



KARTELLRECHT - SCHADENSERSATZANSPRUCH
BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10

Schadensersatz wegen Kartellrechtsverstößen können nicht nur unmittelbare Kunden der Kartellteilnehmer verlangen, sondern auch ihnen in der Absatzkette folgende Abnehmer. Der Kartellant kann aber gegen den Anspruch einwenden, der Anspruchsteller habe die kartellbedingte Preiserhöhung an seine eigenen Kunden weitergegeben.



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 75/10

Verkündet am:
28. Juni 2011
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

ORWI

AEUV Art. 101 Abs. 1; BGB § 823 Abs. 2 Bf, C, I

a) Einem indirekten Abnehmer der Kartellteilnehmer steht ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 101 AEUV zu, wenn er durch das kartellrechtswidrige Verhalten einen Schaden erlitten hat. Die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt der indirekte Abnehmer.



b) Der Vorteil, der dem Geschädigten aus einer Abwälzung des kartellbedingten Preisaufschlags auf seine Abnehmer erwächst, kann unter dem Aspekt der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sein. Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung liegt beim Schädiger.

c) Die Bejahung einer sekundären Darlegungslast des Kartellgeschädigten setzt eine umfassende Prüfung ihrer Erforderlichkeit und Zumutbarkeit voraus, bei der sorgfältig abzuwägen ist, inwieweit dem Geschädigten insbesondere eine Darlegung zu wettbewerblich relevanten Umständen abverlangt werden kann, an deren Geheimhaltung er ein schützenswertes Interesse hat; außerdem darf die Annahme einer sekundären Darlegungslast nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen.

d) Für die durch ein Kartell verursachten Schäden haften alle Kartellteilnehmer nach §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner.

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 2011 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und die Richter Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Löffler für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 11. Juni 2010 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionen, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

Die Beklagte ist Herstellerin von Selbstdurchschreibepapier (SD-Papier), das sie über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft R. GmbH (R.) auch als Großhändlerin vertreibt. Die Kommission hat im Dezember 2001 gegen zehn Unternehmen, darunter die Beklagte, wegen eines von Januar 1992 bis September 1995 europaweit durchgeführten Preiskartells für SD-Papier Geldbußen von insgesamt 313,7 Mio. € verhängt, wovon 33,07 Mio. € auf die Beklagte entfielen (Entscheidung vom 20. Dezember 2001, COMP/E 1/36.212). Die dagegen auch von der Beklagten gerichtete Klage blieb vor dem Gericht (Urteil vom 26. April 2007 T 109/02 u.a., Slg. 2007, II 947) und dem Gerichtshof der Europäischen Union (Urteil vom 3. September 2009 C 322/07, Slg. 2009, I 7191) erfolglos.



Die Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht der ORWI Formulardruck GmbH & Co. KG (ORWI) auf Ersatz kartellbedingten Schadens in Anspruch. ORWI befasste sich bis zu ihrer Insolvenz im Frühjahr 2003 mit dem Druck selbstdurchschreibender Formulare. Das dafür benötigte SD-Papier bezog sie von R. und drei weiteren Großhändlern, die ihrerseits sämtlich von am Kartell beteiligten Herstellern beliefert wurden.

Die Klägerin macht geltend, ORWI habe aufgrund des Kartells im Zeitraum vom 1. Februar 1994 bis Februar 1996 überhöhte Preise an R. und die anderen Großhändler zahlen müssen. Denn diese hätten die kartellrechtswidrig vereinbarten Preiserhöhungen zumindest teilweise auf die nächste Handelsstufe und damit auch auf ORWI abgewälzt. Als Beteiligte des Kartells sei die Beklagte nach §§ 830, 840 BGB auch insoweit verantwortlich, als ORWI über den Großhandel Ware anderer kartellbeteiligter Hersteller bezogen habe. Die Klägerin behauptet, ORWI habe dadurch insgesamt Mehrkosten in Höhe von 223.540,26 € gehabt, die sie nicht an ihre Kunden habe weitergeben können.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin hat zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 223.540,26 € zu zahlen. Außerdem hat sie Zinsen in unterschiedlicher Höhe für den Zeitraum vom 1. März 1996 bis 30. April 2004 und für die Zeit danach begehrt.

Das Berufungsgericht hat der Klage in Höhe von 100.000 € zuzüglich Rechtshängigkeitszinsen seit dem 28. Dezember 2004 stattgegeben. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision. Die Klägerin hat Anschlussrevision eingelegt, soweit das Berufungsgericht die Abweisung der Klage bestätigt hat.

Entscheidungsgründe

A.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Aufgrund des durch die Entscheidung der Kommission feststehenden Verstoßes gegen das Kartellverbot sei die Beklagte gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV) zum Schadensersatz verpflichtet. Dem stehe nicht entgegen, dass sich das Preiskartell nicht gezielt gegen bestimmte Abnehmer, sondern gegen die Marktgegenseite insgesamt gerichtet habe.



Jedoch bestehe der Anspruch nur, soweit ORWI über R. SD-Papier der Beklagten bezogen habe. Denn Art. 81 EG schütze nur die unmittelbare Marktgegenseite, nicht jedoch Abnehmer nachgelagerter Marktstufen. Die Zwischenschaltung des Großhandels schließe daher Ansprüche von ORWI grundsätzlich aus. Etwas anderes gelte nur im Hinblick auf R. . Weil es sich hierbei um ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der Beklagten handele, sei ORWI als Folgeabnehmer ausnahmsweise ersatzberechtigt.

Für die Schadensberechnung könne kein hypothetischer Wettbewerbspreis anhand eines Vergleichs mit räumlich benachbarten Märkten ermittelt werden, weil alle wesentlichen Hersteller an dem europaweiten Preiskartell beteiligt gewesen seien. Der Schaden könne jedoch auf der Grundlage der von der Beklagten in weitgehender Übereinstimmung mit den Beschlüssen der Kartellmitglieder ab 1. Februar 1994 für den deutschen Markt angekündigten Preiserhöhungen geschätzt werden. Da die Preise für SD-Papier in den beiden Jahren davor gesunken und Anhaltspunkte für eine wettbewerbskonforme Erholung des Preisniveaus nicht ersichtlich seien, könne angenommen werden, dass die Preiserhöhungen vollständig kartellbedingt gewesen seien. Ferner sei davon auszugehen, dass R. die Preiserhöhungen grundsätzlich in vollem Umfang an ORWI weitergegeben habe. Gewisse Unsicherheiten der Schadensschätzung seien nach § 287 ZPO durch Zu- und Abschläge zu korrigieren, die sich im Ergebnis ausglich.

Der Einwand, ORWI habe die überhöhten Preise an ihre Abnehmer weitergegeben, sei unbeachtlich. Der kartellbedingte Schaden trete zu dem Zeitpunkt ein, in dem der Abnehmer die Ware zu einem überhöhten Preis erworben habe. Die Weiterwälzung der kartellbedingten Preisdifferenz könne auch nicht im Wege des Vorteilsausgleichs schadensmindernd berücksichtigt werden. Denn dies sei mit dem Zweck der zivilrechtlichen Ersatzpflicht bei Kartellrechtsverstößen unvereinbar. Die damit beabsichtigte Abschreckungswirkung werde in einer mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot unvereinbaren Weise beeinträchtigt, wenn der Kartelltäter gerade seinem unmittelbaren Abnehmer gegenüber häufig nicht ersatzpflichtig sei. Denn dieser sei aufgrund seiner Marktkenntnis am ehesten in der Lage, einen Ersatzanspruch geltend zu machen.

B.

Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision und die Anschlussrevision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Der Kreis der wegen eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV Anspruchsberechtigten ist nicht auf die unmittelbare Marktgegenseite der Kartellmitglieder begrenzt. Ansprüche der Klägerin kommen daher nicht nur insoweit in Betracht, als ORWI über R. von der Beklagten hergestelltes SD-Papier bezogen hat, sondern auch im Hinblick auf den Erwerb von SD-Papier anderer am Kartell beteiligter Hersteller. Entgegen der Ansicht des



Berufungsgerichts ist jedoch der Einwand des Kartellteilnehmers, der Ersatzberechtigte habe den kartellbedingten Preisaufschlag auf seine Kunden abgewälzt, grundsätzlich im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen.

I.

Revision der Beklagten

1.

Für den Schadensersatzanspruch ist das im Belieferungszeitraum Februar 1994 bis Februar 1996 geltende Recht maßgeblich (vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 I ZR 96/02, GRUR 2005, 442 = WRP 2005, 474 Direkt ab Werk; Urteil vom 16. Juli 2009 I ZR 50/07, GRUR 2010, 248 Rn. 15 = WRP 2010, 370 Kamerakauf im Internet). Danach kommt als Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen das seinerzeit in Art. 85 EGV (jetzt Art. 101 AEUV) geregelte unionsrechtliche Kartellverbot § 823 Abs. 2 BGB in Betracht. Die durch das Siebente Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7. Juli 2005 (BGBl. I, 1954) neu gefasste Vorschrift des § 33 GWB, die nunmehr auch Verstöße gegen das unionsrechtliche Kartellverbot erfasst, ist auf den Streitfall mangels einer entsprechenden Übergangsvorschrift nicht anwendbar (vgl. Fuchs in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 131 Rn. 15 f.).

2.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt das unionsrechtliche Verbot von Kartellen und abgestimmten Verhaltensweisen (Art. 101 Abs. 1 AEUV) ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB dar (BGH, Urteil vom 12. Mai 1998 KZR 23/96, WuW/E DE R 206, 207 f. Depotkosmetik).

Dies steht mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Union (nachfolgend: Gerichtshof) in Einklang. Danach erzeugt das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV unmittelbare Wirkungen in den Rechtsbeziehungen zwischen Einzelnen und lässt unmittelbar in deren Person Rechte entstehen, die die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben. So kann sich jeder auf die in Art. 101 Abs. 2 AEUV angeordnete Nichtigkeit einer vom Kartellverbot erfassten Vereinbarung berufen. Hiervon ausgehend erfordert die praktische Wirksamkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränkt oder verfälscht, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist (EuGH, Urteil vom 20. September 2001 C 453/99, Slg. 2001, I-6314, 6323 = WuW/E EU R 479 Rn. 22 ff.



Courage; Urteil vom 13. Juli 2006 C 295/04 bis C 298/04, Slg. 2006, I-6619 = WuW/E EU R 1107 Rn. 58 ff. Manfredi).

3.

Der Kreis der durch das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV geschützten Personen ist entgegen der Ansicht der Revision nicht auf solche Abnehmer beschränkt, gegen die sich die Kartellabsprache gezielt richtet.

Diese Sichtweise wäre mit der auf die Sicherung eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt gerichteten Zielsetzung des Art. 101 AEUV unvereinbar. Denn gerade Verhaltensweisen, die sich auf die Marktgegenseite insgesamt auswirken, etwa den gesamten Markt umspannende Preis- und Konditionenkartelle, sind in besonderem Maße geeignet, den Wettbewerb einzuschränken oder zu verfälschen. Sie von der Schadensersatzsanktion auszunehmen, wäre mit der Pflicht der nationalen Gerichte, dem Kartellverbot volle Wirksamkeit zu verleihen (EuGH, WuW/E EU-R 479 Rn. 23 ff. - Courage; WuW/E EU-R 1107 Rn. 58 ff. - Manfredi), nicht vereinbar und würde zu einer zweckwidrigen Entlastung gerade solcher Kartelltäter führen, die Schäden mit großer Breitenwirkung verursachen (vgl. Bulst, NJW 2004, 2201, 2202; Berrisch/Burianski, WuW 2005, 878, 881; ebenso zu § 1 GWB vor der 7. GWB-Novelle KG WuW/E DE-R 2773, 2775 f. - Berliner Transportbeton; W.-H. Roth in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 33 GWB Rn. 53 (Stand November 2001); Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 16).

4.

Ohne Erfolg rügt die Revision ferner, dass das Berufungsgericht der Klägerin einen Ersatzanspruch zugebilligt hat, obwohl ORWI die kartellbedingt überteuerte Ware nicht unmittelbar bei der Beklagten, sondern von der Großhändlerin R. erworben hat. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt es dabei nicht darauf an, dass R. eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Beklagten ist.

a)

In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur ist die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer umstritten.

Teilweise wird angenommen, Schadensersatzansprüche stünden nur der unmittelbaren Marktgegenseite des Kartells zu (zu Art. 81 EG: Köhler, GRUR 2004, 99, 100; zu der auch Verstöße gegen Art. 81 EG erfassenden Regelung des § 33 GWB 2005: Rehbinder in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, 2. Aufl., § 33 GWB Rn. 13 ff.;



MünchKomm.WettbR/Lübbig, § 33 GWB Rn. 66; Bechtold, GWB, 6. Aufl., § 33 GWB Rn. 11; Dittrich, GRUR 2009, 123, 126 ff.). Die Anspruchsbegrenzung auf Direktabnehmer wird häufig mit der Konsequenz verbunden, dem Kartelltäter sei es verwehrt, sich darauf zu berufen, der Abnehmer habe den Schaden durch Abwälzung der kartellbedingten Preisüberhöhung auf seine Kunden kompensiert (Rehbinder aaO, § 33 GWB Rn. 40; Kersting, ZWeR 2008, 252, 261; Wagner, AcP 206 (2006), 352, 409).

Nach der Gegenauffassung sind auch Folgeabnehmer bis hin zu den Verbrauchern berechtigt, Schadensersatzansprüche geltend zu machen, wenn die kartellbedingte Preiserhöhung in der Absatzkette weitergegeben wurde (MünchKomm.EuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 81 EG Rn. 890 f.; Jaeger in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, 2. Aufl., Art. 81 EG Rn. 43 f.; Drexl, FS Canaris, S. 1339, 1354; Lettl, ZHR 167 (2003), 473, 480 ff.; Mestmäcker/Schweizer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 22 Rn. 35; Bulst in Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, S. 11, 15; W.-H. Roth, FS H.-P. Westermann, S. 1355, 1366; Reich, WuW 2008, 1046, 1052; ebenso zu § 33 GWB 2005: Bornkamm in Behrens/Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, S. 51, 63; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 33 Rn. 29; W.-H. Roth, FS Huber, S. 1133, 1140 ff.; Kießling, GRUR 2009, 733, 735; Bulst, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, S. 132; Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz, S. 342 ff.).

Soweit grundsätzlich auch indirekten Abnehmern Ansprüche zuerkannt werden, wird entweder der Schadensabwälzungseinwand unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung grundsätzlich zugelassen (vgl. etwa Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 11. Aufl., § 33 GWB Rn. 120.; K. Westermann, FS H.-P. Westermann, S. 1605, 1620 ff.; Reich, WuW 2008, 1051) oder es soll eine mehrfache Inanspruchnahme des Kartelltäters durch einen Innenausgleich der Geschädigten (KG WuW/E DE-R 2773, 2785 - Berliner Transportbeton) oder eine Anrechnung des geleisteten Schadensersatzes (Jaeger aaO, Art. 81 EG Rn. 53; Emmerich aaO, § 33 Rn. 58 f.) verhindert werden.

b)

Den Vorzug verdient die Ansicht, dass auch indirekten Abnehmern ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 101 AEUV zusteht, wenn sie durch das wettbewerbswidrige Verhalten einen Schaden erlitten haben.

Dafür bedarf keiner Entscheidung, ob das Unionsrecht zwingend dieses Ergebnis verlangt. Denn bereits die Auslegung des Schutzgesetzkriteriums in § 823 Abs. 2 BGB führt dazu, dass indirekte Abnehmer zu dem durch Art. 101 AEUV geschützten Personenkreis gehören und auch für sie ein Schadensersatzanspruch vom Normgeber gewollt ist (zu diesen



Anforderungen an die Annahme eines Schutzgesetzes vgl. BGH, WuW/E DE-R 206, 208 - Depotkosmetik).

aa)

Der mit der Anerkennung des Kartellverbots als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verfolgte Zweck erfordert, dass indirekte Abnehmer kartellrechtliche Schadensersatzansprüche geltend machen können. Angesichts der Bedeutung des Kartellverbots für die Wirtschaftsordnung ist es geboten, denjenigen gesetzestreu Marktteilnehmern deliktsrechtlichen Schutz zu gewähren, auf deren Kosten ein kartellrechtlich verbotenes Verhalten praktiziert wird (vgl. im Zusammenhang mit dem Schutz von Wettbewerbern durch § 1 GWB aF: BGH, Urteil vom 4. April 1975 KZR 6/74, BGHZ 64, 232, 238 = WuW/E 1361, 1365 - Krankenhauszusatzversicherung).

Die schädlichen Wirkungen eines Kartells oder eines sonstigen nach Art. 101 AEUV verbotenen Verhaltens bleiben häufig nicht auf die unmittelbare Marktgegenseite begrenzt. Je nach den Verhältnissen auf den Anschlussmärkten können auch oder sogar in erster Linie die Abnehmer auf nachfolgenden Marktstufen bis hin zu den Verbrauchern wirtschaftlich betroffen und in ihren Auswahl- und Entscheidungsmöglichkeiten beschränkt sein (vgl. K. Westermann, FS H.-P. Westermann, 1605, 1617 f.). Die mit Kartellen bezweckte Angebotsbeschränkung, Marktaufteilung oder Preisanhebung wirkt sich regelmäßig in Form höherer Preise und einer geringeren Angebotsvielfalt für die Verbraucher aus (vgl. EuGH, Urteil vom 7. Januar 2004 C-204/00 u.a., Slg. 2004, I-123 = WuW/E EU-R 899 Rn. 53 - Aalborg). Denn die direkten Abnehmer werden versuchen, die Erhöhung ihrer Einstandspreise zumindest längerfristig an ihre Kunden weiterzugeben (vgl. Röhling in FS Huber, S. 1117, 1130). Gelingt ihnen dies, weil auch die Verhältnisse auf den Anschlussmärkten von dem durch das Kartell geschaffenen Preisniveau geprägt sind, entsteht der kartellbedingte Schaden erst auf der nächsten Marktstufe (MünchKomm.EuWettbR/ Säcker/Jaecks, Art. 81 EG Rn. 891; Lettl, ZHR 167 (2003) 473, 489). Indirekte Abnehmer generell von der Anspruchsberechtigung auszunehmen, hätte mithin zur Folge, gerade jenen Ansprüche zu verwehren, die häufig in erster Linie durch Kartelle oder verbotene Verhaltensweisen geschädigt werden (Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 11. Aufl., § 33 GWB Rn. 119 f.; ders. in Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, S. 51, 61; Bulst aaO, S. 11, 15).

bb)

Dass durch die Zulassung von Ansprüchen indirekter Abnehmer die Zahl der möglichen Anspruchsberechtigten vervielfacht wird und Beweisschwierigkeiten auftreten können, welcher Marktstufe ein Schaden zuzuordnen ist, rechtfertigt es nicht, den Kreis der Anspruchsberechtigten von vornherein auf direkte Abnehmer zu verengen. Einer



unverhältnismäßigen Inanspruchnahme des Schädigers kann auf andere Weise, insbesondere im Wege der Vorteilsausgleichung, Rechnung getragen werden. Zudem werden die praktischen Möglichkeiten zu einer erfolgversprechenden Schadensersatzklage abnehmen, je weiter die Marktstufe des Anspruchstellers von den Kartellmitgliedern entfernt ist. Einem Geschädigten darf ein Schadensersatzanspruch aber nicht von vornherein mit der Begründung verwehrt werden, dass der Nachweis seiner Voraussetzungen Schwierigkeiten bereitet (vgl. W.-H. Roth in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Lfg. 49 (November 2001), § 33 GWB 1999 Rn. 22, 49). Vielmehr kann eine Begrenzung des Individualschutzes nur anhand des Kriteriums erfolgen, ob der Anspruchsteller zu dem von der Norm geschützten Personenkreis gehört (K. Westermann, FS H.-P. Westermann, S. 1605, 1611, 1614). Danach ist die Einbeziehung direkter Abnehmer in den Schutz des Kartellverbots aber geboten.

cc)

Gegen die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer wird weiter eingewandt, dass dann folgerichtig der Schadensabwälzungseinwand gegenüber direkten Abnehmern zuzulassen sei. Dies schwäche das kartelldeliktsrechtliche Sanktionensystem, was mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz unvereinbar sei. Dem Präventionsgedanken entspreche es, die Schadensersatzansprüche beim Erstabnehmer zu konzentrieren, der den besten Zugang zu den für die Substantiierung der Klage erforderlichen Informationen habe und am ehesten das verbotene Verhalten und die Höhe von Preisauflagen beweisen könne. Um die privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung zu fördern, müsse dieses Potential des direkten Abnehmers gestärkt und dürfe nicht durch Zulassung des Schadensabwälzungseinwands ausgehöhlt werden (vgl. Bulst, in Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, S. 11, 23). Auf entfernteren Marktstufen komme es zu einer Vielzahl kleiner Streuschäden, an deren Geltendmachung die indirekten Abnehmer kein Interesse hätten. Das beeinträchtige die Praktikabilität des individuellen Rechtsschutzes und entlaste im Ergebnis den Kartelltäter (Rehbinder in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, 2. Aufl., § 33 GWB Rn. 16, 40; Wagner, AcP 206 (2006), 352, 408; Loewenheim, FS Riesenkampff, S. 87, 91; Dittrich, GRUR 2009, 123, 127).

Diesen Bedenken ist bei den Anforderungen an die Ursächlichkeit einer Kartellabsprache für das Preisniveau auf nachgelagerten Marktstufen und insbesondere bei der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast Rechnung zu tragen (s. u. Rn. 44 f.). Eine allgemeine Beschränkung des Kreises der Anspruchsberechtigten auf direkte Abnehmer lässt sich mit derartigen Effizienzerwägungen aber nicht begründen. Das Interesse an einer Stärkung der privatrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung rechtfertigt es nicht, die Ansprüche der geschädigten Folgeabnehmer zu verkürzen und stattdessen im Widerspruch zur Kompensationsfunktion des Schadensersatzrechts denjenigen Ansprüche zuzubilligen, die wirtschaftlich keinen dauerhaften Schaden erlitten haben. Zudem bleiben die direkten



Abnehmer stets berechtigt, als Schaden den entgangenen Gewinn geltend zu machen, der ihnen durch einen etwaigen kartellbedingten Nachfragerückgang entstanden ist.

Es trifft auch nicht für alle Marktverhältnisse die These zu, dass es die private Kartellrechtsdurchsetzung erleichtere, wenn ausschließlich direkte Abnehmer Ansprüche geltend machen können. Denn nicht selten werden die direkten Abnehmer wenig oder kein Interesse haben, Schadensersatz von ihren kartellangehörigen Lieferanten zu verlangen.

So können die direkten Abnehmer von den Kartellunternehmen wirtschaftlich abhängig sein oder in einer ständigen Geschäftsbeziehung zu ihnen stehen, die sie nicht gefährden wollen. Erfasst das Kartell alle ernsthaft in Betracht kommenden Lieferanten, können Konkurrenten durch Bezug bei Außenseitern keine Wettbewerbsvorteile erringen, die direkten Abnehmern Anlass zu einer Klage gegen ihre am Kartell beteiligten Lieferanten gäben.

Ist es den direkten Abnehmern gelungen, die überhöhten Preise auf die nächste Marktstufe abzuwälzen, haben sie regelmäßig wenig Anreiz zu einer Klage (MünchKomm.EuWettbR/Säcker/Jaecks, Art. 81 EG Rn. 900; Bornkamm in Langen/Bunte, KartellR, 11. Aufl., § 33 Rn. 110; Bulst, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht (2006), 252; Reich, WuW 2008, 1046, 1052; Wagner in Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, S. 623, 639 ff.; K. Westermann in FS H.-P. Westermann, 1605, 1625).

Erst recht kommen direkte Abnehmer nicht als Kläger in Betracht, wenn sie aufgrund der Vertrags- oder Marktlage wirtschaftlich sogar von dem Kartell profitieren (Bornkamm in Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, S. 51, 63; Bulst, in Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, S. 225, 248). Das ist etwa bei sogenannten "Kosten-Plus-Verträgen" möglich. Hier hat der Direktabnehmer mit seinen Kunden Verträge abgeschlossen, die ihm eine konstante Marge auf seine gesamten Vorkosten sichern. Steigen dann infolge des Kartells die Einkaufskosten des Direktabnehmers, erhöht sich sein Gewinn (vgl. Bulst, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, S. 11, 23, Fuchs, ZWeR 2011, 192, 211).

dd)

Für die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer spricht maßgeblich auch der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz. Danach kann jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art. 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht (EuGH, WuW/E EU-R 1107 Rn. 61 Manfredi). Dabei ist es Aufgabe des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten, die Einzelheiten für die Anwendung des Begriffs



"ursächlicher Zusammenhang" zu bestimmen (EuGH, WuW/E EU-R 1107 Rn. 64 - Manfredi).

(1)

Eine Beschränkung von Schadensersatzansprüchen auf direkte Abnehmer des Kartellanten ist damit kaum in Einklang zu bringen (vgl. Fuchs, ZWeR 2011, 192, 198; Mestmäcker/Schweizer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 22 Rn. 35; Jaeger in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, 2. Aufl., Art. 81 EG Rn. 43 f.; Drexl, FS Canaris, S. 1339, 1352 f.; Bulst in Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, S. 225, 242; Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz, S. 338; ebenso Kommission, Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG Wettbewerbsrechts vom 2. April 2008, S. 4). Vielmehr wird der Kreis möglicher Anspruchsteller allein durch das Erfordernis eines Ursachenzusammenhangs zwischen dem Schaden und dem verbotenen Kartell oder Verhalten eingeschränkt, das ohne weiteres auch indirekte Abnehmer erfüllen können.

(2)

Das Recht auf Schadensersatz ist dem Einzelnen vom Unionskartellrecht nicht nur gewährt, um dessen Durchsetzungskraft zu erhöhen. Das Unionsrecht verlangt deshalb nicht, indirekten Abnehmern eigene Ansprüche mit der Erwägung zu versagen, sie führten zu Schwierigkeiten bei der Schadenszuordnung und dem Schadensnachweis.

Der Gerichtshof der Europäischen Union geht zwar davon aus, dass ein Schadensersatzanspruch des Einzelnen die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln erhöht und geeignet ist, Unternehmen von unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen abzuhalten (EuGH, WuW/E EU-R 479 Rn. 27 - Courage; WuW/E EU-R 1107 Rn. 91 Manfredi). Daraus ist aber nicht zu schließen, dass das Unionsrecht erlaubt oder gar fordert, tatsächlich geschädigten indirekten Abnehmern Schadensersatzansprüche nur deshalb zu versagen, weil deren Beschränkung auf direkte Abnehmer die private Kartellrechtsdurchsetzung - möglicherweise - erleichtern könnte. Vielmehr verlangt das Unionsrecht, eine praktische Konkordanz zwischen den individuellen Rechten der Einzelnen und dem öffentlichen Interesse an wirksamer Durchsetzung des gemeinschaftlichen Kartellrechts herzustellen.

So hat der Gerichtshof erst jüngst angenommen, dass es die Wirksamkeit der zur effizienten Kartellrechtsdurchsetzung eingeführten Kronzeugenverfahren beeinträchtigen kann, wenn Geschädigte Zugang zu Dokumenten erhalten, die der Kronzeuge freiwillig der Kartellbehörde vorgelegt hat. Er hat gleichwohl betont, dass nach ständiger Rechtsprechung jedermann Ersatz des ihm durch ein Kartell entstandenen Schadens



verlangen kann und dass die Entscheidung über den Dokumentenzugang eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wirksamkeit des Kronzeugenprogramms und dem Individualinteresse des Geschädigten erfordert (EuGH, Urteil vom 14. Juni 2011 C-360/09, WuW/E EU-R 1975, Rn. 26 ff. Pfeiderer). Danach ist davon auszugehen, dass das Unionsrecht den durch ein Kartell Geschädigten Schadensersatz im Grundsatz unabhängig davon gewährt, ob dies im Einzelfall für die Kartellrechtsdurchsetzung erforderlich oder zweckmäßig ist.

(3)

Soweit das innerstaatliche Recht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs einer an einem kartellrechtswidrigen Vertrag beteiligten Partei, die erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung trägt, einen Schadensersatzanspruch versagen darf (EuGH, WuW/E EU-R 479 Rn. 31 Courage), spricht dies nicht dagegen, grundsätzlich auch indirekten Abnehmern Schadensersatz zu gewähren.

ee)

Somit können sich auch indirekte Abnehmer auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 101 AEUV berufen, wenn sie durch das kartellrechtswidrige Verhalten einen Schaden erlitten haben. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin könne Ersatz des Schadens verlangen, der ihr aus dem Erwerb kartellbedingt überkauften SD-Papiers der Beklagten bei R. entstanden ist, begegnet daher im Ergebnis keinen Bedenken.

5.

Die Revision hat auch keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichts wendet, die kartellbedingten Preiserhöhungen der Beklagten gegenüber R. seien grundsätzlich in vollem Umfang an ORWI weitergegeben worden.

a)

Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe ihre Preise gegenüber R. wiederholt entsprechend den im Kartell getroffenen Absprachen erhöht. Die kartellbedingten Preiserhöhungen hätten zum 1. Februar 1994 5%, zum 1. Dezember 1994 weitere 6%, zum 1. Mai 1995 weitere 5% und zum 1. Juli 1995 weitere 10% betragen. Die Beklagte habe im Verfahren vor der Kommission erklärt, sie habe sich zur Teilnahme am Kartell gezwungen gesehen, weil sie dramatische Verluste erlitten habe und in den Jahren 1992 und 1993 die Preise für SD-Papier gefallen seien. Deshalb sei davon auszugehen, dass ohne das Kartell auch 1994 und 1995 keine Preiserhöhungen durchsetzbar gewesen seien und die Preise allenfalls auf dem Niveau vom Januar 1994 verharret hätten. Die Beklagte



habe nicht substantiiert vorgetragen, dass die Preiserhöhungen auf gestiegene Rohstoffpreise zurückzuführen seien.

Das Berufungsgericht ist weiter davon ausgegangen, bei R. als reinem Handelsunternehmen liege es nahe, Preissteigerungen der Lieferanten an die eigenen Kunden weiterzureichen. Das gelte insbesondere, wenn, wie hier, die konkurrierenden Großhändler ebenfalls von am Kartell beteiligten Herstellern beliefert worden seien. Denn dann habe R. keinen Anlass gehabt, auf einen Teil ihrer Handelsspanne zu verzichten. Zudem habe die Klägerin unwidersprochen vorgetragen, R. habe ihre Preiserhöhungen gegenüber ORWI regelmäßig mit gestiegenen Einkaufspreisen begründet und dies durch Beifügung der Preiserhöhungsmittelungen der Beklagten belegt. Unter diesen Umständen sei es Sache der Beklagten gewesen, konkret darzulegen, dass die von ihr angekündigten und durchgeführten Preiserhöhungen nicht oder nicht in voller Höhe an ORWI durchgereicht worden seien. Daran fehle es.

b)

Ein auf einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV gestützter Schadensersatzanspruch setzt voraus, dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem verbotenen Kartell oder Verhalten und dem einem Marktteilnehmer entstandenen Vermögensnachteil besteht. Die Darlegungslast dafür, dass und gegebenenfalls in welcher Höhe ein kartellbedingter Preisaufschlag auf die nachfolgende Marktstufe abgewälzt wurde, trägt der indirekte Abnehmer, der sich hierauf beruft (vgl. Bornkamm in Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, S. 51, 58). Auszugehen ist dabei von dem im deutschen Deliktsrecht anerkannten Maßstab adäquater Kausalität, der auch mit dem Unionsrecht in Einklang steht (vgl. EuG, Urteil vom 28. April 1998 - T-184/95, Slg. 1998, II-667 Rn. 72 = EuR 1998, 542 - Dorsch Consult).

aa)

Angesichts der ökonomischen Komplexität der Preisbildung und des unterschiedlichen Wettbewerbsdrucks auf den jeweiligen nachgelagerten Märkten spricht keine Vermutung dafür, dass eine im zeitlichen Zusammenhang mit dem Kartell auftretende Preiserhöhung auf den Anschlussmärkten ursächlich auf das Kartell zurückzuführen ist. Das gilt auch im Handel (vgl. EuGH, Urteil vom 25. Februar 1988 - C-331/85, Slg. 1988, 1099 Rn. 17 - Bianco und Girard; Urteil vom 2. Oktober 2003 - C-147/01, Slg. 2003, I-11365 Rn. 96 = RIW 2004, 313 - Webers Wine World). Die Kausalität muss vielmehr im Einzelfall nachgewiesen werden (vgl. Topel aaO § 50 Rn. 132; K. Westermann aaO 1627; demgegenüber für widerlegbare Vermutung de lege ferenda Kommission, Weissbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165 endg., S. 9).



bb)

Die Ursächlichkeit einer Kartellabsprache für die Preisbildung auf nachfolgenden Marktstufen ist dabei anhand des Preisniveaus zu ermitteln, das sich dort ohne die kartellbedingte Überteuerung eingestellt hätte. Die Preisbildung wird von zahlreichen Faktoren der Marktstruktur und der jeweiligen kaufmännischen Strategie beeinflusst. Daher genügt es für den erforderlichen Ursachenzusammenhang nicht, dass auch auf dem Anschlussmarkt im zeitlichen Zusammenhang mit dem Kartell die Preise gestiegen sind. Vielmehr bedarf es der Feststellung, dass die Preiserhöhung gerade auf das Kartellgeschehen und nicht etwa auf andere preisbildende Faktoren zurückgeht (Bornkamm in Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, S. 51, 58; Monopolkommission, 41. Sondergutachten Rn. 69). So ist es möglich, dass der Preissetzungsspielraum des Abnehmers auf der vorgelagerten Marktstufe nicht auf der durch das Kartell geschaffenen Marktlage, sondern auf einer davon unabhängigen, besonderen Marktstellung oder anderen Gegebenheiten des Anschlussmarkts beruht. Dann ist der vorgelagerte Abnehmer unabhängig von dem erhöhten Einstandspreis in der Lage gewesen, seinen Verkaufspreis anzuheben (Topel in Wiedemann, § 50 Rn. 132; K. Westermann, FS H.-P. Westermann, S. 1605, 1623).

cc)

Zu den Faktoren, die für die Prüfung erheblich sind, ob eine Preiserhöhung auf der nachfolgenden Marktstufe kartellbedingt ist, gehören die Preiselastizität von Angebot und Nachfrage, die Dauer des Verstoßes sowie die Intensität des Wettbewerbs auf dieser Stufe (vgl. Bornkamm in Langen/Bunte, *GWB*, 11. Aufl., § 33 Rn. 124; Haucap/Stühmeier, *WuW* 2008, 413, 421). Müssen die meisten der dort auftretenden Anbieter den Kartellpreis entrichten und hat ihre Marktgegenseite keine oder nur geringe Ausweichmöglichkeiten, kann eine Kostenwälzung grundsätzlich jedenfalls dann als kartellbedingt angesehen werden, wenn der Wettbewerb auf dem Anschlussmarkt ansonsten funktionsfähig ist (vgl. Röhling in FS Huber, S. 1117, 1119; Haucap/Stühmeier, *WuW* 2008, 413, 415, 421). Hat sich der weiterliefernde Abnehmer seinen Preissetzungsspielraum dagegen durch besondere kaufmännische Leistungen und Anstrengungen erworben, fehlt es an der erforderlichen adäquaten Kausalität des Kartells für die Preiserhöhung auf dem Folgemarkt (vgl. Bornkamm in Langen/ Bunte aaO § 33 Rn. 118).

dd)

Sind nach diesen Maßstäben auf dem Anschlussmarkt Verhältnisse gegeben, die eine Überwälzung des Kartellpreisniveaus auf die nachfolgende Marktstufe erlauben, kann der Kausalzusammenhang zwischen Kartell und Schaden der Folgeabnehmer nicht mit der Erwägung verneint werden, die Preispolitik des Direktabnehmers beruhe auf dessen



autonomer Entscheidung (vgl. Bulst, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, S. 133; Kießling, GRUR 2009, 733, 736). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterbricht das auf freier Entschließung beruhende Verhalten eines Dritten die Kausalität eines früheren Umstandes allenfalls dann, wenn es von dem Vorhanden- oder Nichtvorhandensein des früheren Umstandes gänzlich unabhängig war (BGH, Urteil vom 26. Januar 1989 - III ZR 192/87, BGHZ 106, 313, 316 f.). Davon kann bei der Preisbildung eines Kaufmanns, die sich an den durch ein Kartell beeinflussten Gestehungskosten orientiert, keine Rede sein.

c)

Ausgehend von diesen Grundsätzen hält die Kausalitätsprüfung des Berufungsgerichts im Ergebnis revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

aa)

Das Berufungsgericht hat die Differenz aus Kartellpreis und hypothetischem Wettbewerbspreis auf der ersten Marktstufe (Einkaufspreis Großhandel) anhand der von der Beklagten vollständig oder - in einem Fall - jedenfalls weitgehend entsprechend den Absprachen im Kartell vorgenommenen Preiserhöhungen berechnet. Das begegnet angesichts der sonst festgestellten Umstände keinen Bedenken. Soweit ein Kartellteilnehmer seine Preise wie im Kartell abgesprochen erhöht, kann jedenfalls bei einem - wie hier - bis zur Gründung des Kartells durch nachgebende Preise gekennzeichneten Markt grundsätzlich ohne Rechtsfehler angenommen werden, dass diese Preiserhöhungen in vollem Umfang kartellbedingt sind. Andere preiserhöhende Faktoren hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und werden auch von der Revision nicht als dem Tatrichter vorgetragen aufgezeigt.

bb)

Auf Grundlage der Umstände des vorliegenden Falls konnte das Berufungsgericht auch ohne Rechtsfehler die Überzeugung gewinnen, die festgestellten kartellbedingten Preiserhöhungen der Beklagten gegenüber R. seien grundsätzlich in vollem Umfang auf ORWI abgewälzt worden.

Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe unwidersprochen vorgetragen, dass R. ihre Preissteigerungen durch Vorlage der Preiserhöhungsmittelungen der Beklagten begründet habe. Dabei handelt es sich um eine in den Urteilsgründen getroffene tatsächliche Feststellung, der gemäß § 314 ZPO Beweiskraft zukommt. Nachdem die Beklagte diese Feststellung nicht mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag angegriffen hat, kann sie sich in der Revisionsinstanz nicht darauf berufen, das Berufungsgericht habe den



Vortrag der Klägerin falsch wiedergegeben und diese habe nicht behauptet, dass gerade auch R. ihre Preissteigerungen mit Preiserhöhungsmitteilungen der sie beliefernden Beklagten begründet habe.

Außerdem hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Entscheidung der Kommission sinkende Herstellerabgabepreise für SD-Papier in den Jahren 1992 und 1993 festgestellt. Dann konnte es mangels dagegen sprechender Umstände im Ausgangspunkt annehmen, dass ohne das Kartell der Hersteller auch im Großhandel in den Jahren 1994 und 1995 kein Spielraum für Preiserhöhungen bestanden hätte. Auf der Grundlage seiner Feststellung, die mit R. konkurrierenden Großhändler seien ebenfalls von Kartellteilnehmern beliefert worden, konnte das Berufungsgericht auch ohne Rechtsfehler annehmen, für die Händler habe grundsätzlich kein Anlass bestanden, auf einen Teil ihrer Handelsspanne zu verzichten. Denn die anderen Händler hatten - wie R. - kartellbedingt gestiegene Bezugspreise zu zahlen.

cc)

Zu Recht hat das Berufungsgericht aber bei der Schadensschätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO berücksichtigt, dass es ORWI nach dem eigenen Vortrag der Klägerin teilweise gelungen war, durch Verhandlungen den Preiserhöhungen entgegenzuwirken. Auf die sonstigen Wettbewerbsverhältnisse auf dem Großhandelsmarkt, zu denen das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat, kam es unter diesen Umständen nicht mehr an. Zu einem Kartell der Papiergroßhändler hat die Beklagte keinen substantiierten Vortrag gehalten, so dass das Berufungsgericht darauf entgegen der Auffassung der Revision nicht einzugehen hatte.

6.

Mit Recht beanstandet die Revision, dass das Berufungsgericht den Einwand der Beklagten als von vornherein unbeachtlich angesehen hat, ORWI habe von ihr gezahlte überhöhte Preise an ihre eigenen Abnehmer weitergegeben, so dass ihr durch das Kartell kein Schaden entstanden sei.

a)

Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass eine etwa erfolgte Abwälzung des kartellbedingten Vermögensnachteils nicht bereits die Entstehung eines Schadens ausschließt oder mindert. Der Schaden ist vielmehr ungeachtet eines späteren Weiterverkaufs mit dem Erwerb der Ware in Höhe der Differenz aus dem Kartellpreis und dem (hypothetischen) Wettbewerbspreis eingetreten.



b)

Davon unabhängig ist jedoch, ob es den Ersatzanspruch des Geschädigten ausschließt oder mindert, wenn er den kartellbedingten Preisaufschlag auf seine Kunden abwälzt. Diese Frage ist nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu beurteilen (vgl. etwa MünchKomm.EuWettbR/Säcker/ Jaecks, Art. 81 EG Rn. 899; Bornkamm in Langen/Bunte aaO § 33 Rn. 112; Topel aaO § 50 Rn. 91; Köhler, GRUR 2004, 99, 102; Lettl, ZHR 167 (2003) 473, 487).

aa)

Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, dass dem Geschädigten unter bestimmten Voraussetzungen diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Der gerechte Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen erfordert einerseits, dass der Geschädigte entsprechend dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot nicht besser gestellt wird, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 Rn. 18).

bb)

Voraussetzung einer Vorteilsausgleichung ist zunächst, dass die Preiserhöhung, die der Geschädigte gegenüber seinen Abnehmern durchsetzen kann, in adäquatem Kausalzusammenhang mit dem kartellbedingten Preisaufschlag steht. Dieser Zusammenhang ist nicht schon deshalb zu bejahen, weil der Geschädigte ein Interesse daran hat, seinen Preis an den Gestehungskosten auszurichten (so aber Loewenheim, FS Riesenkampff, S. 87, 89; Bulst, in Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, S. 225, 234 f.) oder seine Ware mit Gewinn zu verkaufen (vgl. W.-H. Roth in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Lfg. 49 (November 2001), § 33 GWB 1999 Rn. 146). Die Kausalität des Kartells für den Vorteil, der dem Geschädigten in Form höherer Erlöse zufließt, ist vielmehr nach den gleichen Maßstäben zu beurteilen, wie die Feststellung der kartellbedingten Preisabwälzung auf ihn. Sein kartellbedingter Vorteil ist das Spiegelbild des seinem Kunden kartellbedingt entstehenden Schadens (vgl. Topel aaO § 50 Rn. 134). Es ist also auch in diesem Zusammenhang anhand der ökonomischen Gegebenheiten auf den Anschlussmärkten zu beurteilen, ob die Preiserhöhung auf der nachfolgenden Marktstufe kartellbedingt ist. Nur wenn dies der Fall ist, kann der Mehrerlös



des weiterliefernden Geschädigten als Schaden seiner Kunden und damit zugleich als ausgleichspflichtiger Vorteil auf Seiten dieses Geschädigten angesehen werden.

Dieser Gleichklang der Kausalitätsprüfungen trägt dem Umstand Rechnung, dass der Schaden, soweit er in der Differenz aus dem Kartellpreis und dem (hypothetischen) Wettbewerbspreis besteht, bei wirtschaftlicher Betrachtung nur einmal eingetreten sein kann und den verschiedenen Marktstufen daher nur alternativ oder jeweils zum Teil, aber nicht kumulativ zugeordnet werden kann. Er vermeidet zudem eine Vorteilsausgleichung in Fällen, in denen die Abwälzung des Kartellpreises nur aufgrund besonderer kaufmännischer Leistungen und Anstrengungen möglich war oder sonst auf einem unabhängig vom Kartell erlangten Preissetzungsspielraum des Abnehmers beruht (vgl. Bornkamm in Langen/Bunte aaO § 33 Rn. 118). Für derartige Fälle gilt der Grundsatz, dass ein günstiger Weiterverkauf aufgrund eigener Leistung nicht schadensmindernd anzurechnen ist (vgl. etwa MünchKomm.BGB/Oetker, 5. Aufl., § 249 BGB Rn. 263). Demgegenüber kommt eine Vorteilsausgleichung in Betracht, wenn der Abnehmer seinen Kartellschaden schon allein aufgrund eines kartellbedingt gestiegenen Preisniveaus auf dem Anschlussmarkt auf seine Kunden abwälzen kann.

cc)

Der Zweck des kartelldeliktsrechtlichen Schadensersatzanspruchs steht einer Vorteilsanrechnung nicht grundsätzlich entgegen.

(1)

Zweck des Schadensersatzanspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 101 AEUV ist es, den Schaden auszugleichen, der den durch ein Kartell Geschädigten entstanden ist. Diese Ersatzpflicht wirkt auf die Kartellteilnehmer zugleich abschreckend. Prävention ist damit eine nützliche Folge der Kompensation. Im Hinblick darauf ist es aber nicht geboten, die Vorteilsausgleichung grundsätzlich auszuschließen und dem Abnehmer auch dann Schadensersatz zu gewähren, wenn er den Schaden auf seine Kunden abgewälzt hat. Vielmehr verbleibt es bei dem Bereicherungsverbot für den Geschädigten, das sich aus dem Kompensationsgedanken des Schadensrechts ergibt (BGHZ 173, 83 Rn. 18; K. Westermann aaO S. 1620, 1625; MünchKomm.GWB/Lübbig, § 33 Rn. 92, 102). Die Vorteilsanrechnung führt dabei nicht zu einer unangemessenen Entlastung des Kartelltäters, sondern vermeidet seine mehrfache Inanspruchnahme wegen desselben Schadens, die den Ersatzanspruch in die Nähe eines dem deutschen Recht fremden Strafschadensersatzes rücken würde (K. Westermann aaO S. 1625). Sie bewirkt keinen Wegfall, sondern nur eine Verlagerung des Schadensersatzanspruchs auf die Marktteilnehmer der nächsten Absatzstufe.



63

(2)

Die mit dem Wettbewerbsrecht der Union verfolgten Ziele stehen der Vorteilsausgleichung beim kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch ebenfalls nicht grundsätzlich entgegen. Zwar erhöht der Schadensersatzanspruch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Effizienz der Wettbewerbsregeln der Union und ist geeignet, Marktteilnehmer davon abzuhalten, Wettbewerbsbeschränkungen zu vereinbaren (EuGH, WuW/E EU-R 479 Rn. 26 f. - Courage; WuW/E EU-R 1107 Rn. 90 f. - Manfredi). Mit dem unionsrechtlichen Effizienzgebot ist es jedoch vereinbar, den Ersatzanspruch nach nationalem Recht zu versagen, wenn sich sonst eine ungerechtfertigte Bereicherung des Berechtigten ergeben würde (EuGH, WuW/E EU-R 479 Rn. 30 - Courage; WuW/E EU-R 1107 Rn. 94, 99 - Manfredi; ebenso im Zusammenhang mit der Erstattung rechtswidrig erhobener Abgaben EuGH, RIW 2004, 313 Rn. 94 - Webers Wine World, vgl. auch Kommission, Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG Wettbewerbsrechts vom 2. April 2008, S. 3, 9).

Im Einklang mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot liegt die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung und insbesondere die Kausalität des Vorteils beim Schädiger (BGH, Urteil vom 24. April 1985 - VIII ZR 95/84, BGHZ 94, 195, 217). Im Hinblick auf diese Beweislastverteilung und die typischerweise von Absatzstufe zu Absatzstufe zunehmenden Schwierigkeiten, die Preisbildung auf das Kartell zurückzuführen, ist eine Schwächung der Durchsetzungskraft der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften nicht zu erwarten (Bornkamm in Langen/Bunte aaO § 33 Rn. 45, 127 ff., vgl. Weyer in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Lfg. 68 (Mai 2009), Art. 81 EG Rn. 174).

dd)

Auch der Grundsatz, dass eine Vorteilsausgleichung nicht in Betracht kommt, wenn ein eigenes Verhalten des Geschädigten in Rede steht, zu dem er nicht nach § 254 Abs. 2 BGB verpflichtet ist (BGH, Urteil vom 11. Januar 2005 X ZR 118/03, NJW 2005, 1047, 1049), schließt den Weiterwälzungseinwand im Kartelldeliktsrecht nicht aus. Diesem Grundsatz liegt die Erwägung zugrunde, dass überpflichtmäßige Anstrengungen des Geschädigten den Schädiger nicht entlasten sollen (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., vor § 249 Rn. 70; Staudinger/Schiemann, 2005, § 249 Rn. 147). Bei einem geschädigten Kaufmann entspricht es indes dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass er seine Ware zum Marktpreis absetzen kann (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 1994 - VIII ZR 317/93, BGHZ 126, 305, 308). Hat sich auf der nachfolgenden Marktstufe das Kartellpreisniveau durchgesetzt, so beruht die Abwälzung des Preisaufschlags daher nicht auf einer besonderen Leistung des Abnehmers,



die es rechtfertigen würde, eine Vorteilsausgleichung zu versagen (vgl. K. Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 200).

ee)

Der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle hat sich in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB ebenfalls nicht grundsätzlich gegen eine Vorteilsausgleichung entschieden (so u.a. auch Rehbindner in L/M/R, 2. Aufl. § 33 GWB Rn. 39; Bulst, Schadensersatzansprüche, S. 117 und eingehend zur Gesetzgebungsgeschichte S. 102 ff.; Topel aaO, § 50 Rn. 91 f.; Loewenheim, FS Riesenkampff, S. 87, 88 f.). Er hat diese Frage vielmehr bewusst der Rechtsprechung überlassen (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drucks. 15/5049, S. 49; Säcker/Jaecks in MünchKomm.GWB, Art. 81 Rn. 901; Roth in FS Huber, 1133, 1156 f.). § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB stellt lediglich klar, dass bei Bezug einer Ware oder Dienstleistung zu einem (kartellbedingt) übersteuerten Preis ein Schaden nicht schon deshalb ausscheidet, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Damit ist keine Aussage darüber verbunden, ob der Schaden aufgrund späterer Entwicklungen gemindert oder ausgeschlossen werden kann (vgl. Reich, WuW 2008, 1046, 1050).

Zwar formuliert die Begründung zum Gesetzentwurf der 7. GWB-Novelle das gesetzgeberische Ziel, ein effektives zivilrechtliches Sanktionssystem zu schaffen, von dem eine zusätzliche spürbare Abschreckungswirkung ausgeht (BT-Drucks. 15/3640, S. 35). Der erst in den Ausschussberatungen in Kenntnis der Zielsetzungen der Novelle neu eingefügte Satz 2 in § 33 Abs. 3 GWB schließt aber, wie ausgeführt, auch nach dem Willen des Gesetzgebers einen Vorteilsausgleich nicht aus. Ein solcher Ausschluss folgt dann auch nicht aus der in der Regierungsbegründung angeführten Abschreckungswirkung.

ff)

Die den Kartelltäter treffenden Nachweisanforderungen stellen sicher, dass die grundsätzliche Anerkennung der Vorteilsausgleichung mit der effizienten Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche im Einklang steht.

(1)

Um erfolgversprechend eine Vorteilsausgleichung geltend zu machen, muss der beklagte Kartellteilnehmer zunächst anhand der allgemeinen Marktverhältnisse auf dem relevanten Absatzmarkt, insbesondere der Nachfrageelastizität, der Preisentwicklung und der Produkteigenschaften, plausibel dazu vortragen, dass eine Weiterwälzung der kartellbedingten Preiserhöhung zumindest ernsthaft in Betracht kommt. Weiter ist darzutun und gegebenenfalls nachzuweisen, dass der Weiterwälzung keine Nachteile des Abnehmers



gegenüberstehen, insbesondere kein Nachfragerückgang, durch den die Preiserhöhung (ganz oder teilweise) kompensiert worden ist. Der Kartellteilnehmer hat auch darzulegen, wie sich gegebenenfalls eigene Wertschöpfungsanteile des weiterverkaufenden Abnehmers - wie sie etwa im Streitfall vorliegen, in dem ORWI das SD-Papier nicht unverändert weiterverkauft, sondern mit Formularen bedruckt hat - auf den Vorteilsausgleich auswirken. Soweit sich Preiserhöhungen auf den eigenen Wertschöpfungsanteil des Weiterverkäufers beziehen, können sie nicht als kartellbedingt angesehen werden.

(2)

Um die Effizienz des Kartelldeliktsrechts nicht zu gefährden, werden Erleichterungen bei der Darlegungslast zugunsten der Kartellteilnehmer nur zurückhaltend erwogen werden können.

(a)

Zwar kommt grundsätzlich eine sekundäre Darlegungslast der anderen Partei in Betracht, wenn die beweisbelastete und primär darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (BGH, Urteil vom 13. Juni 2002 VII ZR 30/01, NJW-RR 2002, 1309, 1310; Urteil vom 19. April 1999 II ZR 331/07, NJW-RR 1999, 1152; st. Rspr.). Die Bejahung einer sekundären Darlegungslast des Kartellgeschädigten setzt aber eine umfassende Prüfung ihrer Erforderlichkeit und Zumutbarkeit voraus, bei der sorgfältig abzuwägen ist, inwieweit dem Geschädigten insbesondere eine Darlegung zu wettbewerblich relevanten Umständen abverlangt werden kann, an deren Geheimhaltung er ein schützenswertes Interesse hat. Außerdem wäre es mit der unionsrechtlich gebotenen effizienten Durchsetzung des Kartelldeliktsrechts unvereinbar, wenn die Annahme einer sekundären Darlegungslast zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führte.

(b)

In der Regel wird es bereits an der Erforderlichkeit einer Erleichterung der Darlegungslast fehlen, wenn Marktteilnehmer der nachfolgenden Absatzstufe ihrerseits Ansprüche gegenüber dem beklagten Kartellteilnehmer geltend machen. Denn diese weiteren Abnehmer tragen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass kartellbedingte Preiserhöhungen auf sie abgewälzt worden sind. Nur wenn und soweit ihnen der Nachweis eines bei ihnen eingetretenen Kartellschadens gelingt, können sie den Kartellteilnehmer mit Erfolg auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Die Informationen, die erforderlich sind, um eine Vorteilsausgleich gegenüber seinem unmittelbaren Kunden geltend zu machen,



erhält der Kartellteilnehmer in diesem Fall von den indirekten Abnehmern der nachfolgenden Absatzstufe.

Solange nicht feststeht, in welchem Umfang die kartellbedingten Preiserhöhungen auf nachfolgende Marktstufen weitergegeben worden sind, kann sich der Schädiger durch eine Streitverkündung vor doppelter Inanspruchnahme schützen. Die Voraussetzungen der Streitverkündung nach § 72 Abs. 1 ZPO liegen vor, wenn der Kartellteilnehmer unabhängig vom Ausgang des durch einen direkten oder indirekten Abnehmer zunächst gegen ihn begonnenen Schadensersatzprozesses damit rechnen muss, auch von Abnehmern anderer Marktstufen in Anspruch genommen zu werden. Das ist regelmäßig der Fall, weil auch dann, wenn der direkte Abnehmer seinen Prozess gewinnt, der indirekte Abnehmer behaupten kann, der Vorprozess sei unrichtig entschieden und tatsächlich sei er anspruchsberechtigter Geschädigter. Wird der Vorprozess nicht von einem direkten, sondern von einem indirekten Abnehmer angestrengt, treffen entsprechende Überlegungen hinsichtlich des direkten Abnehmers zu. Auch in einer solchen Konstellation, in der eine Partei den Anspruch des Dritten unabhängig vom Ausgang des gegen sie angestrengten Verfahrens besorgt, ist die Streitverkündung zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 1997 III ZR 46/96, WM 1997, 1755, 1757). Denn dafür reicht aus, dass die Partei des Vorprozesses in die Lage geraten kann, beide Prozesse zu verlieren, obwohl sie einen gewinnen müsste. Zweck der Streitverkündung ist es in erster Linie, im Interesse des Streitverkünders verschiedene Beurteilungen desselben Tatbestandes zu vermeiden. Soweit dem Kartellteilnehmer eine Streitverkündung möglich ist oder war, wird für eine sekundäre Darlegungslast seines Prozessgegners im Zusammenhang mit dem Weiterwälzungseinwand regelmäßig kein Raum sein.

(c)

In bestimmten Fällen kann es allerdings unzumutbar sein, Kartellteilnehmer auf eine Streitverkündung zu verweisen, etwa wenn die potentiellen Anspruchsberechtigten auf ferneren Marktstufen nicht bekannt sind oder es sich dabei - wie insbesondere bei (privaten) Endabnehmern - um einen unüberschaubar großen Personenkreis handelt. Der Umstand, dass keine Anspruchsprätendenten weiterer Marktstufen hervortreten, kann jedoch darauf hindeuten, dass eine Weiterwälzung kartellbedingter Preiserhöhungen auf nachfolgende Absatzstufen entweder nicht oder in derart geringem Umfang oder so fragmentiert stattgefunden hat, dass ein Nachweis der Weiterwälzung praktisch nicht in Betracht kommt.

75

Solche Nachweisschwierigkeiten bestehen auch dann, wenn das Produkt, das Gegenstand der Kartellabsprache ist, von vorgelagerten Abnehmern erst nach einer Verarbeitung weitergeliefert worden ist. Denn in diesem Fall muss sowohl die Ermittlung der



kartellbedingten Preiserhöhung für das weiterverarbeitete Produkt als auch die Ermittlung der Marktverhältnisse im Übrigen komplexen und nur schwer erfüllbaren Anforderungen genügen. Würde dann die Aufklärung der tatsächlichen Verhältnisse im Wege einer sekundären Darlegungslast zu wesentlichen Teilen dem (Erst-)Geschädigten aufgebürdet, bestünde die Gefahr, dass zum einen der Kartellteilnehmer unbillig entlastet würde, weil er letztlich niemand Schadensersatz zu leisten hätte, obwohl er Schaden verursacht hat. Zum anderen würde dem Geschädigten der Anreiz für die Schadensersatzklage genommen, etwa weil er sich dieser Darlegung nicht unterziehen wollte oder fürchtete, daran zu scheitern oder dem Kartellteilnehmer geheimhaltungsbedürftige Kundenbeziehungen oder seine Kostenstrukturen offenlegen zu müssen. Dies würde die wirksame Durchsetzung privater Schadensersatzansprüche und damit die präventive Wirkung solcher Ansprüche beeinträchtigen.

76

Unter diesen Umständen kann eine sekundäre Darlegungslast der einen Kartellschaden einklagenden Abnehmer nur nach sorgfältiger Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls in Betracht kommen. Je höher die vom Kartellteilnehmer darzulegende Wahrscheinlichkeit der Weiterwälzung des Schadens und je größer seine Beweisnot ist, desto eher kann dem Geschädigten eine gewisse Mitwirkung an der Aufklärung der insoweit maßgeblichen tatsächlichen Umstände zugemutet werden.

77

(d)

Wie weit diese gegebenenfalls geschuldete Mitwirkung reicht, bedarf wiederum der Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Je sensibler die Angaben, die der Geschädigte machen soll, desto höhere Anforderungen sind an die Wahrscheinlichkeit zu stellen, dass mit ihrer Hilfe die Aufklärung eines praktisch ins Gewicht fallenden ausgleichspflichtigen Vorteils möglich ist. So kann eine Darlegungslast des Geschädigten hinsichtlich der von ihm berechneten Verkaufspreise um so eher erwogen werden, desto plausibler der Vortrag des Schädigers zu sonstigen für eine Vorteilsausgleichung sprechenden Umständen erscheint. Dabei können dem Abnehmer solche Angaben insbesondere dann zumutbar sein, wenn es sich im Hinblick auf den Zeitraum, der zwischen der Beendigung des Kartells und der Einreichung einer auf Ersatz von Kartellschäden gerichteten Klage liegt, um historische Daten handelt, denen keine oder kaum noch Bedeutung für die aktuelle Geschäftspolitik des Abnehmers zukommt.

7.



Das Urteil des Berufungsgerichts kann daher keinen Bestand haben, weil es den Schadensabwälzungseinwand der Beklagten aus Rechtsgründen als von vornherein unerheblich behandelt. Ob eine etwa erfolgte Preiserhöhung gegenüber den Abnehmern von ORWI ein adäquat kausal auf dem Kartell beruhender Vorteil ist, hängt, wie dargelegt, von den Verhältnissen auf dem Absatzmarkt von ORWI ab. Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Die Parteien werden im wiedereröffneten Berufungsverfahren Gelegenheit haben, hierzu vorzutragen.

II.

Die Anschlussrevision ist ebenfalls begründet.

Wie dargelegt, kann die Anspruchsberechtigung von ORWI nicht mit der Begründung verneint werden, sie sei lediglich mittelbare Abnehmerin kartellbefangener Ware. Ein Schadensersatzanspruch kommt daher entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch insoweit in Betracht, als ORWI über den Großhandel SD-Papier von anderen kartellbeteiligten Herstellern als der Beklagten bezogen hat. Da es sich bei der Verabredung und Durchführung eines Kartells um eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung handelt, haften alle Kartellteilnehmer nach §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner (Köhler, GRUR 2004, 99, 101). Die Klägerin kann daher den gesamten Schaden, der ORWI aus dem Erwerb kartellbedingt überkauften SD-Papiers entstanden ist, gegenüber der Beklagten geltend machen.

III.

Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben. Da das Berufungsgericht noch Feststellungen zu treffen hat, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

IV.

Bei seiner neuen Entscheidung wird das Berufungsgericht Folgendes zu berücksichtigen haben:

Sollte es erneut eine Haftung der Beklagten dem Grunde nach bejahen, so begegnet es keinen Bedenken, als Ausgangspunkt einer Schadensberechnung nach § 287 Abs. 1 ZPO die tatsächlich von der Klägerin an die Großhändler bezahlten Preise zu wählen. Der so ermittelte Wert ist durch gegebenenfalls erforderliche Zu- und Abschläge zu korrigieren. Dabei wird es das Berufungsgericht allerdings nicht unterlassen dürfen, diese Korrekturpositionen im Wege einer Schätzung zumindest der Größenordnung nach konkret zu beziffern.



Als schadens erhöhenden Faktor wird das Berufungsgericht grundsätzlich auch eine Nachwirkung des Kartells berücksichtigen können. Um diesen Berechnungsposten konkret zu beziffern, könnte das Berufungsgericht etwa feststellen, wie hoch der jeweils niedrigste Preis für die jeweiligen Papierqualitäten war, der innerhalb eines angemessenen Zeitraums von beispielsweise einem Jahr nach Beendigung des Kartells berechnet wurde. Für die Schadensschätzung kann dann als Ausgangspunkt angenommen werden, dass die Differenz zwischen den Preisen bei Beendigung des Kartells und dem niedrigsten in dem relevanten Zeitraum festgestellten Preis auf einer Nachwirkung des Kartells beruht. Unter Berücksichtigung der bezogenen Mengen lässt sich dann der auf die Nachwirkung zurückzuführende Schaden abschätzen.

Tolksdorf Meier-Beck Kirchhoff Bacher Löffler

Von Rechts wegen

Verkündet am: 28. Juni 2011