. 4 GWB der Entscheidung zugrunde zu legen. Dies gilt auch für die hier streitgegenständlichen, vor Eintreten dieser Norm am 13.7.2005 liegenden Erwerbsvorgänge, da das kartellbehördliche Verfahren Mitte Juli 2005 weder eingeleitet noch bereits bestandskräftig abgeschlossen war.

- 62 Die Grundsätze des intertemporalen Rechts dienen dem Schutz des Vertrauens darin, dass das rechtserhebliche Handeln eines Rechtssubjektes auch in Zukunft nur nach dem zu seiner Vornahme (oder Unterlassung) geltenden Recht beurteilt wird. Dieses schutzwürdige Vertrauen gebietet ein Verbot der Rückwirkung ungünstigeren neuen Rechts bzw. ein Gebot zur Anwendung günstigeren alten Rechts jedoch nur in Bezug auf das materielle Recht. Die Regelung des § 33 Abs. 4 GWB stellt zwar eine gegenüber der alten Rechtslage wesentliche Neuerung dar, hat aber lediglich eine Beweiserleichterung für potentielle Privatkläger zur Ermöglichung von Anschlussklagen ("Follow-on"-Verfahren) und damit eine prozessuale Frage zum Gegenstand. Dies führt dazu, dass für die Anwendbarkeit dieser prozessualen Vorschrift nicht auf die Entstehung des Rechtsverhältnisses oder die Eröffnung des kartellbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens, sondern auf den Zeitpunkt dessen bestands- oder rechtskräftigen Abschlusses abzustellen ist. Denn erst der mit Unanfechtbarkeit der Entscheidung einhergehende Abschluss des Verfahrens führt zu einem nunmehr unabänderbaren prozessual erheblichen Sachverhalt. Erlangt die Entscheidung daher wie vorliegend erst nach dem 01.07.2005 Bestands- bzw. Rechtskraft, liegt weder eine unzulässige Rückwirkung noch eine sonstige Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens vor, so dass § 33 Abs. 4 GWB n.F. ohne weiteres eingreift (zu alledem LG Düsseldorf 14d O 4/14 = NZKart 2016, 88, TZ 188; OLG Karlsruhe 6 U 51/12 Rn 47; ferner schon OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.09.2009, VI-U (Kart) 17/08 - Postkonsolidierer, zitiert nach juris, dort Rz. 33 ff.; so auch LG Mannheim, Urteil vom 04.05.2012, 7 O 436/11 - Feuerwehrfahrzeuge, WuW/E DE-R 3584, 3587 f.; Bechthold/Bosch, Kommentar GWB, § 33 Rz. 41).

- 63 Zudem ist der Inhalt des Bußgeldbescheides von den Beklagten und den Streithelfern nicht bestritten worden, weshalb er auch unter diesem Aspekt der vorliegenden Entscheidung zugrunde zu legen ist (§ 138 Abs. 3 ZPO); vielmehr haben die Beklagten lediglich die Ansicht geäußert, dass sich aus diesen Feststellungen nichts für die Kartellbefangenheit der einzelnen Beschaffungsvorgänge ergebe.

c)

- 64 Hieraus folgt, dass die Beklagte zu 1) und die Beklagten zu 3-7 vorsätzlich gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB a.F. und § 1 GWB in der Fassung seit der 7. GWB-Novelle verstoßen haben, indem sie sich im Beschaffungszeitraum von 2001- Mai 2011 an Vereinbarung zwischen weiteren miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, nämlich anderen Herstellern und Händlern von Weichen, Schienen und Schwellen, beteiligt haben, die eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt haben (dieser Umstand wurde in Bezug auf die genannten Beklagten schon mehrfach gerichtlich festgestellt, vgl. statt aller LG Mannheim 70 206/14 S. 10 und von der Kammer selbst, vgl. LG Dortmund, 8 O 90/14).

- 65 Die entsprechende Verantwortlichkeit der Beklagten 2) folgt aus dem Umwandlungsgesetz. Die Beklagte zu 1) erwarb im Jahr 2010 im Wege einer Umwandlung durch Abspaltung als Gesamtrechtsnachfolge den Geschäftsbereich "Gleisbau" von der Beklagten zu 2). Diesem Bereich sind die Kartellverstöße von Seiten der Beklagten zu 2) zuzuordnen. Daneben haftet die fortexistierende Beklagte zu 1) selbst weiter für die von ihr jedenfalls zwischen 2001 und 2008 begangenen Zuwiderhandlungen gegen das Kartellverbot. § 133 Abs. 1 S. 1 Umwandlungsgesetz sieht für eine Spaltung zur Aufnahme vor, dass für die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind, die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger als Gesamtschuldner haften.

d)

- 66 Auf dieser Grundlage spricht ein Anschein für die Kartellbetroffenheit der einzelnen Erwerbsvorgänge der Klägerin (einen entsprechenden Anscheinsbeweis anerkennend grundlegend OLG Karlsruhe 6 U 51/12 = NZKart 2014, 366 und jüngst bestätigt durch OLG Karlsruhe 6 U 204/15 Rn 63 - juris; so auch LG Berlin 16 O 384/13 Kart, LG Nürnberg-Fürth 3 O 10183/13, LG Düsseldorf 14 d O 4/14; speziell für den Bereich des Schienenkartells LG Frankfurt a.M. 2-06 O 358/14, 2-06 O 464/14; LG Hannover 18 O 259/14; LG Mannheim 7 O 110/13, 7 O 111/13, 7 O 111/14, 7 O 206/14 und LG Erfurt 3 O 1050/14; ablehnend LG Stuttgart 11 O 225/12, LG Stuttgart 41 O 39/12 KFH; LG München 37 O 16434/11 und 37 O 16435/11; zweifelnd auch OLG München U 5006/11 Kart und LG Potsdam 2 O 29/14; vgl. umfassend zum Streitstand Thiede/Träbing NZKart 2016, 422 sowie Galle NZKart 2016, 214 und Fritzsche/Klöppner/Schmidt NZKart 2016, 416).

aa)

- 67 Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung besteht zunächst ein Anscheinsbeweis dafür, dass sich ein Kartell preissteigernd auswirkt bzw. dass eine wettbewerbswidrige Absprache zu einer Schädigung des Auftraggebers führt (vgl. OLG Nürnberg, Az. 1 U 2028/07, Protokoll vom 26.02.2008, dort Bl. 1969 d.A.; OLG Karlsruhe 6 U 51/11, 366; KG Berlin 2 U 10/03 Kart = WuW/E DE-R 2773; grundlegend LG Dortmund 13 O 55/02 Kart

= WuW/E DE-R 1352). Auch der BGH führt in der Entscheidung "ORWI" (BGH KZR 75/10) aus, dass die mit Kartellen bezweckte Preisanhebung sich regelmäßig in Form höherer Preise auswirke.

- 68 Der BGH weist bereits in einer Entscheidung vom 28.6.2005 (BGH, KRB 2/05, NJW 2006, 163; dies bestätigend BGH KRB 20/12, NZKart 2013, 195, TZ 76 f.) darauf hin, dass es nach der Lebenserfahrung nahe liege, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise höher lägen als die im Wettbewerb erreichbaren Marktpreise. Die Bildung eines Kartells und seine Durchführung indizierten - so der BGH - daher, dass den Beteiligten hieraus jeweils auch ein Vorteil erwachse. Unternehmen bildeten derartige Kartelle, um keine Preissenkung vornehmen und damit auch keine Gewinnschmälerung hinnehmen zu müssen. Nach ökonomischen Grundsätzen werde laut BGH bei Kartellen regelmäßig eine Kartellrendite entstehen. Deshalb spreche eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Kartell gebildet und erhalten werde, weil es höhere als am Markt sonst erzielbare Preise erbringe. Es mag laut BGH zwar ausnahmsweise Konstellationen geben, in denen aus der Tätigkeit eines Kartells kein Mehrerlös erwächst oder dies zumindest nicht auszuschließen ist. Da der Mehrerlös durch die Außerkraftsetzung der Marktmechanismen entsteht, werden dabei aber die zeitliche Dauer der Kartellabsprachen und ihre Intensität zu beachten sein. Je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert wurde und je flächendeckender es angelegt ist, umso höhere Anforderungen sind an die Darlegungen des Tatrichters zu stellen, wenn er einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Kartellabsprache verneinen will (zum ganzen BGH KRB 2/05, TZ 20, 21 - Juris). Zwar betrifft diese Entscheidungen des BGH vom 28.06.2005 (wie auch die zitierte Folgeentscheidung) eine Rechtsbeschwerde gegen ein Urteil eines Oberlandesgerichts in einem Ordnungswidrigkeitsverfahren. Jedoch sind die vom BGH getroffenen Aussagen allgemeiner Natur und nicht etwa speziellen materiell- oder prozessrechtlichen Anforderungen des Ordnungswidrigkeitsrechts geschuldet. Insofern lassen sich die vom BGH formulierten Grundsätze auf das hiesige Verfahren übertragen.
- 69 Dass sich Kartelle in dieser Weise preissteigernd auswirken, ist darüber hinaus auch wirtschaftswissenschaftlich anerkannt (vgl. z.B. Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe "Preisschirmeffekte" WUW 11/2014 und Coppic/Haucap "Behandlung von Preisschirmeffekten" WUW 2/2016; zum ganzen auch Petrasincu WUW 2016, 331 und Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2015, 317) und wurde auch durch das Bundeswirtschaftsministerium bei der Umsetzung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU berücksichtigt (vgl. BMWi, Entwurf eines 9. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 60, 71; vgl. nunmehr auch § 33a Abs. 1 GWB n.F.).
- 70 Wenn sich Quoten- und andere Kartelle nach dem zuvor gesagten allgemein preissteigernd auswirken, dann kann für das hier überwiegend praktizierte Stammkundenmodell nichts anderes gelten. Denn auch ein solches hat typischerweise wettbewerbsbeschränkende Effekte, vor allem, wenn es, wie hier, über einen erheblichen Zeitraum und in erheblichem Umfang aufrechterhalten wird (so auch z.B. LG Frankfurt 2-06 O 464/14; LG Mannheim 7 O 110/13, ferner LG Berlin 16 O 384/13). Quoten- und Kundenschutzabsprachen dienen gleichermaßen dazu, den Unternehmen Preissetzungsspielräume zu eröffnen, die sie erfahrungsgemäß auch nutzen. Andernfalls wären der mit der Koordination und deren Überwachung einer Kartellabsprache einhergehende Aufwand und das damit verbundene Risiko entbehrlich. Eine kartellbedingte Erhöhung des Preisniveaus wird auch nicht etwa durch das Vorbringen der Beklagten infrage gestellt, bei den Absprachen sei es nur darum gegangen, auch in auftragsschwachen Zeitaufträgen zu sichern

und allen einen auskömmliche Anteil am Gesamtmarkt zu sichern. Denn der damit zugestandene Verzicht auf einen auf Ausweitung der eigenen Marktanteile gerichteten Preiswettbewerb ist auf Dauer nur aufrechtzuerhalten, wenn die Unternehmen durch einen "auskömmlichen" Kartellpreis entschädigt werden.

- 71 Hier haben jedenfalls die Unternehmen U3, im Bereich Schienen und Schwellen ferner auch W mit verschiedenen weiteren Anbietern bundesweit Quoten- und Kundenschutzabsprachen getroffen, wobei es im Bereich "Weichen" mehrfach auch zu Preisabsprachen gekommen ist, die auf die Weitergabe gestiegener Einstandspreisen gerichtet waren. Damit ist anzunehmen, dass das Preisniveau bei Gleisoberbaumaterialien, da das Kartell bundesweit angelegt war, auch in der gesamten Bundesrepublik und damit auch in der Region Bochum angestiegen ist (zur regionalen Auswirkung vergleiche auch LG Mannheim und LG Berlin aaO.). Dies entspricht auch der Bewertung des Bundeskartellamts, dass in seinem die Akteneinsicht potentieller Geschädigter betreffenden Beschluss vom 3. April 2014 (dort Seite 34; Anlage K4) ausführt, dass wesentliche Teile der Umsätze allein dem Betroffenen in den im Bußgeldbescheid beschriebenen Zeiträumen kartellbefangen gewesen seien und somit der Anschein dafür spreche, dass dem Nebenbetroffenen im Kartellzeitraum erteilte Aufträge zu kartellbedingt überhöhten Preisen abgewickelt worden seien, und zwar selbst dann, wenn die konkreten Aufträge oder Projekte nicht unmittelbar Gegenstand der Absprache gewesen seien. Dies steht auch im Einklang mit der Feststellung des Amtes im Bußgeldbescheid, wonach die Spielregeln des Kartells so etabliert waren, dass es häufig keiner ausdrücklichen Einzelfallabsprache, bezogen auf ein konkretes Projekt, bedurfte (vgl. zu Anforderungen an ein nach außen deutlich werdendes Abstandnehmen von einer einmal getätigten Absprache jüngst BGH KZR 25/14 "Lottoblock II"). Selbst wenn es danach nicht zu ausdrücklichen Absprachen gekommen wäre, spricht der Anschein dafür, dass die mit den Marktgegebenheiten vertrauten Unternehmen regelmäßig auf Kartellpreisniveau anbieten und abrechnen konnten, da sie nicht mit einem nennenswerten Preiswettbewerb rechnen mussten.
- 72 Der Annahme eines kartellbedingt überhöhten Preisniveaus steht es vor diesem Hintergrund auch nicht entgegen, dass nach den durch die Beklagten behaupteten internen Ermittlungen nicht jedes Projekt zwischen den Kartellbeteiligten abgesprochen war bzw. im Bereich Schwellen und Schienen nur circa 10-15 % des Gesamtmarktes von solchen Absprachen betroffen gewesen sein sollen. Es entspricht der dargestellten Funktionsweise des Kartells, dass ausdrückliche Absprachen zwischen den Kartellbeteiligten wegen der eingespielten Abläufe und des Stammkundenprinzips vielfach entbehrlich waren. Der für ein allgemein überhöhtes Kartellpreisniveau sprechende Anschein ist daher selbst dann nicht erschüttert, wenn man zu Gunsten der Beklagten davon ausgeht, dass im Bereich Schwellen und Schienen nur bezogen auf etwa circa 10-15 % des Gesamtmarktvolumens ausdrückliche Absprachen getroffen wurde. Denn dies war nach der Funktionsweise des Kartells ausreichend, um sich von Zeit zu Zeit über das allgemein angestrebte Kartellpreisniveau zu verständigen und dieses im stillschweigenden Einverständnis der Teilnehmer auch bei solchen Aufträgen durchzusetzen, bei denen keine ausdrücklichen Absprachen getroffen wurden.
- 73 Durch die Beklagten ist auch nichts vorgetragen worden, was mit der Annahme eines allgemeinen überhöhten Kartellpreisniveaus unvereinbar wäre. Insbesondere haben sie nicht aufgezeigt, dass sie sich in bestimmten Regionen oder bei bestimmten Arten von Geschäften, die nicht von - ausdrücklichen - Absprachen betroffen sein sollen, ein abweichendes Preisniveau herausgebildet hätte. Das einige der Beklagten nach eigenem Vor-

bringen - und insoweit in Übereinstimmung mit den Feststellungen des Bundeskartellamtes - nur regional an Absprachen teilgenommen haben, stellt die Ursächlichkeit ihres Beitrags und ihre Mitverantwortlichkeit für das kartellbedingt überhöhte Preisniveau nicht infrage, denn für die durch ein Kartell verursachten Schäden haften alle Kartellteilnehmer nach §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner (vergleiche BGH KZR 75/10 Tz. 80 - Juris).

- 74 Schließlich vermag auch der Vortrag zu den Ergebnissen des J-Gutachtens (wie auch das dagegen durch die Beklagten eingeholte "O" Gutachten) den Anschein nicht zu erschüttern, da die dort behandelten Durchschnittspreise und die konkreten Preise der Beschaffungsvorgänge nicht sinnvoll miteinander zu vergleichen sind, weil die Durchschnittspreise der einzelnen Produktkategorien aus den Preisen im Detail sehr unterschiedlicher Produkte gebildet wurden, was somit dem Vergleich von Äpfeln und Birnen (vgl LG Mannheim 7 O 145/15 Kart, S. 22) nahekommt.
- 75 Dies gilt auch für die übrigen, durch die Beklagten angestellten Preisvergleiche.
- 76 All dies rechtfertigt daher die Annahme, dass unter dem Schutzschild des Stammkundenkartells das Marktpreisniveau allgemein angestiegen ist, da auch Kartellaußenseiter kartellbedingt im Stande waren, höhere Preise als bei einem intakten Wettbewerb zu fordern, und dass sie von dieser Möglichkeit faktisch auch Gebrauch gemacht haben wodurch sich die Preise am Markt durch die Abstimmung der Kartellbeteiligten insgesamt erhöhten (so genannter "Preisschirmeffekt").
- 77 Dies gilt auch bereits für den Zeitraum ab 2002, in den die ersten hier streitgegenständlichen Erwerbsvorgänge fallen, da kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, dass der Preisschirmeffekte vorliegend erst mit zeitlicher Verzögerung eingetreten wäre. Das Bundeskartellamt hat im Bußgeldbescheid selbst in einer Fußnote ausgeführt, dass die Absprachen im Bereich Schiene mit Beteiligung unter anderem von L und U in Nord- und Westdeutschland bereits seit Mitte der 80er Jahre praktiziert worden sein sollen, welche die Projekte auf Grundlage eines Quotenkartells untereinander aufgeteilt hätten (Bußgeldbescheid S. 6 Fn 3; Anlage K1). Durch die sich im Laufe der Zeit ändernde Marktstruktur, unter anderem infolge der Übernahme der Beklagten zu 7) im Jahr 2001 durch W von U3, habe sich auch die Absprachepraxis gewandelt. Im Bereich Weichen seien die Absprachen bereits vor 2001 praktiziert worden (Bußgeldbescheid aaO.). Von einem Marktüberblick der Kartellaußenseiter ausgehend, wäre es demnach marktwirtschaftlich lebensfern anzunehmen, dass diese sich nicht zumindest an höheren Preisen der Karteilnehmer orientiert hätten.
- 78 Dies gilt selbst dann, wenn das Produktsortiment der einzelnen Anbieter nicht vollständig homogen gewesen wäre (vgl. so auch LG Frankfurt 2-06 O 464/14). Es ist nichts dafür ersichtlich, dass Kartellaußenseiter ohne Not auf die Erhöhung auch ihrer Gewinnmargen verzichtet haben sollten, obwohl die den Markt bei Gesamtbetrachtung erschieenen Kartellamt in mit ebenfalls nicht vollkommen identischen Produkten dort vergleichsweise hohe Preise durchsetzen konnten. Alles andere als eine Preiserhöhung auch durch Außenseiter des Kartells wäre daher ökonomisch nicht nachvollziehbar und muss somit als lebensferne Möglichkeit außer Betracht bleiben.
- 79 Damit liegen die Voraussetzungen für eine allgemeine, kartellbedingte Preiserhöhung, wie sie gerade auch durch den Europäischen Gerichtshof statuiert worden sind, hier vor. Der EuGH verlangt, dass erwiesen ist, dass das Kartell nach den Umständen des kon-

kreten Falles und insbesondere den Besonderheiten des betreffenden Marktes einen Preisschirmeffekt durch eigenständig handelnde Dritte zur Folge haben konnte und dass sie diese Umstände und Besonderheiten den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben konnten (vergleiche EuGH, Urt. v. 05.06.2014 - C-557/12 "Kone" Rn 34 - Juris). Es muss ausweislich der Ausführungen des EuGH - entgegen der durch einige der Beklagten vorgebrachten Auffassung - somit gerade nicht feststehen, dass diese Folge auch tatsächlich eingetreten ist.

- 80 Davon, dass Konsequenz des in Rede stehenden Kartells ein Preisschirmeffekt durch außenstehende Marktbeteiligte sein konnte, ist nach den Besonderheiten des Marktes für Oberbaumaterialien und dem ganzen oben ausgeführten, auszugehen. Dass in relevantem Ausmaß auch solche Kartellaußenseiter als Lieferanten dieser Materialien fungiert hätten, hinsichtlich derer die Kartellanten nicht von einer indirekten Preisangleichung ausgehen mussten, ist weder dargetan noch ersichtlich. Auch im Hinblick auf den späteren Markteintritt von B ergibt sich aus den Feststellungen des Bundeskartellamts, dass die durch dieses Unternehmen hergestellten Schienen ebenfalls kartellrechtswidrig von Kartellanten vertrieben wurden. Gegenteiliges haben die Beklagten nicht vorgetragen.

bb)

- 81 Bereits aus dieser hier im Wege des Anscheins herzuleitenden Annahme eines Preisschirmeffektes folgt unmittelbar, dass auch die konkrete Beschaffungstätigkeit der Klägerin nicht frei von Einflüssen des Kartells gewesen ist, die streitgegenständlichen Beschaffungsvorgänge also kartellbetroffen waren (vgl. schon Kammer, Urteil vom 21.12.16, 8 O 90/14 = WuW 2017, 98-106 = NZKart 2017, 86 = mit zustimmenden Anmerkungen Thiede NZKart 2017, 68).

(a)

- 82 Dazu bedarf es keines weiteren, darauf aufbauenden Anscheinsbeweises (so aber wohl z.B. LG Mannheim aaO., ferner Galle NZKart 2016, 214 ff, ferner Fritzsche/Klöppner/Schmidt NZKart 2016, 416; zum Ganzen auch Thiede/Träbing NZKart 2016, 422 ff; vom Ansatz her wie hier im Grunde OLG Karlsruhe 6 U 51/12), sondern ergibt sich unmittelbar aus der Anwendung der aus der Entscheidung KONE des EuGH folgenden Grundsätze.

(aa)

- 83 Dies lässt sich auf folgende Überlegungen stützen:

- 84 Der EuGH billigte im Fall KONE auch demjenigen einen Ersatzanspruch zu, der nicht - sei es mittelbar oder unmittelbar - von einem Kartellanten erwarb, sondern vielmehr von einem Kartell-Außenseiter, der allein aufgrund der durch das Kartell eröffneten Möglichkeit ebenfalls seine Preise erhöhte. Anders als dies vorliegend von den Beklagten und auch von Teilen der oben zitierten, einen Anscheinsbeweis ablehnenden Rechtsprechung, für den unmittelbaren Erwerb vom Kartellanten gefordert wird, kann im Fall des Erwerbs vom Kartell-Außenseiter schon aus der Natur der Sache heraus gar keine Darlegung dahingehend erfolgen, dass das konkrete Geschäft Gegenstand einer Kartellabsprache war. Dennoch lässt der EuGH hier zu Recht einen Schadensersatzanspruch zu, wenn die Kausalität in der oben näher geschilderten Weise auch für den Erwerb vom Außenstehenden vermittelt wurde. Dann kann aber - schon unter dem Gesichtspunkt des sowohl durch den EuGH als auch durch den BGH stets in den Vordergrund geschobenen Effektivitäts-



gedanken (vgl. EuGH aaO. Rn 33 - juris; BGH KZR 25/14 Rn 37 und passim - juris) - jedenfalls für den unmittelbaren Erwerber nichts anderes gelten. Ist die Darlegung, dass das Geschäft Gegenstand der Kartellabsprache war, für den vom Kartell-Außenseiter Erwerbenden weder inhaltlich möglich noch nach der Rechtsprechung des EuGH nötig, so muss dies für den unmittelbaren Erwerber, der direkt vom gegen das Kartellverbot Verstößenden erwirbt, erst Recht gelten. Es wäre widersinnig, wenn an die Feststellung der Kausalität (also der Kartellbetroffenheit) im Hinblick auf Geschäfte mit dem Rechtsverletzer selber höhere Anforderungen zu stellen wären als an solche Geschäfte mit Dritten, für welche der Rechtsverletzer ebenfalls aufgrund der adäquat-kausalen Auswirkungen seiner Rechtsverletzung laut EuGH zu haften hat.

- 85 Gestützt wird dies auch noch durch die Überlegung, dass wenn der Kartellant in Abrede stellt, dass das einzelne, im Kartellzeitraum liegende Geschäft einer gesonderten Kartellabsprache unterworfen war, er sich für dieses Einzelgeschäft gleichsam selber in die Rolle eines Kartellaußenseiters begibt, der demnach das einzelne Geschäft nicht dem Regime des Kartells unterwarf, es aber gleichwohl unter den durch das Kartell geschaffenen ökonomischen Bedingungen - dem Preisschirm - abschloss. Dies zeigt, dass eine Ungleichbehandlung im Hinblick auf den Darlegungsumfang bei reinen Preisschirmgeschäften einerseits und beim Erwerb von einem Kartellanten im Kartellzeitraum andererseits in keiner Weise gerechtfertigt wäre.

(bb)

- 86 Aus diesen Gründen kann es hier auch zu keiner anderen Bewertung führen, dass den Erwerbsvorgängen hier keine Ausschreibung vorausgegangen ist, da es ökonomisch unsinnig wäre und auch nichts dafür ersichtlich ist, wenn die den Bestellungen zugrunde liegenden Angebote nicht dem - erhöhten - Marktpreisniveau entsprochen hätten.

cc)

- 87 Damit bedarf es bereits eines weiteren, auf den Anschein der Entstehung des Preisschirms gestützten Anscheinsbeweises nicht, da der erste Anschein bereits vor dem Hintergrund der Entscheidung KONE unmittelbar ausreichend ist, die Kausalität, genauer die Kartellbetroffenheit des einzelnen Erwerbsvorganges, zu begründen.
- 88 Auf Grundlage des oben geschilderten Anscheins eines Preisschirmeffektes wird in der (auch obergerichtlichen) Rechtsprechung ein zweiter, darauf aufbauender Anschein dafür angenommen, dass auch die konkrete Beschaffungstätigkeit nicht frei von Kartelleinflüssen waren (so LG Mannheim in den oben zitierten Entscheidungen, sich berufend auf OLG Karlsruhe 6 U 51/12 Rn 56 ff. - juris; ähnlich auch LG Berlin, LG Erfurt, LG Nürnberg-Fürth jeweils aaO.; ähnlich jetzt OLG Karlsruhe, Urteil vom 09. November 2016 - 6 U 204/15 Kart (2) -, Rn. 64, juris) Dabei hat bereits das OLG Karlsruhe in der erstgenannten Entscheidung keinen zweistufigen, aufeinander aufbauenden Anscheinsbeweis angenommen (so aber Galle, NZKart 2016, 214), sondern vielmehr zwei verschiedene Ansatzpunkte für die Annahme des Anscheins der Kartellbetroffenheit aufgeworfen, nämlich die kartellbedingte Preissteigerung des Gesamtmarktes einerseits und die Einpassung des Einzelgeschäfts in die sachlich, räumlichen und zeitlichen Umstände des Kartells, wobei bereits der erste Aspekt, also die Preissteigerung, genügen soll (so deutlich OLG Karlsruhe 6 U 51/12 Rn 59, 65).

- 89 Aber auch die Annahme eines aufeinander aufbauenden Anscheinsbeweises führt zu keinem anderen Ergebnis, zumal auch der Vortrag der Beklagten nicht geeignet ist, einen solchen zu erschüttern.
- 90 Insbesondere vermag der Vortrag der Beklagten zu 1), laut Feststellung des Bundesamtes nicht bundesweit, sondern regional an Absprachen beteiligt gewesen zu sein, den Anscheinsbeweis nicht zu erschüttern. Denn für die "Kartellbefangenheit" kommt es vor dem Hintergrund des oben Ausgeführten gerade nicht auf eine konkrete Beteiligung der Beklagten zu 1) an den Absprachen gerade diese Beschaffungsvorgänge betreffend an.
- 91 Ferner genügt auch nicht der Vortrag, die Beklagte zu 1) habe umfangreich interne Ermittlungen durchgeführt, welche keinerlei Hinweise auf eine Kartellbefangenheit der hier interessierenden Vorgänge erbracht habe, da selbst bei einer hohen Intensität interner Ermittlungen nicht notwendig konkrete Hinweise gefunden werden müssen und somit nicht die hier interessierenden Projekte denklogisch zwingend von Einflüssen des Kartells frei gewesen sein müsse. Hinzu kommt abermals, dass es angesichts des durch die Kartellanten geschaffenen erhöhten Marktpreisniveaus auf eine Absprache bezüglich eines einzelnen Erwerbsvorgangs eben auch nicht ankommt.
- e)
- 92 Damit ist gleichzeitig ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach zu bejahen, denn aus den obigen Ausführungen zum kartellbedingt überhöhten Preisniveau ergibt sich gleichzeitig die Annahme, dass durch das Einzelgeschäft der Klägerin jedenfalls durch die geleistete Zahlung ein Schaden, in welcher Höhe auch immer, entstanden ist, was die Feststellung einer Schadensersatzpflicht dem Grunde nach für beide hier streitgegenständlichen Erwerbsvorgänge rechtfertigt (vgl. statt aller LG Mannheim 7 O 110/13 S. 20 sowie allgemein OLG Karlsruhe 6 U 51/12 Rn 55 und 71 f. - Juris).
- f)
- 93 Soweit demgegenüber die Beklagten die Zahlung bestritten haben - die unmittelbaren Vertragspartner im Wege des einfachen Bestreitens, die übrigen Beklagten im Wege des Bestreitens mit Nichtwissen nach § 138 Abs. 4 ZPO - ist dies unbeachtlich.
- 94 Die direkten Vertragspartner können sich insoweit nicht auf ein einfaches Bestreiten zurückziehen, zumal weder von ihnen vorgetragen noch sonst ersichtlich wäre, warum im Falle der Nichtzahlung durch die Klägerin der bestehende Anspruch über all die Jahre hinweg nicht verfolgt worden wäre. Es ist kein Grund dafür erkennbar, dass die Beklagte zu 1) von der Beitreibung der offenen Forderungen hätte absehen sollen, wenn sie diese nicht vereinnahmt haben sollte.
- 95 Auch das Bestreiten mit Nichtwissen durch die Beklagten 3) - 7) steht einer Verurteilung dem Grunde nach nicht entgegen. Zwar sind die genannte Beklagten als einfache Streitgenossen der direkten Vertragspartner grundsätzlich berechtigt, unterschiedlich zu diesem vorzutragen (vgl. z.B. OLG Dresden 7 U 1421/13 Rn 12) und gerade auch Dinge, die nicht ihrer unmittelbaren Wahrnehmung unterlagen, mit Nichtwissen zu bestreiten. Hier liegt der Fall aber insoweit anders, als dass bereits die unmittelbaren Vertragspartner - wie soeben ausgeführt - die Zahlung nicht wirksam bestritten haben, so dass es angesichts dieser Umstände mehr als eines schlichten Bestreitens mit Nichtwissen durch die Beklagte zu 3) - 7) bedurft hätte, insbesondere etwaiger Darlegung, weshalb genau die

Zahlungen fraglich sein sollen (vgl. hierzu auch LG Mannheim 7 O 206/14 Kart, S. 22). Ob darüber hinaus nicht aufgrund des gemeinsamen vorsätzlichen Handelns ohnehin von Erkundigungspflichten untereinander auszugehen wäre, kann dahinstehen.

g)

- 96 Auch der von einigen Beklagten erhobene Einwand der Schadensweiterreichung ("passing-on defense") geht vorliegend ins Leere.
- 97 Die Beklagten können nicht mit dem Einwand gehört werden, die Klägerin habe den Schaden an die nächste Marktstufe, nämlich - womöglich im Wege der Fahrpreiserhöhung - an ihre Kunden weitergegeben. Der Sache nach handelt es sich bei dem Passing-on-Einwand um den Einwand der Vorteilsausgleichung, der auch in kartellrechtlichen Schadenersatzprozess ohne weiteres erhoben werden kann (BGH KZR 75/10 "ORWI", Tz. 57 ff - juris). Ihm liegt der Gedanke zugrunde, dass dem Geschädigten unter bestimmten Voraussetzungen diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen; denn er soll nicht besser gestellt sein, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Voraussetzung ist aber stets, dass die Preiserhöhung, die der Geschädigte gegenüber seinen Abnehmern durchsetzen kann, in adäquatem Kausalzusammenhang mit dem kartellbedingten Preisaufschlag steht (BGH KZR 75/10 Tz. 58, 59 -juris). Im Einklang mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot liegt die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung und insbesondere der Kausalität des Vorteils beim Schädiger (BGH KZR 75/10 Tz. 64). Dieser Darlegungslast sind die Beklagten letztlich schon nicht hinreichend nachgekommen.
- 98 Doch kommt es auf die Frage, ob die Beklagten hierzu hinreichende Darlegungen getroffen haben, aufgrund der Besonderheiten des Falles schon gar nicht an. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der BGH in der vorstehend genannten Entscheidung (dort Tz. 47 ff.) von einem Anschlussmarkt ausgeht, also die Weiterlieferung der mit einem Kartellaufschlag belegten Ware an eigene Abnehmer innerhalb eines durch Konkurrenz - sei es auf Anbieter- oder Nachfrageseite - geprägten Wirtschaftsraums zugrunde legt. In Bezug auf den Verkauf von Fahrscheinen ist aber kein solches Marktgeschehen auf einem Folgemarkt ersichtlich, und zwar weder auf Anbieter-, noch auf Abnehmerseite. Auf Anbieterseite steht isoliert die Klägerin, denn die U-Bahn- oder Straßenbahnlinien sind weder untereinander, noch gegen solche anderer Städte austauschbar. Dem Geschäftsgegenstand fehlt es aus Sicht der Marktgegenseite an der Substituierbarkeit. Erst recht ist ein Marktgeschehen nicht auf der Nachfrageseite ersichtlich, da es sich dort um Endverbraucher handelte, die naturgemäß nicht miteinander um Fahrtickets konkurrieren.
- 99 Mag auch aus einem fehlenden Markt nicht der Schluss gezogen werden können, dass die Klägerin dann "erst recht" in der Weitergabe des Kartellaufschlages frei war (so LG Berlin 16 O 193/11, Tz. 60 - juris), so ist doch zu berücksichtigen, dass die Preisbildung bei Fahrtickets, anders als diejenige beim Weiterverkauf von Waren, in keiner unmittelbaren Relation zum Einkaufspreis für bestimmte Infrastruktur steht, sondern eine Fülle anderer Faktoren für die Bestimmung maßgeblich sind. Nicht allein Schienen, Weichen und Schwellen erzeugen Kosten, sondern in gleicher Weise das Personal, die Bahnen selbst sowie die Energieträger, um nur einige Faktoren aufzuzählen. Die Kosten für Investitionen in Gleisoberbaumaterialien finden damit lediglich Eingang in eine Mischkalkulation, werden aber nicht eins zu eins an den Kunden weitergegeben. Der Spielraum für die Weitergabe kartellbedingter Aufschläge wird dadurch erheblich eingeschränkt.

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass der den Fahrgästen abverlangte Fahrpreis jedenfalls nicht ausschließlich das Ergebnis einer kaufmännischen Kalkulation bildet, sondern soziale Faktoren wie der Zugang der Bevölkerung zu bezahlbarer "Mobilität" in hohem Maß eine Rolle spielen. Dass die Fahrpreise selbst nicht kostendeckend sein können, folgt schon aus den üblichen Ermäßigungen für bestimmte Gruppen (Schwerbehinderte, Arbeitslose), die - eine Kostendeckung des Normaltarifs unterstellt - dann in jedem Fall unter dieser Grenze blieben (vgl. instruktiv LG Berlin aaO.).

- 100 Damit scheidet die passing-on defense bereits unter diesem Aspekt aus; die Frage, ob sie bei Streuschäden überhaupt Anerkennung finden kann, kann daher offenbleiben (vgl. dazu Polster/Steiner ÖZK 2014, 48; Petrasincu WUW 2016, 332)

h)

- 101 Die Klägerin kann ihre bezifferten Schadensersatzansprüche auch grundsätzlich als Mindestschaden auf die streitgegenständlichen Einkaufsbedingungen stützen.

aa)

- 102 Die Formulierung "aus Anlass dieser Vergabe" ist vorliegend auch einschlägig.

- 103 Denn wie oben festgestellt, haben die beklagten Auftragnehmer eine Abrede getroffen, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Soweit nach dem Wortlaut die Abrede ausdrücklich "aus Anlass dieser Ausschreibung" getroffen werden muss, ist die Regelung dahingehend auszulegen, dass die Abrede auch die hier vorliegende Vergabe betreffen muss. Dass mit den Worten "aus Anlass dieser Ausschreibung" die Vereinbarung auf den Fall beschränkt werden soll, dass die Abrede erstmals im Zusammenhang mit dieser Vergabe getroffen worden ist, kann der Klausel nicht entnommen werden (vgl. in ähnlichem Fall auch OLG Karlsruhe 6 U 51/12 Rn 75 - juris).

- 104 Es kann auch nicht darauf ankommen, dass hier ein Präqualifikationsverfahren mit anschließender Aufforderung zur Angebotsabgabe anstelle einer Ausschreibung stattfand, denn auch insoweit ergibt die Auslegung zwangsläufig, dass der in Rede stehende Auftrag der Klausel unterworfen werden soll.

- 105 Dabei ist auch keine Differenzierung zwischen Rechnungspreis und Angebotspreis zu treffen, da die Klauseln ausdrücklich auf die Abrechnungssumme Bezug nehmen, also letztlich auf den Betrag, der gegenüber der Beklagten abgerechnet wird. Dies ist im Übrigen auch interessengerecht, denn der Schaden entsteht aus dem Umstand, dass der Auftragnehmerin dieser abgerechnete Auftrag erteilt wurde, obwohl ihr Angebot kartellbefangen war (vgl. OLG Karlsruhe aaO. Rn 76 - juris).

bb)

- 106 Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Klauseln, bei denen es sich zweifelsohne um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, nicht unwirksam.

- 107 Die Klauseln enthalten zunächst keine Vertragsstrafenregelungen, sondern stellen eine vertragliche (Mindest-) Pauschalierung des gesetzlichen Schadensersatzes dar (vergleiche OLG Karlsruhe 6 U 51/12; LG Mannheim 7 O 436/11; LG Berlin 16 O 384/13 Kart zu ähnlichen Klauseln), die bei wettbewerbswidrigen Absprachen gerechtfertigt ist (BGH VII ZR 286/94 Rn 16 - juris - OLG Karlsruhe und LG Berlin aaO.).

- 108 Sie verstoßen nicht gegen §§ 307 ff. BGB.
- 109 Soweit die Beklagten eine Unwirksamkeit der Klausel nach § 309 Nr. 5 BGB geltend machen, ist auszuführen, dass § 309 BGB zwar nicht unmittelbar Anwendung auf den Verkehr zwischen Unternehmen oder - wie hier - Unternehmen und einer juristischen Person des öffentlichen Rechts findet (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB). Läge aber ein Verstoß gegen die Maßstäbe des § 309 BGB vor, könnte dies auch im Verkehr zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und einer juristischen Personen des öffentlichen Rechts ein Indiz für die Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 BGB darstellen (vgl. BGHZ 90, 278; 103, 328; BGH NJW 2007, 3774). Ein Verstoß gegen den Maßstab des § 309 Nr. 5 BGB ist - wie nachfolgend aufgezeigt - aber nicht gegeben. Da weitere Gründe für eine Unwirksamkeit der Klausel nicht ersichtlich sind, verstößt die Klausel nicht gegen § 307 BGB und ist daher nicht unwirksam (vgl. zu fast identischen Klauseln OLG Karlsruhe aaO. Rn 78 - juris).
- 110 Die Klausel ist nicht nach dem Maßstab des § 309 Nr. 5 a BGB unzulässig. Dies wäre der Fall, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt. Hinreichende Anhaltspunkte liefern insoweit diverse Studien, unter anderem die sog. OXERA-Studie, welche sogar von höheren prozentualen Schäden ausgeht (18 % im Median). Zwar liegt grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Pauschale dem typischen Schadensumfang entspricht, bei der Klägerin als Verwender (BGHZ 67, 312, 319). Diese hat aber - mit näherem Vortrag und unter Angebot eines Sachverständigengutachtens - ihrerseits Bezug auf diese angesprochene Studie genommen.
- 111 Die Klausel ist auch nicht nach dem Maßstab des § 309 Nr. 5 b) BGB unwirksam. Dies wäre nur dann der Fall, wenn dem anderen Vertragsteil nicht der Nachweis gestattet würde, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale. Diese Möglichkeit räumen die Klauseln aber ausdrücklich ein. Soweit die Beklagten eine ausdrückliche Einschränkung dahingehend vermissen, dass auch der Nachweis geführt werden darf, dass überhaupt kein Schaden entstanden ist, ist dies ausweislich der Klausel nicht erforderlich. Denn die Klausel zur Pauschalierung der Schadenshöhe greift erst ein, wenn nach der gesetzlichen Vorschrift des § 33 GWB a. F. überhaupt ein auf dem Verstoß beruhender Schaden bejaht werden kann (vgl. dazu OLG Karlsruhe ebenda, Rn 82). Darüber hinaus ist mit dem OLG Celle davon auszugehen, dass die Formulierung eines Schadens "in anderer Höhe" in einer "Bandbreite von Null an" zu verstehen ist (OLG Celle IBR 2012, 506; nachfolgend BGH, Beschl. v. 23.05.2012, VII ZR 217/11; zum ganzen OLG Karlsruhe ebenda).
- 112 Die Frage, ob die - hier relativ geringen - Schadenspauschalen hier die nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu erwartenden Schäden übersteigen oder ob umgekehrt womöglich die tatsächlich entstandenen Schäden höher sind als die Pauschalen, wird so dann im Betragsverfahren zu klären sein.
- i)
- 113 Ein Mitverschulden der Klägerin wegen ihres Vergabeverhaltens kann auf der Grundlage des hierzu gehaltenen Beklagtenvortrags nicht angenommen werden. Dass sie nach vorangegangenem Präqualifikationsverfahren nur ein Angebot der Beklagten eingeholt

haben mag, genügt hierfür nicht, zumal kartellbedingt ohnehin mit dem entsprechend "günstigsten" Angebot zu rechnen gewesen wäre. Auch wenn die Ausschreibungen bisweilen kundenspezifisch ausgerichtet gewesen wären und dabei technische Spezifikationen eine Rolle gespielt hätten, läge dies letztlich in der Natur der Sache und begründet keine Verstoß gegen die bei Ausschreibung erforderliche Sorgfalt. Zudem wäre auf dem kartellunterworfenen Markt naturgemäß auch bei einer Ausschreibung nicht mit günstigeren Preisen zu rechnen gewesen, weshalb auch unter diesem Gesichtspunkt nicht ersichtlich ist, wie die Klägerin an der Schadensentstehung mitgewirkt hätte bzw. einen erhöhten Schaden durch ein Mitverschulden verursacht hätte.

114 i) Zinsen

115 Dem Grunde nach ergibt sich ein Zinsanspruch zumindest aus § 849 BGB. Für das Grundurteil hier kann die Höhe der tatsächlich zuzuerkennenden Zinsen noch dahinstehen; darüber ist sodann im Einzelnen im Betragsverfahren zu erkennen.

116 h) Verjährung

117 Auch geht die durch die Beklagten erhobene Einrede der Verjährung ins Leere.

118 Für nach dem 31.12.2001 entstandene Ansprüche gilt die kenntnisunabhängige zehnjährige Verjährungsfrist, beginnend ab ihrer Entstehung (§ 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB). Anhaltspunkte für eine Kenntnis beziehungsweise grob fahrlässige Unkenntnis der Klägerin im verjährungsrelevanten Zeitraum liegen nicht vor.

119 Die Verjährung wurde nach § 33 Abs. 5 GWB durch die Einleitung des Bußgeldverfahrens im Mai 2011 bis mindestens 18 Januar 2014, also bis sechs Monate nach dem Datum des Bußgeldbescheides (vgl. § 33 Abs. 5 S. 2 GWB, § 204 Abs. 2 S. 1 BGB) gehemmt. Da die ältesten hier erfassten Erwerbsakte aus 2002 datieren, ist somit angesichts der Klageerhebung in 2014 eine Verjährung ganz offensichtlich nicht eingetreten.

120 Die Frage, ob die mit Wirkung zum 1. Juli 2005 eingeführte Bestimmung des § 33 Abs. 5 GWB auf zu diesem Stichtag noch nicht verjährter "Altfälle" anwendbar ist, ist höchst-richterlich noch nicht geklärt. Die Ausführungen in der Entscheidung BGH KZR 75/10 (RN 13 - juris) gelten ausschließlich der intertemporär anwendbaren materiellen-rechtlich Anspruchsgrundlage, nicht der auf der Schnittstelle zum Verfahrensrecht stehenden Frage der Verjährungshemmung nach § 33 Abs. 5 GWB.

121 Entgegen der Auffassung der Beklagten und einer Rechtsprechungsmeinung (vgl. LG Düsseldorf, 37 O 200/09 Kart und OLG Karlsruhe, Urt. v. 9.11.2016, 6 U 204/15 Kart, NZ-Kart 2016, 595, 598&#8201;f.) ist diese Vorschrift auch auf noch nicht verjährte "Altfälle" anzuwenden. Der Gesetzgeber hat eine Übergangsvorschrift nicht bestimmt, weshalb der allgemeine, etwa in Art. 169 Abs. 1 EGBGB kodifiziert im Grundsatz eingreift, wonach neue gesetzliche Vorschriften betreffend die Hemmung der Verjährung auch auf unter der Geltung des alten Rechts entstandene, bei Inkrafttreten der neuen Bestimmung aber noch nicht verjährter Ansprüche Anwendung finden. Dies hat der Bundesgerichtshof verschiedentlich für eine Verkürzung der Verjährungsfrist entschieden (statt aller BGH VII ZR 265/77 m.w.N.), wird aber seit jeher auch für eine Erschwerung der Verjährung nicht anders beurteilt (vergleiche schon RG Urt. v. 01.07.1889, RGZ 24, 266, 270). Solange die Verjährung nach dem jeweils gegenwärtigen Recht nicht vollendet ist, genießt weder der Forderungsinhaber ein schutzwürdiges Vertrauen in den vollen Erhalt der bisherigen Verjährungsfrist noch darf der Schuldner sich darauf einrichten, dass die Verjährung

nicht verlängert oder sonst erschwert werden kann. In Ermangelung anderweitiger Übergangsvorschriften ist daher anzunehmen, dass das neue Verjährungsrecht auf unverjährte Forderungen Anwendung findet, und zwar auch in dem Fall, dass die Verjährung verlängert oder sonst erschwert wird (vergleiche RG aaO.). Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn - wie hier - die Entscheidung des Bundeskartellamtes erst nach dem Inkrafttreten der Norm Bestands- bzw. Rechtskraft erhielt, da dann weder eine unzulässige Gesetzesrückwirkung noch eine sonstige Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens desjenigen vorliegt, gegen den sich die Entscheidung richtet, was gerade auch für die Frage der Anwendbarkeit des § 33 Abs. 5 S. 1 GWB zum Tragen kommen muss (so ausdrücklich OLG Düsseldorf VI U 3/14 Rn 45 - juris). Daher führte das vom Bundeskartellamt betriebene Verfahren zu einer Verjährungshemmung im Verhältnis der Klägerin zu den Beklagten. Dafür streitet im übrigen insbesondere auch der Zweck der Norm, die privatrechtliche Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen zu erleichtern (so mit Recht LG Mannheim 7 O 206/14 S. 24).

122     Hinzu kommen die durch Teile der Beklagten abgegebenen Verjährungsverzichtserklärungen.

123     Damit hat die Klage dem Grunde nach Erfolg.

II.

124     Prozessuale Nebenentscheidungen waren im Rahmen des vorliegenden Grundurteils nicht veranlasst.