
Datum: 13.11.2013
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 1. Kartellsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: VI-U (Kart) 11/13
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2013:1113.VI.U.KART11.13.00

Tenor:

I.

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 15. Februar 2013 verkündete Urteil der 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln (90 O 57/12) teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten zu 1) und 2) werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 820.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag von 245.000 € seit dem 01.01.2009, auf einen weiteren Betrag in Höhe von 179.000 € seit dem 01.01.2010, auf einen weiteren Betrag in Höhe von 131.000 € seit dem 01.01.2011, auf einen weiteren Betrag in Höhe von 265.000 € seit dem 01.01.2012 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

II.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin zu 2/3 und den Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldnern zu 1/3 auferlegt.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV.

Die Revision wird nicht zugelassen.

V.

Der Wert des Berufungsverfahrens wird auf 2.446.000 € festgesetzt.

Gründe

1

I.

2

Die Klägerin betreibt einen Einzelhandel für Sanitär- und Heizungsprodukte. Sie vertreibt die Produkte über zwei stationäre Verkaufsstätten mit Sanitärausstellungen in M. und G. bei F.. Zudem vertreibt sie die Produkte seit 2004/2005 über Online-Plattformen im Internet.

3

Die Beklagte zu 1) stellt hochwertige, designorientierte Badarmaturen her. Der Beklagte zu 2) ist einer ihrer Geschäftsführer.

4

Sanitärprodukte und Badarmaturen werden in Deutschland nahezu ausschließlich im sog. dreistufigen Vertriebssystem vertrieben. Der Hersteller beliefert den Großhandel, der die Ware anschließend an den Einzelhändler/Installateur weiterverkauft. Im Verhältnis zwischen Hersteller und Großhandel sowie zwischen Großhandel und Einzelhandel werden die Einkaufspreise durch ein Rabattsystem bestimmt. Ausgangspunkt ist jeweils die Preisliste des Herstellers, die für jeden Artikel unverbindliche Preisvorschläge für den Verkaufspreis des Einzelhandels gegenüber dem Endkunden enthält. Im Verhältnis zwischen Hersteller und Großhandel sind Rabattsätze bis zu .. % auf den Listenpreis üblich. Die Rabatte, die der Großhandel dem Einzelhandel gewährt, sind geringer, da sie um die Gewinnmarge des Großhandels gekürzt sind.

5

Beginnend im Jahr 2006 startete die Beklagte zu 1) eine Offensive gegen den Online-Verkauf und eine Kampagne zur Stärkung des Fachhandels. Sie informierte hierüber auf ihrer Homepage im November 2006 und September 2007 (Anlage rop 2 und rop 3) und führte dort unter anderem aus, dass ihrer Meinung nach der Fachhandel und das Fachhandwerk „über nicht autorisierte Onlineshops dem Preisdumping ausgesetzt und nachhaltig geschädigt“ werde. Sie empfahl daher, D.-Produkte ausschließlich beim Fachhändler zu kaufen und rät bis heute vom Internethandel ausdrücklich ab.

6

Im Jahr 2008 führte die Beklagte zu 1) für den Verkauf ihrer Produkte an den Großhandel eine sog. Fachhandelsvereinbarung ein. Diese sah eine Änderung der bisherigen Rabattkonditionen vor. Der bis dahin auf den Listenpreis gewährte (Gesamt-) Rabatt wurde in einen Grundrabatt (2008: .. %, ab 2009: .. %) und einen Zusatzrabatt aufgeteilt, der in Form einer Fachhandelsvergütung für besonders definierte Umsätze gewährt werden sollte. Definierte Umsätze waren gemäß Ziff. 1 der Fachhandelsvereinbarung Umsätze mit Kunden, die als Fachgroßhändler die nachfolgend aufgeführten Kriterien erfüllen:

7

„ 1.1 *Betrieb und Unterhaltung einer ständig aktuellen repräsentativen stationären Ausstellung für Sanitärprodukte*

8

1.2 *Fachgerechte und professionelle Beratung für alle D. Produkte*

9

1.3	<i>Gut geschultes Fachpersonal mit hoher technischer und gestalterischer Kompetenz</i>	10
1.4	<i>Professionelle und zeitlich optimale Abwicklung von Bestellaufträgen</i>	11
1.5	<i>Fachgerechte Montage und Inbetriebnahme von D. Produkten</i>	12
1.6	<i>Adäquater After-Sales-Service</i>	13
1.7	<i>Bevorratung aller aktuellen D. Unterlagen in ausreichender Menge</i>	14
1.8	<i>Eigenständige Durchführung von Marketingaktionen und kreativen absatzfördernden Kundenevents.“</i>	15
	Ziff. 2 der Fachhandelsvereinbarung sah vor, dass sich die Beklagte zu 1) mit dem jeweiligen Großhändler auf eine bestimmte Quote einigt, die der Anteil der definierten Umsätze am Gesamtumsatz mit allen D. Produkten ausmachen sollte. Weiter heißt es dort:	16
	<i>„Sollte D. im Laufe des Jahres Zweifel an der Quote haben, bleibt eine Zahlung der Fachhandelsvergütung aus, bis ... die Zweifel beseitigt hat, oder die Quote angepasst wurde.“</i>	17
	Im Jahr 2010 leitete das Bundeskartellamt gegen die Beklagte zu 1) ein Ermittlungsverfahren ein, weil sich Internethändler darüber beschwert hatten, dass sie D.-Produkte entweder gar nicht mehr oder nur noch zu nicht wettbewerbsfähigen Preisen erhalten könnten. Das Bundeskartellamt hielt die Fachhandelsvereinbarung für wettbewerblich bedenklich, stellte jedoch das Verfahren ein, nachdem sich die Beklagte zu 1) Ende 2011 bereit erklärt hatte, die in Rede stehende Vereinbarungen aus den Verträgen mit den Großhändlern zu streichen. Unter dem 13.12.2011 veröffentlichte das Bundeskartellamt hierzu einen Fallbericht (Anlage rop 9).	18
	Die Klägerin hat behauptet, durch die Fachhandelsvereinbarung zwischen der Beklagten zu 1) und dem Großhandel sei ihr in den Jahren 2008-2011 ein Schaden in Höhe von insgesamt ... € entstanden. Ein Margenverlust sei in Höhe von ... € eingetreten, weil sie infolge der Fachhandelsvergütung Armaturen der Beklagten zu 1) mit einem geringeren Rabatt als bisher beim Großhandel eingekauft habe. Der durchschnittliche Einkaufsrabatt habe vor Einführung der Fachhandelsvereinbarung .. % und nach ihrem Wegfall .. % betragen habe. Während die Beklagte zu 1) die Fachhandelsvereinbarung praktiziert habe, seien die Einkaufskonditionen deutlich schlechter gewesen. Teils hätten die Großhändler nur begrenzte Mengen geliefert, teils hätten sie Rabatte von nur unter .. % gewährt. Wegen weiterer Einzelheiten der Schadensberechnung nimmt die Klägerin Bezug auf das von ihr zu den Akten gereichte Gutachten der F. GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (Anlage rop 14 und rop 16). Darüber hinaus hat die Klägerin behauptet, ihr sei in den Jahren 2008-2011 ein weiterer Schaden in Höhe von ... € dadurch entstanden, dass infolge der Fachhandelsvereinbarung eine zu erwartende Umsatzsteigerung mit D. Produkten ausgeblieben sei.	19
	Die Klägerin hat beantragt,	20
	die Beklagte als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie € 2.481.000 nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag in Höhe von € 392.000 seit dem 01.01.2009, auf einen weiteren Betrag in Höhe von € 471.000 seit dem 01.01.2010, auf einen weiteren Betrag in Höhe von € 584.000 seit dem 01.01.2011 und auf einen weiteren	21

Betrag in Höhe von € 1.034.000 seit dem 01.01.2012 zu zahlen.

- Die Beklagten zu 1) und 2) haben beantragt, 22
- die Klage abzuweisen. 23
- Der Beklagte zu 2) sei kein Unternehmen und daher nicht passivlegitimiert. Auch die Beklagte zu 1) sei nicht zum Schadensersatz verpflichtet. Insbesondere stelle die Fachhandelsvereinbarung kein Verstoß gegen Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB dar. Überdies habe die Klägerin den geltend gemachten Schaden nicht schlüssig dargetan. 24
- Mit dem am 15. Februar verkündeten Urteil hat die 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln die Klage abgewiesen. Zwar komme ein Kartellverstoß gemäß Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB in Betracht, da es sich bei der Fachhandelsvereinbarung um eine Kernbeschränkung im Sinne von Ziffer II 11.2 b) der de-minimis Bekanntmachung der EG-Kommission vom 22.12.2001 handele. Dabei könne offen bleiben, ob der Kartellverstoß spürbar sei und die Beklagte zu 1) ein Verschulden treffe, denn jedenfalls habe die Klägerin einen Schaden nicht schlüssig dargetan. Bezogen auf den geltend gemachten Margenverlust habe die Klägerin nicht substantiiert zu dem durchschnittlichen Einkaufsrabatt von .. % im Jahr 2007 vorgetragen, weil nicht ersichtlich sei, woraus sie den Wert des Wareneinsatzes in Höhe von ... € hergeleitet habe. Auch der für die Jahre 2008-2011 behauptete durchschnittliche Einkaufsrabatt sei nicht belastbar, weil er nicht auf der Grundlage ihrer Buchhaltung, d.h. ihrer Einkaufsrechnungen ermittelt worden sei und zudem nicht mitgeteilt worden sei, wie sich die Verkaufsumsätze auf die einzelnen Lieferanten verteilen. Unter diesen Voraussetzungen sei die Schätzung eines Mindestschadens nicht möglich. Auch sei der Vortrag der Klägerin unsubstantiiert, soweit sie geltend macht, ihr sei wegen nicht realisierter Verkäufe von Produkten der Beklagten zu 1) ein Gewinn entgangen. Umsatzverlust könnten allein dadurch eingetreten sein, dass die Großhändler die Nachfrage der Klägerin nach D.-Produkten infolge der Fachhandelsvereinbarung nicht vollständig hätten decken können. Die Klägerin habe aber nicht vorgetragen, dass die von den Großhändlern gelieferten Mengen nicht ausreichend gewesen seien, um Kundenbestellungen zu bedienen. Hierzu hätte es aber schon deshalb konkreter Ausführungen bedurft, weil sich seit dem Großbrand in den Produktionsanlagen der Beklagten zu 1) im Juli 2009 Lieferschwierigkeiten einstellten. Zudem sei auch die zum Vergleich herangezogene Umsatzsteigerung der Klägerin mit H.-Produkten nicht geeignet. 25
- Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung. 26
- Nach Ansicht der Klägerin handelt es sich bei dem angefochtenen Urteil um eine Überraschungsentscheidung. Die Kammer habe in der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2012 lediglich darauf hingewiesen, dass sie nicht nachvollziehen könne, wie der durchschnittliche Einkaufsrabatt von .. % für das Jahr 2006 ermittelt worden sei. Nur insoweit sei ihr daher ein Schriftsatznachlass gewährt worden. Die Kammer habe aber nicht – so wie in den Gründen des Urteils ausgeführt – darauf hingewiesen, dass die Daten von 2007-2011 nicht belastbar seien, insgesamt methodische Bedenken bestehen und neben der Fachhandelsvereinbarung noch weitere Ursachen für eine Absenkung des Einkaufsrabattes in Betracht kämen. Dessen ungeachtet seien die Beanstandungen des Gerichts aber auch unzutreffend. 27
- Die Klägerin behauptet unter Bezugnahme auf das zu den Akten gereichte Gutachten Dr. H. vom 04.06.2013 (Anl. rop 28) eine zwischenzeitlich durchgeführte Auswertung sämtlicher 28

Einkaufsrechnungen der Großhändler für die Jahre 2006 bis 2007, einen durchschnittlichen Einkaufsrabatt für 2006 in Höhe von .. % und für 2007 in Höhe von .. %. Nach Einführung der Fachhandelsvereinbarung habe der durchschnittliche Rabatt .. % in 2008, .. % in 2009, .. % in 2010 und .. % in 2011 betragen. Bei Annahme eines hypothetischen Einkaufsrabatts von .. % betrage der Margenverlust in den genannten Jahren daher ... € und ... € bei einem solchen von.. %.

Die Klägerin beantragt, 29

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 15.02.2013 die Beklagte als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie € 2.446.000 nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag in Höhe von € 418.000 seit dem 01.01.2009, auf einen weiteren Betrag in Höhe von € 435.000 seit dem 01.01.2010, auf einen weiteren Betrag in Höhe von € 588.000 seit dem 01.01.2011 und auf einen weiteren Betrag in Höhe von € 1.005.000 seit dem 01.01.2012 zu zahlen. 30

Die Beklagten zu 1) und 2) beantragen, 31

die Berufung zurückzuweisen. 32

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil und nehmen in vollem Umfang auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug. Sie sind zudem der Auffassung, dass der neue Sachvortrag der Klägerin zu Schadensberechnung verspätet sei und einer Entscheidung nicht zu Grunde gelegt werden könne. Darüber hinaus bestreiten sie die Richtigkeit und Zuverlässigkeit der von Dr. H. ermittelten Daten. 33

II. 34

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und in Höhe von 820.000 € begründet. Im Übrigen hat das Rechtsmittel der Klägerin keinen Erfolg. 35

Klage gegen die Beklagte zu 1) 36

I. 37

Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 1) aus § 33 Abs. 3 Satz 1 u. Abs. 1 GWB ein Anspruch auf Zahlung von 820.000 € Schadensersatz zu. 38

Nach dieser Vorschrift ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift des GWB oder gegen Art. 101 oder 102 AEUV verstößt. 39

1. 40

Die Beklagte zu 1) hat gegen Art. 81 EG (jetzt: Art. 101 AEUV) und § 1 GWB verstoßen, als sie beginnend im Jahr 2008 mit mehreren Großhändlern eine „Fachhandelsvereinbarung für den Vertrieb von Sanitärarmaturen und –accessoires der Fa. A. F.D. GmbH & Co. KG“ geschlossen hat, durch die das ursprüngliche Rabattsystem teilweise durch eine unter bestimmten Voraussetzungen zu zahlende Fachhandelsvergütung ersetzt worden ist. 41

Nach Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 101 Abs. 1 AEUV) sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, mit dem Gemeinsamen Markt 42

unvereinbar und daher verboten.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.	43
a.	44
Die Fachhandelsvereinbarung ist eine Vereinbarung zwischen Unternehmen. Die Beklagte zu 1) hat vertreten durch ihre für sie gemäß §§ 31, 30 BGB handelnden Personen die Fachhandelsvereinbarung seit 2008 mit mehreren Großhändlern geschlossen, über die sie ihre Ware im sog. dreistufigen Vertriebssystem vertreibt.	45
b.	46
Die Fachhandelsvereinbarung verfolgt einen wettbewerbswidrigen Zweck.	47
Bei der Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung enthält, ist auf den Inhalt ihrer Bestimmung und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen. Im Rahmen der Beurteilung dieses Zusammenhangs sind auch die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen (EuGH EuZW 2013, 716ff. Rn. 36 – <i>Allianz Hungaria Biztosító Zrt. u.a./Gazdasági Versenyhivatal</i> ; EuGH NZKart 2013, 111 f. Rn. 21 – <i>Expedia</i>). Dabei reicht es für einen wettbewerbswidrigen Zweck bereits aus, wenn die Vereinbarung das Potential hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten, d.h. wenn sie konkret geeignet ist, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu führe (EuGH EuZW 2013, 716ff. Rn. 38 – <i>Allianz Hungaria Biztosító Zrt. u.a./Gazdasági Versenyhivatal</i>).	48
Die Fachhandelsvereinbarung der Beklagten zu 1) bezweckt eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Einzelhändlern, die die Qualitätskriterien gemäß Ziff. 1.1 bis 1.8 der Fachhandelsvereinbarung erfüllen (nachfolgend: Facheinzelhandel), und den übrigen Einzelhändlern, zu denen insbesondere solche zählen, die keine stationäre Ausstellung für Sanitärprodukte unterhalten und keine professionelle und fachgerechte Beratung durch geschultes Fachpersonal anbieten können oder die Produkte über das Internet vertreiben. Sie ist objektiv geeignet, den Wettbewerb zwischen den Einzelhändlern beim Verkauf der D.-Produkte an den Endkunden zu beschränken. Die Fachhandelsvereinbarung zielt darauf ab, den Weiterverkauf der D.-Armaturen und -accessoires durch den Großhandel auf eine bestimmte Abnehmergruppe zu beschränken. Die Fachhandelsvereinbarung regelt, dass der Großhandel beim Weiterverkauf der D. Produkte an den Facheinzelhandel eine zusätzliche Vergütung in Form eines (weiteren) Rabattes auf den Listenpreis des Herstellers erhält. Verkauft er die Produkte hingegen an andere Händler, kann er die zusätzliche Fachhandelsvergütung nicht beanspruchen. Für den Großhandel ist es daher wirtschaftlich deutlich vorteilhafter, die Armaturen der Beklagten zu 1) an den stationären Facheinzelhandel zu verkaufen als an die Händler, die die Qualitätskriterien der Beklagten zu 1) nicht erfüllen. Durch den wirtschaftlichen Anreiz einer zusätzlichen Fachhandelsvergütung wird der Großhandel somit indirekt dazu gebracht, die Ware der Beklagten zu 1) hauptsächlich an den Facheinzelhandel weiterzuverkaufen. Hinzu kommt, dass der Großhandel dem Facheinzelhandel bessere Einkaufskonditionen einräumen kann als den übrigen Händlern. Da der Großhandel beim Weiterverkauf an den Facheinzelhandel von der Beklagten zu 1) einen deutlich größeren Rabatt auf den Herstellerpreis erhält, hat der Großhandel seinerseits die Möglichkeit, höhere Rabatte mit der Folge einzuräumen, dass der Facheinzelhandel die	49

D.-Produkte zu geringeren Preisen einkaufen kann als seine Wettbewerber. Hierdurch erlangt der Facheinzelhandel im Wettbewerb um den Endkunden einen Vorteil, da er die D.-Produkte entweder mit einer höheren Gewinnmarge oder zu attraktiveren Preisen als die übrigen Händler verkaufen kann. Dass der Großhandel seine Einkaufsvorteile beim Weiterverkauf an den Facheinzelhandel auch weitergeben wird, stellt Ziff. 3 der Fachhandelsvereinbarung sicher. Darin verpflichtet sich der jeweilige Großhändler,.. % seiner Fachhandelsvergütung an den Facheinzelhandel weiterzugeben.

Die mit der Fachhandelsvereinbarung verfolgten wettbewerbsbeschränkenden Ziele der Beklagten zu 1) werden letztlich auch durch ihre eigenen Presseveröffentlichungen bestätigt. Die Einführung der Fachhandelsvereinbarung war eingebettet in eine bereits 2006 von der Beklagten zu 1) gestartete „Offensive gegen die Online-Vermarktung“ ihrer Produkte bzw. ihrer Offensive zur „Stärkung des Fachhandels“ (vgl. Anl. rop 2 und rop 3). 50

c. 51

Die Fachhandelsvereinbarung ist geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. 52

aa. 53

Nach dem vom EuGH in stetiger Rechtsprechung entwickelten Beurteilungsmaßstab bedeutet das Kriterium „zur Beeinträchtigung geeignet“, dass sich anhand objektiv rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lassen muss, dass die Vereinbarung den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell beeinflussen kann (Bunte in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2, Art. 81 Rn. 122). Entscheidend ist, dass sich infolge der zu beurteilenden Maßnahme der zwischenstaatliche Handel anders als ohne die Absprache entwickelt hat oder entwickeln konnte. Ausschlaggebend ist allein die Zielsetzung des EG-Vertrages, einen Binnenmarkt ohne Wettbewerbsbeschränkungen zu schaffen. 54

Die Fachhandelsvereinbarung ist eine vertikale Vereinbarung zwischen der Beklagten zu 1) als Herstellerin und dem Großhandel, die das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland betrifft. Dass die Beklagte zu 1) eine solche Vereinbarung auch mit Großhändlern in anderen Mitgliedstaaten geschlossen hat, hat die Klägerin nicht dargetan. Vertikale Vereinbarungen, die nur einen Mitgliedstaat betreffen, sind insbesondere dann geeignet, den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sie es Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten erschweren, entweder durch Ausfuhren oder durch die Errichtung von Niederlassungen Zutritt zu diesem nationalen Markt zu erlangen (Abschottungseffekt). Gleiches gilt, wenn sie zwar keine direkten Handelshemmnisse schaffen, gleichwohl aber direkte Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben, indem sie zur Steigerung der Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten und zur Verringerung der Ausfuhren aus dem betreffenden Mitgliedstaat führen (vgl. Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrag (2004/C 101/07), Rn. 86 u. 88). 55

Die Fachhandelsvereinbarung hat einen Abschottungseffekt für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die sich als Einzelhändler im Gebiet der Bundesrepublik niederlassen möchten, jedoch nicht die Qualitätskriterien gemäß Ziff. 1 der Fachhandelsvereinbarung erfüllen, weil sie beispielsweise einen Internethandel mit Armaturen betreiben möchten. Durch die Fachhandelsvereinbarung wird ihnen der Handel mit Produkten der Beklagten zu 56

1) im Vergleich zu ihren Wettbewerbern erschwert. Darüber hinaus führt die Fachhandelsvereinbarung zu Steigerungen der Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten. Unstreitig hat die Klägerin Produkte der Beklagten zu 1) über einen tschechischen Großhändler zu preisgünstigen Konditionen erhalten. Gleichzeitig können die schlechteren Einkaufskonditionen beim Großhandel in Deutschland dazu führen, dass insbesondere Online-Händler wie die Klägerin weniger Verkäufe in andere Mitgliedstaaten tätigen können, sich mithin Ausfuhren verringern, weil sie höhere Verkaufspreise als ihre Wettbewerber haben oder keine preisgünstigeren Angebote machen können.

bb. 57

Ferner ist von einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auszugehen. 58

Die Kommission hat ihre Haltung zur Spürbarkeit des Handels zwischen den Mitgliedstaaten in ihren Leitlinien zum zwischenstaatlichen Handel zusammengefasst. Hiernach fehlt die Spürbarkeit, wenn die beanstandete Vereinbarung aufgrund der schwachen Marktstellung der beteiligten Unternehmen den fraglichen Produktmarkt nur geringfügig beeinträchtigen (Leitlinie Rn. 44). Die Kommission geht davon aus, dass Vereinbarungen grundsätzlich nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte innerhalb der Gemeinschaft 5 % erreicht. Bei vertikalen Vereinbarungen darf der Jahresumsatz des Lieferanten mit den von der Vereinbarung erfassten Waren in der Gemeinschaft nicht den Betrag von .. Mio. € überschreiten (Leitlinie Rn. 52). Sind die genannten Schwellen überschritten und ist die Vereinbarung ihrem Wesen nach geeignet, sich auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten auszuwirken, geht die Kommission davon aus, dass die Beeinträchtigung spürbar ist. Jedoch ist diese Vermutung widerleglich (Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, EG Art. 81 Rn. 110). 59

Die Spürbarkeit ist hier sowohl nach den Leitlinien der Kommission als auch nach der Rechtsprechung des EuGH, die sich an den Auswirkungen im Einzelfall orientiert, zu bejahen. Es ist davon auszugehen, dass der Jahresumsatz der Beklagten zu 1) mit den von der Fachhandelsvereinbarung umfassten Produkte den Betrag von .. Mio. € überschreitet. Der Gesamtumsatz der Beklagten zu 1) betrug im Jahr 2008 insgesamt ... Mio. € (Anl. rop 7). Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte zu 1) den überwiegenden Teil ihres Umsatzes in Deutschland generiert. Zur Widerlegung der Vermutung hat die Beklagte zu 1) nichts vorgetragen. 60

Von einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist aber auch deshalb auszugehen, weil die in Rede stehende Fachhandelsvereinbarung darauf abzielt, den Vertrieb von D. Produkten nahezu vollständig über den Facheinzelhandel zu organisieren und insbesondere den Vertriebsweg Internet auszuschließen. Eine Vertriebsbeschränkung, die das Gesamtgebiet eines Mitgliedstaates erfasst, ist aber regelmäßig geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen (BGH WuW/E DE-R 1449, 1451 – *Bezugsbindung I*). 61

d. 62

Die Fachhandelsvereinbarung stellt überdies eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar, ohne dass es weiterer Ausführungen zu Ziff. 7 b. S. 1 und Ziff. 11 der Bagatellbekanntmachung der Kommission bedarf. 63

64

Nach der Rechtsprechung des EuGH stellt eine Vereinbarung, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und einen wettbewerbswidrigen Zweck hat, ihrer Natur nach und unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar (EuGH NZKart 2013, 111 f. Rn. 37 – *Expedia*). Beide Voraussetzungen sind hier – wie bereits oben unter 1. b. und c. ausführlich ausgeführt - erfüllt. Dass die zitierte Rechtsprechung des EuGH nur für horizontale Vereinbarungen, nicht aber für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gelten sollen, so wie die Beklagten in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 6.11.2013 geltend machen, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.

2. 65

Die Fachhandelsvereinbarung ist nicht vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 101 Abs. 1 AEUV) freigestellt. 66

aa. 67

Eine Freistellung folgt weder aus Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal GVO), noch aus Art. 2 der zuvor gültigen Verordnung (EG) Nr. 2790/1999. 68

Nach Art. 3 Abs. 1 Vertikal GVO gilt die Freistellung nach Art. 2 nur, wenn der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder –dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf der er die Vertragswaren oder –dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt. Nach Art. 3 Abs. 1 (EG) 2790/1999 galt die Freistellung nur, wenn der Anteil des Lieferanten an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren verkauft, 30 % nicht überschreitet. Diese Voraussetzungen sind vorliegend jeweils nicht erfüllt. 69

Der diesbezügliche Vortrag der insoweit darlegungsbelasteten Beklagten zu 1) ist nicht ausreichend substantiiert. Zwar hat die Beklagte zu 1) pauschal behauptet, sie habe einen Marktanteil von deutlich unter 30 % (Bl. 88 GA). Dieses Vorbringen genügt den Anforderungen des § 138 ZPO aber nicht. Es fehlt substantiiertes Vorbringen zur Abgrenzung des relevanten Marktes. Soweit die Beklagte zu 1) in erster Instanz von einem deutschlandweiten Markt für Sanitär-Armaturen ausgegangen ist, fehlen jegliche Angaben zu den übrigen Marktteilnehmern und deren Umsatzzahlen, so dass der behauptete Marktanteil von unter 30 % nicht im Ansatz nachvollzogen werden kann. Auf einen entsprechenden Hinweis des Senates in der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte zu 1) ihren Vortrag nicht weiter ergänzt. Eine Beweiserhebung würde daher auf eine unzulässige Ausforschung hinauslaufen. 70

bb. 71

Auch die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG (Art. 101 Abs. 3 AEUV) und § 2 GWB sind nicht erfüllt. 72

Eine Freistellung hängt danach von dem kumulativen Vorliegen von zwei positiven und zwei negativen Voraussetzungen ab: Zum einen muss in positiver Hinsicht ein Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts geleistet werden und eine angemessene Beteiligung der 73

Verbraucher an dem entstehenden Gewinn garantiert sein; zum anderen ist in negativer Hinsicht die Unerlässlichkeit der auferlegten Wettbewerbsbeschränkungen erforderlich sowie die Unmöglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Eine Einzelfreistellung scheidet hier bereits an den ersten beiden Voraussetzungen. Weder ist dem Vortrag der darlegungsbelasteten Beklagten zu 1) zu entnehmen, dass die Fachhandelsvereinbarung einen Beitrag zur Verbesserung der Warenverteilung im Sinne der genannten Vorschrift leistet, noch ergibt sich daraus, dass der Verbraucher an etwaigen Effizienzvorteilen angemessen beteiligt wird. 74

(1) 75

Art. 101 Abs. 3 AEUV verlangt über das Merkmal der Verbesserung der Warenverteilung hinaus, dass die Vereinbarung zu deutlichen Effizienzvorteilen führt. Erforderlich sind echte nachvollziehbare objektive Vorteile, die aufgrund der Vereinbarung prognostiziert werden können. Ob sich Vorteile ergeben, ist durch Vergleich mit dem Zustand zu beurteilen, der ohne die betreffende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung bestand oder bestehen würde. Dabei müssen die Vorteile, die sich aus der Absprache ergeben, größer als die sich aus ihr ergebenden Nachteile sein, um einen Vorteil im Sinne von Art. 81 Abs. 3 EG (Art. 101 Abs. 3 AEUV) darstellen zu können (Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, aaO., Art. 81 EG Rn. 143, 146; Bunte in Langen/Bunte, aaO., Art. 81 Rn. 192 jeweils m.w.Nachw.). Die Behauptungs- und Beweislast für die Effizienzgewinne liegt bei den Unternehmen, die sich auf die Freistellung berufen. 76

Die Beklagte zu 1) behauptet lediglich pauschal, die Fachhandelsvereinbarung habe zu einer Verbesserung der Warenverteilung führen sollen, und zwar zu einer Absatzförderung ihrer Produkte über qualifizierte Groß- und Einzelhändler und eine Befriedigung subjektiver Kundenwünsche durch die Schaffung eines exklusiven Produktimage (Bl. 141f. GA). Dieses Vorbringen ist indes nicht ausreichend substantiiert. Es ist nicht ersichtlich und von der Beklagten zu 1) auch nicht dargetan, ob und in welchem Ausmaß durch die seit 2008 eingeführte Fachhandelsvereinbarung Effizienzvorteile in Form einer Absatzförderung eingetreten sind. Hierauf kommt es aber schon deshalb an, um abwägen zu können, ob die behaupteten Effizienzvorteile die Nachteile überwiegen, die die Fachhandelsvereinbarung für die Wettbewerber des begünstigten Facheinzelhandels und auch für die Endkunden mit sich bringt, die die Produkte der Beklagten zu 1) gerade nicht über den Facheinzelhandel kaufen möchten. Überdies haben sich die Facheinzelhändler auch schon vor Einführung der Fachhandelsvereinbarung durch eine professionelle Beratung, Präsentation und Montage der Produkte von anderen Händlern wie etwa Baumärkten, Discountern und Online-Händler unterschieden. Inwieweit durch die Fachhandelsvereinbarung eine (weitere) Verbesserung dieser Zusatzleistungen eintreten soll, ist nicht ersichtlich und von der Beklagten zu 1) auch nicht dargetan. 77

(2) 78

Aber selbst wenn etwaige Effizienzvorteile vorliegen sollten, ist eine angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn nicht feststellbar, da die Beklagte zu 1) auch hierzu nicht substantiiert vorträgt. 79

Eine angemessene Beteiligung des Verbrauchers bedeutet, dass in einer Abwägung der Vorteile die nachteiligen Auswirkungen durch die Wettbewerbsbeschränkung auf den Verbraucher mindestens ausgeglichen werden. Verbraucher ist dabei jeder Nutzer der 80

Produkte, einschließlich Produzenten, die die Ware als Vorprodukte verwenden, oder Mitglieder der Vertriebskette, somit sämtliche Kunden der Vertragspartner und die späteren Käufer dieser Produkte (Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, aaO. EG Art. 81 Rn. 149).

Wie bereits ausgeführt, bezweckte die Fachhandelsvereinbarung eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen dem Facheinzelhandel und den übrigen Einzelhändlern beim Absatz der D.-Produkte an den Endkunden. Ob und inwieweit diese Nachteile ausgeglichen werden, trägt die Beklagte zu 1) indes nicht vor. Sie behauptet lediglich pauschal und damit ohne Substanz eine angemessene Gewinnbeteiligung des Verbrauchers (Bl. 142 GA). 81

3. 82

Die Beklagte zu 1) hat schuldhaft gegen Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 101 Abs. 1 AEUV) bzw. § 1 GWB verstoßen. 83

Sie hat vertreten durch ihre Geschäftsführer die gegen das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG (§ 101 Abs. 1 AEUV) bzw. § 1 GWB verstoßende Fachhandelsvereinbarung wissentlich und willentlich mit dem jeweiligen Großhändler geschlossen. Soweit die Beklagte zu 1) behauptet, ihr sei die Kartellrechtswidrigkeit der Fachhandelsvereinbarung nicht bewußt gewesen, kann sie sich nicht mit Erfolg auf einen vorsatzausschließenden Rechtsirrtum berufen. 84

Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tat und des rechtswidrigen Erfolges. Er kann durch Rechtsirrtum ausgeschlossen sein, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte. Bei zweifelhaften Rechtsfragen, in denen sich noch keine einheitliche Rechtsprechung gebildet hat und die insbesondere nicht durch höchstrichterliche Entscheidungen geklärt sind, braucht dies zwar nicht zu bedeuten, dass für den rechtsirrig Handelnden die Möglichkeit einer ihm ungünstigen gerichtlichen Entscheidung undenkbar gewesen sein müsste. Durch strenge Anforderungen an seine Sorgfalt muss indessen verhindert werden, dass er das Risiko der zweifelhaften Rechtslage dem anderen Teil zuschiebt (BGH WuW7E BGH 2341, 2344 f. – *Taxigenossenschaft*; BGH WuW/E BGH 2603 Rn. 23 – *Neugeborenentransporte*). Ein Rechtsirrtum ist daher entschuldigt, wenn der Handelnde die Rechtsunsicherheit trotz sorgfältiger Prüfung nicht erkennt oder wenn ihm bei Erkenntnis dieser Unsicherheit auch unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen des anderen Teils nicht zugemutet werden kann, eine (weitere) Klärung der Rechtsfrage herbeizuführen oder abzuwarten, ehe er seine Interessen durchzusetzen versucht (BGH WuW/E BGH 2341, 2345 – *Taxigenossenschaft*). 85

Ausgehend von diesen Voraussetzungen liegt ein entschuldbarer Rechtsirrtum der Beklagten zu 1) nicht vor. Der Vortrag der Beklagten zu 1), die nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweisbelastet ist (BGHZ 69, 143; Sprau in Palandt, BGB, 70. Aufl., § 823 Rn. 80 – Beweislast), rechtfertigt die Annahme eines vorsatzausschließenden Rechtsirrtums nicht. Die Beklagte zu 1) trägt keine Tatsachen vor, die den Schluss auf ein fehlendes Bewußtsein der Kartellrechtswidrigkeit der Fachhandelsvereinbarung zulassen. Sie beruft sich in diesem Zusammenhang lediglich auf Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, die sich für ein selektives Vertriebssystem mit der Frage befassen, unter welchen Umständen und in welchem Umfang der Vertrieb über Online-Händler bzw. Versandhändler beschränkt werden kann. Ein selektives Vertriebssystem betreibt die Beklagte zu 1) aber nicht, so dass sie sich schon im Grundsatz nicht auf die von ihr zitierte Rechtsprechung berufen kann. Darüber hinaus behauptet die Beklagte zu 1) auch nicht, die von ihr angesprochenen Entscheidungen vor Einführung der Fachhandelsvereinbarung überhaupt gelesen zu haben. Ferner ist ihrem Vorbringen nicht zu entnehmen, dass sie vor Einführung der 86

Fachhandelsvereinbarung sachkundigen Rechtsrat eingeholt hat und sie danach nicht mit einer anderen Beurteilung ihrer Rechtsauffassung durch die Gerichte rechnen musste.

II. 87

Die Höhe des von der Beklagten zu 1) zu ersetzenden Vermögensschadens richtet sich nach §§ 249-252 BGB. Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung ist danach die sog. Differenzhypothese. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen zwei Vermögenslagen: der tatsächlich durch das Schadensereignis geschaffenen und der unter Ausschaltung dieses Ereignisses gedachten. Ein Vermögensschaden ist gegeben, wenn der jetzige tatsächliche Wert des Vermögens des Geschädigten geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis haben würde (BGH NJW 2009, 1870; Grüneberg in Palandt, aaO., Vorb. v. 249 Rn. 10). § 252 Satz 1 BGB stellt klar, dass der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfasst. Unter diesen Begriff fallen alle Vermögensvorteile, die im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses noch nicht zum Vermögen des Verletzten gehörten, die ihm ohne dieses Ereignis aber zugeflossen wären (BGH NJW 2000, 2670). Eine § 287 ZPO ergänzende Beweiserleichterung für den Geschädigten enthält § 252 Satz 2 BGB. Danach braucht der Geschädigte nur die Umstände darzulegen und in den Grenzen des § 287 ZPO zu beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Falles die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, wenn Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen für eine Schadensschätzung vorgetragen werden (BGH NJW 2010, 1532; BGH NJW 2004, 1945). 88

1. Entgangener Gewinn (Margenverlust) wegen höherer Einkaufspreise bei den Großhändlern infolge der Fachhandelsvereinbarung in dem Zeitraum 2008 – 2011 in Höhe von ... € 89

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Klägerin durch die Fachhandelsvereinbarung ein erstattungsfähiger Schaden in Höhe von ... € entstanden. 90

a. 91

Der Vortrag der Klägerin zur Höhe des eingetretenen Margenverlustes ist schlüssig. 92

Die Klägerin trägt vor, ihr sei in den Jahren 2008 bis 2011 ein Gewinn in Höhe von... € entgangen, weil ihr die Großhändler infolge der Fachhandelsvereinbarung geringere Rabatte auf den Herstellerpreis der Beklagten zu 1) gewährt hätten als sie es ohne die Fachhandelsvereinbarung getan hätten. Da sie – und dies ist unstrittig – die höheren Einkaufspreise nicht an ihre Kunden weitergegeben hat, bestehe der Schaden aus der Differenz zwischen den tatsächlichen und den hypothetischen Wareneinstandskosten. 93

Die tatsächlichen Wareneinstandskosten hat die Klägerin in zweiter Instanz ermittelt, indem sie für die Jahre 2006 bis 2009 sämtliche gedruckten Wareneingangsrechnungen über den Einkauf von D.-Produkten ausgewertet und ab 2010 die entsprechenden Daten aus ihrem Warenwirtschaftssystem N. extrahiert hat. Dabei wurden jeweils der in der Rechnung ausgewiesene Rabatt auf den Listenpreis und der Positionsbetrag (Nettobetrag nach Abzug des gewährten Rabatts) erfasst (Gutachten Dr. H. vom 4.6.2013, Anl. rop 28, dort Seite 6 ff.). Die tatsächliche Einkaufssituation der Klägerin stellt sich danach wie folgt dar: 94

95

Jahr	EK-Volumen	EK-Volumen bewertet zu Listenpreisen	durchschn. EK-Rabatt
2006	... €	... €	.. %
2007	... €	... €	..
<u>Gesamt</u>	<u>... €</u>		
2008	... €	... €	.. %
2009	... €	... €	.. %
2010	... €	... €	.. %
2011	... €	... €	.. %
<u>Gesamt</u>	<u>... €</u>		
Gesamt	... €	... €	

Bei Bestimmung der hypothetischen Wareneinstandskosten hat die Klägerin einen hypothetischen durchschnittlichen Einkaufsrabatt von ..% zu Grunde gelegt. Unstreitig ist ihr unmittelbar vor Einführung der Fachhandelsvereinbarung Ende 2007/Anfang 2008 von zwei Großhändlern einen Einkaufsrabatt auf D.-Produkte in Höhe von .. % auf den Herstellerpreis gewährt worden. Während des Verletzungszeitraums ab Mai 2009 hat sie von einem Tschechischen Großhändler einen Rabatt von .. % erhalten und derzeit wird ihr aktuell von zwei Großhändlern ein Rabatt von.. % eingeräumt (Bl. 262, 155-157 GA). Diese, von der Beklagten zu 1) nicht bestritten Umstände reichen aus, um dem Ermessen bei der Wahrscheinlichkeitsprüfung nach § 252 Satz 2 BGB eine ausreichende Grundlage zu geben.

96

Ein Geschädigter, der Schadensersatz in Form entgangenen Gewinns geltend macht, muss alle konkreten Umstände darlegen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit der Gewinnerwartung ergibt. Er muss nachweisen, wie sich seine Vermögenslage ohne den Kartellverstoß dargestellt hätte und welchen Gewinn er in diesem Fall hätte erwarten können. Dabei schafft § 252 Satz 2 BGB eine Beweiserleichterung in dem Sinn, dass die bloße Wahrscheinlichkeit der Erwartung des Gewinns anstelle des positiven Nachweises genügt, sofern die Vorkehrungen und Anstalten, aus denen sich die Gewinnerwartung hergeleitet wird, in der geschilderten Weise dargetan werden. Erforderlich ist mithin die schlüssige Darlegung von Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen, die geeignet sind, dem Ermessen bei der Wahrscheinlichkeitsprüfung eine Grundlage zu geben (BGH WM 1998, 1787 f., Rn. 8 m.w.Nachw.). Die Klägerin hat solche Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen schlüssig dargelegt. Es ist wahrscheinlich, dass sie ohne die Fachhandelsvereinbarung durchschnittlich einen Rabatt von .. % auf den Herstellerpreis erhalten hätte.

97

98

Sind der Klägerin vor und nach Einführung der Fachhandelsvereinbarung sowie während des Verletzungszeitraums von einem nicht von der Fachhandelsvereinbarung betroffenen im Ausland ansässigen Großhändler jeweils mindestens .. % Rabatt auf den Herstellerpreis der Beklagten zu 1) gewährt worden, ist davon auszugehen, dass sie aller Wahrscheinlichkeit nach auch in den Jahren 2008-2011 ohne die Fachhandelsvereinbarung einen Rabatt von .. % erhalten hätte.

Es ergeben sich danach folgende hypothetischen Wareneinstandskosten:

99

Jahr	Hyp. EK-Volumen	EK-Volumen bewertet zu Listenpreisen	Hyp. durchschn. EK-Rabatt
2008	... €	... €	.. %
2009	... €	... €	.. %
2010	... €	... €	.. %
2011	... €	... €	.. %
Gesamt	... €	... €	

100

Die Differenz zwischen den tatsächlichen Wareneinstandskosten in den Jahren 2008-2011 (... €) und den hypothetischen (... €) beträgt ... €. Soweit die Klägerin einen Betrag von ... € errechnet, geht diese Differenz auf einen offensichtlichen Rechenfehler für das Jahr 2011 zurück, da die EK-Volumen von ... € abzüglich des Hypothetischen Wareneinsatzes von ... € nicht ... €, sondern ... € beträgt (Bl. 264 GA) zurück.

101

b.

102

Soweit die Klägerin erstmals in der Berufungsinstanz die tatsächlichen Warenbeschaffungskosten der D.-Produkte für den Zeitraum 2006-2009 anhand der tatsächlichen Wareneinkaufsrechnungen ermittelt hat, ist ihr Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen und nicht – so wie die Beklagte zu 1) geltend macht – als verspätet zurückzuweisen.

103

Gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sind neue Angriffsmittel zuzulassen, wenn sie infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind. Hierunter fallen insbesondere die Fälle, in denen das Gericht einen Hinweis nach § 139 ZPO unterlassen hat, und die Partei deshalb Vortrag unterlassen hat (BGH MDR 2005, 161; BGH NJW 2004, 2152; Heßler in Zöller, ZPO, § 531 Rn. 29). Eine solche Situation liegt hier vor. Das Landgericht hat die Klägerin unter Verstoß gegen § 139 Abs. 2 ZPO nicht darauf hingewiesen, dass es die Datengrundlage für die Jahre 2008-2011 für nicht belastbar und damit den Vortrag zu den tatsächlichen Warenbeschaffungskosten für unschlüssig hält. Hätte das Gericht einen entsprechenden Hinweis erteilt, so hätte die Klägerin bereits in erster Instanz die tatsächlichen Wareneinstandskosten anhand ihrer Einkaufsrechnungen ermittelt, so wie sie es nun in zweiter Instanz mit der Berufungsbegründung nachgeholt hat.

104

aa.

105

Das Landgericht hat der Klägerin in der mündlichen Verhandlung keinen Hinweis dahingehend erteilt, dass es die Ermittlung der tatsächlichen Wareneinstandskosten für die Jahre 2008-2011 für nicht schlüssig hält, weil sie sich nicht an den Einkaufsrechnungen der Klägerin orientiert, sondern an ihren Verkaufsrechnungen, den Listenpreisen der Beklagten zu 1) und den Rabatten der Großhändler. Hiervon muss der Senat ausgehen, da ein entsprechender Hinweis in den Akten nicht dokumentiert ist. 106

Nach § 139 Abs. 4 Satz 1 2. Hs. ZPO müssen erteilte Hinweise aktenkundig gemacht werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist hierfür weder eine bestimmte äußere Form noch ein bestimmter inhaltlicher Hinweis vorgesehen. Wird der Hinweis mündlich erteilt, etwa in der Verhandlung oder per Telefon, so dokumentiert der Richter dies, indem er die Hinweiserteilung in das Verhandlungsprotokoll aufnimmt oder – in der zweiten Variante – einen Aktenvermerk schreibt. Ist im Protokoll lediglich vermerkt, dass die Sach- und Rechtslage erörtert worden ist, ergibt sich aber aus einem der nachfolgenden Schriftsätze die Erteilung des Hinweises, ist Aktenkundigkeit zu bejahen (BGH FamRZ 2005, 1555, 1556; Greger in Zöller, aaO., § 139 Rn. 13). Eine unterbliebene Dokumentation hat zur Folge, dass das Rechtsmittelgericht bei einer entsprechenden Verfahrensrüge von der Nichterteilung des Hinweises ausgehen muss (Greger in Zöller, aaO., § 139 Rn. 13a). 107

In dem Protokoll über die mündliche Verhandlung am 23.11.2012 ist lediglich vermerkt, dass die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert worden ist und die Klägervvertreter u.a. auch wegen der „erteilten Hinweise“ ein Schriftsatznachlass beantragt haben (Bl. 137 GA). Welche Hinweise erteilt worden sind, ergibt sich aus dem Protokoll nicht. Auch die nachfolgenden Schriftsätze der Parteien lassen nicht den Schluss zu, dass das Landgericht den Vortrag der Klägerin bezüglich der Wareneinstandskosten wegen einer nicht belastbaren Datengrundlage als un schlüssig beanstandet hat. Der nachgelassene Schriftsatz der Klägerin enthält keinen ergänzenden Vortrag zu der Ermittlung der Wareneinstandskosten, sondern befasst sich ausschließlich damit, welcher hypothetische Rabatt als Vergleichsgröße für die Berechnung des Margenverlustes heranzuziehen ist. Zudem enthält der Schriftsatz Ausführungen zu der zweiten Schadensposition (entgangener Gewinn wegen ausgebliebener Umsatzsteigerung). Auch dem Schriftsatz der Beklagten zu 1) vom 31.01.2013 ist nicht zu entnehmen, dass das Landgericht auf den für un schlüssig gehaltenen Vortrag der Klägerin zu den tatsächlichen Wareneinstandskosten, d.h. zu den tatsächlich gewährten Rabatte auf den Listenpreis des Hersteller für die in den Jahren 2008-2011 eingekauften D.-Produkte, hingewiesen hat. Es heißt dort lediglich, das Gericht habe angeregt, die Klägerin möge den Einkaufsrabatt vor, während und nach der Anwendung der Fachhandelsvereinbarung darstellen (Bl. 178 GA). 108

Auch eine nachträgliche Dokumentation des Hinweises im Tatbestand des Urteils liegt nicht vor. Ist der Hinweis erteilt und seine Dokumentation zunächst versehentlich unterlassen worden, kann die Erteilung des Hinweises auch im Tatbestand des Urteils dokumentiert und damit aktenkundig gemacht werden (BGH NJW 2006, 60, Rn. 26, 27). Der Tatbestand des angefochtenen Urteils enthält hier eine solche Dokumentation nicht. Gleiches gilt für die Urteilsgründe, wobei hier dahinstehen kann, ob eine Dokumentation in den Gründen überhaupt für ausreichend gehalten werden kann. Den Ausführungen unter 2) b) bb) (Urteil Seite 14) ist nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit zu entnehmen, dass die Klägerin in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen worden ist, dass die angewandte Methode zur Ermittlung der tatsächlichen Wareneinstandskosten in den Jahren 2008-2011 für nicht belastbar angesehen wird, weil sie sich nicht an den Einkaufsrechnungen orientiert, sondern an den Listenpreisen der weiterverkauften Ware abzüglich des jeweiligen Großhändlerrabattes. Es heißt dort zwar, der Klägerin sei in der mündlichen Verhandlung (auch) der Hinweis erteilt worden, es könne nicht nachvollzogen werden, welcher 109

Verkaufsumsatz sich auf welchen Großhändler verteile. Dies bedeutet aber nicht zugleich, dass die Klägerin auch darauf hingewiesen worden ist, dass die zur Schadensberechnung angewandte Methode insgesamt nicht belastbar und ihr Vortrag damit unschlüssig ist.

bb. 110

Das Landgericht war gemäß § 139 Abs. 2 ZPO verpflichtet, die Klägerin darauf hinzuweisen, dass es nicht nur ihr Vorbringen zum hypothetischen Einkaufsrabatt sondern auch zu den tatsächlichen Warenbeschaffungskosten für unschlüssig hält. 111

Das Gericht erfüllt seine Hinweispflicht nicht, indem es allgemeine oder pauschale Hinweise erteilt. Vielmehr muss es die Parteien auf den fehlenden Sachvortrag, den es als entscheidungserheblich ansieht, unmissverständlich hinweisen und ihnen die Möglichkeit eröffnen, ihren Vortrag sachdienlich zu ergänzen. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen die Erforderlichkeit ergänzenden Vortrags sich nicht bereits aus dem erheblichen Bestreiten der Gegenseite ergibt, sondern von der Bewertung der Gerichte im Einzelfall abhängt, etwa hinsichtlich der Anforderungen an die Darlegung eines Anspruchs (BGH NJW 2006, 60, Rn. 29). 112

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist das Landgericht hier seiner Hinweispflicht inhaltlich nicht hinreichend nachgekommen, denn der Senat muss aus den oben genannten Gründen davon ausgehen, dass es nur darauf hingewiesen hat, der für die Berechnung des Margenverlustes herangezogene hypothetische Einkaufsrabatt von .. % bzw. .. % sei nicht schlüssig dargelegt. Es hätte aber auch darauf hinweisen müssen, dass es die Methode zur Ermittlung der tatsächlichen Wareneinstandskosten, d.h. der tatsächlich eingeräumten Rabatte, für nicht belastbar hält, um der Klägerin auch insoweit Gelegenheit zu geben, ihren Vortrag zu ergänzen. Die Ermittlung des hypothetischen Einkaufsrabattes ist hier nur eine Berechnungsgröße bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns in Form des geltend gemachten Margenverlustes. Eine weitere Berechnungsgröße sind die tatsächlichen Wareneinstandskosten der Klägerin, die sich danach bestimmen, welche Rabatte die Großhändler auf den Listenpreis des Herstellers jeweils für die eingekauften Produkte eingeräumt haben. Weist das Gericht die Klägerin in der mündlichen Verhandlung aber nur darauf hin, dass das Vorbringen zum hypothetischen Einkaufsrabatt nicht schlüssig ist und innerhalb der eingeräumten Schriftsatzfrist ergänzt werden kann, wird hierdurch der Eindruck vermittelt, der Vortrag zu den übrigen Berechnungspositionen sei schlüssig und bedürfe keiner weiteren Ergänzung. Da das Landgericht hiervon aber gerade nicht ausgegangen ist, hätte es eines entsprechenden Hinweises bedurft. 113

c. 114

Der Vortrag der Klägerin zu den tatsächlichen Wareneinstandskosten in den Jahren 2008-2011 ist nicht beweisbedürftig. Zwar bestreitet die Beklagte zu 1) die Zuverlässigkeit und Richtigkeit der unter Bezugnahme auf das Privatgutachten von Dr. P. H. vom 04.06.2013 (Anlage rop 28, dort Seite 17) ermittelten Wareneinstandskosten und durchschnittlichen Einkaufsrabatte auf den Listenpreis, weil Dr. H. für den Zeitraum 2006-2009 nur 15 % der Positionen daraufhin überprüft habe, ob die von 20 Mitarbeitern der Klägerin in eine Excel-Tabelle übertragenen Daten aus den in Papierform vorliegenden Einkaufsrechnungen richtig sind und zudem für die Jahre 2010-2011 nur in 90 Stichproben überprüft habe, ob die im Warenwirtschaftssystem gespeicherten Hersteller-Listenpreise mit den Listenpreisen aus den Listen des Herstellers übereinstimmen. (Bl. 356 GA). Gleichwohl ist dem Beweisangebot der Klägerin, die für die Richtigkeit sämtlicher auf Seite 17 des Privatgutachtens zusammengefassten Werte (EK-Volumen, EK-Volumen bewertet zu Listenpreisen, 115

durchschnittlicher Rabatt jeweils für die Jahre 2006-2011) Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten hat (Bl. 248 GA), nicht nachzugehen. Die Richtigkeit der oben genannten Werte für die Jahre 2006-2011 ist nicht beweisbedürftig. Nach Überzeugung des Senates liegen ausreichende Hilfstatsachen vor, die den Rückschluss zulassen, dass die von Dr. H. ermittelten Werte richtig sind. Unstreitige Indizien, die einen Schluss auf die Haupttatsache zulassen, können eine Beweisaufnahme über die Haupttatsache entbehrlich machen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Gegner die Haupttatsache substantiiert bestritten und Gegenbeweis angetreten hat (BGH NJW-RR 1997, 238; Greger in Zöller, aaO., vor § 284 Rn. 10). Hier liegen unstreitige Hilfstatsachen vor, die den logischen Rückschluss darauf zulassen, dass die von Dr. H. ermittelten Werte richtig sind. Folgender Sachverhalt ist zwischen den Parteien unstreitig:

Etwa 20 Mitarbeiter der Klägerin haben etwa 3 Wochen lang sämtliche in 97 Leitzordnern abgehefteten Wareneingangsrechnungen der Jahre 2006-2009 durchgearbeitet und jeweils den in der Rechnung ausgewiesenen Rabatt auf den Listenpreis und den Positionsbetrag (Nettobetrag nach Abzug des gewährten Rabatts) erfasst und in eine Excel-Tabelle übertragen. In einzelnen Fällen wurde ein zweiter Rabatt abgerechnet und als Rabatt 2 gesondert erfasst. Die Richtigkeit der Excel-Tabellen ist von dem Wirtschaftsprüfer Dr. H. in einem systematischen Verfahren überprüft worden. Dabei wurden 500 der insgesamt 25.040 erfassten Eingangsrechnungspositionen gezielt und 15 % der Positionen nach einem Zufallsverfahren für die Prüfung ausgewählt. Insgesamt wurden 4.332 von 25.040 Positionen und damit eine Quote von 17% - und nicht von 15 % wie die Beklagte 1) fälschlicherweise vorträgt - geprüft. Systematische (Serien-)Fehler wurde aufgedeckt und korrigiert. Weitere systematische Fehler – so die Ausführungen in dem Gutachten von Dr. H., dort Seite 8 – wären bei der vorgenommenen flächendeckenden Prüfung aufgefallen und sind daher nicht zu erwarten. Insgesamt 4.248 der geprüften 4.332 Positionen waren fehlerfrei; Abweichungen gab es bei 84 Positionen. Die in der Datenerfassung enthaltenden Erfassungsfehler durch Zahlendreher bei der Eingabe oder andere einzelne Erfassungsfehler machten somit bei den geprüften Positionen eine repräsentative Quote von 2 % aus. Die absoluten Fehlerbeträge waren indes gering, weil es sich bei den Fehlern überwiegend um Zahlendreher im Centbereich handelte, die bei der Erfassung der Rechnungsbeträge aufgetreten sind und die sich teilweise kompensieren, soweit es sich um Abweichungen nach oben und nach unten handelt (Gutachten Seite 9). 116

Die Einkaufsvorgänge für die Jahre 2010 und 2011 sind erfasst worden, indem aus dem Warenwirtschaftssystem N. für jeden Einkaufsvorgang die Artikelbezeichnung, Artikelnummer, Anzahl und EK-Preis extrahiert wurden. Es handelte sich um insgesamt 7.065 Positionen. Anschließend wurden die historischen Preislisten zum Stichtag extrahiert und anschließend den jeweiligen Einkaufspositionen zugeordnet. Anhand von 90 willkürlich ausgewählten Stichproben hat Dr. H. überprüft, ob die in der Datenbank gespeicherten Listenpreise den Listenpreisen aus der Preisliste der Hersteller entsprechen. Dies war zu 100% der Fall (Gutachten Seite 11). 117

Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich und von der Beklagten zu 1) auch nicht aufgezeigt worden, dass trotz der aufgezeigten Vorgehensweise bei der Erfassung und Überprüfung der Daten durch die Mitarbeiter der Klägerin und den Wirtschaftsprüfer Dr. H. mit Fehlerquellen zu rechnen ist, die Zweifel an der Richtigkeit der ermittelten Werte begründen. Die Vorgehensweise an sich ist zwischen den Parteien unstreitig. Auch wird nicht geltend gemacht, dass die Art und der Umfang der Datenüberprüfung durch Dr. H. nicht sach- oder fachgerecht ist. Immerhin ist für die Jahre 2006-2009 nahezu jede 5 Position auf ihre Richtigkeit überprüft worden. Anhaltspunkte dafür, dass die im Warenwirtschaftssystem 118

N. für die Jahre 2010 und 2011 gespeicherten Daten nicht richtig erfasst oder nicht ausreichend gepflegt worden sind, sind gleichfalls nicht vorhanden. Dass die eingesetzte Software nicht zuverlässig ist, weil in dem Gutachten Dr. H. vom 12.04.2012 (Anlage rop 15a, dort Seite 22) ein durchschnittlicher EK-Rabatt von .. % für 2011 ausgewiesen worden ist, während der EK-Rabatt nunmehr mit .. % für 2011 angegeben wird, überzeugt nicht. Ursächlich für die Abweichung ist, dass Dr. H. in seinem Gutachten vom 12.04.2012 eine andere Methode zur Ermittlung des Einkaufsvolumens und des durchschnittlichen EK-Rabattes des Großhändlers zugrunde gelegt hat. Er ist nicht von den Einkaufsrechnungen ausgegangen, sondern von den im Warenwirtschaftssystem N. gleichfalls erfassten Verkaufsrechnungen der Klägerin. Eine Unzuverlässigkeit der Software kann mit den Abweichungen daher nicht begründet werden.

d. 119

Die nach Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 101 Abs. 1 AEUV) bzw. § 1 GWB kartellrechtswidrige Fachhandelsvereinbarung war für den in den Jahren 2008-2011 eingetretenen Margenverlust in Höhe von ... € ursächlich. Das Vorbringen der Beklagten zu 1), es sei viel naheliegender, dass die Klägerin die schlechteren Einkaufskonditionen durch eigenes Verhalten verursacht habe (Bl. 426, 356 GA), überzeugt nicht. 120

Die Beweiserleichterung des § 287 ZPO gilt auch für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem konkreten Haftungsgrund und der behaupteten Schadensfolge (sog. haftungsausfüllende Kausalität). Der Tatrichter kann eine haftungsausfüllende Kausalität nur feststellen, wenn er von diesem Ursachenzusammenhang überzeugt ist. Dabei werden lediglich geringe Anforderungen an die Überzeugungsbildung gestellt; es genügt, je nach Lage des Einzelfalls, eine höhere oder deutlich höhere Wahrscheinlichkeit. Bei der Feststellung von Kausalbeziehungen ist der Tatrichter nach § 287 ZPO insofern freier gestellt, als er in einem der jeweiligen Sachlage angemessenen Umfang andere, weniger wahrscheinliche Verlaufsmöglichkeiten nicht mit der sonst erforderlichen Wahrscheinlichkeit ausschließen muss (BGH NJW 2004, 777-779, Rn. 12, 15; BGH NJW 1973, 1413-1414, Rn. 19). 121

Folgende Gründe sprechen hier dafür, dass die Fachhandelsvereinbarung ursächlich dafür war, dass sich die Einkaufskonditionen der Klägerin bei den Großhändlern durch geringere Rabatte und ggflls. geringere Liefermengen im Zeitraum 2008-2011 verschlechtert haben. Die Fachhandelsvereinbarung hat genau die Wirkungen gezeigt, die die Beklagte zu 1) mit ihr bezweckt hat. Der Fachhandel sollte beim Einkauf von D.-Produkten durch bessere Einkaufskonditionen als die übrigen Händler, insbesondere auch die Online-Händler, bevorzugt, und spiegelbildlich hierzu die übrigen Händler beim Einkauf der Produkte benachteiligt werden, so dass der Vertrieb über diese Händler wirtschaftlich eher unattraktiv ist. Die Großhändler haben der Klägerin geringere Rabatte auf den Herstellerpreis eingeräumt, weil sie selbst die Ware von der Beklagten zu 1) nur mit einem einfachen Rabatt, d.h. ohne zusätzliche Fachhandelsvergütung erhielten. Sie konnten daher, um ihre eigene Marge zu erwirtschaften, keine höheren Rabatte einräumen. Überdies konnten die Großhändler infolge der Fachhandelsvereinbarung auch nicht in unbegrenzten Mengen an die Klägerin liefern. Die Fachhandelsvereinbarung sah vor, dass der Großhändler eine bestimmte Quote seines jährlichen Gesamtumsatzes mit D.-Produkten mit dem Fachhandel tätigen kann und für diese Quote am Gesamtumsatz einen zusätzlichen Rabatt in Form der Fachhandelsvergütung erhält. Der Großhändler muss also sicherstellen, dass er sich mit seinen Lieferungen innerhalb der Quoten bewegt, da er andernfalls damit rechnen musste, dass die Beklagte zu 1) entweder die Zahlung der Fachhandelsvergütung aussetzt oder die 122

Quote anpasst (so die Regelung in Ziff. 2 der Fachhandelsvereinbarung, Anl. rop 4).

Überdies haben sich die Einkaufskonditionen der Klägerin sofort wieder verbessert, als die Beklagte zu 1) Ende 2011 auf Initiative des Bundeskartellamtes die Fachhandelsvereinbarung aus den Verträgen mit den Großhändlern gestrichen hat. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Klägerin seitdem ihre Nachfrage nach D.-Produkten bei einigen wenigen Großhändlern decken kann und von diesen einen Rabatt von .. % auf den Listenpreis des Herstellers erhält. 123

2. Entgangener Gewinn wegen ausgebliebener Umsatzsteigerung in den Jahren 2008-2011 in Höhe von ... € 124

Einen entgangenen Gewinn in Höhe von ... € kann die Klägerin von der Beklagten zu 1) nicht beanspruchen. Ihr diesbezügliches Vorbringen ist nicht ausreichend substantiiert, worauf das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung im Ergebnis zu Recht abgestellt hat. Die Klägerin hat keine ausreichenden Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen vorgetragen, die geeignet sind, dem Ermessen bei der Wahrscheinlichkeitsprüfung nach § 287 ZPO und damit einer Schadensschätzung eine Grundlage zu geben. Eine Schadensschätzung und damit auch die Schätzung eines Mindestschadens konnte daher nicht erfolgen. 125

a. 126

Nach Ansicht des Senats kommt als Anknüpfungstatsache für eine Schätzung der hypothetischen Umsatzerlöse der Klägerin mit D.-Produkten ohne den Kartellverstoß der Beklagten zu 1), anders als die Klägerin unter Bezugnahme auf die Ausführungen von Dr. K. in seinem Gutachten vom 19.07.2012 (Anl. rop 14, dort Seite 15, Rn. 60, 62) vorträgt, nicht die Entwicklung ihrer Umsätze mit Produkten der Firma H. in Betracht. Der gewählte Vergleichsmaßstab ist ungeeignet. Er kann schon im Ansatz nicht herangezogen werden. Zwar behauptet die Klägerin, die Produkte der Marke H. seien in Qualität und Preis mit denen von der Beklagten zu 1) vergleichbar (Bl. 162 GA). Dieser Vortrag steht aber in Widerspruch zu der von ihr selbst vorgelegten Quelle III zum Gutachten Dr. K. vom 19.07.2012, auf die sich Dr. K. zur Begründung des herangezogenen Vergleichsmaßstabs bezieht. A. D. erklärt dort in einem Interview, das in der Zeitschrift S. B. 2011 (dort Seite 8 f.) veröffentlicht ist, dass nur einzelne Produkte von H., und zwar von der Marke A., mit Produkten der Beklagten zu 1) in Wettbewerb stehen. Hinzu kommt, dass die Beklagte zu 1) das Vorbringen der Klägerin substantiiert bestreitet. Sie macht geltend, das Produktportfolio von H. und der Beklagten zu 1) sei nur in einem Teilbereich miteinander vergleichbar. Nur einzelne Produkte von H., insbesondere die Produkte der Serie A. seien im Premium-Bereich angesiedelt, während sie selbst ausschließlich hochwertige und designorientierte Premium-Armaturen herstelle (Bl. 101 GA). Als Vergleichsmaßstab könne daher allenfalls die Umsatzentwicklung der Klägerin mit diesen Produkten herangezogen werden. In Anbetracht dieses substantiierten Bestreitens hätte die Klägerin ihren Vortrag gemäß § 138 Abs. 1 ZPO ergänzen und substantiiert darlegen müssen, dass das von ihr angebotene Produktportfolio der Firma H. in weiten Teilen und nicht nur bezogen auf die Marke A. nach Preis und Qualität miteinander vergleichbar ist und sich an dieselbe Käuferschicht wendet, denn nur in diesem Fall könnte die Umsatzentwicklung mit sämtlichen H.-Produkten als Vergleichsmaßstab für die hypothetischen Umsatzentwicklung mit D.-Produkten in dem relevanten Zeitraum herangezogen werden. Da Klägerin ihr Vorbringen aber – auch nach einem entsprechenden Hinweis des Senates in der mündlichen Verhandlung - nicht ergänzt hat, ist es nicht ausreichend substantiiert und daher unbeachtlich. 127

b. 128

Auch der übrige Vortrag der Klägerin enthält keine ausreichenden Anknüpfungstatsachen für eine Schadensschätzung. 129

aa. 130

Die Umsatzentwicklung der Klägerin mit D.-Produkten von 2005-2011 lässt keine Schlüsse darauf zu, wie sich die Umsätze ohne die Fachhandelsvereinbarung entwickelt hätten. Nach dem Vorbringen der Klägerin stellt sich die Umsatzentwicklung wie folgt dar (vgl. Gutachten Dr. K., Anl. rop 14, dort Seite 17, Rn. 63): 131

<i>in TEUR</i>	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011

Jährl. Umsatzwachstum in % im Vergleich zum Vorjahr		+... % (nicht ...%)	+ .. %	+ .. %	- ..%	- .. %	+ .. %

132

Hiernach erzielte die Klägerin, jeweils bezogen auf die Vorjahresumsätze, im Jahr 2007 ein Umsatzzuwachs von .. % und 2008, also in dem Jahr, in dem die Fachhandelsvereinbarung eingeführt worden war, ein weiteres Umsatzplus von ..%. In den beiden nachfolgenden Jahren sind zwar Umsatzrückgänge zu verzeichnen (- .. %: 2009, - .. %: 2010), jedoch ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass hierfür auch andere Ursachen als die Fachhandelsvereinbarung in Frage kommen. So kam es im Juli 2009 zu einem Großbrand im Lager der Beklagten zu 1), der in der Folgezeit zu Lieferengpässen führte. Wie sich aus der zu den Akten gereichten Quelle III zum Gutachten Dr. K. vom 19.07.2012 ergibt, war die Lieferfähigkeit der Beklagten zu 1) entgegen ihrer Ankündigung auf der I. N. im April 2010 noch nicht wieder vollständig hergestellt. Als weitere Ursache kommt die Finanz- und Wirtschaftskrise im Jahr 2009 in Betracht. In welchem Umfang die verzeichneten Umsatzrückgänge auf die eine oder die andere Ursache zurückzuführen sind, kann nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Dies gilt umso mehr, als noch während des Kartellverstoßes im Jahr 2011 ein deutlicher Umsatzanstieg um .. % im Vergleich zum Vorjahr feststellbar ist. Der jährliche Gesamtumsatz mit D.-Produkten lag danach mit mehr als .. Mio. € noch während des Kartellverstoßes deutlich höher als vor der Fachhandelsvereinbarung in den Jahren 2006 mit ca. .. Mio. € und 2007 mit ca. .. Mio. €. Da für die Umsatzrückgänge in den Jahren 2009 und 2010 außer der Fachhandelsvereinbarung auch der Großbrand im Lager der Beklagten zu 1) im Juli 2009 und die Finanz- und Wirtschaftskrise in Frage kommen können, ergeben sich aus der dargestellten Umsatzentwicklung keine belastbaren Anhaltspunkte dafür, wie sich die Umsätze ohne die Fachhandelsvereinbarung in den Jahren 2008 bis 2011 aller Wahrscheinlichkeit entwickelt hätten. 133

c. 134

Schließlich enthält auch das Vorbringen der Klägerin zu Lieferengpässen und –verzögerungen, die infolge der Fachhandelsvereinbarung eingetreten sein sollen, keine ausreichende Anknüpfungstatsachen. Der diesbezügliche Vortrag ist nicht ausreichend substantiiert. Dies hat bereits das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt. 135

Um ansatzweise feststellen zu können, in welchem Umfang der Klägerin im Verletzungszeitraum Umsätze mit D.-Armaturen entgangen sind, weil sie bestimmte Artikel wegen der Fachhandelsvereinbarung nicht innerhalb eines akzeptablen Zeitraums bei den Großhändlern beschaffen konnte und sie daher in ihrem Online-Shop gegenüber dem Endkunden mit einer „roten Lieferampel“ als nicht verfügbar kennzeichnen musste, hätte die Klägerin zur Liefersituation vor, während und ggffls. auch nach der Fachhandelsvereinbarung vortragen müssen. Da die Klägerin selbst vorträgt, dass sie die Lieferschwierigkeiten zum Teil dadurch habe auffangen können, dass sie ihre Einkäufe auf mehrere Großhändler verteilt hat, hätte es zudem der näheren Darlegung bedurft, welche Artikel oder Artikelgruppen des im Internet angebotenen D.-Sortiments zumindest wesentlich oder überwiegend von den Lieferschwierigkeiten betroffen waren, wie lange der jeweilige Zeitraum der Nichtverfügbarkeit (in etwa) angedauert hat und welchen Anteil am Gesamtumsatz die von den Lieferschwierigkeiten betroffenen Artikel in dem Zeitraum vor der Fachhandelsvereinbarung ausgemacht haben. Nur bei Kenntnis dieser Tatsachen ist das Gericht in der Lage, mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit abschätzen zu können, in welchem Umfang der Klägerin allein wegen der Fachhandelsvereinbarung (und nicht wegen Lieferschwierigkeiten infolge des Großbrandes) Umsätze durch den Verkauf mit D.-Produkten entgangen sind.	136
Die in erster Instanz zu den Akten gereichte Anlage rop 27 genügt diesen Anforderungen schon in zeitlicher Hinsicht nicht. Die Auswertung beginnt erst Mitte 2009 und zum überwiegenden Teil auch erst nach dem Großbrand im Lager der Beklagten zu 1) im Juli 2009, der nach dem Vortrag der Klägerin zu einer weiteren Verschärfung der Lieferschwierigkeiten geführt hat. Ein Vergleich mit der Liefersituation vor der Fachhandelsvereinbarung und ab 2008 bis zum Großbrand im Juli 2009 ist nicht möglich. Über frühere Daten verfügt die Klägerin nach eigenem Bekunden nicht (Bl. 268 GA). Soweit die Klägerin geltend macht, sie habe erst ab Mitte 2009 damit begonnen, die technischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass solche Statistiken, wie in der Anl. rop. 27 dargestellt, erstellt werden können, so mag dies so sein. Allerdings entbindet die Klägerin das Fehlen dieser technischen Voraussetzungen nicht davon, ihre Unterlagen über den Einkauf der D.-Produkte unter den genannten Gesichtspunkten auszuwerten und auch entsprechende Recherchen durch Befragung ihrer Mitarbeiter durchzuführen. Dass auf diese Weise keine Informationen darüber gewonnen werden können, welches die umsatzstärksten Produkte/Produktgruppen waren und wie sich für sie die Belieferungssituation vor der Fachhandelsvereinbarung, im Zeitraum ab 2008 bis Juli 2009 und danach darstellte, erscheint unwahrscheinlich. Da die Klägerin aber keine weiteren Angaben hierzu macht, hat eine Schadensschätzung mangels Anknüpfungstatsachen zu unterbleiben. Auch die Schätzung eines Mindestschadens ist ausgeschlossen.	137
II.	138
Der Zinsanspruch ist aus § 33 Abs. 3 Satz 4 GWB gerechtfertigt.	139
<u>Klage gegen den Beklagten zu 2)</u>	140
Die gegen den Beklagten zu 2) erhobene Klage ist zulässig und in Höhe von 820.000 € nebst Zinsen begründet.	141
I.	142
Der Beklagte zu 2) ist der Klägerin aus § 33 Abs. 3 GWB i.V.m. § 830 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Er ist passivlegitimiert.	143

1.		
Allerdings haftet der Beklagte zu 2) für den Kartellverstoß der Beklagten zu 1) nicht als diejenige Person, die für die Beklagte zu 1) bei Abschluss der Fachhandelsvereinbarungen mit den jeweiligen Großhändlern gehandelt hat. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Haftung des handelnden Vertreters angenommen werden kann, wenn der Handelnde selbst kein Unternehmen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 101 Abs. 1 AEUV) bzw. § 1 GWB ist (vgl. zum Meinungsstand: Emmerich in Immenga/Mestmäcker, aaO. § 33 Rn. 42; Roth in Frankfurter Kommentar, Kartellrecht, Stand: November 2001, § 33 GWB Rn. 138), bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Die Klägerin selbst behauptet nicht, dass der Beklagte zu 2) als Geschäftsführer der Komplementär GmbH der Beklagten zu 1) die jeweiligen Fachhandelsvereinbarungen mit den Großhändlern geschlossen hat.	145	
2.		146
Die Haftung des Beklagten zu 2) ergibt sich aber aus den deliktischen Teilnahmeregeln (§ 830 Abs. 2 BGB).		147
Für diese Haftung ist ohne Bedeutung, ob der Beklagte zu 2) Unternehmensqualität besitzt. Zwar sind Normadressaten des aus Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 101 AEUV) bzw. § 1 GWB folgenden Verbotes Unternehmen. Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass die Haftung auf den Verbotsadressaten, d.h. auf das Unternehmen bzw. den Unternehmensträger zu beschränken ist. Es haftet nicht nur der Normadressat des gesetzlichen Verbotes selbst, sondern auch derjenige, der den Normadressaten vorsätzlich zu einem Verstoß veranlasst oder hierzu Beihilfe geleistet hat. Dies folgt aus den deliktischen Regelungen der §§ 830, 840 BGB, die auch bei einem Schadensersatzanspruch aus § 33 Abs. 3 GWB heranzuziehen sind (vgl. BGH WuW/E DE-R 3431-3446, Rn. 80 – ORWI; Bornkamm in Langen/Bunte, aaO., § 33 Rn. 85; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, aaO., § 33 Rn. 42).		148
Die Voraussetzungen für eine Teilnahme des Beklagten zu 2) an dem festgestellten Verstoß der Beklagten zu 1) gegen Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 101 Abs. 1 AEUV) bzw. § 1 GWB liegen vor. Er hat vorsätzlich an dem schuldhaften Verstoß der Beklagten zu 1) gegen das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG (Art. 101 Abs. 1 AEUV) bzw. § 1 GWB mitgewirkt. Der Beklagte zu 2) ist der für den Vertrieb verantwortliche Geschäftsführer der Komplementär GmbH der Beklagten zu 1). In dieser Funktion hat er veranlasst, dass die hierfür zuständigen Mitarbeiter der Beklagten zu 1) ab 2008 die in Rede stehende Fachhandelsvereinbarung mit dem Großhandel schliessen. Darüber hinaus hat der Beklagte zu 2) die Fachhandelsvereinbarung in mehreren Presseartikeln persönlich befürwortet (Bl. 151 ff. GA). Diesem Vorbringen der Klägerin sind die Beklagten in tatsächlicher Hinsicht nicht entgegengetreten, so dass es gemäß § 138 ZPO als zugestanden gilt. Sie haben lediglich ausgeführt, dass es für eine persönliche Haftung des Beklagten zu 2) darauf ankomme, dass er als Unternehmen gehandelt habe (Bl. 169f. GA). Hierauf kommt es aber – wie bereits oben ausgeführt – nicht an.		149
II.		150
Der Zinsanspruch folgt aus § 33 Abs. 3 Satz 4 GWB.		151
III.		152
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 100 Abs. 4 ZPO.		153
		154

Die Anordnungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV. 155

Für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO besteht kein Anlass. 156

