
Datum: 23.01.2019
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 1. Kartellsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: U (Kart) 17/17
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2019:0123.U.KART17.17.00

Tenor:

I. Die Berufung der Beklagten gegen das am 4. Oktober 2017 verkündete Grundurteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund – 8 O 11/15 (Kart) – wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass das vorbezeichnete Urteil wie folgt neu gefasst wird:

Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

II. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagten als Gesamtschuldnerinnen zu 73 % und die Beklagte zu 3. zu weiteren 27 %; hiervon ausgenommen sind die durch die Nebenintervention der Streithelferin zu 1. verursachten Kosten, die die Streithelferin zu 1. zu tragen hat.

III. Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der auf Grund dieses Urteils vollstreckbaren Beträge abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

V. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf bis 600.000 € festgesetzt; auf das Rechtsmittel der Beklagten zu 1. und 2. entfällt ein Wert in Höhe von bis 440.000 €.

Gründe

- I. 2
1. Die Klägerin ist ein kommunales Unternehmen, das den öffentlichen Personennahverkehr in ... und Umgebung verantwortet. Die Beklagten befassen sich – nach näherer Maßgabe der Feststellungen in dem angefochtenen Urteil – mit der Herstellung und dem Vertrieb von Gleisoberbaumaterialien wie insbesondere Schienen, Weichen und Schwellen. Die Beklagte zu 1. ist Gesamtrechtsnachfolgerin der T., die mit Wirkung vom 20. Februar 2011 auf sie – die Beklagte zu 1. – verschmolzen wurde. Zuvor war sie seit 1989 zu 100 % an der T. beteiligt. Seit August 2008 ist die Beklagte zu 1. Konzerngesellschaft der in ... eingetragenen C.. Im Jahr 2010 übertrug sie ihren Geschäftsbereich „Gleisbau“ im Wege der Umwandlung durch Abspaltung auf die Beklagte zu 2.. 3
- Die Klägerin nimmt die Beklagten als Gesamtschuldnerinnen auf Kartellschadensersatz in Anspruch, der ihr ihrer Behauptung nach bei dem Kauf von Gleisoberbaumaterialien für den Ausbau bzw. die Instandhaltung ihres Schienennetzes entstanden sein soll. Den Kartellvorwurf stützt die Klägerin auf vom Bundeskartellamt (zu Az. B12-16/12/B12-19/12) am 18. Juli 2013 u.a. gegen die Beklagten zu 1. und 3. und die ursprünglich mitverklagte W. erlassene und bestandskräftig gewordene Bußgeldbescheide und die diesen Entscheidungen zu Grunde liegenden Feststellungen. 4
2. Ausweislich der vorbezeichneten Bußgeldbescheide, auf deren gesamten Inhalt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, hat das Bundeskartellamt in dem zu Grunde liegenden, spätestens im Mai 2011 eingeleiteten, Verfahren u.a. die folgenden Feststellungen getroffen: 5
- In dem Zeitraum 2001 bis Mai 2011 praktizierten Hersteller und Händler von Schienen, Weichen und Schwellen auf dem Privatmarkt in Deutschland ein Vertriebskartell gegenüber u.a. Nahverkehrsunternehmen sowie in einer Reihe von Fällen gegenüber Bauunternehmen, die ihren Bedarf an Oberbaumaterialien bei den Herstellern von Gleisoberbaumaterialien nachfragten. Gegenstand des Kartells war die Aufteilung von Ausschreibungen und Projekten. Die Kartellbeteiligten sprachen Preise, Absatzquoten und Kundenschutzregelungen ab. Die Absprachen, die sich mit der Zeit hinsichtlich Struktur und Teilnehmer mit den Marktgegebenheiten veränderten, erfolgten regional in unterschiedlicher Intensität, jedoch immer mit demselben Grundverständnis sowie mit vergleichbarem Ablauf und ähnlicher Umsetzung. 6
- Beteiligte des Kartells waren u.a. die Beklagte zu 1. und die Beklagte zu 3. sowie Gesellschaften des W.-Konzerns. Das Kartell wurde im gesamten Bundesgebiet praktiziert. An ihm waren während des Kartellzeitraums durchgängig in allen Regionen und in den Bereichen Schienen, Schwellen und Weichen jedenfalls die Beklagte zu 3. – fortan auch: U. – und Gesellschaften des W.-Konzerns – fortan, auch zusammengefasst: W. – beteiligt. Die Beklagte zu 1. – fortan, auch mit der Beklagten zu 2. zusammengefasst: T.1 – war im Bereich Schienen und Schwellen demgegenüber nur regional bei Ausschreibungen an Absprachen beteiligt, dies im gesamten Kartellzeitraum, wenn auch ab August 2008 nur noch in Einzelfällen. Im Bereich Weichen wurden Aufträge jedenfalls bis Ende 2008 vor allem im Rahmen bzw. am Rande von Sitzungen des Arbeitskreises ... innerhalb des G. bzw. innerhalb des W.1 abgesprochen, und daran war auch T.1 beteiligt. 7
- Die Funktionsweise der Absprachen war allgemein, das heißt produktübergreifend (Schienen, Weichen und Schwellen), dadurch gekennzeichnet, dass den einzelnen kartellbeteiligten 8

Unternehmen Alt- bzw. „Stammkunden“ zugeordnet wurden und diese Zuordnung innerhalb des Kartells grundsätzlich respektiert wurde. Die Kartellteilnehmer „schützten“ das jeweils zu begünstigende Unternehmen, indem sie bei Ausschreibungen entweder bewusst kein Angebot einreichten oder Angebote erst nach Ablauf der Abgabefrist einreichten oder gezielt überbewertete Angebote abgaben.

Die Absprachen wurden über Jahre praktiziert; gewachsene Kundenbeziehungen zwischen den Kartellanten und ihren Abnehmern waren die Folge. Auf Grund der Kartellpraxis war allen Kartellbeteiligten von vornherein klar, wer nach den Regeln des Kartells einen bestimmten Auftrag eines bestimmten Kaufinteressenten zu bekommen hatte. Begünstigt wurde die „Zuteilung“ eines Auftrags zudem oftmals auch durch eine kundenseitig gewünschte spezifische Ausrichtung von Ausschreibungen und eine hiermit verbundene Beteiligung von Stammlieferanten an der Erstellung von Leistungsverzeichnissen. 9

Dem hinsichtlich einer konkreten Ausschreibung nach den Kartellregeln für die Zuweisung eines Auftrags vorgesehenen Unternehmen kam als sogenannter „Spielführer“ bei der Umsetzung der Absprache eine organisatorische und koordinierende Funktion zu. Dies betraf insbesondere die Nennung von Preisen für einzureichende „Schutzangebote“ und die Festlegung, wie gegebenenfalls die anderen Kartellteilnehmer an dem jeweiligen Projekt beteiligt werden sollten. Zu Gunsten der im Einzelfall bei einer Ausschreibung absprachegemäß zurücktretenden Unternehmen kamen nach den Regeln des Kartells verschiedene Ausgleichsleistungen (sogenannte „Kompensationsgeschäfte“) in Betracht. Eine Möglichkeit bestand darin, ein den für den Gewinn der Ausschreibung vorgesehenen Kartellanten „schützendes“ Unternehmen durch die Erteilung eines Unterauftrages an dem betreffenden Projekt zu beteiligen. Alternativ verfahren die Kartellbeteiligten zum Teil auch in der Weise, dass das im Einzelfall „schützende“ und nicht durch Zuteilung eines Unterauftrags an dem betreffenden Projekt beteiligte Unternehmen bei der nächsten gleichwertigen Ausschreibung den „Vortritt“ erhielt. Teilweise wurde „Kompensation“ aber auch dadurch praktiziert, dass das im Einzelfall bei der Ausschreibung zurücktretende Unternehmen einen entgeltlichen Planungs- oder Gutachtenauftrag erhielt, wobei zumindest in Einzelfällen die entsprechenden Gutachten tatsächlich nicht erstellt, wohl aber abgerechnet wurden. 10

Darüber hinaus bestand ein projektübergreifendes Verständnis der Kartellbeteiligten dahin, dass der „Schützende“ darauf vertrauen konnte, bei einem anderen Projekt seinerseits von den übrigen Kartellanten geschützt zu werden. 11

Der Ablauf der vorbezeichneten Absprachepraxis, die produktübergreifend für Schienen, Weichen und Schwellen galt, war insgesamt derart verfestigt, dass bei den jeweiligen Projekten häufig keine ausdrückliche (Einzelfall-) Absprache zwischen den Kartellbeteiligten mehr notwendig war. 12

Speziell in Bezug auf das Produkt Weichen war darüber hinaus festzustellen, dass bis in das Jahr 2008 regelmäßige Projektabsprachen im Rahmen von Sitzungen des „Arbeitskreises ...“ beim G. bzw. beim W.1 erfolgten, in denen die Beteiligten konkrete Projekte diskutierten und „zuteilten“. Mit zunehmender Zeit entwickelte sich auch in diesem Gremium das Grundverständnis einer Projektzuteilung nach dem Stammkundenprinzip. Gelegentlich wichen die Kartellanten zur Verringerung des Entdeckungsrisikos von dem „Stammkundenprinzip“ bewusst ab; in solchen Fällen erhielt der „Stammlieferant“ zum Ausgleich einen Unterauftrag. Auf „Neukunden“ durfte nach einvernehmlicher Kartellpraxis das Unternehmen zugreifen, das zuerst von einem anstehenden Projekt erfuhr. Zudem respektierten die Weichenhersteller weitgehend besonders enge Kundenbeziehungen, die sich etwa auf Grund der räumlichen Nähe eines Weichenherstellers zu bestimmten Kunden 13

ergaben. Die Kartellbeteiligten verständigten sich außerdem regelmäßig über Preiserhöhungen in Gestalt der Weitergabe von Erhöhungen von Vormaterialpreisen. Ab dem Jahr 2009 fanden Kontakte zwischen den Weichenherstellern nicht mehr im Rahmen von Verbandstreffen, sondern nur noch einzelfallbezogen statt. Der Grund hierfür lag in dem Umstand, dass sich die vorbezeichnete Kartellpraxis (in regional unterschiedlicher Ausprägung) eingespielt hatte.

Die Absprache endete mit der vom Bundeskartellamt im Mai 2011 durchgeführten Durchsuchung der Geschäftsräume der Kartellanten. 14

3. In dem Zeitraum Februar 2001 bis April 2011 bezog die Klägerin – soweit hier noch von Interesse - in sechzehn Fällen bei der Beklagten zu 3. bzw. deren Rechtsvorgängerin, der L., Gleisoberbaumaterialien. In diesen Fällen erteilte die Klägerin den Beschaffungsauftrag, nachdem sie (zumindest) bei der Beklagten zu 3. bzw. deren Rechtsvorgängerin ein Angebot zur Leistungsausführung eingeholt hatte. Wegen der Einzelheiten der streitbefangenen Beschaffungsvorgänge, insbesondere hinsichtlich der insoweit betroffenen Waren und der diesbezüglichen Rechnungspreise, wird auf den in der Klageschrift vom 29. Juni 2015 – unter E.I.1.-16. auf Seiten 167 bis 209 – gehaltenen Vortrag Bezug genommen. 15

Die Klägerin macht geltend, sie habe die Rechnungen der Beklagten zu 3. bzw. deren Rechtsvorgängerin bezahlt und im Hinblick auf die vorgenannten Beschaffungsvorgänge einen Kartellschaden erlitten. Die Kaufgeschäfte seien kartellbefangen gewesen und infolge des von dem Bundeskartellamt mit den oben genannten Bußgeldbescheiden festgestellten Kartellrechtsverstoßes habe sie die von den streitbefangenen Geschäften mit U. betroffenen Gleisoberbaumaterialien nicht zu Wettbewerbspreisen erworben, sondern zu erheblich darüberliegenden Preisen. Hierdurch sei ihr ein Schaden entstanden, der insgesamt zumindest 532.460,45 € (zuzüglich Kosten für Gutachten und außergerichtliche Rechtsverfolgung) betrage. Wegen der Einzelheiten der von der Klägerin vorgenommenen Schadensbezifferung wird auf das diesbezügliche Vorbringen in der Klageschrift – dort an den bereits genannten Stellen – Bezug genommen. 16

4. Im ersten Rechtszug hat die Klägerin die Beklagten zu 1. bis 3. und die ursprünglich mitverklagten Gesellschaften des W.-Konzerns, die vormaligen Beklagten zu 4. bis 7., in Zusammenhang mit den vorbezeichneten Materialbeschaffungen bei U. und darüber hinaus mit weiteren 57 Fällen der Beschaffung von Gleisoberbaumaterialien bei W. (vgl. insoweit die Fälle unter E.II.1.-57. der Klageschrift) als Gesamtschuldnerinnen auf Kartellschadensersatz in Anspruch genommen. 17

Vor dem Landgericht hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 14. Juni 2017 zuletzt beantragt, 18

1. 19

die Beklagten (zu 1. bis 7.) als Gesamtschuldnerinnen zu verurteilen, an sie – die Klägerin – Schadensersatz in einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Höhe, mindestens jedoch in Höhe von 2.156.407,56 € nebst Zinsen in Höhe von jährlich acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 34.404,65 € seit dem 1. Januar 2003, aus weiteren 328.961,97 € seit dem 1. Januar 2004, aus weiteren 282.203,32 € seit dem 1. Januar 2005, aus weiteren 353.409,28 € seit dem 1. Januar 2006, aus weiteren 371.974,12 € seit dem 1. Januar 2007, aus weiteren 262.951,57 € seit dem 1. Januar 2008, aus weiteren 282.149,68 € seit dem 1. Januar 2009, aus weiteren 110.753,71 € seit dem 1. Januar 2010, aus weiteren 128.258,10 € seit dem 1. Januar 2011 sowie aus weiteren 1.341,16 € seit dem 20

1. Januar 2012 zu zahlen,	
2.	21
die Beklagten zu 3. bis 7. als Gesamtschuldnerinnen zu verurteilen, an sie – die Klägerin – (weiteren) Schadensersatz in einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Höhe, mindestens jedoch in Höhe von 487.494,24 € nebst Zinsen in Höhe von jährlich acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 215.148,66 € seit dem 1. Januar 2002 sowie aus weiteren 272.345,58 € seit dem 1. Januar 2003 zu zahlen,	22
3.	23
die Beklagten (zu 1. bis 7.) als Gesamtschuldnerinnen zu verurteilen, an sie – die Klägerin – Gutachterkosten in Höhe von 21.515,59 € nebst Zinsen in Höhe von jährlich fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,	24
4.	25
die Beklagten (zu 1. bis 7.) als Gesamtschuldnerinnen zu verurteilen, sie – die Klägerin – von Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 6.300,95 € freizustellen, wobei die Beklagten zu 1. und 2. nur in Höhe von 5.423,45 € in Anspruch genommen werden.	26
Die Beklagten zu 1. bis 7. haben beantragt,	27
die Klage abzuweisen.	28
Nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz haben die Klägerin und die Beklagten zu 4. bis 7. den zwischen diesen Parteien anhängig gewordenen Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt; des Weiteren haben die Klägerin und die Beklagten zu 1. bis 3. den Rechtsstreit übereinstimmend insoweit für erledigt erklärt, als die streitbefangenen 57 Beschaffungsvorgänge zwischen der Klägerin und W. betroffen sind.	29
Das Landgericht hat mit dem angefochtenen „Grundurteil“ wie folgt erkannt:	30
„1. Die Klage ist betreffend den mit den Klageanträgen geltend gemachten Schadensersatz einschließlich der Gutachterkosten nebst Zinsen gegen die Beklagten als Gesamtschuldner dem Grunde nach gerechtfertigt.	31
2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.“	32
5. Die Beklagten zu 1. bis 3. (fortan auch: die Beklagten) haben gegen die vorbezeichnete Entscheidung frist- und formgerecht Berufung eingelegt und ihre Rechtsmittel unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens begründet.	33
In der mündlichen Verhandlung vom 19. September 2018 hat der Senat angesprochen, dass es sich bei der angefochtenen Entscheidung des Landgerichts um ein unzulässiges Teilurteil handeln dürfte. Die Klägerin hat sodann mit Einwilligung der Beklagten die Klage teilweise, nämlich hinsichtlich der im ersten Rechtszug noch begehrten Freistellung von Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung, zurückgenommen.	34
Die Beklagten beantragen,	35
unter Abänderung des landgerichtlichen Erkenntnisses die Klage abzuweisen.	36
	37

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	38
Hilfsweise für den Fall, dass eine der Klage dem Grunde nach zusprechende Sachentscheidung ergeht, beantragen die Beklagten, die Sache zur weiteren Verhandlung über die Höhe des Anspruchs (Betragungsverfahren) an das Landgericht zurückzuverweisen.	39
Die Streithelferin zu 1. schließt sich den Anträgen der Beklagten an.	40
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil des Landgerichts und den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.	41
II.	42
Die Berufung der Beklagten ist zwar zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.	43
Der Ausspruch des Landgerichts stellt ein nach § 301 ZPO unzulässiges Teilurteil dar; der Senat sieht aber mit Rücksicht auf die sich ihm bei Schluss der mündlichen Verhandlung darbietende Prozesslage davon ab, unter Anwendung des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO das angefochtene Erkenntnis aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen (hierzu nachfolgend unter A.).	44
In der Sache selbst ist das Landgericht im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass im Hinblick auf den streitbefangenen Kartellverstoß die Beklagten als Gesamtschuldnerinnen der Klägerin dem Grunde nach zum Ersatz eines Kartellschadens verpflichtet sind; der Senat weist deshalb die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurück, dass die – auf Verurteilung der Beklagten als Gesamtschuldnerinnen (Schäden aus den im Jahr 2003 oder den folgenden Jahren getätigten Materialbeschaffungen) bzw. (weitergehend) der Beklagten zu 3. (Schäden auch aus den vor dem Jahr 2003 getätigten Materialbeschaffungen) zur (Gesamt-) Zahlung von zumindest 532.460,45 € (davon Anteil der Beklagten zu 1. bis 3. als Gesamtschuldnerinnen: 389.914,29 €) zuzüglich Gutachterkosten gerichtete - Klage für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt wird (hierzu nachfolgend unter B.).	45
Soweit der Rechtsstreit bezüglich der – zwischen den Parteien ebenfalls streitigen – Höhe des Klageanspruchs nicht ohnehin noch im ersten Rechtszug anhängig und somit schon nicht in die Berufungsinstanz gelangt ist, entscheidet der Senat nach pflichtgemäßem Ermessen, gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO die – weder entscheidungsreife noch vom Senat mit zumutbarem Aufwand im Sinne von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO der Entscheidungsreife zuzuführende – Sache zur (weiteren) Verhandlung und Entscheidung, auch über die Zinsforderung, an das Landgericht zurückzuverweisen (hierzu nachfolgend unter C.).	46
A. Bei dem Urteilsausspruch des Landgerichts handelt es sich um ein nach § 301 ZPO unzulässiges Teilurteil; es bedarf indes nicht der Aufhebung dieses Ausspruchs und der Zurückverweisung der Sache nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO.	47
1. Nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung darf ein Teilurteil auch bei grundsätzlicher Teilbarkeit eines Streitgegenstands nur ergehen, wenn die (auch nur theoretische) Gefahr einander widersprechender Entscheidungen, auch infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht, ausgeschlossen ist. Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist namentlich dann gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere	48

Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Das gilt auch insoweit, als es um die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilelementen geht, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden. Eine solche Gefahr besteht namentlich bei einer Mehrheit selbständiger prozessualer Ansprüche, wenn zwischen den prozessual selbständigen Ansprüchen eine materiell-rechtliche Verzahnung besteht oder die Ansprüche prozessual in ein Abhängigkeitsverhältnis gestellt sind (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil v. 13. Oktober 2008 – *II ZR 112/07*, NJW 2009, 230 Rz. 8; Urteil v. 11. Mai 2011 – *VIII ZR 42/10*, BGHZ 189, 256 = NJW 2011, 2736 Rzn. 13 f.; Urteil v. 30. November 2012 – *V ZR 230/12*, NJW 2013, 1009 Rz. 9; Urteil v. 24. Februar 2015 – *VI ZR 279/14*, NJW 2015, 2429 Rz. 7; Urteil v. 1. März 2016 – *VI ZR 437/14*, NJW 2016, 1648 Rz. 30; Urteil v. 21. November 2017 – *VI ZR 436/16*, NJW 2018, 623 Rz. 7, jew. m.w.N.; vgl. auch *Elzer* in BeckOK-ZPO, 27. Ed., Stand: 01.03.2018, § 301 Rzn. 8 f.; *Feskorn* in Zöller, ZPO, 32. Aufl. [2018], § 301 Rzn. 12 ff.; *Musielak* in Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl. [2018], § 301 Rzn. 3 ff.). Eine materiell-rechtliche Verzahnung kann etwa bei objektiver Häufung inhaltlich zusammenhängender Anträge auftreten (vgl. BGH, Urteil v. 21. November 2017 – *VI ZR 436/16*, NJW 2018, 623 Rz. 7).

2. An den vorstehenden Grundsätzen gemessen enthält das Erkenntnis des Landgerichts unter dem Gesichtspunkt der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ein nach § 301 ZPO unzulässiges Teilurteil. Das Landgericht hat lediglich – wie seinem Urteilstenor unzweideutig zu entnehmen ist - hinsichtlich der auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Kartellschadensersatz (einschließlich Gutachterkosten) nebst Zinsen gerichteten Klageanträge zu 1. bis 3. eine im Sinne von § 304 ZPO stattgebende Entscheidung zum Grund des Anspruchs erlassen. Dagegen hat es über den Klageantrag zu 4., mit dem die Klägerin von den Beklagten die Freistellung von Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung begehrt hat, überhaupt keine Entscheidung getroffen. Indes besteht zwischen den mit den Klageanträgen geltend gemachten Ansprüchen eine materiell-rechtliche Verzahnung, schon weil diese maßgeblich auf ein und dieselben Kartellvorwürfe gestützt werden. Bei dieser Sachlage ist die zumindest theoretische Gefahr nicht auszuschließen gewesen, dass über die Klageanträge im Ergebnis, sei es auf Grund neuen Vortrags, sei es auf Grund einer geänderten Rechtsauffassung (vgl. BGH, Urteil v. 28. Januar 2000 – *V ZR 402/98*, NJW 2000, 1405 [1406] [unter II.1.b]); Urteil v. 30. November 2012 – *V ZR 230/12*, NJW 2013, 1009 Rz. 9), voneinander abweichend entschieden würde.

49

3. Der Erlass eines nach § 301 ZPO unzulässigen Teilurteils stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, der in der Rechtsmittelinstanz von Amts wegen zu berücksichtigen ist (BGH, Urteil v. 11. Mai 2011 – *VIII ZR 42/10*, BGHZ 189, 256 = NJW 2011, 2736 Rzn. 19 ff.; Urteil v. 30. November 2012 – *V ZR 230/12*, NJW 2013, 1009 Rz. 9); dasselbe gilt für die Nichteinhaltung der Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils nach § 304 ZPO (vgl. BGH, Urteil v. 11. Mai 2011 – *VIII ZR 42/10*, BGHZ 189, 256 = NJW 2011, 2736 Rz. 23; Urteil v. 25. Oktober 2013 – *V ZR 230/12*, NJW 2014, 458 Rz. 25, jew. m.w.N.). Solche Rechtsfehler führen in der Regel zu einer (nicht antragsgebundenen) Aufhebung des Teilurteils und zur Zurückverweisung der Sache gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO (vgl. etwa Zöller-*Feskorn*, § 301 Rz. 23).

50

Jedoch nötigt ein Verstoß gegen § 301 ZPO nicht stets zu einer Aufhebung und Zurückverweisung. Allgemein anerkannt ist, dass das Berufungsgericht aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit davon absehen und statt dessen den in erster Instanz verbliebenen Streitstoff an sich ziehen kann (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 19. November 1959 – *VII ZR 93/59*, NJW 1960, 339 [340] [unter 4.]; Urteil v. 10. Juli 1991 – *XII ZR 109/90*, NJW 1991, 3036

51

[unter 1.]; Urteil v. 13. Oktober 2008 – *II ZR 112/07*, NJW 2009, 230 Rz. 7; Urteil v. 13. Juli 2011 – *VIII ZR 342/09*, NJW 2011, 2800 Rz. 33). Wenn ein Teilurteil wegen der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen unzulässig ist, hat das dagegen angerufene Rechtsmittelgericht allgemein nur dafür zu sorgen, dass es zu einer einheitlichen Entscheidung kommt (BGH, Urteil v. 10. Juli 1991 – *XII ZR 109/90*, NJW 1991, 3036 [unter 1.]). Kann sich eine in der Vorinstanz noch bestehende Gefahr einander widersprechender Entscheidungen auf Grund einer Entwicklung der Prozesslage nicht mehr verwirklichen, muss ein nach § 301 ZPO unzulässiges Teilurteil nicht mehr aufgehoben werden (BGH, Urteil v. 10. Juli 1991 – *XII ZR 109/90*, NJW 1991, 3036 [unter 1.]; Urteil v. 8. Mai 2014 – *VII ZR 199/13*, NJW-RR 2014, 979 Rz. 16).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze bedarf es vorliegend keiner Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin erklärt, die Klage insoweit zurückzunehmen, als ihr auf Verurteilung der Beklagten zur Freistellung von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten gerichteter Klageantrag (Klageantrag zu 4.) betroffen ist; die Beklagten haben in diese Teilrücknahme eingewilligt, die nach alledem im Sinne von § 269 Abs. 2 Satz 1 ZPO wirksam erfolgt ist. Dies hat im Hinblick auf § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO zur Folge, dass in entsprechendem Umfang der Rechtsstreit als nicht anhängig anzusehen ist und über den Freistellungsantrag keine Sachentscheidung mehr zu ergehen hat. Die durch den Erlass des angefochtenen Urteils geschaffene Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ist mithin mit Rücksicht auf die dargelegte Entwicklung der Prozesslage beseitigt.

52

B. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht darauf erkannt, dass die beklagten Unternehmen, die an dem vom Bundeskartellamt mit den Bußgeldbescheiden vom 18. Juli 2013 festgestellten Vertriebskartell beteiligt waren, als Gesamtschuldnerinnen der Klägerin dem Grunde nach auf Ersatz eines Kartellschadens in Zusammenhang mit dem streitbefangenen Kartellverstoß zu haften haben. Mit Recht hat das Landgericht insoweit auch eine gesellschaftsrechtlich begründete Mithaftung der selbst nicht kartellbeteiligten Beklagten zu 2. neben der Beklagten zu 1. angenommen.

53

1. Die Klägerin hat in Zusammenhang mit den streitbefangenen, der Beklagten zu 3. bzw. deren Rechtsvorgängerin (U.) in dem Zeitraum Februar 2001 bis April 2011 erteilten Aufträgen über Gleisoberbaumaterialien gegen die Beklagten dem Grunde nach einen Anspruch auf Kartellschadensersatz; die Beklagten zu 1. und 2. trifft insoweit eine Schadensersatzhaftung für die im Jahr 2003 oder später erfolgten Materialbeschaffungen, dies im Hinblick auf die entsprechend beschränkte Antragstellung der Klägerin (vgl. hierzu S. 165 f. der Klageschrift [unter D.]). Der Anspruch folgt hinsichtlich der in die Zeit vor dem 1. Juli 2005, dem Tag des Inkrafttretens der 7. GWB-Novelle (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 12. Juni 2018 – *KZR 56/16*, NZKart 2018, 315 = WuW 2018, 405 Rz. 76 – *Grauzementkartell II*), fallenden Beschaffungsvorgänge aus § 33 Satz 1 GWB (1999) a.F. und bezüglich der späteren Materialbeschaffungen aus § 33 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 GWB (2005) a.F. (zur Anwendbarkeit des zum Zeitpunkt des Beschaffungsvorgangs geltenden Rechts vgl. BGH, Urteil v. 28. Juni 2011 – *KZR 75/10*, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431 Rz. 13 - *ORWI*). Nach § 33 Satz 1 GWB (1999) a.F. ist derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verstößt, die den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet. Bei den nach den Feststellungen des Bundeskartellamts vom 18. Juli 2013 verletzten Vorschriften des § 1 GWB bzw. § 81 Abs. 1 EG handelt es sich um Schutzgesetze im Sinne des § 33 Satz 1 GWB (1999). Nach § 33 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 GWB (2005) a.F. ist derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig einen Verstoß nach § 33 Abs. 1 GWB

54

(2005) begeht, zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei den nach den Feststellungen des Bundeskartellamts vom 18. Juli 2013 verletzten Vorschriften des § 1 GWB bzw. § 81 Abs. 1 EG handelt es sich um von § 33 Abs. 1 GWB (2005) erfasste Vorschriften. Da es sich bei der Verabredung und Durchführung des von dem Bundeskartellamt geahndeten Vertriebskartells um eine gemeinschaftliche unerlaubte Handlung handelt, haften die kartellbeteiligten Beklagten zu 1. und zu 3. gemäß §§ 830 Abs. 1 Satz 1, 840 Abs. 1 BGB der Klägerin als Gesamtschuldnerinnen für die durch das Kartell verursachten Schäden.

2. Die Beklagte zu 2. hat im Jahr 2010 im Wege einer Umwandlung durch Abspaltung den Geschäftsbereich „Gleisbau“ der Beklagten zu 1. erworben und haftet daher nach § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG als Gesamtschuldnerin neben der Beklagten zu 1. für die vor Wirksamkeit der Spaltung bereits begründeten Verbindlichkeiten. Für erst nach Wirksamkeit der Spaltung entstandene Kartellschäden kommt eine Haftung der Beklagten zu 2. mit Rücksicht darauf, dass sie selbst nicht Kartelltäterin ist, dagegen zwar nicht in Betracht. Dies berührt den Bestand des angefochtenen Grundurteils indes nicht und führt nicht zu dessen teilweiser Abänderung und zu einer teilweisen Abweisung der gegen die Beklagte zu 2. gerichteten Klage.

55

Mit seinen u.a. gegen die Beklagten zu 1. und 3. erlassenen Bußgeldbescheiden ist das Bundeskartellamt von *einem* (gemeinschaftlichen) Kartellverstoß der Unternehmen ausgegangen, die sich an dem von ihm festgestellten Vertriebskartell beteiligten. Dies ist den Entscheidungen des Amts unzweideutig zu entnehmen, da mit ihnen den bebußten Unternehmen jeweils ein „*durch dieselbe Handlung*“ begangener Kartellrechtsverstoß zur Last gelegt und wegen dieses einen Verstoßes jeweils „*eine Geldbuße*“ gegen die Kartellbeteiligten verhängt worden ist. Dies gebietet in tatsächlicher wie auch rechtlicher Hinsicht ein Verständnis dahin, dass den Kartellanten eine nach § 1 GWB sowie Art. 81 Abs. 1 EG a.F. verbotene Verhaltenskoordinierung im Sinne einer Grundabsprache zur Last fällt, die freilich im Wege verschiedener einzelner Akte mehrfach umgesetzt worden ist. Wäre das Bundeskartellamt statt dessen von einer durch mehrere selbständige Handlungen begangenen Vielzahl von Kartellrechtsverstößen ausgegangen, wäre dies zum einen in seinen Entscheidungen entsprechend zum Ausdruck zu bringen gewesen und hätten die Kartellanten dementsprechend auch mit mehreren Geldbußen belegt werden müssen (vgl. § 20 OWiG). Da dies nicht geschehen ist, ist allein schon im Hinblick auf die Tatbestandswirkung des § 33 Abs. 4 GWB 2005 (vgl. jetzt: § 33b GWB [2017]) auch im vorliegenden Schadensersatzprozess davon auszugehen, dass der dem Klagebegehren zu Grunde liegende Gegenstand des erhobenen Anspruchs durch den Lebenssachverhalt konkretisiert wird, wie er durch die kartellbehördlich erkannte Grundabsprache und deren Praktizierung bzw. der durch sie adäquat kausal bewirkten Folgen gebildet wird. Nichts anderes folgt – entgegen der Auffassung der Beklagten – aus dem Umstand für sich genommen, dass in den Ausführungen der hier interessierenden Bußgeldbescheide an verschiedenen Stellen von „*Absprachen*“ (im Plural) die Rede ist (vgl. insoweit etwa Bußgeldbescheid gegen T.1, Umdruck S. 6: „... *praktizierten Hersteller bzw. Händler ... Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen. Diese Absprachen, ...*“, Umdruck S. 7: „*Die Absprachen betrafen den Vertrieb von Schienen, Weichen und Schwellen ...*“ und: „*Beteiligt an den Absprachen waren ...*“ und: „*Nach der Übernahme durch C. im August 2008 war die Nebenbetroffene nur noch in Einzelfällen an Absprachen beteiligt.*“). Der Annahme einer gegen das Kartellgesetz verstoßenden, freilich mehrfach ausgeführten, Grundabsprache steht der aufgezeigte Umstand in Anbetracht dessen, dass das Bundeskartellamt gegen die von ihm sanktionierten Unternehmen jeweils wegen (nur) *einer* verbotenen Handlung (nur) *eine* Geldbuße verhängt hat, nicht entgegen. Bei dieser Sachlage führt eine unbefangene und

56

verständige Betrachtung der Dinge vielmehr zu der Erkenntnis, dass das Bundeskartellamt in seinen Bußgeldentscheidungen die Pluralbildung „Absprachen“ verwendet hat, um die mehrfache Umsetzung einer kartellrechtswidrigen Grundabsprache durch koordinierende Maßnahmen der Kartellbeteiligten darzulegen, wie sie etwa - gemäß den kartellbehördlichen Feststellungen – durch Telekommunikation, persönliche Treffen oder Verbandssitzungen in Bezug auf einzelne Ausschreibungen bzw. Projekte erfolgten. Nicht dagegen diene die Verwendung des Plurals der Darlegung einer Mehrzahl von vermeintlich durch mehrere selbständige Handlungen im Sinne des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts begangenen Kartellrechtsverstößen bzw. wiederkehrend neu gebildeten (Ausschreibungs-) Kartellen. Das vorliegend vertretene Verständnis wird über die vorstehenden Ausführungen hinaus aber auch durch die Passagen der Bußgeldentscheidungen erhärtet, in denen unter Verwendung des Singulars zu einer „Absprache“ ausgeführt wird. So ist etwa in dem gegen die Beklagte zu 1. ergangenen Bußgeldbescheid unter den zu Ziff. 2.1 und 2.3 gefassten Überschriften von der „Art ...“ bzw. der „*Funktionsweise der Absprache*“ die Rede. Gleichlautend geht die vorbezeichnete Entscheidung des Bundeskartellamts unter ihrer Ziff. 4. im Sinne der Beendigung der T.1 zur Last gelegten Tat von einem „*Ende der Absprache*“ im Mai 2011 aus. In Einklang hiermit steht des Weiteren, dass unter Ziff. 5. der Amtsentscheidung es zur (bejahten) Zwischenstaatlichkeit heißt: „*Die Absprache erstreckte sich auf das gesamte Bundesgebiet ...*“. Dass Gegenstand des geahndeten Kartellrechtsverstößes eine mehrfach umgesetzte Grundabsprache ist, wird überdies etwa in den folgenden Ausführungen des Amts besonders deutlich:

„Der Ablauf der Absprache war insgesamt als Spielregel so etabliert, dass es häufig keiner ausdrücklichen bzw. Einzelfallabsprache zwischen den beteiligten Unternehmen bei den jeweiligen Projekten mehr bedurfte.“ (vgl. Bußgeldbescheid gegen die Beklagte zu 1., Umdruck S. 13 [1. Abs.], Hervorhebungen durch den Senat) 57

sowie 58

„... Insgesamt war der Teilnehmerkreis über die Jahre weitgehend unverändert; die Umsetzung der Absprache erfolgte weiterhin über Schein- bzw. Schutzangebote ...“ (vgl. a.a.O., Umdruck S. 15 [3. Abs.], Hervorhebungen durch den Senat). 59

Im hier zu untersuchenden Verhältnis der Klägerin zur Beklagten zu 2. kommt es für den Bestand der angefochtenen Zwischenentscheidung über den Anspruchsgrund nach § 304 ZPO allein darauf an, ob die Klägerin auf Grund des vom Bundeskartellamt festgestellten Kartellrechtsverstößes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe einen Schaden erlitten hat, für den (nach § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG) die Beklagte zu 2. zu haften hat. Dies ist, die vorstehenden Erwägungen zu Grunde gelegt, anzunehmen, sofern die Klägerin bereits vor Wirksamkeit der eingangs dargelegten Spaltung (Übertragung des Geschäftsbereichs „Gleisbau“ von der Beklagten zu 1. auf die Beklagte zu 2.) infolge der durch die streitbefangenen Beschaffungsvorgänge bewirkten Umsetzung der vom Amt geahndeten Grundabsprache (hinreichend wahrscheinlich) irgendeinen Schaden erlitten hat. Hieran besteht in Bezug auf den – in diesem Kontext interessierenden - zeitlichen Zusammenhang derjenigen streitbefangenen Beschaffungsvorgänge, derentwegen die Klägerin die Beklagten zu 1. und 2. in Anspruch nimmt, freilich kein ernsthafter Zweifel, da mit Blick auf die von der Klägerin bei U. getätigten Materialbeschaffungen – nach näherer Maßgabe der insoweit unstreitigen Darlegungen unter E.I.4.-12. der Klageschrift – neun zu Grunde liegende Rechtsgeschäfte in dem über sechs Jahre währenden Zeitraum von Juni 2003 bis Ende 2009, mithin noch vor Beginn des Jahres 2010, in dem die Spaltung wirksam wurde, erfolgten. Ob und inwieweit darüber hinaus noch weitere der 60

streitbefangenen Beschaffungsvorgänge bei der Klägerin (mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) zu einem Schaden geführt haben, kann nach dem Gesagten dahinstehen. Dies ist auch deshalb unklar, weil das Landgericht bislang keine eingrenzenden Feststellungen dazu getroffen hat, zu welchem Zeitpunkt innerhalb des Jahres 2010 konkret die Spaltung, an der die Beklagten zu 1. und 2. beteiligt gewesen sind, wirksam geworden ist, im genannten Jahr indes drei der streitbefangenen Rechtsgeschäfte abgeschlossen und die insoweit betroffenen Materiallieferungen auch in Rechnung gestellt wurden (vgl. hierzu Klageschrift, Vortrag unter E.I.13.-15.).

Da vor diesem Hintergrund auch diejenigen Beschaffungsvorgänge, hinsichtlich deren eine nach § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG abgeleitete Mithaftung der Beklagten zu 2. aus zeitlichen Gründen von vornherein ausscheidet, gegenwärtig nicht abschließend feststehen, sieht der Senat im Streitfall mangels prozessualer Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit davon ab, in Bezug (nur) auf einen einzelnen Beschaffungsvorgang, namentlich denjenigen aus dem Jahr 2011 (Fall E.I.16. der Klageschrift), wegen insoweit fehlender Mithaftung der Beklagten zu 2. die gegen sie erhobene Klage unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Grundurteils teilweise abzuweisen. Die Klärung dieser zum kartellbedingten Schaden und dessen Umfang gehörenden Frage kann vielmehr (vollumfänglich) dem Betragsverfahren über die Höhe des Anspruchs vorbehalten werden (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 29. Januar 2004 – *I ZR 162/01*, MDR 2004, 819, Rz. 10 bei juris; Senat, Urteil v. 26. September 2018 – *VI-U (Kart) 24/17*, Umdruck S. 13 [unter II.2.]).

3. Im Ausgangspunkt sind die in den eingangs genannten Bußgeldbescheiden – namentlich gegen T.1 und U. – getroffenen Feststellungen des Bundeskartellamts der Entscheidung des Streitfalls zu Grunde zu legen.

Dies folgt für die Beklagten zu 1. und 3., gegen die das Bundeskartellamt wegen des „Schienenkartells“ im Juli 2013 Bußgeldbescheide erlassen hat, bereits mit Rücksicht auf die Tatbestandswirkung des § 33 Abs. 4 GWB (2005). Diese Norm ist unabhängig vom Zeitpunkt des Kartellrechtsverstößes anwendbar, wenn – wie im Streitfall – ein entweder bereits vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle (1. Juli 2005) oder hiernach eingeleitetes kartellbehördliches oder gerichtliches Verfahren wegen Verstoßes gegen eine Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erst nach dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle bestandskräftig abgeschlossen worden ist (BGH, Urteil v. 12. Juni 2018 – *KZR 56/16*, NZKart 2018, 315 = WuW 2018, 405 Rzn. 30 ff. – *Grauzementkartell II*; so auch Senat, Urteil v. 30. September 2009 – *VI-U (Kart) 17/08*, WuW/E DE-R 2763, Rzn. 33-35 bei juris; Urteil v. 29. Januar 2014 – *VI-U (Kart) 7/13*, WuW/E DE-R 4477, Rz. 42 bei juris; Urteil v. 18. Februar 2015 – *VI-U (Kart) 3/14*, NZKart 2015, 201 = WuW/E DE-R 4601, Rz. 36 bei juris – *Schadensersatz aus Zementkartell*; OLG Karlsruhe, Urteil v. 31. Juli 2013 – *6 U 51/12 (Kart)*, NZKart 2014, 366, Rz. 47 bei juris – *Feuerwehrfahrzeuge*).

Darüber hinaus gilt für alle Beklagten, dass die Klägerin mit ihrem Vortrag die Feststellungen des Bundeskartellamts in den Prozess eingeführt und sich zu eigen gemacht hat, die Beklagten diese Feststellungen nicht bestritten haben und mithin das die Feststellungen des Bundeskartellamts aufgreifende Vorbringen der Klägerin gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen ist.

4. Die Beklagten zu 1. und zu 3. haben den vom Bundeskartellamt festgestellten Kartellrechtsverstoß vorsätzlich begangen; gegen diese Beurteilung wenden die Beklagten mit Recht nichts ein.

5. Auf der Grundlage der Feststellungen des Bundeskartellamts spricht eine unwiderlegt gebliebene tatsächliche Vermutung dafür, dass die Klägerin von dem streitbefangenen Kartellrechtsverstoß betroffen ist (vgl. zum Erfordernis der Kartellbetroffenheit BGH, Urteil v. 12. Juli 2016 – *KZR 25/14*, NZKart 2016, 436 Rz. 47 – *Lottoblock II*) und der Kartellrechtsverstoß zu ihrem - der Klägerin - Nachteil – im Sinne der Voraussetzungen für ein gemäß § 304 ZPO ergehendes Zwischenurteil über den Anspruchsgrund (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 7. März 2005 - *II ZR 144/03*, NJW-RR 2005, 1008 [1009]; Urteil v. 8. Dezember 2011 - *VII ZR 12/09*, NJW-RR 2012, 880 Rz. 13; Urteil v. 8. September 2016 – *VII 168/15*, NJW 2017, 265 Rz. 21) - einen Schaden in zumindest irgendeiner Höhe verursacht hat.

Dabei ist unter der Kartellbetroffenheit eines Marktteilnehmers und (potentiell) Geschädigten zum einen der Umstand zu verstehen, dass das Kartell gegenüber diesem Marktteilnehmer dergestalt praktiziert worden ist, dass die Kartellbeteiligten bei ihrem Marktverhalten die „Spielregeln“ des Kartells (unmittelbar) angewandt haben. Wie der Senat - gerade etwa auch in Parallelrechtsstreitigkeiten betreffend das sogenannte „Schienenkartell“, an denen auch die Prozessbevollmächtigten der hiesigen Parteien beteiligt gewesen sind – bereits entschieden hat (vgl. etwa Senat, Urteil v. 22. August 2018 – *VI-U (Kart) 1/17*, Umdruck S. 70 [unter II.B.Bb.1.] – *Schienenkartell*; Urteil v. 29. August 2018 – *VI-U (Kart) 11/17*, Umdruck S. 16 [unter II.B.3.b.]), ist ein Marktteilnehmer darüber hinaus aber auch dann von einem Kartellrechtsverstoß betroffen, wenn sich zu seinem Nachteil das Kartell im Sinne einer adäquat-kausalen Folge ausgewirkt hat. 67

In dem einen wie dem anderen Fall haben die Kartellbeteiligten einem auf Grund schuldhaften Kartellrechtsverstoßes geschädigten Marktteilnehmer auf Ersatz des Kartellschadens zu haften. Die Haftung beruht auch im Fall der adäquat-kausalen (mittelbaren) Auswirkung eines Kartells auf allgemeinen Grundsätzen; sie kommt etwa – wie im Streitfall und auch vom Senat zum „Schienenkartell-Komplex“ bereits entschiedenen Parallelrechtsstreitigkeiten (vgl. insoweit etwa Senat, Urteil v. 22. August 2018 – *VI-U (Kart) 1/17*, Umdruck S. 73 [unter II.B.Bb.1.d.] – *Schienenkartell*) – in Betracht, wenn ein Marktteilnehmer ein Rechtsgeschäft mit einem Kartelltäter abschließt und deshalb einen Schaden erleidet, weil der Kartellant einen ihm erst durch das Kartell faktisch eröffneten Preissetzungsspielraum nutzt, um auch dieses, von den Kartellabsprachen nicht unmittelbar erfasste, Geschäft zu nicht wettbewerbskonformen Bedingungen abzuschließen. 68

a. Wie der Senat bereits entschieden hat (vgl. Senat, Urteil v. 22. August 2018 – *VI-U (Kart) 1/17*, Umdruck S. 27 [unter II.B.Ba.3.a.] m.w.N. – *Schienenkartell*), spricht eine tatsächliche Vermutung für eine Kartellbetroffenheit, wenn das streitbefangene Geschäft nach den äußeren Umständen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht von der kartellrechtswidrigen Verhaltenskoordinierung erfasst wird. Diese Voraussetzungen sind vorliegend hinsichtlich der streitbefangenen Rechtsgeschäfte insoweit erfüllt, als sie durchweg diejenigen Gleisoberbaumaterialien betreffen, die Gegenstand der (auf Ausschreibungen bzw. Projekte bezogenen) Verhaltenskoordinierung der Kartellanten gewesen sind, das streitbefangene Kartell bundesweit praktiziert worden ist und alle Beschaffungsvorgänge in den vom Bundeskartellamt festgestellten Kartellzeitraum fallen. Sie sind allerdings insoweit nicht erfüllt, als im Streitfall den Materialbeschaffungen ausnahmslos keine Ausschreibungsverfahren vorausgegangen sind. 69

Unbeschadet dessen gilt die Vermutung der Kartellbetroffenheit aber auch hinsichtlich derjenigen Fälle, in denen – wie im Streitfall die Klägerin bei U. – ein Verkehrsunternehmen bei einem Kartellbeteiligten Gleisoberbaumaterialien ohne eine vorgängige Ausschreibung 70

erworben hat. Das vom Bundeskartellamt mit seinen Bußgeldentscheidungen vom 18. Juli 2013 festgestellte Kartell hat zwar unmittelbar nur Ausschreibungen zum Gegenstand gehabt. Wie der Senat bereits in Parallelrechtsstreitigkeiten zum „Schienenkartell-Komplex“ entschieden hat (vgl. etwa Senat, Urteil v. 22. August 2018 – VI-U (Kart) 1/17, Umdruck S. 69 f. [unter II.B.Bb.1.b.] – *Schienenkartell*), ist aber im Sinne einer tatsächlichen Vermutung widerleglich davon auszugehen, dass die Kartellbeteiligten, auch wenn sie ohne eine Ausschreibung wegen eines Auftrags angefragt worden sind, unter Ausnutzung eines erst durch das Kartell faktisch eröffneten Preissetzungsspielraums weitgehend die gleichen – nicht wettbewerbskonformen – Preise verlangt haben wie in Ausschreibungsfällen. Unter Gesichtspunkten der kaufmännischen wie auch kriminellen Vernunft war nämlich die Anpassung des bei Ausschreibungen üblichen Preisniveaus auch auf direkt erteilte Aufträge für die Kartellbeteiligten – wie im Streitfall U. – wirtschaftlich sinnvoll, weil sie praktisch risikolos eine Steigerung des jeweiligen Unternehmensgewinns versprach, und umgekehrt mussten die Kartellanten eine Aufdeckung des Kartells befürchten, wenn sie ihren Abnehmern außerhalb von Ausschreibungen niedrigere Preise angeboten hätten als sie auf Grund der Kartellabsprache in einem Angebotsverfahren offerierten.

b. Ebenso spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Kartellverstoß in Anbetracht der kartellbetroffenen Rechtsgeschäfte bei der Klägerin zu einem Schaden geführt hat. Wie der Senat in parallel gelagerten Fällen des „Schienenkartell-Komplexes“ bereits entschieden hat (vgl. hierzu im Einzelnen etwa Senat, Urteil v. 22. August 2018 – VI-U (Kart) 1/17, Umdruck S. 34 ff. [unter II.B.Ba.4.b.] m.w.N. – *Schienenkartell*), sind der vorliegend vom Bundeskartellamt bindend festgestellte „(Stamm)-Kundenschutz“ und Quotenkartelle wesensgleich und gilt wie für letztere auch für ein Kundenschutzkartell, dass seine Gründung und Praktizierung grundsätzlich der Steigerung des Gewinns der kartellbeteiligten Unternehmen dienen und aus diesem Grund eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass das Kartell gebildet und erhalten wird, weil es höhere als am Markt sonst erzielbare Preise erbringt. Die Vermutung eines kartellbedingten Schadens ist in einem solchen Fall umso mehr gerechtfertigt, je länger, intensiver, nachhaltiger und disziplinierter das Kartell praktiziert worden ist. Eben dies trifft, wie der Senat hinsichtlich des „Schienenkartell-Komplexes“ auch bereits in anderen hierzu ergangenen Entscheidungen ausgeführt hat (vgl. Senat, a.a.O.), vorliegend zu. Das streitbefangene Kartell ist mit ganz erheblicher Dauer – insgesamt ein Jahrzehnt lang – und auch mit ganz erheblicher Intensität betrieben worden. Hervorzuheben ist, dass namentlich mit U. und W. u.a. die marktstärksten Wettbewerber an dem Kartell beteiligt gewesen sind und die Kartellanten mit der Folge einer hohen Marktabdeckung flächendeckend im Bundesgebiet agierten; in diesem Zusammenhang ist in den Blick zu nehmen, dass die Beklagte zu 3. mit einem Anteil von 90 % an der Summe aller im Juli 2013 gegen die Kartellteilnehmer verhängten Bußgelder beteiligt gewesen ist (vgl. Fallbericht BKartA v. 6.9.2013) und dass ausweislich der Feststellungen des Bundeskartellamts U. und W. im Geschäftsbereich Schienen einen gemeinsamen Marktanteil von 90 % angestrebt hatten. Des Weiteren ist die Funktionsweise des Kartells als nachhaltig zu bezeichnen. Insoweit ist insbesondere zu erwähnen, dass die Spielregeln des Kartells ein differenziertes System von Kompensationsleistungen zu Gunsten der „schützenden“ Unternehmen vorsahen und zudem Lücken in der Kartelldisziplin der Kartellteilnehmer weder vom Bundeskartellamt festgestellt noch sonst ersichtlich sind.

Hinzu kommt, dass am Markt ein (funktionierender) Wettbewerb offenbar in erheblichem Umfang zumindest auch über den Preis zu führen ist. Dies findet gerade auch darin seinen Ausdruck, dass (1.) das streitbefangene Kartell die Vergabe von Aufträgen im Wege öffentlicher Ausschreibungen zum Gegenstand gehabt und (2.) eine „Spielweise“ des Kartells in dem Einreichen „gezielt überteuerter“ Angebote bestanden hat. Außerdem hat das

Bundeskartellamt jedenfalls in Bezug auf den Bereich „Weichen“ ausdrücklich auch Preisabsprachen zwischen den Kartellbeteiligten festgestellt.

In Einklang mit den vorstehenden Erwägungen steht überdies, dass der Gesetzgeber in Zusammenhang mit der 9. GWB-Novelle mit § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB 2017 eine (widerlegliche) Vermutung statuiert hat, dass ein Kartell einen Schaden verursacht und, wie der Senat bereits entschieden hat (vgl. Senat, Urteil v. 22. August 2018 – *VI-U (Kart) 1/17*, Umdruck S. 36 [unter II.B.Ba.4.b.aa.(2)] – *Schienenkartell*), der insoweit zu Grunde liegende praktische Erfahrungssatz, wonach Kartelle eine preissteigernde Wirkung besitzen, auch für Kartellsachverhalte heranzuziehen ist, die vor Inkrafttreten der genannten Vorschrift bereits abgeschlossen waren.

73

c. Zu keiner abweichenden Beurteilung Veranlassung geben die zur Begründung der nach dem hiesigen Schluss der mündlichen Verhandlung in einem Parallelrechtsstreit des „Schienenkartell-Komplexes“ ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. Dezember 2018 (BGH, Urteil v. 11. Dezember 2018 – *KZR 26/17*, zur Veröffentlichung vorgesehen – *Schienenkartell*) erfolgten Ausführungen, mit denen bei einem Quoten- und Kundenschutzkartell sowohl hinsichtlich der Kartellbefangenheit einzelner Aufträge (vgl. a.a.O. Rzn. 62 ff.) als auch hinsichtlich des Eintritts eines Schadens (vgl. a.a.O. Rzn. 55 ff.) die Voraussetzungen für einen Anscheinsbeweis verneint werden.

74

aa. Soweit der Bundesgerichtshof in der vorgenannten Entscheidung zu den Voraussetzungen einer tatsächlichen Vermutung für die Entstehung kartellbedingter Schäden ausführt (vgl. BGH, a.a.O. Rzn. 55 ff.), vermag der erkennende Senat dem schon im rechtlichen Ausgangspunkt nicht beizutreten. Anders als die in diesen Ausführungen enthaltenen Entscheidungszitate zu belegen scheinen, stehen die Erwägungen der *Schienenkartell*-Entscheidung vom 11. Dezember 2018 mit den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung im hier interessierenden Zusammenhang entwickelten (vgl. insbesondere BGH, Beschluss v. 28. Juni 2005 – *KRB 2/05*, WuW/E DE-R 1567 = NJW 2006, 163 [164 f.] [unter II.2.b)aa)], Rzn. 20 f. bei juris – *Berliner Transportbeton I*) und erst neulich noch bestätigten (vgl. BGH, Urteil v. 12. Juni 2018 – *KZR 56/16*, NZKart 2018, 315 = WuW 2018, 405 Rz. 35 – *Grauzementkartell II*) Rechtsgrundsätzen nicht in Einklang; von jenen, materiell zutreffenden, Grundsätzen abzuweichen, besteht mangels eines auch in der *Schienenkartell*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. Dezember 2018 selbst nicht aufgezeigten sachlichen Grundes indes keine Veranlassung ((1)). Unabhängig hiervon ist aber auch unter Berücksichtigung der rechtsgrundsätzlichen Erwägungen des letztgenannten Urteils im Streitfall mit im Sinne von § 304 ZPO hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der zu Grunde liegende Kartellverstoß einen Schaden bei der Klägerin verursacht hat ((2)).

75

(1) In seiner *Berliner-Transportbeton-I*-Entscheidung (Kartellbußgeldsache) hat der Bundesgerichtshof (vgl. BGH, Beschluss v. 28. Juni 2005 – *KRB 2/05*, WuW/E DE-R 1567 = NJW 2006, 163 [164 f.] [unter II.2.b)aa)], Rzn. 20 f. bei juris – *Berliner Transportbeton I*) den wirtschaftlichen Grundsatz aufgestellt, dass „die Gründung eines Kartells grundsätzlich der Steigerung des Gewinns der im Kartell beteiligten Unternehmen“ diene und hierzu im Einzelnen ausgeführt (Hervorhebungen durch den Senat):

76

„Die generelle Eignung eines Kartells, für seine Mitglieder wirtschaftliche Vorteile entstehen zu lassen, folgt schon daraus, daß die beteiligten Unternehmen durch die Festlegung bestimmter Quoten der Notwendigkeit enthoben sind, sich im Wettbewerb am Markt zur Erlangung von Aufträgen gegen konkurrierende Unternehmen durchzusetzen, was regelmäßig über die von ihnen angebotenen Preise erfolgt. Wird den beteiligten

77

Unternehmen von vornherein eine fest umrissene Quote zugedacht, können die Marktmechanismen keine Wirkung entfalten. Damit wird grundsätzlich der Preiswettbewerb weitgehend außer Kraft gesetzt. Deshalb liegt es nach der Lebenserfahrung nahe, daß die im Rahmen des Kartells erzielten Preise höher liegen als die im Wettbewerb erreichbaren Marktpreise. Das Unternehmen, das aufgrund der ihm eingeräumten Quote nicht im Wettbewerb bestehen muß, wird regelmäßig seine Preissenkungsspielräume nicht nutzen. Die Bildung eines Kartells und seine Durchführung indizieren daher, daß den Beteiligten hieraus auch jeweils ein Vorteil erwächst. Unternehmen bilden derartige Kartelle, um keine Preissenkung vornehmen und damit auch keine Gewinnschmälerung hinnehmen zu müssen. Nach ökonomischen Grundsätzen wird bei Kartellen regelmäßig eine Kartellrendite entstehen. Deshalb spricht ... eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß das Kartell gebildet und erhalten wird, weil es höhere als am Markt sonst erzielbare Preise erbringt. ... Je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert wurde und je flächendeckender es angelegt ist, um so höhere Anforderungen sind an die Darlegungen des Tatrichters zu stellen, wenn er einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Kartellabsprache verneinen will.“

Die vorstehenden Erwägungen hat der Bundesgerichtshof erst neulich in seiner *Grauzementkartell-II-Entscheidung* (Kartellzivilsache) (vgl. BGH, Urteil v. 12. Juni 2018 – KZR 56/16, NZKart 2018, 315 = WuW 2018, 405 Rz. 35 – *Grauzementkartell II*) vorbehaltlos und vollinhaltlich bestätigt und insoweit ausgeführt (Hervorhebungen durch den Senat):

78

„Wie der Bundesgerichtshof bereits früher ausgesprochen hat, entspricht es einem wirtschaftlichen Erfahrungssatz, dass die Gründung eines Kartells grundsätzlich der Steigerung des Gewinns der am Kartell beteiligten Unternehmen dient. Deshalb spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Kartell gebildet und erhalten wird, weil es höhere als am Markt erzielbare Preise erbringt (...). Damit ist es zugleich wahrscheinlich, dass bei den Abnehmern der Kartellanten hierdurch ein Schaden verursacht wird.“

79

Mit den vorbezeichneten Rechtsgrundsätzen steht die *Schienenkartell-Entscheidung* vom 11. Dezember 2018 bereits insoweit nicht in Einklang, als der Bundesgerichtshof seinem Urteil die genannten Grundsätze nur scheinbar (vgl. dort die Rechtsprechungsätze in Rz. 55) zu Grunde legt. Tatsächlich aber weicht der Bundesgerichtshof von diesen sowohl in der Diktion als auch (und vor allem) im Ergebnis ab. Anders als die Gründe des vorgenannten *Schienenkartell-Urteils* (vgl. a.a.O.) nahezulegen scheinen, ist den *Berliner-Transportbeton-I- und Grauzementkartell-II-Entscheidungen* des Bundesgerichtshofs nicht ein einschränkendes Verständnis dahin zu entnehmen, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen durch die Festlegung bestimmter Quoten (oder Zuweisung bestimmter Kunden) (nur) „in einem gewissen Umfang“ der Notwendigkeit enthoben seien, sich im Wettbewerb gegen Konkurrenten durchzusetzen. Ein solcher Vorbehalt ist jenen Entscheidungen nicht immanent. Vielmehr ist in ihnen ausgeführt, dass eine Zuweisung von Quoten zu einer Wirkungslosigkeit der Marktmechanismen und *grundsätzlich* zu einer Außerkraftsetzung des Preiswettbewerbs führe. Auch heißt es in den Gründen der *Berliner-Transportbeton-I- Entscheidung* – wie aber die in dem *Schienenkartell-Urteil* vom 11. Dezember 2018 zu Rz. 55 angeführten Rechtsprechungsätze suggerieren - nicht, dass nach ökonomischen Grundsätzen bei Kartellen (lediglich) „vielfach“ eine Kartellrendite entstehen werde; vielmehr gehen diese Gründe davon aus, dass dies nach ökonomischen Grundsätzen „regelmäßig“ der Fall sei. Mit letzterer Beurteilung geht die vom Bundesgerichtshof zuletzt in seiner *Grauzementkartell-II-Entscheidung* bestätigte Auffassung konform, dass, basierend auf einem entsprechenden „wirtschaftlichen Erfahrungssatz“, eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ dafür besteht, dass ein Kartell gebildet und erhalten wird, weil es höhere als am Markt erzielbare Preise erbringt. Diese ohne Weiteres zustimmungswürdige Auffassung bildet

80

folglich eine tragfähige Grundlage für die Annahme einer – vom erkennenden Senat auch im Hinblick auf das vorliegend zur Beurteilung stehende Kartell angewendeten - tatsächlichen (widerleglichen) Vermutung, dass ein horizontales Kartell zwischen Wettbewerbern einen Schaden zum Nachteil der Abnehmer der Kartellanten verursacht. Der Sache nach ganz offensichtlich von nichts anderem ist auch der Bundesgerichtshof ausgegangen, soweit er in der *Grauzementkartell-II*-Entscheidung auf der Grundlage des von ihm angenommenen wirtschaftlichen Erfahrungssatzes, dass die Gründung eines Kartells grundsätzlich der Gewinnmaximierung der an ihm Beteiligten diene, festgestellt hat, dass ein kartellbedingter Schaden der Abnehmer der Kartellanten „*zugleich wahrscheinlich*“ sei.

Seit Jahrzehnten geht ebenso die höchstrichterliche strafrechtliche Judikatur von dem Grundsatz aus, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass Submissionskartelle nicht gebildet und am Leben erhalten werden, wenn sie ihren Kartellmitgliedern bei Submissionen keine höheren als die sonst erzielbaren Marktpreise (Wettbewerbspreise) bringen (vgl. BGH, Urteil v. 8. Januar 1992 – 2 StR 102/91, BGHSt 38, 186 = NJW 1992, 921 [923] [unter III.4.a])).

81

Mit seiner *Schienenkartell*-Entscheidung vom 11. Dezember 2018 verlangt der Bundesgerichtshof als Voraussetzung für die Feststellung eines mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe entstandenen Kartellschadens über die Gründung und Erhaltung eines Kartells hinaus nunmehr eine Gesamtwürdigung aller Umstände unter Berücksichtigung einer Vielzahl von *weiteren* Faktoren; insoweit stellt er ab etwa auf die Anzahl der Marktteilnehmer, die Zahl der an den Absprachen beteiligten Unternehmen, deren Möglichkeiten zum für die Umsetzung der Absprachen erforderlichen Informationsaustausch, den Anteil der Marktabdeckung, den Grad der Kartelldisziplin und den Möglichkeiten der Marktgegenseite zur anderweitigen Bedarfsdeckung oder der Ergreifung sonstiger Gegenmaßnahmen (vgl. BGH, Urteil v. 11. Dezember 2018 – KZR 26/17, Rzn. 57 f.– *Schienenkartell*). Dies stellt der Sache nach freilich eine Abkehr von den oben dargelegten Rechtsgrundsätzen dar; dieser schließt sich der Senat indes nicht an, da es hierfür keinen sachlich gerechtfertigten Grund gibt. Dass und weshalb der höchstrichterlich noch bis vor Kurzem angenommene *wirtschaftliche Erfahrungssatz*, dass die Bildung und die Erhaltung eines Kartells - bereits für sich genommen - grundsätzlich der Gewinnsteigerung der beteiligten Unternehmen dienen und *deshalb* (vgl. BGH, Urteil v. 12. Juni 2018 – KZR 56/16, NZKart 2018, 315 = WuW 2018, 405 Rz. 35 – *Grauzementkartell II*) mit hoher Wahrscheinlichkeit (1.) zu höheren als am Markt sonst erzielbaren Preisen führen sowie (2.) zum Nachteil der Abnehmer der Kartellanten einen Schaden verursachen, keine Gültigkeit (mehr) besitzen soll, zeigen die Gründe des vorgenannten *Schienenkartell*-Urteils des Bundesgerichtshofs nicht auf und ist auch im Übrigen nicht ersichtlich.

82

Zu überzeugen vermag insbesondere auch nicht die angeführte Überlegung, dass Kartellabsprachen von Unternehmen getroffen würden, die – so der Bundesgerichtshof (vgl. BGH, Urteil v. 11. Dezember 2018 – KZR 26/17, Rz. 57 aE – *Schienenkartell*) – grundsätzlich ihre eigenen Interessen verfolgten und nicht durchweg bereit sein müssten, sich der Kartelldisziplin zu fügen. Dies ist im hier interessierenden Zusammenhang bereits insoweit nicht zielführend, als die Beurteilung der (am Maßstab des § 287 ZPO zu beantwortenden) Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen davon auszugehen ist, dass ein Verstoß gegen das Kartellverbot einen Schaden (in irgendeiner Höhe) verursacht hat, die (für sich genommen am Maßstab des § 286 ZPO zu treffende) Feststellung bereits voraussetzt, dass auf den womöglich schadensstiftenden Vorgang die Spielregeln des im Einzelfall zu Grunde liegenden Kartells tatsächlich angewendet worden sind oder diese Regeln sich insoweit im Sinne einer adäquat-kausalen Folge ausgewirkt haben. Etwaige Lücken in Bezug auf die

83

Kartelldisziplin, wie sie der Bundesgerichtshof an der vorbezeichneten Stelle seines *Schienenkartell*-Urteils in den Raum gestellt hat, betreffen dagegen der Sache nach die der Schadensprüfung vorgelagerte Frage der Kartellbetroffenheit des Kartellschadensersatzfordernden Marktteilnehmers auf Grund des im Einzelfall zu untersuchenden Vorganges (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 12. Juli 2016 –KZR 25/14, NZKart 2016, 436 Rz. 47 – *Lottoblock II*).

Aber auch unabhängig hiervon ist der vorgenannten Überlegung des Bundesgerichtshofs nicht zu folgen. Dass einzelne Unternehmen im Hinblick auf ihr Marktverhalten grundsätzlich jeweils individuelle Interessen verfolgen, steht zwar für sich genommen außer vernünftigen Zweifel. Dieser Befund steht jedoch nicht der Tatsache entgegen, dass verschiedene Unternehmen durch willentliche Koordinierung ihres Marktverhaltens gemeinsame wirtschaftliche Ziele definieren und konsequent verfolgen können. Eben dies trifft auf die Bildung und Umsetzung von Kartellabsprachen zwischen untereinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen, zumal wenn sie – wie auch im Streitfall – über eine erhebliche Dauer und flächendeckend im relevanten Markt praktiziert werden, regelmäßig zu. Unter den Gesichtspunkten kaufmännischer wie auch krimineller Vernunft der jeweils beteiligten Unternehmen spricht ein Erfahrungssatz dafür, dass die Teilnehmer eines Kartells deshalb unzulässige wettbewerbsbeschränkende Absprachen treffen und insoweit bewusst das Risiko einer Aufdeckung des Kartells und einer straf- oder bußgeldrechtlichen Verfolgung auf sich nehmen, weil sie sich von der Umsetzung des abgestimmten Verhaltens am Markt einen wirtschaftlichen Erfolg versprechen, von dem sie meinen, ihn ohne die verbotene Verhaltenskoordinierung nicht in adäquatem Umfang erzielen zu können (so bereits Senat, Urteil v. 22. August 2018 – VI-U (Kart) 1/17, NZKart 2018, 477 = WuW 2018, 541, Rz. 92 bei juris – *Schienenkartell*). Vor diesem Hintergrund entspricht es typischen Geschehensabläufen, wenn die kartellbeteiligten Unternehmen von den Möglichkeiten einer Steigerung ihrer Einnahmen bzw. Gewinne, die sie sich von dem Kartell versprechen, so weit wie möglich durch Umsetzung der Spielregeln des Kartells Gebrauch machen. Etwaige Lücken in der Kartelldisziplin sind aus verschiedenen Gründen hierdurch zwar nicht ausgeschlossen, stellen sich jedoch mit Blick auf die mit einem horizontal zwischen Wettbewerbern verabredeten Kartell wesensimmanent verfolgten und insoweit im Wesentlichen gleichgelagerten Interessen der beteiligten Unternehmen als Ausnahmen von ansonsten regelhaft festzustellenden Geschehensabläufen dar.

84

Darüber hinaus ist der vom Bundesgerichtshof mit seiner *Schienenkartell*-Entscheidung vom 11. Dezember 2018 vollzogene Abkehr von den von ihm selbst entwickelten Rechtsgrundsätzen insbesondere auch deshalb nicht zu folgen, weil, wie oben bereits dargelegt, der Gesetzgeber sich bei der Abfassung der 9. GWB-Novelle (2017) in bewusster Anknüpfung an von der Rechtsprechung entwickelte Ansätze und an die allgemeine Lebenserfahrung (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung v. 7.11.2016 [9. Gesetz zur Änderung des GWB], BT-Drucks. 18/10207, S. 55) entschieden hat, mit § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB n.F. eine (widerlegliche) gesetzliche Vermutung zu statuieren, dass ein Kartell zwischen Wettbewerbern einen Schaden verursacht. Dies gilt im Hinblick auf die Umstände des Streitfalls umso mehr, als das novellierte Kartellgesetz zu solchen Absprachen, für die die Schadensvermutung greift, beispielhaft unter anderem die Aufteilung von Absatzquoten (§ 33a Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 GWB) und die Aufteilung von Kunden (§ 33a Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 GWB) nennt. Auf diese Gesichtspunkte geht der Bundesgerichtshof in seinem *Schienenkartell*-Urteil nicht im Ansatz ein; sie stehen indes einer Aufgabe des von ihm noch in der *Grauzementkartell-II*-Entscheidung bestätigten wirtschaftlichen Erfahrungssatzes, dass ein, aus Sicht der beteiligten Unternehmen grundsätzlich Gewinnsteigerungszwecken dienendes, Kartell mit hoher Wahrscheinlichkeit bei Abnehmern der Kartellanten einen Schaden verursacht, zwingend entgegen. Daran ändert nichts, dass

85

die Vorschrift des § 33a GWB n.F. gemäß § 186 Abs. 3 Satz 1 GWB n.F. nur auf Schadensersatzansprüche anzuwenden ist, die erst nach dem 26. Dezember 2016 entstanden sind. Wie schon dargelegt, ist Grundlage der Anordnung des § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB n.F. die Annahme eines entsprechenden praktischen Erfahrungssatzes, der eine preissteigernde Wirkung von Kartellen indiziert. Wie der Senat bereits entschieden hat (vgl. Senat, Urteil v. 22. August 2018 – VI-U (Kart) 1/17, NZKart 2018, 477 = WuW 2018, 541, Rz. 117 bei juris – *Schienenkartell*), ist freilich kein Grund dafür ersichtlich, diesem Erfahrungssatz seine Geltung in Bezug auf ältere, das heißt – wie im Streitfall - vor dem Inkrafttreten von § 33a GWB n.F. bereits abgeschlossene, Sachverhalte, abzusprechen.

Ebenso wenig ist ein Grund ersichtlich, für den Anscheinsbeweis oder die Annahme einer widerlegbaren tatsächlichen Vermutung eine „sehr“ große Wahrscheinlichkeit eines Kartellschadens zu verlangen, während nach der bisherigen BGH-Rechtsprechung die hohe Wahrscheinlichkeit genügt hat. Das gilt umso mehr, als der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zu § 33a Abs. 2 GWB die von den Instanzgerichten bis dahin gewährten Darlegungs- und Beweiserleichterungen ausdrücklich gebilligt hat. Das schließt es aus, übertrieben strenge Anforderungen an den Sachvortrag und Nachweis des Kartellschadens zu stellen. 86

(2) Selbst wenn man die Feststellung eines mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe entstandenen Kartellschadens von weiteren Faktoren wie den in dem *Schienenkartell*-Urteil des Bundesgerichtshofs genannten (vgl. dort Rz. 57) abhängig machen wollte, würde im Streitfall in Gesamtwürdigung aller hiernach maßgeblichen Umstände von einem auf den Kartellverstoß zurückzuführenden Kartellschaden bei der Klägerin auszugehen sein. 87

Wie oben bereits dargelegt, ist das Kartell über eine ganz erhebliche Dauer und mit erheblicher Intensität betrieben worden. Dabei hat das Kartell eine besonders hohe Marktabdeckung erreicht, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass mit U. und W. die marktstärksten Wettbewerber, die zudem in kartellbefangener Zeit im Geschäftsbereich Schienen einen gemeinsamen Marktanteil von 90 % angestrebt hatten, während des gesamten Kartellzeitraums flächendeckend im Bundesgebiet in allen Regionen an dem Kartell beteiligt gewesen sind. Dagegen ist im Streitfall von wie auch immer beschaffenen Einschränkungen der kartellbeteiligten Unternehmen in ihren Möglichkeiten zum für die Umsetzung der Kartellabsprache erforderlichen Austausch von Informationen nicht auszugehen. Weder hat das Bundeskartellamt in seinen Bußgeldentscheidungen dahingehende Feststellungen getroffen noch haben die Prozessparteien hierzu auch nur im Ansatz Sachvortrag gehalten. Ebenso wenig ist vorliegend davon auszugehen, dass die Kartelldisziplin Lücken aufgewiesen hat oder der Marktgegenseite relevante Möglichkeiten zur anderweitigen Bedarfsdeckung oder der Ergreifung sonstiger Gegenmaßnahmen zur Verfügung gestanden haben. Auch in Bezug auf solchartige Gesichtspunkte fehlt es an jeglichen kartellbehördlichen Feststellungen und auch an jeglichem Sachvortrag der Parteien in den Tatsacheninstanzen. Solche Umstände sind daher im Streitfall auszuschließen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass öffentliche Auftraggeber grundsätzlich u.a. dazu verpflichtet sind, die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll und über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots zu informieren (§ 134 Abs. 1 GWB n.F.). Das Bestehen dieser Verpflichtung lässt freilich für das streitbefangene Submissionskartell eine Einhaltung der Kartelldisziplin nur umso mehr erwarten. Die Informationspflicht des Auftraggebers führt zu einer hohen Transparenz unter den Angeboten. Angesichts dessen erscheint ein Abweichen eines am Kartell beteiligten Unternehmens von der Kartelldisziplin 88

von vornherein besonders riskant für dieses Unternehmen, da es mit einer alsbaldigen Aufdeckung seines Bietverhaltens und infolgedessen mit Vergeltungsmaßnahmen durch die übrigen Unternehmen rechnen muss.

Nach alledem spricht eine tatsächliche (widerlegliche) Vermutung für einen Kartellschaden nicht nur in den Fällen der Auftragsvergabe nach vorgeschaltetem Ausschreibungsverfahren, sondern ebenso in den Fällen, in denen – wie durchweg im Streitfall – die Beschaffung von Gleisoberbaumaterialien zwar ohne vorgängige Ausschreibung erfolgt ist, bei denen sich aber die Kartellregeln unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung eines durch das Kartell erst eröffneten Preissetzungsspielraums im Sinne einer adäquat-kausalen Folge zum Nachteil des Kartellgeschädigten ausgewirkt haben. 89

Soweit der Bundesgerichtshof mit seiner *Schienenkartell*-Entscheidung vom 11. Dezember 2018 dem Berufungsgericht die Befassung mit dem Vorbringen der dort beklagten Parteien aufgegeben hat, die Absprachen hätten nicht zu einer Preiserhöhung, sondern lediglich zu einer besseren Auslastung der Produktionskapazitäten der beteiligten Unternehmen geführt (vgl. dort Rz. 58), wird bezüglich des vorliegend gleichartigen - und in der Sache zu verwerfenden - Einwandes der Beklagten nachstehend unter b. ausgeführt. 90

bb. Ebenfalls bereits im rechtlichen Ausgangspunkt nicht zu folgen vermag der Senat dem Bundesgerichtshof in seiner in dem *Schienenkartell*-Urteil vom 11. Dezember 2018 vertretenen Auffassung (vgl. BGH, a.a.O. Rzn. 62 ff.) zu Voraussetzungen und Grenzen einer zu Gunsten der Kartellbefangenheit einzelner Beschaffungsvorgänge sprechenden tatsächlichen Vermutung ((1)). Unbeschadet dessen führt im Streitfall auch eine Gesamtwürdigung aller Umstände am Maßstab der vom Bundesgerichtshof in der vorbezeichneten Entscheidung für richtig gehaltenen Grundsätze zu der Annahme einer tatsächlichen (widerleglichen) Vermutung, dass die streitbefangenen Beschaffungsgeschäfte von dem vorliegend zur Beurteilung stehenden Kartell betroffen sind ((2)). 91

(1) Den rechtsgrundsätzlichen Ausführungen, mit denen der Bundesgerichtshof in seiner *Schienenkartell*-Entscheidung einen für die Kartellbefangenheit einzelner Beschaffungsvorgänge sprechenden Anscheinsbeweis bzw. eine dahingehende tatsächliche Vermutung abgelehnt hat, tritt der Senat nicht bei. 92

Soweit der Bundesgerichtshof eingangs seiner hier interessierenden Erwägungen noch dafürhält, dass bei Quoten- und Kundenschutzabsprachen eine tatsächliche Vermutung dafür begründet sein könne, dass Aufträge, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich der Absprachen fallen, von diesen erfasst wurden und damit kartellbefangen waren (vgl. BGH, a.a.O. Rz. 61), ist dieser Überlegung allerdings zuzustimmen; von ihr geht vorliegend auch der erkennende Senat aus. Indes ist den Erwägungen, die nach Auffassung des Bundesgerichtshofs zu einem Entfallen der tatsächlichen Vermutung führen sollen, bereits in grundsätzlicher Hinsicht zu widersprechen. 93

(1.1) Für einen Fortfall der tatsächlichen Vermutung der Kartellbefangenheit einzelner sachlich, räumlich und zeitlich in den Bereich einer Kartellabsprache fallender Rechtsgeschäfte lässt der Bundesgerichtshof u.a. bereits die bloße Möglichkeit genügen, dass die Umsetzung des Kartells „auf praktische Schwierigkeiten“ stößt, wie es – so der Bundesgerichtshof – „insbesondere“, freilich offenbar nicht ausschließlich, in der Anfangsphase etwa bei Einschränkungen des Informationsaustausches der Fall sein könne, die auf eine besondere Vorsicht der Kartellbeteiligten im Hinblick auf eine von ihnen befürchtete Gefahr der Aufdeckung des Kartells zurückzuführen ist (vgl. BGH, a.a.O. Rz. 62). Dieser Ansatz führt praktisch zu einer weitgehenden Entwertung des Rechtsinstituts eines zu 94

Gunsten der Kartellbefangenheit einzelner Rechtsgeschäfte sprechenden Anscheinsbeweises bzw. einer dahingehenden tatsächlichen (widerleglichen) Vermutung und ist daher nicht zustimmungswürdig. Die bloße abstrakte Möglichkeit, dass die Umsetzung von Kartellabsprachen auf „praktische Schwierigkeiten“ wie etwa in dem vom Bundesgerichtshof bemühten Beispiel einer von den Kartellbeteiligten in Rechnung gestellten Gefahr der Entdeckung stößt, wird sich für sich genommen in kaum einem Einzelfall von vornherein ausschließen lassen; dies gilt unabhängig von Umständen wie etwa dem Gegenstand der jeweiligen Absprachen, den am Kartell beteiligten Marktteilnehmern, dem Anteil der Marktabdeckung des Kartells oder dem Bestehen bzw. Nichtbestehen von Marktmacht der Marktgegenseite (vgl. insoweit die vom Bundesgerichtshof a.a.O. Rzn. 62 i.V.m. 57 im hier interessierenden Zusammenhang bemühten Umstände, die auch als Faktoren bei der Prüfung eines Kartellschadens zu berücksichtigen sein sollen). Könnten auf Kartellschadensersatz in Anspruch genommene Kartellanten im Prozess gegen die Anwendung einer zu Gunsten der Kartellbefangenheit einzelner Rechtsgeschäfte sprechenden tatsächlichen Vermutung generell bereits mit dem Einwand durchdringen, die Umsetzung ihrer Absprachen *könnte* auf praktische Schwierigkeiten gestoßen sein, wäre dies mit dem Effektivitätsgrundsatz nicht zu vereinbaren, nach dem – wie auch der Bundesgerichtshof ausgeführt hat (vgl. BGH, a.a.O. Rz. 56) – dem einzelnen Betroffenen die wirkungsvolle Inanspruchnahme von Kartelltätern auf Schadensersatz nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf.

Dies gilt umso mehr, als die vom Bundesgerichtshof an genannter Stelle beispielhaft im Sinne 95 von „praktischen Umsetzungsschwierigkeiten“ angeführten Fälle bei Lichte betrachtet tatsächlich nicht geeignet sind, die Regelmäßigkeit in Frage zu stellen, mit der ein in allen Qualitäten (sachlich, räumlich und zeitlich) festzustellendes Sicheinfügen eines bestimmten Rechtsgeschäfts in den äußeren Rahmen einer Kartellabsprache mit einer wissentlichen und willentlichen Umsetzung dieser Absprache durch die kartellbeteiligten Unternehmen im jeweiligen Einzelfall einhergeht. Auch im hiesigen Kontext ist insbesondere in den Blick zu nehmen, dass die Teilnehmer eines Wettbewerberskartells schon bei dessen Gründung regelmäßig die Erzielung von im Falle eines wettbewerbskonformen Verhaltens nicht zu erwartenden wirtschaftlichen Vorteilen bezwecken *und* aus diesem Grund bewusst die der Natur der Sache nach niemals auszuschließende Gefahr auf sich nehmen, nach einer womöglich eintretenden Aufdeckung des Kartells straf- oder bußgeldrechtlich verfolgt zu werden. Diese Gefahr ist einem nach der Rechtsordnung verbotenen Kartell wesensimmanent. Sie kann daher vor dem Hintergrund der dargelegten typischen Zielrichtung eines zwischen Wettbewerbern verabredeten Kartells – entgegen der im *Schienenkartell*-Urteil des Bundesgerichtshofs geäußerten Auffassung – richtigerweise nur in gewissen *Ausnahmefällen* der Grund dafür sein, dass auf ein für sich genommen (in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht) dem äußeren Rahmen des Kartells unterfallendes Geschäft zwischen einem Kartellanten und seinem Abnehmer die Spielregeln des Kartells keine Anwendung gefunden haben. Eine solche Ausnahme mag beispielsweise in Betracht kommen, wenn etwa im konkreten Einzelfall aus Sicht der kartellbeteiligten Unternehmen ein bestimmter Abnehmer aus gewissen Gründen als besonders kritisch oder misstrauisch eingeschätzt wird und deshalb in Bezug auf seine Person die Kartellanten von einem besonders hohen bzw. in Anbetracht ihres Abnehmerkreises überdurchschnittlichen Entdeckungsrisiko ausgehen, das sie, womöglich auch mit Blick auf einen nach ihren Erwartungen diesem Risiko nicht adäquaten wirtschaftlichen Erfolg, nicht einzugehen bereit sind. Die Annahme eines solchen Ausnahmefalles bedarf im Prozess freilich eines substantiierten Sachvortrags und nötigenfalls eines Beweises. Namentlich unter dem Gesichtspunkt des Effektivitätsgrundsatzes insoweit darlegungs- und beweisbelastet sind die auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Kartellanten. Nur sie haben Kenntnis von den

tatsächlichen Umständen, von denen die Feststellung abhängt, ob im einzelnen Fall auf ein sich in den äußeren Rahmen einer Kartellabsprache einfügendes Rechtsgeschäft mit einem Abnehmer ausnahmsweise die Spielregeln des Kartells keine Anwendung gefunden haben. Der Abnehmer eines Kartellanten steht demgegenüber typischerweise außerhalb des Kreises derjenigen Personen, die von dem für eine solche Feststellung maßgeblichen Sachverhalt aus eigener Wahrnehmung Kenntnis besitzen; wie auf der Hand liegt, verfügt er zudem in aller Regel auch nicht über zur Sachverhaltsaufklärung geeignete Beweismittel, insbesondere auch nicht über einen Zugang zu unabhängigen und nicht selbst am Prozess beteiligten Beweispersonen.

Das vorstehend dargelegte Verständnis steht darüber hinaus auch in Einklang mit dem – wie oben unter (1) im Einzelnen ausgeführt – unverändert Geltung beanspruchenden wirtschaftlichen Erfahrungssatz, demzufolge ein gegründetes und erhaltenes Kartell im Hinblick auf die ihm grundsätzlich innewohnende Zwecksetzung einer Steigerung der Gewinne der beteiligten Unternehmen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu höheren als am Markt sonst erzielbaren Preisen und zum Nachteil der Abnehmer der Kartellanten zu einem Schaden führt. Dieser ökonomische Grundsatz geht denknotwendig von der Prämisse aus, dass bei einem über eine gewisse Dauer unterhaltenen Kartell die diesem zu Grunde liegenden Absprachen tatsächlich so weit wie möglich umgesetzt werden. Richtigerweise ist vor diesem Hintergrund eine Umsetzung von Kartellabsprachen im einzelnen Fall (jedenfalls) dann indiziert, wenn das von einem Kartellanten mit einem Abnehmer abgeschlossene Geschäft dadurch gekennzeichnet ist, dass es sich in den äußeren Rahmen der Absprachen einfügt. 96

(1.2) Ebenso wenig ist dem Bundesgerichtshof beizupflichten, soweit er in seinem *Schienenkartell*-Urteil ausgeführt hat, dass gerade bei Kartellabsprachen, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken und ein großes Gebiet abdecken sollen, damit zu rechnen sei, dass sie zeitlich und räumlich unterschiedliche Intensität aufweisen (vgl. BGH, a.a.O. Rz. 64). Ein solcher Erfahrungssatz ist dem erkennenden Senat, der seit mehr als 20 Jahren mit Kartellsachen befasst ist, nicht bekannt. Der Senat stimmt vielmehr der vom Bundesgerichtshof selbst bislang vertretenen – gegenteiligen - Beurteilung zu, dass das Ziehen wirtschaftlicher Vorteile aus Kartellabsprachen und hiermit einhergehend eine weitgehende Umsetzung solcher Absprachen umso wahrscheinlicher sind, je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert wird und je flächendeckender es angelegt ist (vgl. in diesem Sinne BGH, Beschluss v. 28. Juni 2005 – *KRB 2/05*, WuW/E DE-R 1567 = NJW 2006, 163, Rz. 21 bei juris – *Berliner Transportbeton I*). 97

Selbst wenn aber bei lange währenden und großräumig angelegten Kartellen mit unterschiedlichen Intensitäten ihrer Praktizierung „zu rechnen“ wäre, kann die insoweit angesprochene bloß abstrakte Möglichkeit für sich genommen richtigerweise nicht in Frage stellen, dass ein sich in den äußeren Rahmen einer Kartellabsprache einfügendes Geschäft in aller Regel auch von diesem Kartell betroffen ist; diesbezüglich gilt nichts anderes als für die oben bereits erörterte abstrakte Möglichkeit des Bestehens „praktischer Umsetzungsschwierigkeiten“. 98

(2) Von einer tatsächlichen (widerleglichen) Vermutung für die Kartellbefangenheit der dem Klagebegehren zu Grunde liegenden Beschaffungsgeschäfte ist im Streitfall freilich auch dann auszugehen, wenn man mit dem Bundesgerichtshof eine umfassende tatrichterliche und am Überzeugungsmaßstab des § 286 ZPO orientierte Würdigung aller Umstände vornimmt. 99

Soweit ein Abnehmer eines am streitbefangenen Kartell beteiligten Unternehmens in der Kartellzeit sich der Kartellabsprache unterfallende Gleisoberbaumaterialien im Wege eines Ausschreibungsverfahrens beschafft hat, fügen sich solche „Ausschreibungsfälle“ – wie oben bereits dargelegt - sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich der vom Bundeskartellamt festgestellten Kartellabsprache ein, weshalb für sie eine tatsächliche Vermutung der Kartellbefangenheit in Betracht kommt (vgl. BGH, Urteil v. 11. Dezember 2018 – *KZR 26/17*, Rz. 61 – *Schienenkartell*). Hinsichtlich dieser Feststellung ist – entgegen der vom Bundesgerichtshof in einem Parallelrechtsstreit im Rahmen seiner vorbezeichneten Entscheidung vertretenen Auffassung (vgl. BGH, a.a.O. Rz. 63) – nicht erheblich, ob im einzelnen Fall der Abnehmer des Kartellanten dessen „Stammkunde“ gewesen ist. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts basierte zwar die Absprachepraxis im Privatmarkt – worauf der Bundesgerichtshof in der vorbezeichneten Entscheidung rekurriert – maßgeblich darauf, dass den einzelnen Unternehmen bestimmte „Alt-“ bzw. „Stammkunden“ zugeordnet waren. In den Blick zu nehmen ist indes darüber hinaus, dass, wie den ebenfalls bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts zu entnehmen ist, die Vergabe einer Ausschreibung an den „Stammlieferanten“ lediglich den gedachten „Grundfall“ der Kartellabsprache abgebildet hat, von dem es aber nach dem gemeinsamen Verständnis der Kartellbeteiligten namentlich unter dem Gesichtspunkt sogenannter „Kompensationsgeschäfte“ auch bewusste und gewollte Abweichungen gegeben hat (so zutreffend auch OLG Jena, Urteil v. 22. Februar 2017 – *2 U 583/15 Kart*, NZKart 2017, 540 = WuW 2017, 204, Rz. 74 bei juris – *Schienenkartell*; OLG München, Urteil v. 8. März 2018 – *U 3497/16 Kart*, NZKart 2018, 230, Rz. 125 bei juris – *Kartell der Schienenfreunde*). Als eine solche Ausgleichsmaßnahme im Sinne der Kartellregeln kam insbesondere auch in Betracht, dass bei der Vergabe eines Auftrages bewusst einem Unternehmen der „Vortritt“ eingeräumt wurde, das bei einem vorgängigen „gleichwertigen“ Projekt nicht zum Zuge gekommen war (vgl. hierzu etwa Bußgeldbescheid des BKartA v. 18.7.2013 gegen U., Umdruck S. 12 [letzter Abs.]). Mithin ist die etwaige Vergabe einer Ausschreibung an ein anderes Unternehmen als den „Stammlieferanten“ bereits Bestandteil der Spielregeln des Kartells gewesen. Angesichts dessen ist im Hinblick auf das vorliegend zu beurteilende Kartell (auch) eine solche Vergabe nicht bereits für sich genommen, sondern vielmehr nur dann – ausnahmsweise – nicht als ein der Kartellabsprache folgender Umsetzungsakt anzusehen, wenn besondere Umstände wie zum Beispiel eine Lücke in der Kartelldisziplin festzustellen sind, die den Grund für eine im einzelnen Fall unterbliebene Anwendung der Kartellregeln gebildet haben. Solche besonderen Umstände liegen der Natur der Sache nach typischerweise außerhalb des eigenen Wahrnehmungsbereichs des dem Kartellanten gegenüberstehenden Abnehmers. Diesem stehen über den Beweis einer Parteivernehmung des Prozessgegners hinaus in aller Regel auch keine weiteren Beweismittel wie insbesondere unabhängige prozessunbeteiligte Beweispersonen zur Verfügung, um eine auf das Vorliegen von im vorgenannten Sinne besonderen Umständen gerichtete Behauptung des Kartellanten womöglich zu widerlegen. Der Effektivitätsgrundsatz gebietet deshalb, dass den auf Kartellschadensersatz in Anspruch genommenen Kartellanten die Obliegenheit trifft, substantiierten Sachvortrag zu dem Vorliegen von Ausnahmetatsachen im hier interessierenden Sinne zu halten und erforderlichenfalls zu beweisen. Der dem Senat zur Entscheidung unterbreitete Sachverhalt bietet indes weder in Anbetracht der zum streitbefangenen Kartell getroffenen Feststellungen des Bundeskartellamts noch im Hinblick auf das darüber hinaus gehende Parteivorbringen auch nur im Ansatz Anhalt für eine Feststellung dahin, dass (womöglich) nicht an Stammlieferanten des Abnehmers vergebene Ausschreibungen durchgängig oder zumindest in bestimmten einzelnen Fällen von der Kartellabsprache unbeeinflusst geblieben sind und sich nicht als Umsetzung derselben darstellen. Vielmehr haben die Beklagten vor den Tatgerichten *jegliche* Darlegung entsprechender Tatsachen wie nur zum Beispiel bezüglich einer brüchigen Kartelldisziplin unterlassen. Bei dieser Sachlage hat für den Senat auch

keine prozessuale Veranlassung (und Berechtigung) bestanden, die Beklagten zu einem Sachvortrag anzuhalten, dem das Vorliegen von gegen die Vermutung der Kartellbefangenheit sprechenden besonderen Umständen womöglich zu entnehmen sein könnte. Solche besonderen Umstände sind nach alledem im Streitfall auszuschließen.

Nichts anderes gilt in Bezug auf solche Umstände, wie sie nach der im *Schienenkartell*-Urteil 101 geäußerten Auffassung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, a.a.O. Rzn. 62 i.V.m. ibs. 57) sowohl im Zusammenhang mit dem Eintritt eines Schadens als auch bei der Frage der Kartellbefangenheit von Aufträgen eine Rolle spielen sollen. Wie insoweit bereits oben dargelegt, ist auch das Vorliegen solcher Umstände vorliegend auszuschließen.

Mangels *jedweden* entsprechenden Sachvortrags oder sonstigen Anhalts ist des Weiteren im 102 Streitfall auszuschließen, dass durchgängig oder auch nur in bestimmten einzelnen Fällen die Umsetzung der Kartellabsprache auf irgendwelche praktische Schwierigkeiten (vgl. BGH, a.a.O. Rz. 62: Entdeckungsgefahr) bei dem Informationsaustausch gestoßen ist.

Bereits aus dem gleichen Grund auszuschließen ist, dass vermeintliche Unterschiede in der 103 Intensität der Kartellabsprachen, die unter Umständen auf zeitliche und räumliche Gesichtspunkte zurückzuführen sein könnten (vgl. BGH, a.a.O. Rz. 64), bei auch nur irgendeinem Ausschreibungsfall überhaupt eine Rolle spielten und eine tragfähige Grundlage für eine Feststellung dahin darstellen, dass diese Rechtsgeschäfte ganz oder teilweise ohne Anwendung der Kartellregeln zustandekamen. Freilich liegt eine solche Feststellung jedenfalls für im Wege der Ausschreibung mit U. zustandegekommene Geschäfte ohnehin von vornherein völlig fern. Diese Kartellantin war nämlich – wie bereits dargelegt – (zumindest neben W.) die am Markt stärkste Wettbewerberin und während der Kartellzeit flächendeckend in allen Regionen am Kartell beteiligt. Der Senat hält lediglich ergänzend fest, dass die vom Bundeskartellamt getroffenen Feststellungen, dass sich die Absprachen mit der Zeit hinsichtlich Struktur und Teilnehmer mit den Marktgegebenheiten änderten und zudem regional unterschiedliche Intensität aufwiesen, für sich genommen – anders als der Bundesgerichtshof offenbar meint (vgl. BGH, a.a.O. Rz. 64) – kein Indiz für eine – vorliegend von keiner Partei auch nur im Ansatz behauptete - mangelhafte Kartelldisziplin aller, einer Vielzahl der oder auch nur bestimmter einzelner Kartellteilnehmer liefern. Dies gilt nur umso mehr, als das Bundeskartellamt des Weiteren auch festgestellt hat, dass die Absprachen immer mit demselben Grundverständnis sowie mit vergleichbarem Ablauf und ähnlicher Umsetzung erfolgten.

Ist nach alledem von einer eingehaltenen Kartelldisziplin sowie Umsetzung der 104 Kartellabsprache bei Ausschreibungen auszugehen, ist unter Würdigung der vorstehend aufgezeigten Umstände im Sinne einer tatsächlichen (widerleglichen) Vermutung ebenso davon auszugehen, dass U. bei den streitbefangenen, nicht auf vorgängigen Ausschreibungsverfahren beruhenden, Beschaffungsgeschäften unter Ausnutzung eines erst durch das Kartell faktisch eröffneten Preissetzungsspielraums der Klägerin nicht wettbewerbskonforme Preise abverlangt und hierdurch einen Schaden zugefügt hat.

d. Die Beklagten haben die tatsächliche Vermutung der Kartellbetroffenheit und eines 105 kartellbedingten Schadens nicht widerlegt; dies geht zu ihren Lasten, da sie nach den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. hierzu die Nachweise bei Senat, Urteil v. 22. August 2018 – VI-U (Kart) 1/17, Umdruck S. 29 [unter II.B.Ba.3.b.] – *Schienenkartell*) die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Vorliegens solcher besonderen Umstände trifft, die im Einzelfall die tatsächliche Vermutung erschüttern.

aa. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist unerheblich, dass auf die konkreten streitbefangenen Beschaffungsgeschäfte bezogene Einzelabsprachen der Kartellbeteiligten weder dargetan noch sonst festzustellen sind. Ebenso wenig verfährt der Einwand der Beklagten zu 1. und 2., dass das Bundeskartellamt festgestellt habe, T.1 sei „*lediglich regional an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen beteiligt*“ gewesen und dass die Klägerin darzulegen und zu beweisen habe, dass die Region ... von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen unter Teilnahme der Beklagten zu 1. betroffen gewesen sei.

(1) Nach den zu Grunde zu legenden Feststellungen des Bundeskartellamts operierte das Kartell bundesweit und an ihm waren während des Kartellzeitraums durchgängig jedenfalls die marktstärksten Wettbewerber U. und W. beteiligt. Dies allein begründet für sich genommen bereits die Vermutung, dass in kartellbefangener Zeit *alle* Ausschreibungen der hier interessierenden Gleisoberbaumaterialien in Deutschland von dem Kartell erfasst gewesen sind. Vor dem genannten Hintergrund ist freilich ebenso zu vermuten, dass auch *alle* in kartellbefangener Zeit ohne vorgängige Ausschreibung an Beteiligte des vom Bundeskartellamts festgestellten Kartells vergebene Beschaffungsaufträge deshalb kartellbetroffen sind, weil sich in diesen Fällen das Kartell unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung eines erst durch das Kartell faktisch eröffneten Preissetzungsspielraums im Sinne einer adäquat-kausalen Folge zum Nachteil der Gleisoberbaumaterialien nachfragenden Verkehrsunternehmen ausgewirkt hat. Diese Vermutung in Bezug auf die vorliegend streitbefangenen Beschaffungsvorgänge zu widerlegen, obliegt – wie schon aufgezeigt – den beklagten Prozessparteien, zu deren Lasten die Vermutung spricht; dieser Obliegenheit haben die Beklagten indes mangels jeglichen insoweit ergiebigen Sachvortrags nicht entsprochen. Der pauschale Hinweis auf in den Bußgeldentscheidungen – wie die Beklagten meinen - „fehlende“ Feststellungen zu die streitbefangenen Beschaffungsvorgänge betreffenden Einzelabsprachen greift mit Rücksicht auf die vorgenannte Reichweite der vorliegend anzuwendenden Vermutung ganz offensichtlich zu kurz. Lediglich umso mehr gilt dies, als nach den bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts es im Hinblick auf eine während der Kartellzeit zunehmende Verfestigung der Kartellspielregeln bzw. der kartellierten Kundenzuordnungen weitgehend überhaupt keiner koordinierenden Maßnahmen (mehr) bedurfte, um die vom Amt zum Gegenstand des Tatvorwurfes gemachte Grundabsprache im Einzelfall umzusetzen (so bereits Senat, Urteil v. 29. August 2018 – VI-U (Kart) 12/17, Umdruck S. 24 [unter II.B.3.c.aa.]). Angesichts des Vorstehenden hätte es nachvollziehbarer und auf den Einzelfall bezogener Darlegungen der Beklagten dazu bedurft, auf welche streitbefangenen Beschaffungen von Gleisoberbaumaterialien und aus welchem Grund die Spielregeln des Kartells – ausnahmsweise – keine Anwendung im Sinne der oben dargelegten adäquat-kausalen Folge gefunden haben sollen. Diesbezüglich haben die Beklagten jedoch jedweden auch nur ansatzweisen Sachvortrag vermissen lassen.

107

(2) Der oben genannte Einwand von T.1 ist aus mehreren Gründen bemerkenswert und rechtlich unerheblich:

108

Soweit im hier interessierenden Zusammenhang die Beklagten zu 1. und 2. sich im Streitfall auf vom Bundeskartellamt angeblich nicht getroffene Feststellungen zurückzuziehen versuchen, ist ihrem Sachvortrag mitnichten ein Bestreiten der Behauptung der Klägerin zu entnehmen, dass alle im hiesigen Rechtsstreit verklagten Kartellanten, das heißt auch T.1, in Bezug auf die streitbefangenen Beschaffungsvorgänge an Kartellabsprachen beteiligt gewesen seien. Ob die Beklagten zu 1. und 2. mit ihren hier interessierenden Ausführungen womöglich den Anschein eines solchen Bestreitens hervorzurufen versucht haben, kann auf sich beruhen; der bloße Anschein vermag die Voraussetzungen eines im Sinne von

109

§ 138 ZPO prozessual beachtlichen Bestreitens gegnerischen Sachvortrags, wie sich von selbst versteht, unter keinen Umständen zu erfüllen.

Der hier zur Debatte stehende Einwand ist darüber hinaus insoweit sachlich unzutreffend, als das Bundeskartellamt – wie vom Senat zu einem parallel liegenden Fall des „Schienenkartell-Komplexes“ bereits dargelegt (vgl. Senat, a.a.O.) - eine „nur“ regionale Beteiligung von T.1 an Absprachen bei Ausschreibungen *allein* hinsichtlich des Bereichs Schienen und Schwellen, dagegen nicht auch in Bezug auf den Bereich Weichen festgestellt hat; allein schon aus diesem Grund geht der auf eine angeblich bloß regionale Verstrickung der T.1 in das vom Bundeskartellamt festgestellte Kartell hinsichtlich derjenigen (fünf) streitbefangenen Beschaffungsvorgänge – namentlich die in der Klageschrift unter E.I.2., 5., 8., 13. und 15. dargelegten Fälle – von vornherein ins Leere, in denen die Klägerin von U. entweder ausschließlich oder aber (rechnungswertbezogen) zu einem erheblichen Anteil Weichen bzw. Einzelteile von Weichen bezogen hat. Über das vorstehend Gesagte hinaus hat T.1 in zumindest drei außerhalb des vorliegenden Rechtsstreits liegenden Fällen die in ... geschäftsansässige Klägerin selbst mit Gleisoberbaumaterialien, namentlich Schienen und Schwellen beliefert; in Zusammenhang mit diesen, in den Zeitraum 2002 bis 2003 fallenden, Beschaffungsvorgängen hat der Senat in dem vor ihm unter Geschäftsnummer VI-U (Kart) 11/17 geführten Berufungsrechtsstreit die erstinstanzlich dem Grunde nach erfolgte Verurteilung u.a. der Beklagten zu 1. und 2. des vorliegenden Prozesses zum Kartellschadensersatz mit Urteil vom 29. August 2018 bestätigt. An einer produktübergreifenden (Schienen, Schwellen und Weichen) Beteiligung von T.1 an dem streitbefangenen Ausschreibungskartell auch bezüglich der „Region ...“ besteht vor dem genannten Hintergrund nicht der geringste Zweifel.

Unbeschadet der vorstehenden Ausführungen und unabhängig von diesen trifft die Beklagte zu 1. als Kartelltäterin im Hinblick auf §§ 830 Abs. 1 Satz 1, 840 Abs. 1 BGB eine gesamtschuldnerische Mithaftung für den der Klägerin in Zusammenhang mit den streitbefangenen Beschaffungsvorgängen entstandenen Schaden. Wie bereits dargelegt, haben sich die vom Bundeskartellamt mit einer Geldbuße belegten Kartellanten eines Kartellrechtsverstoßes im Sinne einer Grundabsprache über Wettbewerbsbeschränkungen bei Gleisoberbaumaterialien betreffenden Ausschreibungen schuldig gemacht. Dies bedeutet in rechtlicher Hinsicht freilich nichts anderes als dass sämtliche täterschaftlich an dieser Grundabsprache beteiligten Unternehmen als Gesamtschuldner für alle Schäden einzustehen haben, die in Zusammenhang mit der Umsetzung der Grundabsprache und folglich adäquat-kausal entstanden sind. Der Umsetzung der Grundabsprache zuzuordnen sind, wie oben dargelegt, auf Grund dahingehender tatsächlicher und unwiderlegt gebliebener Vermutung alle in kartellbefangener Zeit erfolgten Ausschreibungen der hier interessierenden Gleisoberbaumaterialien in Deutschland, des Weiteren im Sinne einer adäquat-kausalen Folge aber auch alle in vorgenannter Zeit und vorgenanntem Raum von den Kartellbeteiligten ohne eine vorgängige Ausschreibung angenommenen Beschaffungsaufträge. Für die Mithaftung einzelner Kartelltäter ist daher von vornherein unerheblich, ob diese im Einzelfall während des Kartellzeitraums in der Region selbst unternehmerisch tätig waren, in der die Bestellung von Gleisoberbaumaterialien zu nicht wettbewerbskonformen Preisen stattfand.

bb. Auf sich beruhen kann, ob U. „Stammlieferant“ der Klägerin gewesen ist. Selbst wenn dies zu verneinen sein sollte, würde dieser Umstand für sich genommen mitnichten geeignet sein, die Vermutung der Kartellbetroffenheit der hier interessierenden Beschaffungsvorgänge zu widerlegen. Wie oben aufgezeigt, lassen bereits die bundesweite Praktizierung des Kartells unter durchgängiger Beteiligung von U. und W. für sich genommen eine Kartellbefangeneheit jeglicher Ausschreibungsgeschäfte im Kartellzeitraum und darüber

hinaus auch jeglicher in dieser Zeit von den Kartellbeteiligten ohne vorgängige Ausschreibung bearbeiteten Beschaffungsaufträge vermuten. Ebenfalls bereits vorstehend dargelegt hat der Senat, dass und weshalb die Vergabe einer Ausschreibung an ein anderes Unternehmen als den „Stammlieferanten“ für sich genommen keinen berechtigten Grund darstellt, auf ein solches Rechtsgeschäft die tatsächliche Vermutung der Kartellbefangenheit nicht anzuwenden. Besondere Umstände, die im hier interessierenden Zusammenhang ausnahmsweise ein Entfallen dieser Vermutung rechtfertigen könnten, sind nicht festzustellen gewesen; auch insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen verwiesen.

cc. Soweit die Beklagten reklamieren, bei einem Teil der Aufträge habe es sich um Schienenprojekte unterhalb von 100 t gehandelt, für diese Fälle könne kein Anscheinsbeweis der Kartellbefangenheit greifen, weil angeblich nach dem Inhalt der Bußgeldentscheidung „*Schienenprojekte zumindest ab einer Größenordnung von 100 t*“ betroffen gewesen seien, geht dieser Einwand fehl. Die Beklagten blenden aus, dass sich die von ihnen bemühte und vorstehend zitierte Passage des gegen die Beklagte zu 3. ergangenen Bußgeldbescheids (vgl. dort S. 16) *ausschließlich* auf die unter Ziff. 3.1 dieser Entscheidung gesondert behandelte (und für sich genommen ebenfalls kartellrechtswidrige) Vertriebsvereinbarung zwischen der Muttergesellschaft der Beklagten zu 3., der L., und der U.1 bezieht. Dem hier interessierenden Einwand ist mithin jedwede Grundlage entzogen, zumal da der Entscheidung des Bundeskartellamts für eine Beschränkung des von ihm mit einer Geldbuße geahndeten Kartells auf Schienenprojekte einer bestimmten Größenordnung auch im Übrigen schlechterdings *nichts* zu entnehmen ist. 113

dd. Ohne Erfolg machen die Beklagten geltend, bei einem Teil der streitbefangenen Beschaffungsvorgänge habe es sich um Kleinlose mit Nettorechnungswerten (deutlich) unter 50.000 € gehandelt, in Bezug auf welche „*aus Praktikabilitätsgründen*“ bzw. „*auf der Grundlage allgemeiner Lebenserfahrung*“ ein Kartell nicht gebildet werde. Dieser Ansatz verfährt hinsichtlich der vorliegend zur Beurteilung stehenden Beschaffungsvorgänge schon deshalb nicht, weil es in den insoweit ausschließlich betroffenen „*ausschreibungsfreien*“ Fällen ganz offensichtlich nicht auf „*ausdrückliche*“ Absprachen der Kartellbeteiligten ankommt und solche nach den zu Grunde zu legenden Feststellungen des Bundeskartellamts weitgehend gar nicht (mehr) nötig gewesen waren, um das Kartell am Markt durchzusetzen (vgl. hierzu bereits Senat, Urteil v. 29. August 2018 – *VI-U (Kart) 12/17*, Umdruck S. 25 [unter II.B.3.c.bb.]). Der Ansatz der Berufung versagt darüber hinaus freilich auch insoweit, als der von ihm gewählte Bezugspunkt der – wie im Streitfall schon nicht - im Wege der Ausschreibung vergebenen Beschaffungsaufträge betroffen ist. Der Bußgeldentscheidung des Bundeskartellamts ist eine Einschränkung seiner zum Kartell getroffenen Feststellungen auf Materialbeschaffungen eines wertmäßig bestimmten Umfangs nicht andeutungsweise zu entnehmen. Die tatsächliche Vermutung der Kartellbefangenheit eines jeden Ausschreibungsfalls im Kartellzeitraum gilt deshalb unabhängig von der Höhe des im jeweiligen Einzelfall mit der Veräußerung von Gleisoberbaumaterialien getätigten Umsatzes. Die Behauptung der Beklagten, hinsichtlich der von ihnen bemühten „*Kleinaufträge*“ widerspreche die Kartellierung von Ausschreibungen der allgemeinen Lebenserfahrung, entbehrt indes – und zwar ganz offensichtlich – jedweder Substanz und ist schlichtweg willkürlich; diesem hiernach völlig in der Luft hängenden Ansatz ist in der Sache nicht zu folgen. 114

ee. Unbehelflich ist der Einwand der Beklagten zu 1. und 2., dass viele der streitbefangenen Vorgänge ausschließlich oder zumindest vorwiegend Schienen- und Schwellenlieferungen betroffen hätten. Denn auch hinsichtlich dieser Art von Gleisoberbaumaterialien ist T.1 115

schuldhaft in das vom Bundeskartellamt festgestellte Kartell verstrickt gewesen. Dass T.1 sich im Bereich Schienen und Schwellen, anders als im Bereich Weichen, „nur“ regional an Absprachen bei (konkreten) Ausschreibungen beteiligt hat, ist – wie oben bereits dargelegt – unerheblich.

ff. Soweit U. in einzelnen Fällen – namentlich die in der Klageschrift unter E.I.8., 10.-12., 14. und 16. genannten Fälle – der Klägerin Preisnachlässe oder Rabatte eingeräumt hat, entfällt angesichts dieses Befundes für sich genommen – anders als die Beklagte zu 3. meint – nicht die Vermutung der Kartellbefangenheit auch dieser Rechtsgeschäfte. Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 3. ist unerheblich, ob das Bundeskartellamt – wie die Beklagte zu 3. reklamiert – keine Feststellungen hinsichtlich zu Verschleierungszwecken gewährter Nachlässe getroffen hat. Im hiesigen Kontext für die Vermutung der Kartellbefangenheit auch solcher Rechtsgeschäfte maßgeblich ist vielmehr umgekehrt, dass das Bundeskartellamt seine Feststellungen nicht dahin eingeschränkt hat, dass Ausschreibungen, in denen das den Zuschlag erhaltende Unternehmen dem Abnehmer von Gleisoberbaumaterialien aus welchen Gründen auch immer einen Nachlass eingeräumt hat, von der Grundabsprache nicht erfasst gewesen sind. Der Umstand eines im Einzelfall gewährten Nachlasses rechtfertigt indes für sich genommen mitnichten den Schluss, dass das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft nicht in Umsetzung der vom Bundeskartellamt festgestellten Grundabsprache zustande gekommen ist. Die Vermutung der Kartellbefangenheit würde vielmehr nur dann erschüttert sein, wenn mit Rücksicht auf den genannten Umstand eine Kartellierung des betreffenden Vorgangs – in den streitbefangenen „ausschreibungsfreien“ Fällen im Sinne einer adäquat-kausalen Folge des Ausschreibungskartells - nach praktischer Erfahrung als fernliegend anzusehen wäre oder gar schlechterdings ausgeschlossen erschiene. Dass es sich im hier interessierenden Zusammenhang so verhält, haben die Beklagten aber nicht mit gebotenen substantiierten Sachvortrag aufgezeigt und versteht sich auch im Übrigen mitnichten von selbst. So ist beispielsweise durch nichts ausgeschlossen, dass in den hier zur Debatte stehenden Beschaffungsfällen U. Preisnachlässe gewährte, um die Geschäftsbeziehung mit der Klägerin zu pflegen, die in der Kartellzeit mit Rücksicht auf die unstreitigen Umstände gerade des Streitfalls außerhalb von Ausschreibungsverfahren in erheblichem Umfang durch wiederkehrende und wertmäßig beträchtliche Materialbestellungen der Klägerin bei der Beklagten zu 3. geprägt gewesen ist. Ein solches Verhalten entspricht auf erste Sicht kaufmännisch vernünftigen Erwägungen und steht deshalb auch in Einklang mit praktischen Erfahrungssätzen. 116

gg. Unerheblich ist auch die weitere Behauptung der Beklagten zu 3., dass die Klägerin in einem Fall (Fall E.I.3. der Klageschrift) bei U. Gleisoberbaumaterialien „unter Bezugnahme auf den Vorauftrag“, der ebenfalls U. erteilt worden sei, bestellt habe. Für diese Fälle gilt nämlich der Natur der Sache nach nichts anderes als für die übrigen streitbefangenen Fälle, in denen die Klägerin bei U. Gleisoberbaumaterialien bezogen hat, ohne insoweit zuvor ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt zu haben. 117

hh. Soweit die Beklagte zu 3. geltend macht, es habe sich bei einer Vielzahl der streitbefangenen Beschaffungsvorgänge um Aufträge gehandelt, die (u.a. auch) Zubehör- und Ersatzteile enthalten hätten und das Bundeskartellamt habe nicht festgestellt, dass auch solche Komponenten vom Kartell erfasst waren, geht dies fehl. 118

Das Bundeskartellamt spricht in seinen Bußgeldentscheidungen von den *Bereichen* Schienen, Schwellen und Weichen und hat damit weder ausdrücklich festgestellt, dass nur die Lieferung von kompletten Weichen, Schienen und Schwellen kartelliert war, noch, dass auch die Lieferung von anderen Gleisoberbaumaterialien von dem Kartell erfasst war. Wie 119

der Senat bereits in einem zum „Schienenkartell-Komplex“ entschiedenen Parallelrechtsstreit entschieden hat (vgl. Senat, Urteil v. 29. August 2018 – VI-U (Kart) 12/17, Umdruck S. 25 [unter II.B.3.c.bb.]), drängt sich indes geradezu auf, dass einzelne Bestandteile wie zum Beispiel Herzstücke und Zungen(roll)vorrichtungen tatsächlich ebenfalls kartellgegenständlich waren, weil Weichen als Komplettwoichen oder in Einzelteilen (Herzstücke und Zungenvorrichtungen) bestellt werden können, was seinen Grund darin hat, dass gerade diese Teile besonders verschleißanfällig sind, weshalb bei Reparaturen nicht immer ganze Weichen, sondern häufig nur deren Einzelteile ausgetauscht werden, insbesondere halbe und ganze Zungenvorrichtungen und Herzstücke (vgl. hierzu das von der Klägerin privat eingeholte H.-Gutachten v. 21.8.2014, S. 11, 17). Unabhängig hiervon hat die Klägerin mit ihrem Klagevorbringen behauptet, dass auch die Lieferung von Zubehör- und Ersatzteilen von dem Kartell erfasst gewesen sei, ohne dass die Beklagten dieses Vorbringen hinreichend bestritten haben; der bloße Hinweis auf vom Bundeskartellamt angeblich nicht getroffene Feststellungen reicht mitnichten für ein rechtserhebliches Bestreiten aus.

Zu keiner (auch nur teilweise in Bezug auf Weichenersatzteile) anderen Beurteilung führt das 120
erstinstanzliche Vorbringen der Beklagten zu 3. (vgl. in diesem Zusammenhang Schriftsatz v. 25.9.2017 [GA 1693 ff.], S. 84), gegen den Anschein der Kartellbefangenheit spreche, dass bei Ersatzteilen eine „enge Bindung“ der Verkehrsunternehmen an den jeweiligen Weichenhersteller bestehe, die etwa auf Gesichtspunkte wie dem „*Know-how des Herstellers in Zusammenhang mit der Fertigung der Weiche und ihrer Komponenten*“ und dem möglichen Bestehen bzw. dem bei Beauftragung eines anderen Herstellers drohenden Verlust von Gewährleistungsansprüchen zurückzuführen sei. Dieser Ansatz verfängt schon deshalb nicht, weil er sich ganz offensichtlich in pauschalen, nicht auf den Einzelfall bezogenen und insoweit, namentlich auch hinsichtlich des streitbefangenen Verhältnisses der Klägerin zu ihrer Lieferantin U., nicht einer konkreten Überprüfung zugänglichen Ausführungen erschöpft. Dass und weshalb im Streitfall bei der Beschaffung von Zubehör- und Ersatzteilen die Vermutung der Kartellbefangenheit im Hinblick auf die von der Beklagten zu 3. hier bemühten Gesichtspunkte erschüttert sein soll, hat die Beklagte zu 3. mangels jedweden konkreten Sachvortrags zur Bedeutung jener Gesichtspunkte für die streitbefangenen – und vorliegend allein interessierenden - Materialbeschaffungen der Klägerin nicht aufgezeigt.

Dass in Bezug auf die streitbefangenen Zubehör- und Ersatzteilbeschaffungen und im 121
Hinblick auf die in diesem Zusammenhang von der Beklagten zu 3. reklamierten Gesichtspunkte mitnichten von einer Erschütterung der Vermutung der Kartellbefangenheit ausgegangen werden kann, gilt unbeschadet der vorstehenden Ausführungen im Übrigen nur umso mehr, als – wie der Senat aus dem vor ihm unter Geschäftsnummer VI-U (Kart) 18/17 geführten Parallelrechtsstreit, an dem u.a. auch die Beklagte zu 3. des vorliegenden Prozesses und ihre hiesigen Prozessbevollmächtigten beteiligt sind, weiß – ein drittes Verkehrsunternehmen in der Kartellzeit die Beschaffung von Weicheneinzelteilen, namentlich von einem Herzstück, zwei Zungenvorrichtungen und einer Weichenstellvorrichtung, ausgeschrieben und U. auf den ihr erteilten Zuschlag die genannten Materialien zu einem nicht unerheblichen Nettopreis von rund 92.000 € geliefert hat (vgl. hierzu den vorliegend nicht streitbefangenen Fall E.III.56. der hiesigen Klageschrift). Die Tatsache der *Ausschreibung* dieser Weicheneinzelteilbeschaffungen spricht indiziell ganz erheblich gegen die nach Behauptung der Beklagten zu 3. bei Ersatzteilen angeblich regelmäßig bestehende „enge Bindung“ der Verkehrsunternehmen an den einzelnen Weichenhersteller. Diesem im Hinblick auf den vorgenannten Beschaffungsvorgang offen zu Tage getretenen Befund ist die Beklagte zu 3. weder im vorliegenden Rechtsstreit noch in der vorbezeichneten Parallelrechtsstreitigkeit entgegengetreten.

ii. Vorliegend ebenfalls nicht durchzudringen vermag der von der Beklagten zu 3. erhobene Einwand, sechs der streitbefangenen Beschaffungsvorgänge (vgl. hierzu Fälle E.I.1., 5., 8. und 13.-15. der Klageschrift) beinhalteten „Anarbeitungs- und Dienstleistungsanteile in Form von Biege-, Vorbiege- und Vergütungsleistungen“. Ob von einer Kartellierung auch dieser bloßen Nebenleistungen auszugehen ist, ist für den Bestand des angefochtenen Grundurteils ohne Belang, so dass der Senat die entsprechende Beurteilung dem – vor dem Landgericht noch durchzuführenden – Betragsverfahren über die Höhe des Anspruchs der Klägerin vorbehält. Der hier zur Debatte stehende Einwand der Beklagten zu 3. betrifft allein die haftungsausfüllende Kausalität, namentlich die Höhe des der Klägerin auf Grund Umsetzung der vom Bundeskartellamt festgestellten Grundabsprache der Kartellanten adäquat kausal entstandenen Schadens. Dass der Klägerin infolge der Umsetzung der Grundabsprache in Bezug auf die Gesamtheit aller vorliegend streitbefangenen Rechtsgeschäfte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit jedenfalls ein Schaden in irgendeiner Höhe entstanden ist, wird durch den vorgenannten Einwand - ganz offensichtlich - nicht berührt, da dieser die Mehrheit der streitbefangenen Beschaffungsvorgänge bereits nicht und die übrigen Fälle lediglich in Bezug auf (preislich ersichtlich untergeordnete) Anteile der jeweiligen Gesamtvergütung betrifft. 122

jj. Der Einwand der Erstbeklagten, man habe „umfangreiche interne Ermittlungen“ geführt, jedoch „keinerlei Hinweise auf eine Kartellbefangenheit“ gefunden, kann nicht verfangen, wie bereits das Landgericht zutreffend dargelegt hat. Er geht – ganz offensichtlich – ins Leere, was bereits die Tatsache erhellt, dass es für ein Kartell geradezu wesentypisch ist, dass Absprachen zu seiner Begründung und Durchführung einer Geheimhaltung unterliegen (zutreffend auch OLG Jena, Urteil v. 22. Februar 2017 – 2 U 583/15 Kart, NZKart 2017, 540 = WuW 2017, 204, Rz. 77 bei juris – *Schienenkartell*). Die Teilnehmer eines Kartells sind allein schon im Interesse der Vermeidung von straf- oder bußgeldrechtlichen Sanktionen bestrebt, zur Aufdeckung des Kartells womöglich geeignete Beweismittel – wie etwa schriftliche Dokumente oder E-Mail-Korrespondenz – entweder gar nicht erst entstehen zu lassen oder aber bei aufkommender Entdeckungsfahr zu vernichten bzw. unzugänglich zu halten. Nichts anderes gilt auch für das hier interessierende Vertriebskartell der Gleisoberbaumaterialienhersteller und –händler. Dies gilt nur umso mehr, als das Bundeskartellamt bezüglich der Durchsetzung des Kartells auch Feststellungen über eine nicht verschriftlichte Kommunikation zwischen den Kartellteilnehmern, namentlich zum Beispiel in Gestalt von Telefongesprächen oder Besprechungskreisen (Sitzungen), getroffen hat (vgl. in diesem Sinne auch OLG München, Urteil v. 8. März 2018 – U 3497/16 Kart, NZKart 2018, 230, Rz. 69 bei juris – *Kartell der Schienenfreunde*). In Anbetracht des Ausgeführten hat die Erstbeklagte - und zwar ganz offensichtlich - schon keinen substantiierten Vortrag dazu gehalten, welche Maßnahmen zur Aufklärung einer zu bejahenden oder aber auszuschließenden Kartellbefangenheit der hier interessierenden Beschaffungsvorgänge ausreichend und erforderlich gewesen und von ihr konkret ergriffen worden seien; dies geht zu ihren Lasten. 123

kk. Untauglich ist der gegen die Vermutung eines kartellbedingten Schadens gerichtete Ansatz der Beklagten, unter Verweis auf die *Berliner-Transportbeton-I*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Beschluss v. 28. Juni 2005 – KRB 2/05, WuW/E DE-R 1567 = NJW 2006, 163, Rz. 20 aE bei juris – *Berliner Transportbeton I*) eine Überprüfung der Wahrscheinlichkeitsaussage „anhand weiterer Beweismittel“ zu verlangen. Die Beklagten blenden aus, dass jene Entscheidung nicht in einem Zivilprozess, sondern in einem Bußgeldverfahren ergangen ist. Im Zivilverfahren können die der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu entnehmenden Grundsätze indes ohne Weiteres zur Begründung einer tatsächlichen Vermutung (oder eines Anscheinsbeweises) herangezogen werden (vgl. 124

in diesem Sinne zutreffend bereits KG Berlin, Urteil v. 1. Oktober 2009 – 2 U 10/03 Kart, WuW/E DE-R 2773, Rz. 82 bei juris – *Berliner Transportbeton*; in diesem Sinne jetzt auch BGH, Urteil v. 12. Juni 2018 – KZR 56/16, Rz. 35 – *Grauzementkartell II*). Darüber hinaus berührt der Einwand auch nicht die Erwägungen des Gesetzgebers der 9. GWB-Novelle betreffend die auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützte Einführung einer gesetzlichen (widerleglichen) Schadensvermutung nach § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB (2017).

II. Unerheblich ist die Behauptung der Beklagten, die Kartellabsprachen hätten „lediglich“ der gleichmäßigen Auslastung der Produktionsstätten gedient. Dieser Einwand berührt die grundsätzliche Überlegung, dass den Kartellbeteiligten durch den durch das Kartell verabredeten „Kundenschutz“ ein bei einem funktionierenden Wettbewerb nicht gleichermaßen bestehender Spielraum zur Durchsetzung von Preiserhöhungen erwachsen ist, schon nicht im Ansatz. Dieser Spielraum ist von der Frage einer zu bejahenden oder aber zu verneinenden Kapazitätsauslastung einzelner Kartellteilnehmer unabhängig. In den Blick zu nehmen ist, dass bei einer zwischen Wettbewerbern vorgenommenen Aufteilung von Absatzquoten oder Kunden der typische Unternehmer versucht, seinen Gewinn zu maximieren; dass Preissetzungsspielräume ohne Grund ungenutzt bleiben, liegt dagegen fern. Dies gilt grundsätzlich auch, sofern ein einzelner Kartellbeteiligter an seinen Kapazitätsgrenzen operiert. Auch in diesem Fall ist das Kartell regelmäßig kausal für die Durchführung von Preiserhöhungen des betreffenden Unternehmens; denn dieses kann wegen des Kartells, anders als bei funktionierendem Wettbewerb, auch nach Erreichen seiner Kapazitätsgrenzen seine Preise weiter erhöhen, ohne Marktanteile zu verlieren (vgl. Senat, Urteil v. 22. August 2018 – VI-U (Kart) 1/17, NZKart 2018, 477 = WuW 2018, 541, Rz. 116 bei juris m.w.N. – *Schienenkartell*). Ob bei einer Auslastung der Kapazitäten aller Kartellbeteiligten zu den maßgeblichen Zeitpunkten der streitbefangenen Beschaffungsgeschäfte im Ergebnis eine andere Beurteilung gerechtfertigt wäre, kann auf sich beruhen; insoweit fehlt es, soweit ersichtlich, bereits an jedwedem Sachvortrag der Beklagten. Der hier zur Debatte stehende Einwand ist deshalb auch bereits von anderen Oberlandesgerichten in parallel gelagerten Fällen des „Schienenkartell-Komplexes“ mit Recht verworfen worden (vgl. etwa OLG Karlsruhe, Urteil v. 10. März 2017 – 6 U 58/15 (Kart), Umdruck S. 21 [unter II.A.2.b)(2)]; OLG München, Urteil v. 8. März 2018 – U 3497/16 Kart, NZKart 2018, 230, Rz. 78 bei juris – *Kartell der Schienenfreunde*). Soweit in anderweitigen Parallelrechtsstreitigkeiten des „Schienenkartell-Komplexes“ die dort beklagten Kartellanten des Weiteren behauptet haben, die „lediglich“ auf eine verbesserte Auslastung der Produktionskapazitäten gerichtete Funktionsweise des Kartells werde dadurch bestätigt, dass nach der Aufdeckung des Kartells ein Teil dieser Kapazitäten weggefallen und die Preise im Ergebnis gestiegen seien (vgl. BGH, Urteil v. 11. Dezember 2018 – KZR 26/17, Rz. 58 – *Schienenkartell*), ändert dies an der vorstehenden Beurteilung nichts. Zum einen berührt die genannte Behauptung den oben dargelegten Umstand, dass bei einer Aufteilung von Quoten bzw. Kunden der typische Unternehmer unabhängig von der Frage einer Auslastung seiner Kapazitäten seine kartellbedingten Preissetzungsspielräume regelmäßig zur Erhöhung seiner Preise nutzen wird, tatsächlich schon nicht. Zum anderen haben vorliegend die Beklagten auch keinen Sachvortrag zu einer Preissteigerung nach Aufdeckung des Kartells gehalten. Soweit schließlich im Streitfall die Beklagten reklamiert haben, hinsichtlich der streitbefangenen Beschaffungsvorgänge hätten die insoweit vereinnahmten Preise unterhalb der von der Klägerin dargelegten Durchschnittspreise bestimmter Produktarten im Kartellzeitraum und zum Teil auch in der Nachkartellzeit gelegen, dringt dieser Einwand nicht durch, wie nachstehend [unter nn.] ausgeführt wird.

mm. Soweit von den Beklagten eingewandt worden ist, in den Bereichen „Schienen“ und „Schwellen“ seien bezogen auf „nur“ 10 % bis 15 % des Gesamtmarktvolumens

„ausdrückliche Absprachen“ getroffen worden, ist auch dies unerheblich (vgl. hierzu zutreffend OLG Karlsruhe, a.a.O.). Insbesondere kommt es in diesem Zusammenhang ganz offensichtlich nicht allein auf die „ausdrücklichen“ Absprachen der Kartellbeteiligten an; solche sind nach den zu Grunde zu legenden Feststellungen des Bundeskartellamts nämlich weitgehend gar nicht (mehr) nötig gewesen, um das Kartell am Markt durchzusetzen.

nn. Der Einwand der Beklagten, im Streitfall hätten die streitbefangenen Preise unterhalb der Durchschnittspreise bestimmter Produktarten im Kartellzeitraum und teilweise auch in der Nachkartellzeit gelegen, wie sie gemäß dem von der Klägerin eingeholten Privatgutachten der H. vom 21. August 2014 ermittelt worden seien, verfährt nicht (vgl. hierzu im Einzelnen zutreffend OLG Karlsruhe, a.a.O., Umdruck S. 25 f. [unter II.A.2.b)(3)]; vgl. – ebenso – OLG München, a.a.O., Rzn. 79 ff. bei juris). 127

(1) In den Blick zu nehmen ist, dass der von insgesamt fast 50 Abnehmern von Gleisoberbaumaterialien in Deutschland erteilte Gutachtauftrag schon nicht in der Ermittlung eines *konkreten* (Einzelfall-) Schadens bestand, sondern vielmehr dahin ging, „*ein geeignetes Modell für die Schätzung der durchschnittlichen kartellbedingten Preisaufschläge zu entwickeln und dieses mithilfe anerkannter statistischer Methoden zu schätzen*“ (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O.). 128

Darüber hinaus bildet das H.-Gutachten unter einer *Zusammenfassung von Produktarten* (z.B. „Vignolschienen“, „Rillenschienen“ pp.) lediglich *Durchschnittspreise*. In alle diese Durchschnittspreise fließt jeweils ein breites Spektrum von nach Beschaffenheit und Ausstattung unterschiedlichen Produkten ein. Die Durchschnittspreise werden zudem auf der Grundlage statistisch gewichteter Einzelpreise ermittelt und sie beziehen sich darüber hinaus auf den gesamten Kartellzeitraum von etwa einem Jahrzehnt. 129

Bei Vignolschienen wurde laut H.-Gutachten festgestellt, dass „*unter den preisbestimmenden Faktoren die beschaffte Menge*“, die „*Güte des verwendeten Schienenstahls*“ und die „*Schienenlänge*“ von erheblicher Bedeutung sind, während das Schienenprofil „*keinen signifikanten Einfluss hat*“, im Übrigen sind „*gebogene Schienen um 17,2 % teurer als grade*“. Es wurden „*1.093 Bestellungen unterschiedlicher Vignol-Schienen gezählt*“, und die Preisentwicklung im Kartellzeitraum wurde anhand der „*ungewichteten Durchschnitte der Schienenpreise pro Meter, berechnet über die in jedem Jahr verzeichneten Beschaffungsvorgänge*“ nachgezeichnet, wobei „*besonders hohe Preise im Zeitraum zwischen 2005 und 2008 sowie im Jahr 2011 zu verzeichnen*“ waren, während im Übrigen niedrigere Preise gegeben waren (vgl. im Einzelnen H.-Gutachten, S. 74, 87 ff.). 130

Bei Rillenschienen stützt sich das H.-Gutachten auf „*1.288 Beobachtungen*“, in Bezug auf welche die Preisentwicklung „*starke[n] Schwankungen zwischen einzelnen Jahren*“ unterlegen gewesen sei, wobei man „*einen ansteigenden Preistrend bis zum Jahr 2009*“ habe feststellen können. Bei der Erklärung der Preise hätten insbesondere „*Mengenrabatte auf größere Bestellungen*“ und das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen von „*fertige[n] Schienenjoche [n]*“, eine Rolle gespielt (vgl. im Einzelnen H.-Gutachten S. 75, 91 ff.). 131

Bei Vignolweichen wurde festgehalten, dass „*bei der Schätzung der Preise von Komplettweichen die Komplexität die größte Herausforderung ist, da Weichen äußerst unterschiedliche Geometrien und Ausführungen haben können, die den speziellen Anforderungen der Verkehrsbetriebe genügen. Weichen können einerseits Standardformen wie zum Beispiel Einzelweichen haben, aber auch ganze Weichenanlagen sein. Daher werden die Komplettweichen in einzelne Bestandteile zerlegt, beispielsweise Herzstücke und Zungenvorrichtungen, deren Eigenschaften dann einzeln in die Spezifikation eingehen.*“ Mit 132

Blick auf die preisbestimmenden Faktoren wurde festgehalten: *„Die Ausstattung von Weichen mit Beton-Schwellen oder Weichenheizungen erhöht die Preise signifikant. Sind mehrere Herzstücke vorhanden, so erhöht dies ebenfalls den Preis, und zwar insbesondere, wenn es sich um unterschiedliche Herzstücke handelt. Weichen, die ohne Zungenvorrichtungen geliefert wurden, haben einen geringeren Preis. Die Anzahl der baugleichen Zungenvorrichtungen wirkt positiv auf den Preis, dagegen ist ein negativer Effekt festzustellen, wenn unterschiedliche Zungenvorrichtungen verbaut wurden. Ein weiterer Radius der ersten Zungenvorrichtungen erhöht tendenziell den Preis.“* Es wurden *„1.098 Beobachtungen für komplette Vignolweichen“* ausgewertet, und die Preisentwicklung im Kartellzeitraum wurde anhand der *„Jahresdurchschnittspreise“*, bezogen *„auf den Preis pro Stück im jeweiligen Jahr“*, nachgezeichnet, wobei *„seit dem Jahr 2004 ein Preisrückgang festzustellen“* war, *„nachdem die Preise zu Beginn der Beobachtungsperiode angestiegen waren“* (vgl. im Einzelnen H.-Gutachten, S. 76, 94 ff.).

Bei Rillenweichen seien *„874 unterschiedliche Beschaffungen kompletter Rillen-Weichen zu beobachten“* und *„größere Preisunterschiede zwischen einzelnen Jahren“* festzustellen gewesen. Für *„komplexe Weichenanlagen“* seien *„höhere Preise ... als für einfache“* zu erzielen gewesen. Maßgeblich seien insoweit Variablen gewesen, die zum Teil, wie etwa in Bezug auf *„Weichenanlage, Anzahl Herzstücke“*, die gesamte Weiche und zum Teil, wie etwa hinsichtlich der Parameter *„erste und zweite Zunge bzw. erstes und zweites Herzstück, Anzahl der baugleichen Teile“*, die einzelnen Bauteile betroffen hätten (vgl. im Einzelnen H.-Gutachten S. 77, 99 ff.). 133

Bei den Vignolweichen-Herzstücken sind *„die Art der Abzweigung, das Schienenprofil, die Endneigung, der Typ (bewegliches Herzstück statt Blockherzstück) und das Vorhandensein von Zwischenschienen“* preisrelevant. Es wurden 380 Beschaffungen gezählt, und die Preisentwicklung im Kartellzeitraum wurde anhand der Jahresdurchschnittspreise, bezogen *„auf den Preis pro Stück im jeweiligen Jahr“*, nachgezeichnet, wobei sich *„deutliche Preisanstieg zu Beginn des Beobachtungszeitraums und in den Jahren 2008/2009“* zeigt (vgl. im Einzelnen H.-Gutachten, S. 78, 104 ff.). 134

Bei den Vignolweichen-Zungenvorrichtungen sei für den Preis entscheidend, *„ob es sich um eine halbe oder eine ganze Zungenvorrichtung handelt“*, daneben das Schienen – und Zungenprofil sowie der Radius. Es wurden 668 Beschaffungen ausgewertet, und die Preisentwicklung im Kartellzeitraum wurde anhand der Jahresdurchschnittspreise, bezogen *„auf den Preis pro Stück im jeweiligen Jahr“*, nachgezeichnet, wobei sich *„ein positiver Trend bis zum Jahr 2009“* zeigte (vgl. im Einzelnen H.-Gutachten, S. 79, 106 ff.). 135

Bei Zungenvorrichtungen für Rillenweichen seien *„390 Beschaffungen beobachtet“* worden, wobei *„ein positiver Preistrend bis zum Ende des Kartells“* festzustellen gewesen sei. Für höhere Preise seien auch insoweit u.a. *„größere Radien“* verantwortlich gewesen (vgl. im Einzelnen H.-Gutachten S. 80, 109 ff.). 136

Ein differenziertes Bild ergibt sich im Bereich Schwellen nur bei den Betonschwellen, bei denen Menge, Schwellenform, Aufplattung und Länge preisbestimmend sind und der Abschlag bei gebrauchten Schwellen 44,5% beträgt; den Durchschnittspreisen im Kartell- bzw. Nachkartellzeitraum liegen 471 Beobachtungen und die Durchschnittspreise pro Meter in den einzelnen Jahren zugrunde (vgl. im Einzelnen H.-Gutachten, S. 81, 111 ff.). Mit Blick auf Holzschwellen wurden demgegenüber keine *„signifikanten Ergebnisse gefunden“* (H.-Gutachten, S. 113). 137

Nach den vorstehend dargelegten, nicht einmal abschließenden, Auszügen aus den Stellungnahmen des H.-Gutachtens fehlt es – und zwar ganz offensichtlich – an einer Vergleichbarkeit der Einzelpreise der von den streitbefangenen Beschaffungsvorgängen betroffenen Produkte mit den im Privatgutachten des H. ermittelten Durchschnittspreisen. Sie besagen offenkundig nichts darüber, ob ein konkret berechneter Preis für ein bestimmtes Produkt dem hypothetischen Wettbewerbspreis entspricht.

(2) Über diese durchgreifenden Bedenken hinsichtlich der Aussagekraft der Durchschnittspreise des H.-Gutachtens hinaus verfährt auch der hinsichtlich eines Teils der streitbefangenen Beschaffungsvorgänge zu einem „konkreten Preisvergleich“ gehaltene Vortrag der Beklagten zu 1. und zu 2. (vgl. hierzu im Einzelnen Klageerwidern v. 18.3.2016 [GA 1119 ff.], S. 43 ff.) nicht. 139

(2.1) Die Beklagten zu 1. und 2. reklamieren, bei den streitbefangenen Produkten, die einem Vergleich mit den in dem H.-Gutachten dargelegten Durchschnittspreisen zugänglich seien, errechne sich ein der Klägerin abverlangter Preis, der unterhalb der in dem H.-Gutachten dargelegten Durchschnittspreise des Kartell- bzw. Nachkartellzeitraums liege oder der nach Maßgabe des H.-Gutachtens günstig sei. Dies belege, dass die Klägerin bezüglich der streitbefangenen Beschaffungsvorgänge keine über dem Niveau hypothetischer Wettbewerbspreise liegende Gegenleistungen für die hier interessierenden Produkte habe erbringen müssen. 140

(2.2) Dieser Ansatz geht indes aus verschiedenen Gründen fehl. 141

(2.2.1) Das Vorbringen der Beklagten zu 1. und 2. betreffend einen Preisvergleich leidet bereits daran, dass hinsichtlich der von ihm angesprochenen Materialbeschaffungen Angaben in Bezug auf die jeweils im Einzelnen betroffenen Komponenten und preisbildenden Faktoren jedenfalls zum Teil völlig fehlen oder aber zumindest ersichtlich unvollständig sind; dies geht zu Lasten der Beklagten, die im Hinblick auf die von ihnen reklamierte Erschütterung der Vermutung eines kartellbedingten Schadens – wie schon dargelegt – die Darlegungs- und Beweislast trifft. So ist zum Beispiel schon auf erste Sicht festzustellen, dass hinsichtlich der Beschaffungsvorgänge wie in der Klageschrift unter E.I.4., 8., 9. und 16. sowie, soweit Weichen bzw. Weichenkomponenten betroffen sind, unter E.I.13. beschriebenen Angaben der Beklagten zu den konkreten Beschaffenheitsmerkmalen der betroffenen Produkte und zum Einfluss der Beschaffenheitsmerkmale auf die Preisbildung gänzlich fehlen (vgl. hierzu im Einzelnen Klageerwidern der Beklagten zu 1. und 2. unter Ziff. 6.1.4, 6.1.8, 6.1.9, 6.1.13 und 6.1.16). Ebenfalls zeigt sich bereits auf erste Sicht, dass nur zum Beispiel hinsichtlich der gemäß E.I.1. bis 3. der Klageschrift beschafften Rillenschienen Angaben etwa zum Vorliegen bzw. Nichtvorliegen von fertigen Schienenjochen (vgl. insoweit Klageerwidern der Beklagten zu 1. und 2., Ziff. 6.1.1 bis 6.1.3) und hinsichtlich der gemäß E.I.5. und 15. der Klageschrift beschafften (Komplett-) Rillen- bzw. (Komplett-9 Vignolweichen für den bemühten Preisvergleich womöglich relevante Angaben etwa zur Frage der Anzahl und Beschaffenheit von Herzstücken und Zungenvorrichtungen (vgl. insoweit Klageerwidern der Beklagten zu 1. und 2., Ziff. 6.1.5 und 6.1.15) fehlen. 142

Wie bereits die vorstehend beispielhaft genannten Fälle zeigen, ist es den Beklagten zu 1. und 2. nicht gelungen darzulegen, dass die streitbefangenen Produkte unter Berücksichtigung *aller* maßgeblichen produktspezifischen Merkmale und sonstigen in Betracht kommenden preisbildenden Faktoren durchgängig zu Preisen unterhalb der ausweislich des H.-Gutachtens ermittelten *durchschnittlichen* Preise im Kartell- bzw. Nachkartellzeitraum veräußert wurden. Dies gilt um so mehr, als die Beklagten außerdem eingehenden Sachvortrag dazu haben vermissen lassen, inwiefern im Einzelnen die 143

bemühten spezifischen Produktcharakteristika Niederschlag in den Durchschnittspreisen des Privatgutachtens gefunden haben und inwieweit diese Durchschnittspreise sich mit welcher Gewichtung aus Produkten mit minder-, gleich- oder höherwertigen Spezifikationen als den von der Klägerin genannten zusammensetzen. Dies liegt derart auf der Hand, dass es diesbezüglich weiterer Hinweise oder Erläuterungen nicht bedarf. Schon angesichts der vorstehend aufgezeigten Mängel des Parteivorbringens haben die Beklagten zu 1. und 2. ihrer Obliegenheit nicht genügen können, die tatsächliche Vermutung, dass der Klägerin in Zusammenhang mit den streitbefangenen Rechtsgeschäften jeweils ein Schaden in irgendeiner Höhe entstanden ist, zu widerlegen.

(2.2.2) Unbeschadet der vorstehend unter (2.2.1) erfolgten Ausführungen und unabhängig von diesen greift der von den Beklagten zu 1. und 2. bemühte Vergleich mit den im H.-Gutachten ausgewiesenen Durchschnittspreisen insbesondere aber auch aus den folgenden Gründen nicht durch: 144

Die Durchschnittspreise bilden einen ausgesprochen langen Betrachtungszeitraum von insgesamt dreizehn Jahren ab (Kartellzeitraum und Nachkartellzeit bis Anfang 2014, vgl. H.-Gutachten S. 7 f.). Welches durchschnittliche Preisniveau zu den Zeitpunkten der streitbefangenen Angebote von U. an die Klägerin jeweils bestanden hat, ist indes unklar und hierzu haben auch die Beklagten keinen Sachvortrag gehalten. Insbesondere ist nach dem Sach- und Streitstand nicht auszuschließen, dass zu den hier interessierenden Zeitpunkten jeweils ein von den oben genannten Durchschnittspreisen erheblich nach unten abweichendes durchschnittliches Preisniveau geherrscht hat, das keinen vernünftigen Zweifel an einer kartellbedingten Preisüberhöhung zulässt. Auch vor diesem Hintergrund kann der von den Beklagten zu 1. und 2. bemühte Preisvergleich nicht die Annahme tragen, die Vermutung eines der Klägerin kartellbedingt entstandenen Schadens sei widerlegt. 145

Darüber hinaus blenden die Beklagten aus, dass sich die im H.-Gutachten ausgewiesenen Durchschnittspreise aus Liefergeschäften errechnen, die die Kartellbeteiligten mit insgesamt 49 Gleisoberbaumaterialien abnehmenden Verkehrsunternehmen geschlossen haben, die in ihrer Gesamtheit flächendeckend über das Bundesgebiet verteilt geschäftsansässig sind (vgl. im Einzelnen H.-Gutachten, Tabelle A.2.1 auf S. 132 f.). Eine sachliche Vergleichbarkeit der streitbefangenen Beschaffungspreise mit den im H.-Gutachten ausgewiesenen Durchschnittspreisen würde freilich voraussetzen, dass über die verschiedenen Kartellunternehmen und Lieferregionen hinweg von einem weitgehend homogenen Preisgefüge hinsichtlich der einzelnen Produkte bzw. Produktarten auszugehen ist. Indes ist weder von den Beklagten dargetan noch im Übrigen festzustellen, dass die Kartellanten in einem Vergleich untereinander in allen Regionen ein gleiches Preissetzungsverhalten praktiziert haben. Der Bestand des von dem Bundeskartellamt festgestellten Vertriebskartells lässt für sich genommen einen dahingehenden Schluss nicht zu. Es ist zwanglos denkbar, dass die einzelnen Beteiligten des streitbefangenen Kartells unbeschadet ihrer auf wettbewerbsbeschränkenden Kundenschutzabsprachen beruhenden Verbundenheit die verbotene Verhaltenskoordinierung zwar jeweils zur Durchsetzung nicht wettbewerbskonformer Abnahmepreise gegenüber „ihren“ Kunden genutzt haben, das Kartell jedoch nicht darüber hinaus zu einem einheitlichen Preisniveau geführt hat. Selbst wenn – freilich ungeachtet aller übrigen insoweit bereits aufgezeigten durchgreifenden Bedenken – davon auszugehen wäre, dass die vorliegend streitbefangenen Beschaffungspreise (weit) unterhalb der im H.-Gutachten genannten Durchschnittspreise liegen, würde folglich mit diesem Befund nichts für die Beurteilung der Frage gewonnen sein, ob U. das Kartell adäquat kausal genutzt hat, um der Klägerin für die hier interessierenden Gleisoberbaumaterialien höhere Preise abzuverlangen als sie im Falle eines funktionierenden Wettbewerbs in Bezug 146

auf das *eigene* Unternehmen üblicherweise verlangt worden und durchzusetzen gewesen wären. Auch unter diesem Blickwinkel genügt daher der Ansatz der Beklagten zu 1. und 2. nicht, um die Vermutung eines der Klägerin kartellbedingt zugefügten Schadens zu widerlegen.

oo. Von vornherein ohne jeden Belang ist ferner die, wenn auch vom Landgericht und den Beklagten umfänglich diskutierte, Frage, ob von eingetretenen Preisschirmeffekten in Zusammenhang mit dem streitbefangenen Kartell auszugehen ist. Die Klägerin hat ihre Gleisoberbaumaterialien nicht von einem Kartellaußenseiter, sondern von U. – mithin von einem Kartellanten – bezogen. Daher ist auch der Hinweis der Beklagten darauf, dass es sich bei Gleisoberbaumaterialien nicht um homogene Produkte handle, deren Preise ohne eine ausdrückliche Absprache gar nicht koordiniert werden könnten, ohne Relevanz. 147

6. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Schaden nicht unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung auszuschließen. 148

a. Es ist nicht festzustellen, dass die Klägerin den ihr kartellbedingt zugefügten Schaden ganz oder auch nur teilweise durch ihre Fahrpreisgestaltung auf ihre Fahrgäste abgewälzt hat. Eine solche Weitergabe des Schadens (sogenanntes „passing-on“) haben die Beklagten weder schlüssig dargetan noch bewiesen. 149

aa. Wie der Senat bereits entschieden hat (vgl. hierzu eingehend Senat, Urteil v. 22. August 2018 – VI-U (Kart) 1/17, Umdruck S. 42 [unter II.B.Ba.5.a.aa.] - *Schienenkartell*), kann im Ausgangspunkt der von den Beklagten bemühte „Passing-on-Einwand“ einer Zwischenentscheidung über den Anspruchsgrund nur dann entgegenstehen, wenn bereits auf erste Sicht und ohne eine aufwändige Sachverhaltsaufklärung (Beweisaufnahme) festzustellen ist, dass der in Rede stehende Kartellschaden *vollständig* weitergegeben worden ist und aus diesem Grund nicht einmal von der – für den Erlass eines Grundurteils ausreichenden – hinreichenden Wahrscheinlichkeit der Entstehung eines Schadens in irgendeiner Höhe ausgegangen werden kann. Die Frage der Weitergabe des Schadens gehört der Sache nach nämlich ebenso zu der Berechnung des Schadens wie dies für sonstige Umstände gilt, die die Ermittlung der Schadenshöhe betreffen und aus diesem Grund nach Erlass eines Zwischenurteils über den Anspruchsgrund dem Betragsverfahren vorbehalten werden dürfen. 150

bb. Dass im Streitfall für die Zulässigkeit eines Grundurteils nach § 304 ZPO von dem vorstehend dargelegten Maßstab auszugehen ist, ist freilich nicht entscheidungserheblich. In Würdigung des Sach- und Streitstands ist eine vollständige und darüber hinaus auch eine teilweise Weitergabe des der Klägerin entstandenen Kartellschadens nicht nur auf erste Sicht nicht festzustellen, sondern mit Entscheidungsreife endgültig auszuschließen; aus diesem Grund ist der Streit der Parteien über den „Passing-on-Einwand“ der Beklagten mit dem vorliegenden Urteil abschließend zu entscheiden und nicht dem Betragsverfahren über die Höhe des Anspruchs vorzubehalten (zum Erfordernis der Urteilsklarheit in diesem Zusammenhang vgl. BGH, Urteil v. 12. Februar 2003 – XII ZR 324/98, MDR 2003, 769, Rz. 22 bei juris). 151

(1) Dahinstehen kann, ob der Beurteilung des Landgerichts gefolgt werden kann, einer rechtserheblichen Weitergabe des Schadens der Klägerin stehe bereits das Fehlen eines auf die streitbefangenen Gleisoberbaumaterialien bezogenen Anschlussmarkts entgegen. Ebenso kann offen bleiben, ob die Annahme einer Vorteilsausgleichung bei der Weitergabe des Kartellschadens in Gestalt von verhältnismäßig kleinen „Streuschäden“ an eine große Vielzahl von Endverbrauchern deshalb auszuschließen hat, weil gegebenenfalls eine 152

unangemessene Entlastung der Kartellteilnehmer zu besorgen sei (vgl. hierzu – ebenfalls offen lassend – OLG München, Urteil v. 8. März 2018 – *U 3497/16 Kart*, NZKart 2018, 230, Rz. 87 bei juris – *Kartell der Schienenfreunde*); insoweit kommt faktisch in Betracht, dass nur die wenigsten der einzelnen Fahrgäste der Klägerin bereit sein könnten, die Kartellbeteiligten wegen verhältnismäßig geringfügiger Fahrpreiserhöhungen der Klägerin in Regress zu nehmen.

(2) Die vorstehend unter (1) aufgeworfenen Fragen können auf sich beruhen, da zu einer Weitergabe des Schadens an die Fahrgäste der Klägerin kein substantiiertes und tragfähiger Vortrag gehalten worden ist; dies geht zu Lasten der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten. 153

(2.1) Der „Passing-on-Einwand“ greift bereits deshalb nicht durch, weil schon der Schaden, dessen Ausgleichung in diesem Zusammenhang in Rede steht, nicht bekannt ist. 154

Ganz offensichtlich für sich genommen nicht ausreichend ist das Vorbringen der Beklagten zum Verlauf der Fahrpreise und Fahrgastzahlen, die die Klägerin tatsächlich erhoben bzw. erzielt hat. Erst dann, wenn der Schaden der Klägerin, namentlich die Differenz zwischen den tatsächlichen Beschaffungspreisen und denjenigen Preisen, die sich bei einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Schienenherstellern/-händlern ergeben hätten (hypothetischer Wettbewerbspreis) (vgl. insoweit BGH, Urteil v. 28. Juni 2011 – *KZR 75/10*, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431 Rz. 56 – *ORW*), feststeht, kann überhaupt eine Aussage darüber getroffen werden, ob die Fahrpreise (Fahrpreiserhöhungen) der Klägerin unter Berücksichtigung der tatsächlichen Fahrgastzahlen ausreichend (gewesen) sind (sein können), um den Kartellschaden - ganz oder teilweise – auszugleichen. Die Höhe des Schadens steht mangels diesbezüglicher Aufklärung des Sachverhalts indes nicht fest und auch die Beklagten haben zu dieser im Rahmen der Erhebung ihres „Passing-on-Einwandes“ keinen Sachvortrag gehalten. 155

(2.2) Eine den Beklagten günstigere Beurteilung könnte zwar dann in Betracht kommen, wenn davon auszugehen wäre, dass die Klägerin jeglichen ihr durch das Kartell zugefügten Schaden unabhängig von seiner konkreten Höhe (geradezu zwangsläufig) mit Erfolg auf ihre Fahrgäste abgewälzt hat. Eine solche Annahme ist jedoch mitnichten gerechtfertigt. Anders als die Beklagten meinen, haben sie auch nicht im Sinne der von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgestellten Anforderungen (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 28. Juni 2011 – *KZR 75/10*, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431 Rz. 69 – *ORW*) plausibel dazu vorgetragen, dass eine Weiterwälzung der kartellbedingten Preiserhöhung zumindest ernsthaft in Betracht kommt. In Ansehung des Sach- und Streitstands und dabei auch vor dem Hintergrund des eigenen Vorbringens der Beklagten ist vielmehr im Gegenteil davon auszugehen, dass eine Weiterwälzung des der Klägerin entstandenen Schadens nicht einmal teilweise stattgefunden hat bzw. noch stattfinden wird. Die Beklagten haben keine Umstände aufgezeigt, die eine abweichende Betrachtung rechtfertigen und sind im Hinblick auf eine vollständige, aber auch auf eine zumindest teilweise Schadensweitergabe beweisfällig geblieben. 156

Eine ernsthaft in Betracht kommende vollständige oder auch nur teilweise Weiterwälzung des Kartellschadens haben die Beklagten entgegen ihrer Auffassung nicht dadurch plausibel dargelegt, dass sie Vortrag zum Verlauf von Fahrpreiseinnahmen und Fahrgastzahlen der Klägerin im Kartellzeitraum und in der Nachkartellzeit, zu einer angeblichen Kostenbasiertheit der Fahrtarife, zu die Weitergabe von Kosten angeblich vorschreibenden rechtlichen Rahmenbedingungen, zu einer angeblich fehlenden Preiselastizität der Kundennachfrage im Gebiet des W.2 und insbesondere nach Beförderungsleistungen der Klägerin und zu einem 157

angeblichen Fehlen von der Schadensweiterwälzung gegenüberstehenden Nachteilen der Klägerin gehalten haben. Der von den Beklagten zu den vorgenannten Gesichtspunkten gehaltene Vortrag ist nämlich – und zwar ganz offensichtlich – unzulänglich und bedarf deshalb auch keiner gesonderten Würdigung und Beurteilung. Eine vollständige oder auch nur teilweise Weiterwälzung der über das Niveau hypothetischer Wettbewerbspreise hinaus aufgewendeten Beschaffungskosten für die streitbefangenen Gleisoberbaumaterialien könnte, wie auf der Hand liegt und keiner näheren Erläuterung bedarf, überhaupt *nur dann ernsthaft* in Betracht kommen, wenn über die von dem oben genannten Vorbringen der Beklagten berührten Gesichtspunkte hinaus davon auszugehen wäre, dass die Klägerin den ihr übertragenen Personenverkehr im Regelfall kostendeckend betreibt. Dass diese Voraussetzung tatsächlich erfüllt ist, haben die Beklagten indes nicht im Ansatz aufgezeigt. Dies geht zu ihren Lasten. Dass vorliegend eine erfolgreiche (vollständige oder teilweise) Weiterwälzung des Kartellschadens (auch) von der Frage eines regelmäßig kostendeckenden Betriebes des Nahverkehrsunternehmens der Klägerin abhängt, liegt in der Natur der Sache und drängt sich bei unbefangener Betrachtung der Dinge geradezu auf. Liegt im Einzelfall die Voraussetzung einer für gewöhnlich erreichten Deckung der mit dem Betrieb des betreffenden Verkehrsunternehmens verbundenen Kosten wie namentlich etwa Personal- und Materialaufwendungen sowie Abschreibungen schon nicht vor, spricht offensichtlich *nichts* dafür, dass es dem Verkehrsunternehmen gelingt, „ausgerechnet“ seine mit kartellbedingten Erhöhungen von Preisen für Materialbeschaffungen in Zusammenhang stehenden Kosten ganz oder auch nur zu einem bestimmten feststellbaren Teil auf seine Fahrgäste abzuwälzen. Angesichts dessen ist von dem eine Schadensweiterwälzung reklamierenden Kartellanten ohne Weiteres Vortrag dazu zu erwarten, ob und inwieweit das seine Waren oder Dienstleistungen abnehmende Unternehmen für gewöhnlich in der Lage ist, seine betrieblichen Kosten im Rahmen des Geschäftsverkehrs mit der nachfolgenden Marktstufe zu decken bzw. weiterzugeben. Dies gilt im Streitfall für die Beklagten nur umso mehr, als (1.) bereits das Landgericht – von der Berufung unangegriffen – festgestellt hat, dass die von den Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs erhobenen Fahrpreise bereits insoweit nicht kostendeckend seien, als aus sozialen Gründen für bestimmte Kundengruppen wie zum Beispiel Schwerbehinderte oder Arbeitslose Ermäßigungen vorgenommen würden und (2.) der öffentliche Personennahverkehr – wie auch allgemein bekannt ist – zum Teil mit öffentlichen (staatlichen) Ausgleichszahlungen finanziert wird. In diesem Zusammenhang kommt noch hinzu, dass – wie dem Senat in anderen bei ihm parallel anhängig gewesenen Verfahren zum „Schienenkartell-Komplex“, an denen u.a. auch die hiesigen Beklagten beteiligt gewesen sind, auf Grund des eigenen anwaltlichen Vorbringens namentlich derselben Prozessbevollmächtigten, die im hiesigen Rechtsstreit die Beklagte zu 3. vertreten, unterbreitet worden ist – diverse andere im Ruhrgebiet geschäftsansässige Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs seit jeher, das heißt insbesondere auch während der Zeit des streitbefangenen Kartells und hiernach, nicht in der Lage (gewesen) sind, ihre betrieblichen Kosten mit ihren gesamten Verkehrseinnahmen, geschweige denn mit ihren Fahrgeldeinnahmen, auch nur annähernd zu decken.

Über das Vorstehende hinaus ist aber nicht nur nicht festzustellen, dass die Klägerin für gewöhnlich in der Lage ist, mit ihren Verkehrs- bzw. Fahrgeldeinnahmen den von ihr verantworteten Personenverkehr kostendeckend zu betreiben. Vielmehr ist vom Gegenteil auszugehen, nachdem die Klägerin – von den Beklagten unbestritten - vorgetragen hat, dass ihre Fahrpreise nicht kostendeckend seien (vgl. Berufungserwiderung v. 3.4.2018 [GA 2171 ff.], S. 17) und die Beklagte zu 3. diesen Vortrag lediglich insoweit aufgegriffen hat, als sie eine fehlende Relevanz der Frage des Kostendeckungsgrades für die Frage der Weiterwälzung von Kosten für die kartellbefangenen Gleisoberbaumaterialien reklamiert (vgl. Berufungsreplik v. 23.5.2018 [GA 2290 ff.], S. 11) und sich diesbezüglich auf eine von ihr

überreichte privatgutachtliche Stellungnahme der M. vom 18. September 2018 (Anlage FBD 22 des Schriftsatzes der Beklagten zu 3. v. 18.9.2018) stützt. Dass es der Klägerin tatsächlich nicht annähernd gelingt, eine Kostendeckung zu erreichen, hat der Senat im Übrigen auch bereits in dem vor ihm unter Geschäftsnummer *VI-U (Kart) 11/17* geführten und mit Senatsurteil vom 29. August 2018 abgeschlossenen Parallelrechtsstreit festgestellt, an dem dieselben Parteien und Prozessbevollmächtigten wie im vorliegenden Prozess beteiligt gewesen sind und der von der Klägerin bei T.1 getätigte Beschaffungen von Gleisoberbaumaterialien zum Gegenstand gehabt hat (vgl. hierzu im Einzelnen Senat, Urteil v. 29. August 2018 – *VI-U (Kart) 11/17*, Umdruck S. 33 [unter II.B.4.b.bb.(2)]). In der vorbezeichneten Parallelsache ist die fehlende Kostendeckung der Klägerin den dort von der hiesigen Beklagten zu 3. jeweils auszugsweise überreichten Jahresabschlüssen der Klägerin betreffend die Geschäftsjahre 2001 bis 2011 zu entnehmen gewesen. Ausweislich der vorbezeichneten Urkunden ist zum Beispiel in dem Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2002 ein Verlust der Klägerin von über 53 Mio. € nach über 49,8 Mio. € im Vorjahr ausgewiesen. In dem Abschluss für das Geschäftsjahr 2009 ist niedergelegt, dass mit Rücksicht auf die im W.2 erzielten Einnahmen (in Höhe von insgesamt 958 Mio. €) nur 48 % der Kosten für den kommunalen Nahverkehr im W.2 gedeckt seien. Aus den im Abschluss für das Geschäftsjahr 2010 enthaltenen Bericht zur Ertragslage der Klägerin folgt, dass die „Gesamtleistung“ in Höhe von 59,011 Mio. € nicht annähernd ausgereicht hat, um die im selben Jahr angefallenen Kosten für Material- und Personalaufwand sowie sonstige betriebliche Aufwendungen in Höhe von insgesamt mehr als 90,6 Mio. € zu decken. Ungeachtet der fehlenden Vollständigkeit der von der Beklagten zu 3. in dem genannten Parallelrechtsstreit überreichten Geschäftsberichte ist nach diesen das weite Verfehlen einer Deckung der Kosten der Klägerin bereits offensichtlich geworden.

Die Beklagten haben keine Umstände aufgezeigt, die eine abweichende Betrachtung rechtfertigen und sind sowohl für eine vollständige wie auch für eine teilweise Schadensweitergabe beweisfällig geblieben. Dies gilt auch in Ansehung der vorbezeichneten Stellungnahme der M., die die Beklagte zu 3. nach Verkündung der in den unter Geschäftsnummern *VI-U (Kart) 2/17* und *12/17* geführten Parallelrechtsstreitigkeiten des „Schienenkartell-Komplexes“ am 22. bzw. 29. August 2018 ergangenen Senatsurteile eingeholt und sich zu eigen gemacht hat. Diese Stellungnahme trifft – allenfalls – Aussagen darüber, welchen Einfluss kartellbedingt erhöhte Beschaffungskosten mit welcher Wahrscheinlichkeit auf das Preissetzungsverhalten der Klägerin haben könnten, dies etwa unter Berücksichtigung einer die Verkehrsunternehmen (nach dem Kommunalrecht und/oder dem Personenbeförderungsrecht) womöglich treffenden Rechtspflicht, eine Kostendeckung anzustreben. Dies kann freilich auf sich beruhen. Keinesfalls ist den privatgutachtlichen Ausführungen nämlich eine tragfähige Aussage dahin zu entnehmen, dass es der Klägerin – nachweislich oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit - gelingt oder gelungen ist, den ihr entstandenen Kartellschaden ganz oder teilweise über die Fahrpreiseinnahmen auszugleichen. Dies liegt vor allem in der auch von M. nicht in Abrede gestellten, ihren Ausführungen vielmehr zu Grunde gelegten Tatsache begründet, dass die Klägerin trotz (nahezu) kontinuierlich ansteigender Verkehrseinnahmen noch weit davon entfernt ist, ihre Kosten mit diesen Einnahmen auch nur annähernd zu decken. Das gilt für den Kartellzeitraum und ebenso für die Zeit nach Kartellende. Bei dieser Sachlage spricht ganz offensichtlich *nichts* dafür, dass es der Klägerin gelingt, („ausgerechnet“) ihre mit kartellbedingten Erhöhungen der Beschaffungspreise für Gleisoberbaumaterialien in Zusammenhang stehenden Kosten ganz oder auch nur zu einem bestimmten feststellbaren Teil auf ihre Fahrgäste abzuwälzen.

159

160

Nicht im Ansatz Aufschluss geben die Ausführungen der M. insbesondere darüber, ob eine etwaige Preisreaktion der Klägerin oder des W.2 dazu geführt hat bzw. überhaupt hat führen können, dass es der Klägerin (über eine vermeintliche Preisreaktion hinaus) auch tatsächlich gelingt, den ihr durch das streitbefangene Kartell entstandenen Schaden ganz oder teilweise auf die Abnehmer ihrer Fahrdienstleistungen weiterzuwälzen. Soweit die Beklagte zu 3. unter Berufung auf die vorbezeichnete privatgutachtliche Stellungnahme die Bedeutung des Kostendeckungsgrades des den Ersatz eines Kartellschadens einklagenden Verkehrsunternehmens für die Frage einer Schadensweiterwälzung zu negieren versucht und reklamiert, insoweit maßgeblich in den Blick zu nehmen sei vielmehr die Frage, wie stark sich die Preise als Reaktion auf eine Kostenänderung verändern, greift dieser Ansatz ganz offensichtlich zu kurz. Nicht zu folgen ist auch der von der Beklagten zu 3. bemühten These der M. (vgl. Stellungnahme M. v. 18.9.2018, Rz. 8), nur mit der von ihr geforderten Betrachtung werde *„korrekt bestimmt ... , welcher Teil der Kosten im Falle einer Kostenerhöhung beim Verkehrsunternehmen verbleibt und welcher Teil weitergewälzt wird.“*. Unbehelflich bleibt die in diesem Zusammenhang ausgebrachte Behauptung, unabhängig von der Kostendeckungsquote eines bestimmten Verkehrsunternehmens könnten durchaus einzelne Kosten bzw. eine *„preissetzungsrelevante Kostensteigerung“* dieses Unternehmens auf Grund einer der Kostensteigerung folgenden Preisänderung mit Erfolg auf die Kunden weitergewälzt werden, während anderweitige, für die Preisbildung nicht maßgebliche, Kosten bei dem Unternehmen verbleiben könnten. Ob und inwieweit diese Betrachtung zu Gunsten einer tatsächlichen erfolgreichen Weiterwälzung des vorliegend im Streit stehenden Kartellschadens der Klägerin spricht oder sprechen kann, hängt völlig in der Luft und bleibt schlechterdings spekulativ. An diesem Befund ändern die für die vorbezeichnete These bemühten Beispiele (vgl. insoweit Rzn. 9 f. der M.-Stellungnahme v. 18.9.2018) nichts, da diese für sich genommen keinen Bezug zum Streitfall herstellen und die theoretischen Betrachtungen der M. auch nicht mit konkretem Sachvortrag zu dem streitbefangenen Kartell und zu den insoweit für eine fragliche Schadensweiterwälzung maßgeblichen Umständen aufgefüllt werden.

Des Weiteren verfängt in diesem Zusammenhang auch der Hinweis der Beklagten auf § 39 Abs. 2 PBefG nicht. Nach dieser Vorschrift hat die Genehmigungsbehörde die Beförderungsentgelte insbesondere daraufhin zu überprüfen, ob sie unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmers, einer ausreichenden Verzinsung und Tilgung des Anlagekapitals und der notwendigen technischen Entwicklung angemessen sind. Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 3. (vgl. insoweit M.-Stellungnahme v. 18.9.2018 Rz. 6) lässt sich dieser Gesetzesbestimmung in Bezug auf die behördliche Entgeltprüfung schon kein wie auch immer gearteter Vorrang des Anlagekapitals gegenüber etwa Personal- oder Materialkosten entnehmen; für eine solche Betrachtung hat die Beklagte zu 3. keinen Anhaltspunkt dargetan und hierfür spricht auch im Übrigen *nichts*. Ganz unabhängig hiervon würde mit einem solchen in § 39 Abs. 2 PBefG hineingelesenen „Vorrang“ für sich genommen nichts für die Beantwortung der Frage gewonnen sein, ob und inwieweit die für die Inanspruchnahme der Fahrdienstleistungen der Klägerin geltenden Beförderungsentgelte tatsächlich in Reaktion auf (kartellbedingte) Erhöhungen der für die Anschaffung der streitbefangenen Gleisoberbaumaterialien angefallenen Kosten festgesetzt worden sind. Selbst wenn eine vorrangige Berücksichtigung der Tilgung und Verzinsung des Anlagekapitals dem Willen des Gesetzgebers entsprechen sollte, besagt, wie sich von selbst versteht, die bloße Existenz dieser – vermeintlichen – rechtlichen Rahmenbedingung allein nämlich nicht, dass im Zusammenhang mit der Festsetzung und Genehmigung der Beförderungsentgelte (kartellbedingte) Erhöhungen der Kosten für Gleisoberbaumaterialien als solche erkannt worden sind sowie (bei Abwägung aller Belange) eine praktische Rolle gespielt haben und einer Gesetzesintention wie von der Beklagten zu 3. reklamiert Genüge

getan worden ist.

Über die vorstehend dargelegten – und bereits durchgreifenden - Bedenken hinaus kann der 162
auf die Ausführungen der M. gestützte Ansatz der Beklagten zu 3., dass für eine
Schadensweiterwälzung „entscheidend ... lediglich die Änderung des Preises als Reaktion
auf eine Änderung der Kosten“ (vgl. Rz. 11 Fn. 5 der M.-Stellungnahme v. 18.9.2018) sei,
auch ganz offensichtlich deshalb nicht verfangen, weil die Beklagten schon nicht
andeutungsweise Sachvortrag dazu gehalten haben, auf welche in der Kartellzeit konkret
erfolgten Erhöhungen der Beschaffungskosten für die streitbefangenen und hier allein
interessierenden Gleisoberbaumaterialien die Klägerin zu welchen Zeitpunkten überhaupt
und mit welchen konkreten Änderungen ihrer Fahrpreise reagiert haben soll. Ein im
vorbezeichneten Sinne qualifizierter Sachvortrag ist namentlich auch nicht im Ansatz den
Darlegungen der Beklagten zu 3. zu von dem W.2 in dem Zeitraum 2001 bis 2012 angeblich
vorgenommenen durchschnittlichen Tarifierpassungen der einzelnen Jahre (vgl. hierzu
Schriftsatz der Beklagten zu 3. v. 25.9.2017 [GA 1693 ff.], S. 56) zu entnehmen. Der Verweis
auf die jahresbezogenen durchschnittlichen Tarifierpassungen des W.2 besagt für sich
genommen, wie auf der Hand liegt, nichts darüber, ob und inwieweit diesen Anpassungen
Erhöhungen bestimmter betrieblicher Kosten des von der Klägerin unterhaltenen
Verkehrsunternehmens zu Grunde liegen. Insbesondere ist den Anpassungen im Hinblick
weder auf die Kostenart noch auf den Kostenumfang (und erst recht nicht auf bestimmte W.2-
Mitgliedunternehmen) eine Reaktion spezifisch auf die Erhöhung der Beschaffungskosten für
die dem streitbefangenen Kartell unterfallenden Gleisoberbaumaterialien zu entnehmen.
Völlig offen bleibt allein schon hiernach, ob und inwieweit die Tarifierpassungen auf andere
Umstände als erhöhte Kosten für die Beschaffung von Gleisoberbaumaterialien wie nur
beispielsweise auf einen gestiegenen Personalaufwand oder höhere Anschaffungskosten in
Bezug auf anderweitiges Material zurückzuführen sind.

Unbeschadet der vorstehenden Erwägungen kommt im Streitfall die Annahme einer ganz 163
oder auch nur teilweise erfolgreichen Schadensweiterwälzung schließlich auch deshalb nicht
ernsthaft in Betracht, weil die Beklagten über die bereits aufgezeigten Mängel ihrer
Argumentation hinaus auch jedweden Sachvortrag dazu unterlassen haben, ob überhaupt
und inwieweit – vermeintliche - Preisreaktionen auf eine die streitbefangenen
Gleisoberbaumaterialien betreffende Steigerung der Beschaffungskosten mit von der Klägerin
erzielten Fahrpreiseinnahmen korrelieren. Soweit die im Streitfall von der Klägerin im
Einzelnen geltend gemachten Schäden in Gestalt von kartellbedingt erhöhten
Beschaffungskosten für Gleisoberbaumaterialien überhaupt Preisreaktionen des W.2
hervorgerufen haben sollten, lassen die nach den Darlegungen der Beklagten zu 3. von der
Klägerin in dem Zeitraum 2001 bis 2012 erzielten Verkehrseinnahmen (vgl. insoweit
Schriftsatz der Beklagten zu 3. v. 25.9.2017, S. 59; Berufungsbegründung der Beklagten zu
3. v. 5.1.2018, S. 34) für sich genommen eine Weiterwälzung des hier interessierenden
Kartellschadens mitnichten erkennen. Der von der Klägerin vorliegend behauptete
Kartellgesamtschaden in Höhe von weniger als 600.000 Euro und die insoweit zu Grunde
liegenden einzelnen Schadenspositionen zum einen und die von der Beklagten zu 3.
angegebenen jährlichen W.2-Verkehrseinnahmen der Klägerin in dem Zeitraum 2001 bis
2012 in Höhe von 30,7 Mio. € bis 46,4 Mio. € zum anderen stehen schon mit Rücksicht auf
die jeweils erheblich voneinander abweichende Höhe der genannten Beträge offensichtlich
nicht in einer nachvollziehbaren wechselseitigen Beziehung. Aus diesen Daten lassen sich
folglich von vornherein keine Rückschlüsse auf eine der Klägerin gelungene Weiterwälzung
ihres kartellbedingten Schadens ziehen, die auf ihre Fahrpreiseinnahmen bzw. eine
Vermehrung dieser Einnahmen infolge einer Preisreaktion zurückzuführen ist.

Nach alledem ist auch nicht den im Schriftsatz der Beklagten zu 3. vom 18. September 2018 gestellten Anträgen zu entsprechen, mit denen der Inhalt der Stellungnahmen der M. unter Beweis durch Zeugenvernehmung und Einholung eines Sachverständigengutachten gestellt worden ist. Wie den obigen Ausführungen unmittelbar zu entnehmen ist, würde eine Beweiserhebung mangels eines konkreten und zudem insoweit einer Überprüfung zugänglichen Sachvortrags zu einer der Klägerin ganz oder teilweise gelungenen Weiterwälzung des vorliegend im Streit stehenden Kartellschadens auf eine prozessual unzulässige Ausforschung hinauslaufen.

(2.3) Berechtigte Gründe dafür, im Zusammenhang mit dem „Passing-on-Einwand“ die Klägerin mit einer sekundären Darlegungslast oder gar einer Umkehr der Beweislast zu belegen (vgl. zu den Voraussetzungen diesbezüglich BGH, Urteil v. 28. Juni 2011 – *KZR 75/10*, BGHZ 190, 145 = *WuW/E DE-R 3431 Rzn. 70 ff.* – *ORWI*), bestehen – anders als die Beklagten offenbar meinen – nicht. 165

Ein praktisches Bedürfnis hierfür ist bereits insoweit zu verneinen, als es den Beklagten ausweislich ihres Vorbringens ohne Weiteres möglich gewesen ist, zu den Fahrpreisen und dem tatsächlichen Fahrgastaufkommen der Klägerin im Kartellzeitraum wie auch in der folgenden Zeit vorzutragen. Dass aus den zu diesen Gesichtspunkten bekannten Daten entgegen der Auffassung der Beklagten eine Weiterwälzung des streitigen Kartellschadens nicht hergeleitet werden kann, rechtfertigt indes nicht, die Klägerin mit einer sekundären Darlegung in Bezug auf etwaige sonstige Tatsachen zu belasten, die womöglich doch noch für eine Schadensweitergabe sprechen könnten. Dies gilt umso mehr, als solche Tatsachen nach den Umständen des Streitfalls nicht ansatzweise ersichtlich sind. Ob angesichts der chronischen und in ihrem Ausmaß ganz erheblichen Kostenunterdeckung, mit der die Klägerin in ihrem Tätigkeitsbereich den öffentlichen Nahverkehr betreibt, eine infolge von Erhöhungen der Fahrpreise bzw. des Fahrgastaufkommens tatsächlich erzielte Deckung (ausgerechnet) der kartellbedingten Erhöhungen der Beschaffungskosten für die streitbefangenen Gleisoberbaumaterialien überhaupt betriebswirtschaftlich darstellbar ist und nach den Denkgesetzen unter Umständen festzustellen sein könnte, erscheint bereits äußerst zweifelhaft. Jedenfalls spricht *nichts* dafür, dass insoweit maßgebende Tatsachen existieren *und* nur die Klägerin von solchen Tatsachen Kenntnis hat und ihr nähere Angaben hierzu zumutbar sind; Anhaltspunkte für eine insoweit abweichende Beurteilung haben die Beklagten nicht aufgezeigt und sind auch im Übrigen nicht ersichtlich. 166

Entgegen dem Ansatz der Beklagten zu 1. und 2. kann auch von einer „*Vermutung*“, dass eine Weitergabe des Schadens der Klägerin erfolgt ist, mitnichten die Rede sein. Die ständige und ganz erhebliche Kostenunterdeckung im Unternehmen der Klägerin zeigt, dass eine Weiterwälzung „ausgerechnet“ des kartellbedingten Schadens praktisch ausgeschlossen ist. 167

Bei dieser Sachlage sind die von den beklagten Kartellanten reklamierten Erleichterungen bei der Darlegungs- und Beweislast – solche Erleichterungen zu Gunsten von Kartellteilnehmern sind im hier interessierenden Zusammenhang ohnehin von vornherein nur zurückhaltend zu erwägen (vgl. BGH, a.a.O.) – abzulehnen. Wie ausgeführt, spricht gerade keine potentiell erhebliche Wahrscheinlichkeit für eine Weiterwälzung (gerade) des streitigen Kartellschadens und ist im Hinblick auf die im hiesigen Rechtsstreit vorgetragenen Daten zu der Entwicklung der Fahrpreise und Fahrgastaufkommen der Klägerin eine erhebliche Beweisnot der Beklagten nicht festzustellen (vgl. in diesem Sinne BGH, a.a.O. Rz. 76). An der vorstehenden Beurteilung ändert entgegen dem Ansatz der Beklagten zu 3. für sich genommen auch der von ihr reklamierte Umstand nichts, dass den Beklagten im Hinblick auf einen 168

unüberschaubar großen Personenkreis von Endverbrauchern (Fahrgästen) die Verweisung auf eine den Kunden der Klägerin gegenüber auszusprechende Streitverkündung unzumutbar sei. Die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Kartellschädigers durch potentielle Anspruchsberechtigte verschiedener Marktstufen und die im Einzelfall aus praktischen Gründen fehlende Möglichkeit, sich hiergegen durch das Ausbringen von Streitverkündungen zu schützen, sind zwar bei der Frage nach die Kartellteilnehmer begünstigenden Erleichterungen bei der Darlegungslast zu berücksichtigen. Indes reicht eine solche Sachlage mitnichten schon für sich genommen aus, um dem geschädigten Abnehmer des Kartellanten hinsichtlich der Frage der Schadensweiterwälzung eine sekundäre Darlegungslast aufzuerlegen. Im Interesse einer unionsrechtlich gebotenen effizienten Durchsetzung privater Kartellschadensersatzansprüche und zum Zwecke der Vermeidung einer unbilligen Entlastung des Schädigers müssen vielmehr im Einzelfall besondere Umstände wie namentlich eine höhere Wahrscheinlichkeit der Schadensweiterwälzung oder eine größere Beweisnot des Kartellteilnehmers vorliegen, um ausnahmsweise eine sekundäre Darlegungslast des einen Kartellschaden einklagenden Abnehmers zu rechtfertigen (vgl. BGH, a.a.O. Rzn. 74 ff.). An solchen besonderen Umständen fehlt es im Streitfall.

(2.4) Der von der Beklagten zu 3. mit dem in der mündlichen Verhandlung überreichten Schriftsatz vom 18. September 2018 beantragte Schriftsatznachlass ist zurückzuweisen. Zu einer „vertiefenden Auseinandersetzung mit den ökonomischen Aspekten zum Pass-on-Einwand“ ist der Beklagten zu 3. über die am 19. September 2018 ordnungsgemäß geschlossene mündliche Verhandlung hinaus keine weitere Gelegenheit einzuräumen. Nach der Vorlage der privat eingeholten (und umfänglichen) Stellungnahme der M. vom 18. September 2018 ist schon weder von der Beklagten zu 3. auch nur ansatzweise dargetan noch sonst ersichtlich, zu welchen von der genannten Stellungnahme nicht bereits behandelten Gesichtspunkten konkret überhaupt weitergehender Sachvortrag womöglich beabsichtigt sein soll. Ebenso wenig dargetan oder ersichtlich ist, dass und weshalb der Beklagten zu 3. ein solcher Sachvortrag bei gebotener Beachtung der allgemeinen Prozessförderungspflicht nicht bereits bis (spätestens) zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat möglich gewesen sein soll. Völlig im Dunkeln lässt die Beklagte zu 3. in diesem Zusammenhang insbesondere auch, welchen Sachvortrag über die in Reaktion auf die in den Parallelrechtsstreitigkeiten VI-U (Kart) 2/17 und 12/17 ergangenen Senatsurteile vom 22. bzw. 29. August 2018 eingeholte Stellungnahme der M. vom 18. September 2018 hinaus sie bis zum Verhandlungstermin nicht zu halten imstande gewesen sein will. Soweit mit den vorbezeichneten Senatsurteilen der Weiterwälzungseinwand der auch in jenen Prozessen mitverklagten Beklagten zu 3. verworfen worden ist, rechtfertigt auch dieser Umstand für sich genommen mitnichten die Gewährung eines Schriftsatznachlasses. Dass der „Pass-on-Einwand“ womöglich nicht durchgreifen könnte und dies gegebenenfalls insbesondere auch darauf zurückzuführen sein könnte, dass die Klägerin – wie im Übrigen die in den vorbezeichneten Parallelrechtsstreitigkeiten klagenden Nahverkehrsunternehmen auch – dauerhaft weit unterhalb der Kostendeckungsgrenze arbeitet, ist aus verständiger Sicht einer, zumal wie im Streitfall durch forensisch erfahrene Rechtsanwälte vertretenen, Partei bei gewissenhafter Prozessführung keinesfalls überraschend. Tatsächlich hat die Beklagte zu 3. im Streitfall die potentielle Bedeutung einer von dem klagenden Verkehrsunternehmen (weit) verfehlten Kostendeckung für die Beurteilung des Einwands der Schadensweiterwälzung auch durchaus erfasst. Wie bereits dargelegt, hat die Klägerin schon mit Schriftsatz vom 3. April 2018 – mithin weit mehr als fünf Monate vor der mündlichen Verhandlung vom 19. September 2018 – auf die ihrer Ansicht nach bestehende Bedeutung der verfehlten Kostendeckung des öffentlichen Personennahverkehrs hingewiesen. Dies hat die Beklagte zu 3. zum Anlass genommen, mit Schriftsatz vom 23. Mai 2018 den Ansatz der Klägerin

aufzugreifen und zurückzuweisen. Dass der Senat dem, ebenso wie von der Beklagten zu 3. bzw. ihren Prozessbevollmächtigten in Parallelrechtsstreitigkeiten des „Schienenkartell-Komplexes“ im hier interessierenden Zusammenhang bereits im Mai 2018 oder früher vorgelegten privatgutachtlichen Ausführungen der M., in seinen vorbezeichneten Entscheidungen nicht gefolgt ist (vgl. insoweit etwa Senat, Urteil v. 29. August 2018 – *VI-U (Kart) 12/17*, Umdruck S. 38 ff. [unter II.B.4.b.bb.(2)(a)]), stellt vorliegend freilich keinen berechtigten Grund dar, der Beklagten zu 3. über die mündliche Verhandlung vom 19. September 2018 hinaus weiteren Sachvortrag zu ermöglichen. Dies gilt nur umso mehr, als die Beklagte zu 3. mit der von ihr eingeführten privatgutachtlichen Stellungnahme der M. vom 18. September 2018 keine für die Entscheidung des Streitfalls erheblichen Gesichtspunkte aufgezeigt hat, derentwegen für den Senat Veranlassung zur Erteilung rechtlicher Hinweise besteht.

Die nach dem Senatstermin vom 19. September 2018 von der Beklagten zu 3. eingereichten, 170 nicht nachgelassenen, Schriftsätze geben keine Veranlassung, die ordnungsgemäß geschlossene mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Das hierauf gerichtete Begehren der Beklagten zu 3. ist zurückzuweisen, wie den vorstehenden, auch in diesem Zusammenhang Geltung beanspruchenden, Ausführungen unmittelbar zu entnehmen ist.

b. Soweit die streitbefangenen Beschaffungsvorgänge durch öffentliche Zuwendungen 171 gefördert worden sein sollten, führt auch dies nicht zu dem Ausschluss oder der Minderung des Anspruchs der Klägerin auf Kartellschadensersatz.

Soweit überhaupt Zuwendungen der öffentlichen Hand geflossen sind, sind diese in das 172 Vermögen der Klägerin übergegangen. Die streitbefangenen Beschaffungsgeschäfte hat sie daher komplett mit eigenen Mitteln bestritten; ihr selbst ist deshalb auch der volle Schaden entstanden. Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 3. ist im Hinblick auf die schadensersatzrechtliche Differenzhypothese keine andere Beurteilung gerechtfertigt. Die Höhe der Zuwendungen ist schon nicht kausal auf den Kartellrechtsverstoß zurückzuführen, da die Beklagten keinen Sachvortrag dazu gehalten haben, ob die Zuschüsse überhaupt von den Preisen für die im Streitfall betroffenen Produkte abhingen und zu welchen Bedingungen die Zuschüsse gewährt wurden (so zutreffend auch OLG München, Urteil v. 8. März 2018 – *U 3497/16 Kart*, NZKart 2018, 230, Rz. 84 bei juris – *Kartell der Schienenfreunde*). Anders als die Beklagten meinen, trifft sie – und nicht etwa die Klägerin – in diesem Zusammenhang die Darlegungs- und Beweislast. Letzteres gilt namentlich mit Rücksicht auf das unionsrechtliche Gebot der effizienten Durchsetzung privater Kartellschadensersatzansprüche (vgl. OLG München, a.a.O.). Ebenso wenig sind die öffentlichen Zuwendungen im Wege der Vorteilsausgleichung der Klägerin schadensmindernd anzurechnen. Auch insoweit fehlt es bereits an dem Nachweis, dass die Zuschüsse in ihrer Höhe ursächlich auf den Kartellrechtsverstoß der Beklagten zurückzuführen sind.

Darüber hinaus und vor allem steht einer den Schaden der Klägerin ausschließenden oder 173 mindernden Anrechnung der öffentlichen Zuwendungen - unbeschadet der vorstehenden Ausführungen - in wertender Hinsicht der Rechtsgedanke des § 843 Abs. 4 BGB entgegen (so auch OLG München, a.a.O.). Wie der Senat bereits entschieden hat (vgl. Senat, Urteil v. 22. August 2018 – *VI-U (Kart) 1/17*, Umdruck S. 50 f. [unter II.B.Ba.5.b.bb.] - *Schienenkartell*), haben die in Zusammenhang mit der Beschaffung bzw. Instandhaltung der für den öffentlichen Personennahverkehr erforderlichen Infrastruktur gewährten Zuwendungen der öffentlichen Hand nicht den Sinn, denjenigen Schädiger zu entlasten, der unter Ausnutzung eines von ihm begangenen Verstoßes gegen das Kartellverbot seine Waren oberhalb des hypothetischen Wettbewerbspreises anbietet. Wie im Falle der Eingliederung eines

Zuwendungsempfängers in den Bundeshaushalt (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 4. April 2000 – XI ZR 48/99, NJW 2000, 3062 [3063] [unter II.2.]) rechtfertigen auch aus öffentlichen Mitteln erbrachte (Infrastruktur-) Zuwendungen an ein kommunal bzw. regional tätiges Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs nicht, den Schädiger im Wege der Vorteilsausgleichung zu entlasten (vgl. in diesem Sinne auch OLG München, a.a.O.).

7. Die Klägerin ist nicht daran gehindert, die Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz in Geld in Anspruch zu nehmen. Entgegen den Berufungen der Beklagten zu 1. und 2. ist davon auszugehen, dass die Klägerin ihrer Behauptung entsprechend die Rechnungen der U. vollständig beglichen hat. 174

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass die Beklagte zu 3., mithin die Vertragspartnerin der Klägerin, den Vortrag der Klägerin, die Rechnungen bezahlt zu haben, selbst – den Feststellungen des Landgerichts entsprechend und insoweit von den Berufungen auch nicht angegriffen – nicht bestritten hat. 175

Soweit die Beklagten zu 1. und 2. gleichwohl die Begleichung der Rechnungen der U. mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) bestreiten, ist dies prozessual unzulässig und daher unbeachtlich. Zwar sind die Beklagten zu 1. und 2. als einfache Streitgenossinnen der Beklagten zu 3. grundsätzlich nicht daran gehindert, Angriffs- oder Verteidigungsmittel selbständig vorzutragen und sich hierbei gegebenenfalls auch in Widerspruch zu anderen Streitgenossen zu setzen (vgl. hierzu die Nachweise bei Senat, Urteil v. 22. August 2018 – VI-U (Kart) 1/17, Umdruck S. 53 [unter II.B.Ba.6.b.] - *Schienenkartell*). Nach den Umständen des Streitfalls jedoch ist das Bestreiten der Beklagten zu 1. und 2. mit Nichtwissen unbeschadet der vorstehenden Erwägungen unstatthaft. Wie der Senat bereits entschieden hat (vgl. Senat, a.a.O., S. 53 f. [unter II.B.Ba.6.b.] m.w.N.), sind im Rahmen von § 138 Abs. 4 ZPO solche Vorgänge im eigenen Geschäfts- und Verantwortungsbereich der Partei den eigenen Handlungen und Wahrnehmungen gleichgestellt, hinsichtlich deren sich die Partei in zumutbarer Weise die notwendigen Informationen beschaffen kann und ist ein Bestreiten mit Nichtwissen hinsichtlich solcher Tatsachen erst zulässig, wenn die Partei ihrer insoweit bestehenden Pflicht zur Informationsbeschaffung nachgekommen ist. Ebenso hat der Senat bereits entschieden (vgl. Senat, a.a.O. m.w.N.), dass einem Gesamtschuldner es regelmäßig zuzumuten ist, sich die zur Rechtsverteidigung notwendigen Informationen von den anderen Gesamtschuldnern zu beschaffen, was umso mehr vor dem Hintergrund gilt, dass ein entsprechender Auskunftsanspruch aus der sich aus § 426 Abs. 1 BGB ergebenden Verpflichtung des Mitschuldners folgt, unbegründete Ansprüche von dem Freistellungsgläubiger abzuwehren. So verhält es sich auch im Streitfall, in dem alle Beklagten als Gesamtschuldnerinnen der Klägerin dem Grunde nach auf Kartellschadensersatz haften. Die Beklagten zu 1. und 2. haben aber nicht aufgezeigt, dass sie sich hinsichtlich der Frage der Begleichung der hier interessierenden Rechnungen bei der Beklagten zu 3. – Lieferantin – um Aufklärung bemüht haben, ihnen eine solche Aufklärung unzumutbar oder diese aussichtslos ist. Für eine Unzumutbarkeit oder Aussichtslosigkeit solcher Aufklärungsbemühungen spricht auch tatsächlich nichts, was nur umso mehr gilt, als die Beklagte zu 3. den Ausgleich der Rechnungen selbst nicht in Abrede gestellt hat. 176

8. Der Anspruch auf Schadensersatz ist entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1. und 2. im Hinblick auf das „Vergabeverhalten“ der Klägerin nicht wegen eines gemäß § 254 Abs. 1 BGB bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden Mitverschuldens der Klägerin gemindert oder gar ausgeschlossen. 177

a. Zu einem vollständigen Ausschluss des Klageanspruchs führt der Einwand der Beklagten zu 1. und 2. ganz offensichtlich schon deshalb nicht, weil er angesichts des vorsätzlichen 178

Rechtsverstoßes der am streitbefangenen Submissionskartell beteiligten Unternehmen wertungsmäßig ein völliges Zurücktreten dieses Ursachenbeitrags hinter die vermeintlichen Ursachenbeiträge der Klägerin schlechterdings ausgeschlossen ist. Daher steht im Streitfall der Mitverschuldenseinwand einer Zwischenentscheidung über den Grund des Anspruchs von vornherein nicht entgegen (vgl. hierzu bereits Senat, Urteil v. 22. August 2018 – VI-U (Kart) 1/17, Umdruck S. 55 [unter II.B.Ba.7.a.] m.w.N. - *Schienenkartell*).

b. Der Streit über den Mitverschuldenseinwand ist aber auch nicht dem Betragsverfahren vorzubehalten (vgl. hierzu etwa BGH, Urteil v. 24. März 1999 – VIII ZR 121/98, BGHZ 141, 129 = NJW 1999, 2440 [2441] [unter II.4.a]), sondern vorliegend abschließend dahin zu entscheiden, dass dieser Einwand auch insoweit versagt, als auch ein nur teilweiser Ausschluss des Klageanspruchs zu verneinen ist. 179

Es ist nicht festzustellen, dass das von den Beklagten zu 1. und 2. beanstandete Verhalten der Klägerin, in den streitbefangenen Fällen „*Direktvergaben und/oder ... freihändige Vergaben*“ vorgenommen zu haben, im Streitfall für die Höhe der von ihr an U. zu entrichtenden Preise (mit-)ursächlich geworden ist. Das streitbefangene Kartell hat – wie oben bereits eingehend dargelegt – den Kartellbeteiligten einen Spielraum eröffnet, die „ihren“ Kunden abzuverlangenden Preise ohne Wettbewerbsdruck über den hypothetischen Wettbewerbspreis hinaus zu erhöhen. Bei lebensnaher Betrachtung haben die Kartellbeteiligten unter den Gesichtspunkten kaufmännischer wie auch krimineller Vernunft von diesem Spielraum so weit wie möglich tatsächlich auch Gebrauch gemacht. Vor diesem Hintergrund spricht freilich – wie der Senat bereits in Parallelrechtsstreitigkeiten zum „*Schienenkartell-Komplex*“ entschieden hat (vgl. etwa Senat, Urteil v. 22. August 2018 – VI-U (Kart) 1/17, Umdruck S. 56 f. [unter II.B.Ba.7.b.bb.] - *Schienenkartell*) - alles dafür, dass die Kartellbeteiligten von ihren Abnehmern auch dann nicht wettbewerbskonforme Preise verlangten, wenn etwa das Geschäft im Einzelfall auf andere Weise zustande kam als im Rahmen einer Ausschreibung oder wenn eine Ausschreibung aus von den Kartellabsprachen nicht berührten Gründen, wie zum Beispiel wegen technischer Spezifikationen, ohnehin auf ein bestimmtes Unternehmen zulief, und zwar auf dasjenige, das auch nach den Spielregeln des Kartells zum Zuge kommen sollte. Dies liegt in der Tatsache begründet, dass ein solches Preissetzungsverhalten ökonomischer Vernunft entsprach, da das betreffende Unternehmen hiermit praktisch risikolos seinen Gewinn steigern konnte. Ein Abweichen von den bei Ausschreibungen nach den Regeln des Kartells allgemein üblichen Preisen in den vorbezeichneten Fällen wäre dagegen, wie auf der Hand liegt, mit der Gefahr verbunden gewesen, dass Abnehmer der Kartellanten im Hinblick auf die dann offenkundigen Preisdifferenzierungen misstrauisch würden und aus diesen Gründen das Kartell in der Folge aufgedeckt würde. Dass die Differenz zwischen jeweils dem tatsächlichen Beschaffungspreis und dem hypothetischen Wettbewerbspreis auch nur mitursächlich auf das „*Vergabeverhalten*“ der Klägerin zurückzuführen ist, liegt bei dieser Sachlage völlig fern und Anhalt für eine abweichende Beurteilung haben die insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten nicht aufgezeigt. 180

9. Die von den Beklagten erhobene Verjährungseinrede greift nicht durch; die Schadensersatzansprüche der Klägerin sind nicht verjährt. 181

a. Die Verjährung richtet sich gemäß § 186 Abs. 3 Satz 2 GWB (2017) nach § 33h GWB n.F.. 182

aa. Gegenstand ist jeweils ein Anspruch wegen eines Verstoßes im Sinne des § 33 Abs. 1 GWB n.F., nämlich nach den bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts ein Verstoß gegen § 1 GWB und gegen Art. 81 Abs. 1 EG (jetzt: Art. 101 Abs. 1 AEUV). 183

bb. Die Ansprüche sind vor dem 27. Dezember 2016 entstanden. Insoweit ist unerheblich, ob die Anspruchsentstehung im Sinne des Verjährungsrechts bereits mit Abschluss des jeweiligen Vertrags zu kartellrechtswidrig abgestimmten Preisen – im frühesten streitbefangenen Fall der 9. Februar 2001 – oder erst mit der Bezahlung der Rechnungen durch die Klägerin anzunehmen ist. Die Klägerin hat die Bezahlung mit der Klageschrift vom 29. Juni 2015 behauptet, ohne dass die Beklagten dies prozessual beachtlich bestritten haben; folglich ist spätestens von diesem Tag an von der Bezahlung und der Entstehung der Ansprüche auszugehen.

cc. Die Ansprüche sind am 9. Juni 2017 noch nicht verjährt gewesen. 185

(1) Vor diesem Zeitpunkt beurteilt sich die Frage nach §§ 195, 199 BGB (in ihren nach Ablauf des Jahres 2001 geltenden Fassungen). Diese Vorschriften sind für die unter E.I.3.-16. der Klageschrift dargelegten Beschaffungsvorgänge mit Rücksicht auf die insoweit durchgängig nach dem 31. Dezember 2001 erfolgten Vertragsschlüsse ohne Weiteres maßgeblich. Nichts anderes gilt aber auch für die beiden übrigen streitbefangenen, unter E.I.1. und 2. dargelegten, Beschaffungsvorgänge. Die insoweit zu Grunde liegenden Verträge sind zwar bereits im Jahr 2001 geschlossen worden. Unbeschadet dessen sind mit Blick auf Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Sätze 1 und 2 EGBGB auch auf die in Zusammenhang mit diesen Beschaffungsvorgängen stehenden Ansprüche die Verjährungsvorschriften der §§ 195, 199 BGB anzuwenden, da die bis zum 31. Dezember 2001 gültig gewesenen Verjährungsvorschriften der §§ 852 Abs. 1, 198 Satz 1 BGB a.F. mangels vor Bekanntgabe der Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamts vom 18. Juli 2013 eingetretener Kenntnis der Klägerin von dem entstandenen Schaden (und den Schädigerpersonen) nicht zur Vollendung der Verjährung vor Ablauf der sich aus §§ 195, 199 BGB ergebenden Verjährungsfristen geführt haben (vgl. hierzu Senat, Urteil v. 29. Januar 2014 – VI-U (Kart) 7/13, WuW/E DE-R 4477, Rzn. 105 ff. bei juris). 186

Unter Berücksichtigung des Vorstehenden ist bis zum 9. Juni 2017 keine Verjährung der Ansprüche eingetreten. Die maßgeblich in den Blick zu nehmende regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB war an dem vorgenannten Tag noch nicht abgelaufen. 187

(1.1) Der Beginn und die Hemmung der Verjährungsfrist richten sich gemäß § 186 Abs. 3 Satz 3 GWB n.F. nach dem bis zum 8. Juni 2017 insoweit geltenden Recht. 188

(1.2) Die Regelverjährungsfrist hat im Hinblick auf § 199 Abs. 1 BGB keinesfalls vor Schluss des Jahres 2013 zu laufen begonnen. Unabhängig von der Entstehung der Ansprüche nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist das subjektive Moment des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB – Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Tatsachen und der Person des Schuldners – bei der Klägerin jedenfalls, etwas anderes haben auch die Beklagten nicht ansatzweise aufgezeigt, erst mit der Bekanntgabe der Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamts vom 18. Juli 2013 erfüllt worden. 189

(1.3) Die mithin bereits allein unter dem Gesichtspunkt des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB frühestens Ende des Jahres 2013 jeweils in Gang gesetzte Verjährungsfrist ist noch vor ihrem Ablauf – frühestens am 31. Dezember 2016 – gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wirksam und gegenüber allen Beklagten rechtzeitig gehemmt worden. Die am 29. Juni 2015 eingereichte Klage ist den Beklagten am zu 1. und zu 2. am 17. August 2015 und der Beklagten zu 3. am 24. August 2015 zugestellt worden. Damit hat die Klägerin den gesetzlichen Voraussetzungen einer Hemmung der Verjährung entsprochen. 190

(2) Im Ergebnis keine andere Beurteilung ist im Hinblick auf die Verjährungshöchstfrist von zehn Jahren nach § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB veranlasst; denn auch diese Frist war in Bezug auf die im Streit stehenden Schadensersatzansprüche gegenüber allen Beklagten am 9. Juni 2017 noch nicht abgelaufen.

(2.1) Dies gilt zunächst für die vertraglichen und deliktischen Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 3., und zwar – entgegen der Auffassung der Beklagten zu 3. – auch soweit die vier unter E.I.1., 2., 4. und 5. der Klageschrift dargelegten Beschaffungsvorgänge betroffen sind, in Bezug auf welche die Beklagte zu 3. ihre Verjährungseinrede allein erhebt. 192

(2.1.1) Dies liegt bereits daran, dass der hinsichtlich des Eingreifens der Verjährungseinrede darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten zu 3. nicht der Nachweis gelungen ist, dass die Höchstfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB überhaupt zu einem bestimmten Zeitpunkt infolge der *Entstehung* der Schadensersatzansprüche zu laufen begonnen hat; damit scheidet gleichsam die Möglichkeit des Ablaufs dieser Frist bis spätestens zum 9. Juni 2017 (vgl. § 186 Abs. 3 Satz 2 GWB n.F.) aus. 193

(a) Grundsätzlich ist bei Vermögensschäden für die Entstehung des Anspruchs im Sinne des Verjährungsrechts der *Eintritt* des Schadens erforderlich, so dass bloße Vermögensgefährdungen bzw. ein noch nicht verwirklichtes Schadensrisiko regelmäßig nicht ausreichen (vgl. BGH, Urteil v. 9. Dezember 1999 – IX ZR 129/99, BB 2000, 378, Rz. 8 bei juris; Urteil v. 25. April 2013 – IX ZR 65/12, NJW-RR 2013, 1212 Rz. 10; Urteil v. 23. April 2015 – IX ZR 176/12, NJW 2015, 2190 Rz. 11; BeckOK-BGB-*Henrich*, § 199 Rz. 14; *Grothe* in Münchener Kommentar zum BGB [MüKo-BGB], 7. Aufl. [2015], § 199 Rz. 25; *Schmidt-Räntsch* in Erman, BGB, 15. Aufl. [2017], § 199 Rz. 9, alle m.w.N.). 194

Fraglich ist freilich, ob und unter welchen Voraussetzungen von einem Schadenseintritt im verjährungsrechtlichen Sinne gesprochen werden kann, wenn sich bei dem Geschädigten ein Schaden in Gestalt einer konkreten Vermögenseinbuße noch nicht manifestiert hat, jedoch auf Grund bestimmter Umstände ein solcher Schaden mit einer solchen Dringlichkeit oder Wahrscheinlichkeit abzusehen ist, dass man von dem Überschreiten des Stadiums einer bloßen, nicht hinreichend intensiven, Vermögensgefährdung auszugehen hat. Als Beispiele hierfür kommen etwa der einer Aufklärungs-/Beratungspflichtverletzung folgende Erwerb einer für den Anlageinteressenten nachteiligen, weil seinen konkreten Anlagezielen und Vermögensinteressen nicht entsprechenden Kapitalanlage für sich genommen (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 18. April 2012 – IV ZR 193/10, VersR 2012, 1110 Rz. 21 m.w.N.), der Erlass eines noch anfechtbaren behördlichen Bescheids oder womöglich auch der Abschluss eines nachteiligen Vertrags (vgl. insoweit etwa *Peters/Jacoby* in Staudinger, BGB, Neubearb. 2014, § 199 Rz. 36) in Betracht. 195

(b) Im Streitfall reicht indes der jeweilige Abschluss der der Klägerin kartellbedingt nachteiligen Verträge mit U. über Gleisoberbaumaterialien nicht aus, um im Sinne von § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB von einer Entstehung der Schadensersatzansprüche auszugehen. 196

Der Abschluss der streitbefangenen Verträge hat jeweils nicht über eine bloße Vermögensgefährdung hinaus mit besonderer Dringlichkeit den Eintritt eines Schadens zum Nachteil der Klägerin erwarten lassen. Insbesondere kann vorliegend nicht davon gesprochen werden, dass mit dem jeweiligen Vertragsschluss, für sich genommen, ein Geschehen in Gang gesetzt worden ist, das unabhängig von dem weiteren Verhalten des Schädigers und für den Geschädigten mangels Möglichkeit schadensabwendender Maßnahmen praktisch bereits unaufhaltsam auf die endgültige Verwirklichung des Schadensrisikos hinausgelaufen ist. Unter diesem Gesichtspunkt unterscheidet sich der Streitfall indes grundlegend von Fällen 197

wie etwa den oben genannten, in denen die eine Schadensersatzhaftung begründende Aufklärungs-/Beratungspflichtverletzung beispielsweise eines Kapitalanlage- oder Steuerberaters bereits zu einer schadensstiftenden Folge – in den erwähnten Beispielen etwa der Erwerb der Kapitalanlage oder die Abgabe der Steuererklärung – geführt hat, die ohne weiteres Zutun des Geschädigten oder des Schädigers den endgültigen Schadenseintritt mit hinreichender Dringlichkeit erwarten lässt. Anders als in jenen Fällen hat zum jeweiligen Zeitpunkt des Abschlusses der streitbefangenen Rechtsgeschäfte über die bloße Gefährdung des Vermögens der Klägerin hinaus der Eintritt des Schadens noch nicht praktisch unausweichlich bevorstanden. Zur Leistung des (den hypothetischen Wettbewerbspreis übersteigenden) Vertragspreises ist die Klägerin von vornherein jeweils erst bei Bewirkung der U. obliegenden Gegenleistung, der sach- und rechtsmangelfreien Lieferung der bestellten Gleisoberbaumaterialien, verpflichtet gewesen (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB). Ob U. ihre Vertragspflichten ordnungsgemäß erfüllen würde, stand aber bei Abschluss der Verträge objektiv noch nicht fest. So war zu jenem Zeitpunkt etwa nicht ausgeschlossen, dass, aus welchen Gründen auch immer, U. die bestellten Gleisoberbaumaterialien überhaupt nicht, nicht vollständig, nicht zeitgerecht oder nicht mangelfrei liefern würde und die Klägerin aus solchen Gründen jeweils mit Recht die Bezahlung des Vertragspreises dauerhaft verweigern würde. Ebenso wenig war ausgeschlossen, dass noch vor Bewirkung der Zahlung des jeweiligen Vertragspreises das streitbefangene Kartell aufgedeckt würde und die Klägerin dies zu Recht zum Anlass nehmen würde, die Zahlung der vollen Vertragspreise unter Berufung auf den aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) folgenden Einwand missbräuchlicher Rechtsausübung („*dolo-agit*-Einrede“) abzulehnen. Nach alledem hat der Abschluss des streitbefangenen Vertrags als solcher nicht ausgereicht, um die Schadensersatzansprüche der Klägerin im Sinne des Verjährungsrechts „entstehen“ zu lassen.

(c) Für die Anspruchsentstehung im Sinne der Höchstfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB 198 kommt es folglich auf den jeweiligen Zeitpunkt der Rechnungsbegleichung an. Zu diesem Zeitpunkt hat die Beklagte zu 3. indes keinen Sachvortrag gehalten und der Zeitpunkt ist auch nach dem Sach- und Streitstand im Übrigen nicht festzustellen. Dies geht zu Lasten der Beklagten zu 3.. Soweit die Klägerin mit der Klageschrift vom 29. Juni 2015 die Bezahlung der Leistungen der U. behauptet hat, kann allenfalls von diesem Datum ausgegangen werden, da die Beklagte zu 3. nichts dargetan hat, was – hinsichtlich der hier ohnehin allein interessierenden Vorgänge zu E.I.1.,2., 4. und 5. der Klageschrift - zu Gunsten eines früheren Zahlungszeitpunkts spricht; bei Annahme einer erst am 29. Juni 2015 erfolgten Zahlung verbleibt freilich kein Raum für die Annahme des Ablaufs der hier interessierenden Höchstfrist.

(2.1.2) Selbst wenn aber – entgegen den oben unter (2.1.1) erfolgten Ausführungen – jeweils 199 von einem bereits mit Vertragsschluss nach § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB entstandenen Schadensersatzanspruch der Klägerin auszugehen wäre, würde im Ergebnis nichts anderes gelten. In diesem Fall ist die Höchstfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB noch vor ihrem Ablauf wirksam gehemmt worden. Dies gilt namentlich für den ersten, am 9. Februar 2001 geschlossenen, Vertrag und mithin erst recht für die übrigen streitbefangenen, zu späteren Zeitpunkten geschlossenen, Verträge.

Nimmt man maßgeblich den ersten Vertrag (Fall E.I.2. der Klageschrift) in den Blick, ist 200 zunächst zu beachten, dass die Höchstfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB von dem 1. Januar 2002 an zu berechnen ist (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 23. Januar 2007 – XI ZR 44/06, NJW 2007, 1584 Rz. 28).

Bis zum sich hiernach errechnenden Ende der Verjährung mit Ablauf des 31. Dezember 2011 hatte die Klägerin selbst zwar noch keine verjährungshemmenden Maßnahmen ergriffen. Jedoch ist die hier interessierende Verjährungsfrist gemäß § 33 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GWB (2005) a.F. durch die spätestens mit den Durchsuchungen der Geschäftsräume der Kartellanten am 11. Mai 2011 – das heißt etwas weniger als acht Monate vor Fristablauf - erfolgte Einleitung des kartellbehördlichen Ermittlungsverfahrens wirksam gehemmt worden.

Dem steht nicht entgegen, dass der hier interessierende Beschaffungsvorgang noch vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle stattgefunden hat. Wie inzwischen höchstrichterlich geklärt ist (vgl. BGH, Urteil v. 12. Juni 2018 – *KZR 56/16*, NZKart 2018, 315 = WuW 2018, 405 Rzn. 61 ff. – *Grauzementkartell II*; vgl. auch Senat, Urteil v. 29. Januar 2014 – *VI-U (Kart) 7/13*, WuW/E DE-R 4477, Rz. 153 bei juris; Urteil v. 18. Februar 2015 – *VI-U (Kart) 3/14*, NZKart 2015, 201 = WuW/E DE-R 4601, Rzn. 120-126 bei juris – *Schadensersatz aus Zementkartell*), ist die Hemmungsvorschrift des § 33 Abs. 5 GWB (2005) auch auf Schadensersatzansprüche anzuwenden, die – wie im Streitfall – ihre Grundlage in Kartellverstößen haben, die vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle, das heißt vor dem 1. Juli 2005, begangen wurden und an dem vorgenannten Tag noch nicht verjährt waren. 202

Gemäß § 33 Abs. 5 Satz 2 GWB a.F. in Verbindung mit § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB endete die durch das kartellbehördliche Verfahren ausgelöste Hemmung der Verjährung sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung des Bundeskartellamts im Bußgeldverfahren (18. Juli 2013), mithin unter Berücksichtigung der zweiwöchigen Einspruchsfrist des § 67 Abs. 1 Satz 1 OWiG am 1. Februar 2014. 203

Ausgehend davon, dass der Hemmungszeitraum in die Verjährungsfrist nicht mit eingerechnet wird (§ 209 BGB), ist die Verjährungshöchstfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB nicht fruchtlos verstrichen. Zum Ende der auf Grund des kartellbehördlichen Verfahrens eingetretenen Hemmung verblieben von der Höchstfrist etwas weniger als acht Monate. Dass die Klägerin nicht innerhalb dieser Zeitspanne Klage erhoben hat, ist für sie selbst im Falle einer mit Vertragsschluss einhergehenden „Entstehung“ des Anspruchs unschädlich. Denn sie kann sich auf eine mit der Beklagten zu 3. innerhalb noch nicht abgelaufener Verjährungshöchstfrist – für sich genommen unstreitig – geschlossene Vereinbarung über den Verzicht auf die Verjährungseinrede bis zum 30. Juni 2015 berufen und hat noch vor Ablauf des letztgenannten Datums, nämlich am 29. Juni 2015, gegen u.a. die Beklagte zu 3. Klage eingereicht, die an diese Partei nach am 16. und 24. Juli 2015 erfolgter Anforderung bzw. Einzahlung eines Gerichtskostenvorschusses, mithin „demnächst“ (§ 167 ZPO) zugestellt worden ist. Der hier interessierende zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 3. vereinbarte umfassende Verjährungsverzicht datiert – wie die Beklagte zu 3. selbst auch im Berufungsrechtszug vorgetragen hat (vgl. Berufungsbegründung v. 5.1.2018, S. 43) – vom 17. Dezember 2013 und stammt mit Rücksicht auf die obigen Darlegungen mithin aus unverjährter Zeit. 204

(2.2) Aber auch die für die gegen die Beklagten zu 1. und zu 2. erhobenen Ansprüche der Klägerin geltende Höchstfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB ist nicht abgelaufen, wobei im Ausgangspunkt in den Blick zu nehmen ist, dass die Klägerin von diesen beklagten Parteien von vornherein Kartellschadensersatz in Zusammenhang allein mit den im Jahr 2003 oder später erfolgten Materialbeschaffungen bei U. (Fälle E.I.4.-16. der Klageschrift) verlangt (vgl. hierzu Klageschrift, S. 166). 205

(2.2.1) Auch insoweit gilt aus den vorstehend unter (2.1.1) im Einzelnen dargelegten Gründen, dass mangels jedweden Sachvortrags der Beklagten zu den Zeitpunkten der Bezahlung der streitbefangenen Rechnungen von einer *Entstehung* der 206

Schadensersatzansprüche im Sinne der vorgenannten Vorschrift zu einem früheren Zeitpunkt als dem 29. Juni 2015 nicht die Rede sein kann; damit scheidet gleichsam die Möglichkeit des Ablaufs der hier interessierenden Verjährungsfrist bis spätestens zum 9. Juni 2017 (vgl. § 186 Abs. 3 Satz 2 GWB n.F.) aus.

Lediglich ergänzend ist auszuführen, dass unbeschadet der bereits niedergelegten Erwägungen und von diesen unabhängig der jeweilige Abschluss der streitbefangenen Verträge auch deshalb nicht schon für sich genommen zur Entstehung der Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen die Beklagten zu 1. und 2. geführt hat, weil diese Parteien an den Verträgen selbst nicht beteiligt sind und für sie, anders als im Falle der Beklagten zu 3., keine vertragsrechtliche Haftung aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB (i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB), sondern ausschließlich eine deliktische Haftung in Betracht kommt. Die insoweit erforderliche deliktische Sonderverbindung zwischen der Klägerin und den Beklagten zu 1. und 2. kann indes nicht in dem Abschluss der streitbefangenen Verträge für sich genommen gesehen werden. Mangels eigener Beteiligung an bzw. Berechtigung aus diesen Verträgen hätten die Beklagten zu 1. und 2. von der Klägerin vor der Begleichung der auf diese Verträge bezogenen Rechnungen schon nicht auf Freistellung von der Verpflichtung zur Bezahlung der Vertragspreise in Anspruch genommen werden können. Die haftungsauslösende deliktische Sonderverbindung mit der Klägerin ist hinsichtlich der Beklagten zu 1. und 2. richtigerweise jeweils erst mit der Bezahlung der Rechnungen entstanden. Nur in Bezug auf *diesen* Schaden kann überhaupt von einer gesamtschuldnerischen Mithaftung der Beklagten zu 1. und 2. neben U. auf Erstattung der Differenz des jeweils von der Klägerin gezahlten Vertragspreises zum hypothetischen Wettbewerbspreis ausgegangen werden. 207

(2.2.2) Ohne dass es nach den obigen Ausführungen für die Entscheidung dieses Rechtsstreits darauf ankommt, bleibt festzuhalten, dass selbst wenn man die Frage der Entstehung des Anspruchs und der Ingangsetzung der Frist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB abweichend zu beurteilen hätte, im Ergebnis nichts anderes gelten würde. 208

Gegebenenfalls wäre entsprechend den oben bereits erfolgten Darlegungen auch gegenüber den Beklagten zu 1. und zu 2. von einer durch die Einleitung des kartellbehördlichen Verfahrens spätestens am 11. Mai 2011 eingetretenen und bis zum 1. Februar 2014 andauernden Hemmung der Verjährung auszugehen. Die Verjährungshöchstfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB wäre in Bezug auf den unter E.I.4. der Klageschrift genannten Beschaffungsvorgang und (damit erst recht) alle ihm zeitlich nachfolgenden Vorgänge – Fälle E.I.5.-16. der Klageschrift – nicht fruchtlos verstrichen. Zum Ende der auf Grund des kartellbehördlichen Verfahrens eingetretenen Hemmung verblieben im Beschaffungsfall zu E.I.4. der Klageschrift im Hinblick auf den insoweit von der Klägerin am 3. Juni 2003 erteilten Auftrag von der Höchstfrist jedenfalls noch volle zwei Jahre. Die – deutlich - früher als zwei Jahre nach dem 1. Februar 2014, namentlich am 29. Juni 2015 erfolgte Einreichung der den Beklagten zu 1. und 2. am 17. August 2015 zugestellten Klage hat mithin in jedem Fall ausgereicht, um hinsichtlich des vorbezeichneten Vorgangs und erst recht hinsichtlich der zeitlich nachfolgenden Beschaffungsfälle den Rest der Verjährungshöchstfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB erneut zu hemmen. 209

b. Die Verjährungsfrist des § 33h GWB n.F. ist noch nicht abgelaufen. Dies gilt zunächst für die Regelverjährung von fünf Jahren nach § 33h Abs. 1 GWB n.F.; insoweit ist das subjektive Moment des § 33h Abs. 2 Nr. 2 GWB n.F. frühestens im Laufe des Jahres 2013 eingetreten, so dass in Bezug auf alle Beklagten die Verjährung durch die ihnen gegenüber im Jahr 2015 erfolgte Klageerhebung rechtzeitig gehemmt worden ist. Ebenso gilt dies für die Höchstfrist 210

von zehn Jahren nach § 33h Abs. 3 GWB n.F.. All dies ist den vorstehend unter a. erfolgten Ausführungen unmittelbar zu entnehmen.

10. Die unbegründeten Rechtsmittel der Beklagten sind mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass das angefochtene Urteil dahin neu gefasst wird, dass die Klage für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt wird. Soweit das Landgericht – überschießend – den miteingeklagten Ersatz von Gutachterkosten in seinen Tenor einbezogen hat, bedarf es einer Entscheidung über diese einzelne Schadensposition bereits im Grundverfahren nicht, so dass eine solche mit dem hiesigen Berufungsurteil unterbleibt; die Frage, ob und inwieweit die Klägerin von den Beklagten den Ersatz von Gutachterkosten verlangen kann, berührt nämlich allein die haftungsausfüllende Kausalität und ist dem Betragsverfahren vorzubehalten. Ebenso wenig bedarf es im Grundverfahren einer Entscheidung über den als Nebenforderung geltend gemachten Zinsanspruch; auch dieser ist dem Betragsverfahren vorzubehalten und soweit das Landgericht in dem angefochtenen Urteil hierzu ausgeführt hat, entfalten diese – vom Senat keiner sachlichen Überprüfung unterzogenen – Ausführungen keine Bindungswirkung nach § 318 ZPO.

211

C. Soweit mit dem vorliegenden Erkenntnis die Berufung der Beklagten zurückgewiesen wird, ist noch im Betragsverfahren über die Höhe des Anspruchs zu entscheiden.

212

1. Die Durchführung des Betragsverfahrens steht unmittelbar bei dem Landgericht an. Der Streit über die Höhe des Anspruchs ist in der ersten Instanz anhängig geblieben und schon nicht in die Berufungsinstanz gelangt, nachdem das Landgericht in der Sache auf eine die Beklagten dem Grunde nach treffende Verpflichtung zum Kartellschadensersatz erkannt und der Senat dies mit Zurückweisung der hiergegen gerichteten Berufung der Beklagten bestätigt hat (vgl. in diesem Sinne *Althammer* in Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl. [2013], § 538 Rz. 4 m.w.N.).

213

a. An dieser Beurteilung ändert richtigerweise nichts, dass nach dem Wortlaut des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO dem Berufungsgericht u.a. dann die Prüfung über eine an die Stelle einer eigenen Sachentscheidung nach § 538 Abs. 1 ZPO tretende Zurückverweisung der Sache an das Gericht des ersten Rechtszugs zufällt, wenn – wie auch im Streitfall – im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urteil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden worden ist. Zwar bezeichnet die Formulierung des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO (und auch der gleichlautenden Vorgängernorm des bis zum 31. Dezember 2001 gültig gewesenen § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO in der Fassung vom 3. Dezember 1976) die Fortführung eines Verfahrens durch das Ausgangsgericht nach der Zurückweisung eines Rechtsmittels gegen ein Zwischenurteil über den Grund als Zurückverweisung. Jedoch ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit Langem anerkannt worden, dass die ein Grundurteil *bestätigende* Entscheidung eines Rechtsmittelgerichts keine Zurückverweisung bedeutet (vgl. BGH, Beschluss v. 29. April 2004 – *V ZB 46/03*, MDR 2004, 1024 = NJW-RR 2004, 1294, Rz. 9 bei juris; Urteil v. 3. März 1958 – *III ZR 157/56*, BGHZ 27, 15 = NJW 1958, 747 [748] [unter II.1.]; RG, Beschluss v. 19. Oktober 1908 – *VII 169/07*, RGZ 70, 179 [182 f.]; Stein/Jonas-*Althammer*, § 538 Rzn. 37/38, jew. m.w.N.; a.A. allerdings BGH, Urteil v. 22. Juni 2004 – *XI ZR 90/03*, NJW-RR 2004, 1637 [1639] [unter II.2.b) m.w.N. zur Gegenmeinung]). Dieser Auffassung tritt der Senat bei; er schließt sich den von ihren Befürwortern insoweit maßgeblich angeführten Erwägungen (vgl. etwa BGH, Beschluss v. 29. April 2004 – *V ZB 46/03*, MDR 2004, 1024 = NJW-RR 2004, 1294, Rz. 9 bei juris) an. Insbesondere trifft zu, dass die Qualifikation einer auf ein Rechtsmittel gegen ein Zwischenurteil ergangenen, das Rechtsmittel zurückweisenden Entscheidung als Zurückverweisung schon deshalb ausscheiden muss,

214

weil im Hinblick auf § 304 Abs. 2 Halbs. 2 ZPO der Rechtsstreit auch während des Rechtsmittelverfahrens gegen das Zwischenurteil bei dem vorinstanzlichen Gericht anhängig bleibt und neben diesem Verfahren fortgeführt werden kann. Richtigerweise kommt eine Zurückverweisung nur in Betracht, wenn das angefochtene Urteil von dem Rechtsmittelgericht nicht gebilligt und daher aufgehoben wird; so verhält es sich bei der Zurückweisung eines Rechtsmittels gegen ein Grundurteil gerade nicht (BGH, a.a.O.).

b. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen liegt vernünftigerweise nahe, die Vorschrift des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO mit Rücksicht auf ihren Wortlaut („*Das Berufungsgericht darf die Sache ... zurückverweisen, wenn ... durch das angefochtene Urteil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden ... ist, es sei denn, dass der Streit über den Betrag des Anspruchs zur Entscheidung reif ist* [Hervorhebung durch den Senat]) vielmehr dahin zu verstehen, dass das Berufungsgericht in den Fällen, in denen es im Rechtsmittelverfahren eine erstinstanzliche Zwischenentscheidung über den Anspruchsgrund bestätigt, dann – ausnahmsweise – trotz der dem erstinstanzlichen Gericht ausweislich des § 304 Abs. 2 Halbs. 2 ZPO an sich vorbehaltenen Verhandlung über den Betrag des Anspruchs verpflichtet ist, den gesamten Rechtsstreit an sich zu ziehen und gleichsam über diesen zu entscheiden, wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Anspruchsgrund (zum nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt vgl. in diesem Sinne Stein/Jonas-Althammer, § 538 Rz. 39) auch der Streit über die Anspruchshöhe bereits entscheidungsreif ist. 215

Das vorstehend dargelegte Normverständnis zu Grunde gelegt, ist eine Entscheidung des Senats auch über den streitigen Betrag des Anspruchs freilich nicht veranlasst. Der Streit der Parteien über die Höhe des Anspruchs ist - ganz offensichtlich – noch weit von Entscheidungsreife entfernt. Die Frage, in welchem Umfang die von der Klägerin für die streitbefangenen Gleisoberbaumaterialien bezahlten Preise über den Preisen liegen, die sich insoweit, das Vertriebskartell der Schienenhersteller und –händler hinweggedacht, bei hypothetischem Wettbewerb gebildet hätten, kann nur nach einer noch anstehenden, sehr umfänglichen weiteren Sachverhaltsaufklärung und Beweisaufnahme beantwortet werden. Nichts anderes gilt auch für die Frage, ob und inwieweit das in diesem Zusammenhang von der Klägerin bemühte und hinsichtlich der in ihm zu Grunde gelegten Anknüpfungsdaten im Einzelnen zwischen den Parteien streitige H.-Gutachten oder die von der Klägerin in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendeten Klauseln zur Schadenspauschalierung, diese vorbehaltlich der Frage ihrer Wirksamkeit, zur Schadensfeststellung geeignet sind bzw. im Ergebnis den tatsächlichen Schaden zutreffend abbilden. 216

2. Wollte man der vorstehend unter 1. vertretenen Auffassung nicht folgen, ist der Rechtsstreit im Hinblick auf die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat von den Beklagten hilfsweise gestellten Prozessanträge nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über die Höhe des Anspruchs an das Landgericht zurückzuverweisen. 217

Insoweit sieht der Senat nach pflichtgemäßem Ermessen von einer eigenen Sachentscheidung nach § 538 Abs. 1 ZPO ab. Der noch offene Teil des Rechtsstreits wird, wie den obigen Darlegungen unmittelbar zu entnehmen ist, nicht mit im Sinne von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zumutbarem Aufwand (zu diesem Maßstab vgl. Stein/Jonas-Althammer, § 538 Rzn. 38/39), sondern vielmehr erst nach einer voraussichtlich sehr umfänglichen und aufwendigen Beweisaufnahme der Entscheidungsreife zugeführt werden können. Dies gilt nur umso mehr, als das Landgericht zu der Höhe des Anspruchs bislang keine Beweise erhoben oder Feststellungen getroffen hat und ebenso wenig Erfahrungswerte 218

ermittelt hat oder bekannt sind, die es erlauben, eine Größenordnung des auf Grund des streitbefangenen Kartells „typischerweise“ zu erwartenden Abnehmerschadens hinreichend zuverlässig zu bestimmen. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Zurückverweisung der Sache keine erhebliche Verzögerung des Verfahrens erwarten lässt, soweit es um den Eintritt in die Erhebung der gebotenen Beweise geht. Nach alledem nötigen Gesichtspunkte einer zurückverweisungsbedingten Verteuerung des Verfahrens zu keiner anderen Beurteilung und gebieten diese Gesichtspunkte nicht ein Hintanstellen des Interesses der Beklagten an der Wahrung des vollen Instanzenzuges.

III.	219
Die nach dem Senatstermin eingegangenen nicht nachgelassenen Schriftsätze geben keine Veranlassung, die ordnungsgemäß geschlossene mündliche Verhandlung wiederzueröffnen.	220
IV.	221
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 2, Abs. 4, 101 Abs. 1 Halbs. 2 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	222
V.	223
Gründe, die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO), bestehen nicht. Hinsichtlich der Voraussetzungen einer tatsächlichen (widerleglichen) Vermutung für die Kartellbefangenheit einzelner Beschaffungsvorgänge und für die Entstehung eines kartellbedingten Schadens weicht das vorliegende Erkenntnis zwar im jeweiligen rechtlichen Ausgangspunkt von den in der <i>Schienenkartell</i> -Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. Dezember 2018 (<i>KZR 26/17</i>) dargelegten Grundsätzen ab. Wie in den hiesigen Gründen im Einzelnen dargelegt, wird die vom erkennenden Senat auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung getroffene Annahme einer tatsächlichen Vermutung (im vorgenannten Sinne) jedoch durch eine gleichfalls vorgenommene Gesamtwürdigung aller Umstände des Streitfalls am Maßstab der vom Bundesgerichtshof in der vorbezeichneten Entscheidung vertretenen Rechtsgrundsätze bestätigt. Die oben angesprochenen Rechtsfragen, derentwegen vorliegend allein eine Zulassung der Revision zu erwägen sein könnte, sind folglich für die Entscheidung des Streitfalls nicht erheblich; vor diesem Hintergrund ist eine Zulassung der Revision nicht geboten.	224