

WuW vom 01.06.2012, Heft 06, Seite 616 - 622

Schadensersatzanspruch wegen Absprachen auf dem Markt für Feuerwehrfahrzeuge

LG Mannheim, Urteil vom 4.5.2012, 7 O 463/11 Kart - Feuerwehrfahrzeuge

Feuerwehrfahrzeuge

Feuerwehrkartell

Preis- und Quotenabsprachen

Ausschreibungen

Schadensersatz

Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen

Leitsätze¹⁾:

1. Das Zivilgericht ist auch dann gem. [§ 33 Abs. 4 GWB](#) an die Feststellungen einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde gebunden, wenn das kartellrechtswidrige Verhalten vor dem Inkrafttreten der Vorschrift begangen, die Entscheidung aber danach erlassen worden ist.
2. Hat der Auftraggeber in den von ihm gestellten allgemeinen Vertragsbedingungen den Schadenersatz im Fall kartellrechtswidrigen Verhaltens des Auftragnehmers auf 15 % der Vertragssumme pauschaliert, ist die Klausel jedenfalls dann wirksam, wenn die im Bußgeldbescheid festgestellten Verhaltensweisen dazu dienen, zuvor gewährte Sonderrabatte von bis zu 30% zu vermeiden und Rabatte von 10-12% auf dem Markt üblich sind.
3. Der in [§ 33 Abs. 3 Satz 5 GWB](#) in Bezug genommene Zinssatz ("§§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs") beträgt fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

[GWB §§ 33 Abs. 3 Satz 5](#), Abs. 4

Aus dem Urteil:

(...)

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Zahlung von Schadensersatz aufgrund eines Kartellverstößes der Beklagten.

Die Klägerin beauftragte (...) die Beklagte i. R. eines öffentlichen Vergabeverfahrens auf der Basis eines Angebots der Beklagten (...) mit dem Aufbau und der

feuerwehrtechnischen Beladung eines Löschgruppenfahrzeugs (...). Dem Angebot lagen neben anderen Vertragsbedingungen die "Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Liefer- und Dienstleistungen - Ausgabe 2002" zugrunde (...), die in Ziffer 16 die nachfolgende Bestimmung enthalten:

16.1 Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er 15 v. H. der Abrechnungssumme an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird. Dies gilt auch, wenn der Vertrag gekündigt wird oder bereits erfüllt ist. Sonstige vertragliche oder gesetzliche Ansprüche des Auftraggebers, insbesondere aus § 8 Nr. 2 [der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B); Zusatz vom Gericht eingefügt], bleiben unberührt.

16.2 Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen sind insbesondere wettbewerbswidrige Verhandlungen und Verabredungen mit anderen Bietern / Bewerbern über

- Abgabe oder Nichtabgabe von Angeboten,
- die zu fordernden Preise,
- Bindungen sonstiger Entgelte,

[WuW 2012 S. 617 = DE-R 3585]

- Gewinnaufschläge,
- Verarbeitungsspannen und andere Preisbestandteile,
- Zahlungs-, Lieferungs- und andere Bedingungen, soweit sie unmittelbar den Preis beeinflussen,
- Entrichtung von Ausfallentschädigungen oder Abstandszahlungen,
- Gewinnbeteiligung oder andere Abgaben sowie Empfehlungen, es sei denn, dass sie nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB - zulässig sind. Solchen Handlungen des Auftragnehmers selbst stehen Handlungen von Personen gleich, die von ihm beauftragt oder für ihn tätig sind.

Die Klägerin zahlte an die Beklagte für das ihr gelieferte und gegenüber dem ursprünglichen Angebot in einzelnen Ausstattungspunkten nachträglich modifizierte Löschgruppenfahrzeug einen Betrag i. H. von € [...] einschließlich Mehrwertsteuer (...).

Das BKartA belegte die Beklagte mit bestandskräftigem Bußgeldbescheid v. 28. 1. 2011 (...) wegen der Begehung einer Kartellordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße. Im Bußgeldbescheid wurde - was zwischen den Parteien auch außer Streit steht - festgestellt, dass die Beklagte von mindestens Oktober 1998 bis Mai 2009 gemeinschaftlich mit den Unternehmen [...], der [...] und [...] sowie der [...] (im Folgenden: Feuerwehrkartell) vorsätzlich dem Verbot von Vereinbarungen bzw. des abgestimmten Verhaltens zwischen Unternehmen zuwidergehandelt hat, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet waren und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckten oder bewirkten. Gegen drei der Mitglieder des Feuerwehrkartells

verhängte das BKartA Bußgelder i. H. von insgesamt 20,5 Mio. €, wovon 2 Mio. € auf die Beklagte entfielen, die das Bußgeld i. R. der ihr eingeräumten Ratenzahlung bezahlte. Der Bußgeldentscheidung lag zugrunde, dass sich die Mitglieder des Feuerwehrtartells seit dem Frühjahr 2001 in Zürich zur sog. "Zürcher Runde" trafen, um gezielte Marktabreden zu treffen. Daneben fanden gesonderte Treffen der Vertriebsleiter der beteiligten Unternehmen statt. Bereits am 25. 10. 1998 fand ein erstes Treffen der Unternehmensführer am Sitz der [...] in [...] statt, an dem auch der Geschäftsführer der Beklagten beteiligt war. Hier wurde beschlossen, den deutschen Markt für Feuerwehrfahrzeuge durch gezielte Maßnahmen zu beeinflussen, weil der Markt für Feuerwehrfahrzeuge rückläufig war und dies zu einer steigenden Gewährung von Rabatten durch die markt beteiligten Unternehmen im Wettbewerb geführt hatte. Insbesondere sollten Preisrabatte von bis zu 30% oder Sonderrabatte vermieden werden. In der Folgezeit verabredeten die Beklagte und die weiteren am Feuerwehrtartell beteiligten Unternehmen Soll-Quoten für die vier beteiligten Unternehmen, die den Unternehmen als Richtschnur für ihr Verhalten am Markt dienen sollten. Obwohl eine rechtsanwaltliche Prüfung des geplanten Systems im Jahr 2000 ergeben hatte, dass dieses Vorgehen kartellrechtswidrig ist, ließen die beteiligten Unternehmen von einer unabhängigen Stelle in der Schweiz eine Statistik des Marktes anfertigen, wobei wiederum ein Schweizer Wirtschaftsprüfer beauftragt wurde, die von den am Feuerwehrtartell beteiligten Unternehmen zu liefernden Daten entsprechend eines vorgegebenen Musters in eine fortlaufende Liste aufzunehmen. Hierzu lieferten die Unternehmen i. d. Regel quartalsmäßig die unternehmenseigenen Auftragseingänge, die sodann in die Liste eingepflegt wurden. Die Liste enthielt neben den absoluten Stückzahlen den Prozentsatz an der Gesamtzahl der von allen Unternehmen gemeldeten Auftragseingänge. Zudem wurde die Anzahl der insgesamt abgesetzten Fahrzeuge nach Fahrzeuggruppen aufgeschlüsselt aufgelistet und daraus eine Ist-Quote gebildet, die zu der im Jahr 2000 festgelegten Soll-Quote ins Verhältnis gesetzt wurde. Die Soll-Quote gab die Marktanteile der am Feuerwehrtartell beteiligten Unternehmen Ende der 1990-er Jahre wieder. Diese Sollquote galt bis Ende 2006 und wurde am 7. 2. 2007 den aktuellen Marktanteilsverhältnissen entsprechend angepasst und sah für die Beklagte eine Quote von [...] % vor. I. R. der regelmäßigen [WuW 2012 S. 618 = DE-R 3586]Treffen wurde die Ist- mit der Soll-Quote verglichen und es wurden im Fall von unerwünschten Abweichungen unternehmensintern Maßnahmen ergriffen, um die Quoten wieder anzunähern, ohne dass es insoweit einen festgelegten Mechanismus gegeben hätte. Vielmehr existierte unter den beteiligten Unternehmen ein Selbstverständnis, dass geeignete Maßnahmen zu ergreifen sind, um die Ist- mit der Soll-Quote in Deckung zu bringen. Zum Angleich der Ist- an die Soll-Quote versuchten die beteiligten Unternehmen beispielsweise ihre Ist-Quote dadurch zu senken, dass das Unternehmen auf die Listenpreise weniger Rabatt - so den normalen Rabatt von 10-12% - gewährte als die anderen beteiligten Unternehmen, sodass es bei der Ausschreibung den Auftrag nicht gewann. Zudem wurden unter den Kartellanten künftige Preiserhöhungen konzertiert abgesprochen, wobei die Preisliste der Beklagten als Richtschnur diente. Neben der "Zürcher Runde" trafen sich Vertriebsleiter zunächst in einem Hotel, später auf wechselnden Autobahnraststätten, um dort konkrete einzelne Projekte und Ausschreibungen abzusprechen. Anhand einer Liste wurde abgesprochen, welches Unternehmen welche Aufträge haben wollte und sodann ein hierauf ausgerichtetes Angebotsverhalten der Kartellanten festgelegt. Auch in diese Treffen waren Mitarbeiter der Beklagten involviert. Dass das im Mittelpunkt des hiesigen Rechtsstreits stehende

Angebot der Beklagten Gegenstand einer solchen konkreten Absprache gewesen wäre, ist im Bußgeldbescheid nicht festgestellt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Bußgeldbescheid des BKartA (...) verwiesen.

Die Klägerin trägt vor, die Klausel in Ziffer 16 sei AGB-rechtlich nicht zu beanstanden. Eine Pauschalierung des Schadensersatzes auf 15% der Abrechnungssumme sei angemessen, weil vor Begründung des Feuerwehrtartells Nachlässe von bis zu 30% gewährt worden und jedenfalls Rabatte in der Größenordnung von 10-12% normal gewesen seien. Es sei auch deshalb angemessen, den Schadensersatz zu pauschalisieren, weil der Verwender der Klausel ein legitimes Interesse daran habe, von dem Schadensnachweis im Einzelfall entbunden zu werden, da er regelmäßig auf unüberwindbare Beweisschwierigkeiten stoße. Die Beklagte habe zudem eine Vorratsabsprache getroffen, weshalb kein Nachweis erforderlich sei, dass auf den vorliegenden Sachverhalt bezogen eine konkrete Absprache zwischen den Kartellanten getroffen worden sei. Entscheidend sei, dass durch das wettbewerbswidrige Verhalten allgemein Einfluss auf den konkret ausgeschriebenen Beschaffungsvorgang genommen worden sei. Der Bußgeldbescheid des BKartA sei hinsichtlich des festgestellten Kartellverstoßes bindend. Keine Bindungswirkung bestehe allein hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches wie der Kausalität und des Schadensumfangs.

Es habe sehr wohl Soll-Quoten-Absprachen gegeben. Dies sei im Bußgeldbescheid auch zutreffend festgestellt worden. Das Angebot der Beklagten sei auch nicht besonders preisgünstig gewesen, wie ein Vergleich der Preise im Ausschreibungsergebnis zeige. Der Beklagten sei der Zuschlag allein aus Wirtschaftlichkeitserwägungen heraus erteilt worden (vgl. Vergabevorschläge für die öffentliche Gemeinderatssitzung v. 27. 4. 2004, ...).

Die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin € [...] nebst Zinsen i. H. von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit [...] zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, der Klägerin obliege der Nachweis, dass ihr aufgrund der im Feuerwehrtartell getroffenen Absprachen ein Schaden entstanden sei. Hierzu enthalte der Bußgeldbescheid keine Feststellungen, sodass auch keine Bindungswirkung nach [§ 33 Abs. 4 GWB](#) bestehe. Die Anwendung der im Jahr 2005 eingeführten Norm auf den vorher spielenden Sachverhalte sei zudem zweifelhaft. Bei der Soll-Zeile in den geführten Listen habe es sich nur um einen "Erinnerungs- und vielleicht Ermahnungs-Posten" gehandelt. Es seien keine verbindlichen Absprachen getroffen worden, sondern es [WuW 2012 S. 619 = DE-R 3587]habe allenfalls "Appelle" an die beteiligten Unternehmen gegeben. I. R. der Züricher Runde seien nie Einzelfälle angesprochen worden. Zwar seien die Sitzungen, in denen man sich über die Betriebsinterna ausgetauscht habe, als dem kartellrechtswidrigen Austausch von Marktinformationen dienend einzuordnen, sie seien indes keine schadensbegründenden Absprachen. Die Unternehmen hätten den Preis "völlig nach freiem Gutdünken und eigener unternehmerischer Freiheit" bestimmt. Auch die Vertriebsleiter- treffen seien "lediglich Gedankenaustausche darüber, wie wahrscheinlich sich die einzelne Gemeinde bereits festgelegt" habe. Auch auf den Vertriebsleitertreffen sei der vorliegende Fall nie angesprochen worden.

Die Klausel in Ziffer 16 erfordere den Nachweis, dass es konkrete Abreden gegeben habe, die sich mit dem konkret in Rede stehenden Gebot befassen haben. Die Klausel sehe auch keine Beweislastumkehr zu Lasten der Beklagten vor. Dies folge auch aus dem Verweis auf § 8 Nr. 2 VOL/B. Vorliegend handele es sich um keine homogenen Standardprodukte, sondern um kundenspezifisch angepasste Fahrzeuge, weshalb der Preis für die Kaufentscheidung der Gemeinden ohnehin keine entscheidende Rolle spiele, sondern vielmehr eine Vielzahl weiterer Faktoren ausschlaggebend sei wie die Frage der Wartung, der örtlichen Nähe des Ersatzteildienstes und der Einheitlichkeit der Baureihe der Löschfahrzeuge.

Die Klausel in Ziffer 16 sei unwirksam, weil sie einen zu hohen Pauschalschaden zugrundelege. 15% Schadenspauschale seien unangemessen, da der Preis vorliegend nicht das entscheidende Entscheidungskriterium gewesen sei. Zudem stehe sie dem öffentlichen Preisrecht entgegen. Bei Beachtung der Unklarheitenregel des § 305 c BGB könne die Klausel nur dahingehend verstanden werden, dass nachweislich aus Anlass der Vergabe eine konkrete Wettbewerbsabrede getroffen worden sein muss. Die Klausel sei zudem nach dem Gedanken der § 309 Nr. 5 lit. a und b BGB gem. [§§ 307, 310 BGB](#) unwirksam, weil dem Verwendungsgegner der Nachweis abgeschnitten sei, dass überhaupt kein Schaden entstanden und der in der Klausel pauschalisierte Schaden mit 15% zu hoch sei. Die Klausel differenziere zudem nicht zwischen verschiedenen Arten von Kartellverstößen und sei deshalb unwirksam.

(...)

Entscheidungsgründe

Die gem. §§ 87 Abs. 1, 89 Abs. 1 GWB i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 ZuVOJu BW zulässige Klage ist ganz überwiegend begründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von [...] € nebst Zinsen i. H. von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19. 8. 2011 aus §§ 1, 33 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, 4 und 5 GWB, [§ 288 BGB](#) i. V. m. Ziffer 16.1 der "Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Liefer- und Dienstleistungen - Ausgabe 2002". Lediglich soweit die Klägerin Zinsen i. H. von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz fordert, war die Klage abzuweisen.

I. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz aus §§ 1, 33 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 GWB.

Zwischen den Parteien steht zurecht außer Streit, dass die Beklagte i. R. des Feuerwehrtartells an nach [§ 1 GWB](#) verbotenen Vereinbarungen beteiligt war. Zudem entfaltet die gegenüber der Beklagten ergangene bestandskräftige Bußgeldentscheidung nach [§ 33 Abs. 4 GWB](#) für das Gericht Bindungswirkung. Denn die Norm ist vorliegend anwendbar. Zeitlich ist für die Anwendbarkeit der Norm nicht entscheidend, wann der Kartellverstoß begangen wurde, sondern maßgeblich ist aufgrund des prozessualen Charakters der Norm, wann das kartellbehördliche Verfahren bestandskräftig abgeschlossen wurde²¹. Dies war vorliegend nach Inkrafttreten der [WuW 2012 S. 620 = DE-R 3588] Norm, da der Bußgeldbescheid auf den 28. 1. 2011 datiert. Wenn die Beklagte daher einzelne Umstände, die in den Feststellungen des Bußgeldbescheides enthalten sind, dennoch in Abrede stellt, ist dies unbeachtlich.

Die Klägerin ist als Vertragspartnerin der Beklagten unmittelbar vom Kartellverstoß Betroffene und damit anspruchsberechtigt.

Da sich die Beklagte trotz des Wissens um die Kartellrechtswidrigkeit an den i. R. des Feuerwehrtkartells getroffenen Vereinbarungen beteiligte, handelte sie zudem vorsätzlich und damit schuldhaft. Denn die Kartellrechtswidrigkeit war ihr aufgrund der eingeholten rechtsanwaltlichen Einschätzung positiv bekannt.

II. Die Klägerin kann aufgrund Ziffer 16.1 der "Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Liefer- und Dienstleistungen - Ausgabe 2002" der Höhe nach die Zahlung von 15% der Auftragssumme und damit den tenorierten Betrag von der Beklagten verlangen. Denn die Klausel ist entgegen der Auffassung der Beklagten wirksam. Sie verstößt weder gegen die Wertungen der §§ 307, 310 i. V. m. § 309 Nr. 5 lit. a und b BGB (dazu 1.), noch ist der Nachweis einer konkreten Kartellabrede, die sich auf ein konkretes Vergabeverfahren bezieht, erforderlich (dazu 2.).

1. Die Klausel in Ziffer 16.1, bei der es sich um eine AGB i.S.d. §§ 305 f. BGB handelt, verstößt nicht gegen die nach §§ 307 Abs.1 und 2, 310 Abs. 1 Satz. 2 BGB auch im Verhältnis zwischen Unternehmern maßgeblichen, in den Klauselverböten der § 309 Nr. 5 lit. a und b BGB enthaltenen Wertungen.

a) Die Klausel läuft nicht dem in § 309 Nr. 5 lit. a) BGB enthaltenen Verbot entgegen.

Bei zutreffender Würdigung handelt es sich bei der Klausel um eine schadenspauschalierende Klausel und nicht um eine Vertragsstrafenabrede, da nicht die Durchsetzung vertraglicher Verpflichtungen im Vordergrund der Bestimmung steht, sondern die Regelung der Konsequenzen eines kartellrechtswidrigen Verhaltens des Verwendungsgegners.

Die Pauschalierung des Schadensersatzes auf 15% der Abrechnungssumme begegnet keinen Bedenken. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu erwartenden Schaden in einem Maße übersteigt, der die Klausel unter Beachtung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB) als eine i. S. von § 307 Abs. 1 BGB unangemessene Benachteiligung erscheinen lässt.

Im für die Kammer nach § 33 Abs. 4 GWB insoweit bindenden Bußgeldbescheid ist festgestellt, dass das Feuerwehrtkartell zum Ziel hatte, einen Preiskampf zwischen den Kartellanten zu unterbinden, der zuvor die Gewährung von Preisnachlässen von bis zu 30% und Sonderrabatte zur Folge hatte. Ferner hält der von der Beklagten akzeptierte und bestandskräftige Bußgeldbescheid fest, dass in der Branche die Gewährung von Rabatten i. H. von 10-12% auf die Grundpreise normal ist.

Daher ist nicht ersichtlich, dass die Pauschalierung des zu leistenden Schadensersatzes auf 15% der Abrechnungssumme den gewöhnlichen Schaden übersteigen und damit den Verwendungsgegner unangemessen benachteiligen würde.

Ferner ist die Klausel auch nicht etwa deshalb unwirksam, wie die Beklagte meint, weil sie nicht zwischen verschiedenen Arten von Kartellverstößen differenziert. Die insoweit angeführte, sich auf Vertragsverstöße beziehende Rspr. ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.

b) Die Klausel verstößt auch nicht gegen das in § 309 Nr. 5 lit. b) BGB niedergelegte Klauselverbot, das wiederum über die §§ 307, 310 Abs. 1 Satz. 2 BGB für das Verhältnis zwischen Unternehmern Bedeutung entfaltet. Denn die Klausel bringt bereits durch ihren Wortlaut ("[...] es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird.") zum Ausdruck, dass dem Verwendungsgegner der Nachweis eines geringeren Schadens nicht abgeschnitten ist. Der Auffassung der Beklagten, aus der Klausel ergebe sich, dass der Schaden dem Grunde nach überhaupt nicht mehr zur Diskussion stehe und dem Verwendungsgegner sei der Nachweis abgeschnitten, dass gar kein Schaden entstanden sei, kann nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass eine § 309 Nr. 5 lit. b) BGB entsprechende ausdrückliche Zulassung des Gegenbeweises bei Verwendung der Klausel im Verkehr zwischen Unternehmern ohnehin nicht erforderlich ist, solange der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen wird³⁾, kann der Klausel bei verständiger Auslegung nicht der von der Beklagten postulierte Sinngehalt entnommen werden. Die Beklagte kann dabei die von ihr zitierte Entsch. des BGH⁴⁾ und das aus ihr aus dem Zusammenhang gerissene und im Schriftsatz v. 28. 2. 2012 wörtlich wiedergegebene Zitat nicht erfolgreich für ihre Argumentation anführen. Denn die im vom BGH im dort entschiedenen Fall beanstandete Klausel, nach der ein Vertragshändler für Fahrten mit einem unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Lagerwagen zur Zahlung einer bestimmten Summe verpflichtet war, die fest nach der in der Klausel aufgeführten Kilometerlaufleistung gestaffelt war, ohne die Möglichkeit eines Gegenbeweises auch nur anzusprechen, ist mit der vorliegend zu beurteilenden Klausel, nicht vergleichbar. Während die vom BGH beanstandete Klausel auch bei einem Vertragshändler als Unternehmer die Annahme erwecken konnte, unumstößlich zum Ersatz des Staffelpreises verpflichtet zu sein, spricht die vorliegende Klausel gerade die Möglichkeit des Gegenbeweises an.

2. Die Klausel erfordert zudem entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht den Nachweis, dass eine verbotene Vereinbarung konkret mit Bezug auf das in Rede stehende Vergabeverfahren getroffen worden ist. Denn ausreichend ist, dass nach den Feststellungen im Bußgeldbescheid zwischen den Beteiligten ein System praktiziert wurde, nach dem die Beteiligten geeignete, wenn auch nicht konkret abgesprochene Maßnahmen ergriffen haben, um die festgelegten Soll-Quoten einzuhalten. Hierdurch ist der Wettbewerb im relevanten Markt beschränkt worden. Soweit die Beklagte insoweit von einem bloßen Informationsaustausch, einer rein retrospektiven Betrachtung der Marktverhältnisse und einem bloßen Appelcharakter der Quoten spricht, erscheint diese Argumentation bei objektiver Betrachtung der im Bescheid getroffenen Feststellungen und verständiger Würdigung des Falles nicht nachvollziehbar.

Bereits dem Wortlaut nach ("Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt [...]") ist ein auf das konkrete Vergabeverfahren bezogener Nachweis nicht erforderlich. Vielmehr ist ausreichend, dass das auch von der Beklagten praktizierte kartellrechtswidrige System nachweislich mit Bezug auf die durch die Gemeinden durchgeführten Vergabeverfahren etabliert wurde, ohne dass die Klägerin als Verwenderin der Klausel mit dem Nachweis belastet ist, dass ihr Vergabeverfahren Gegenstand einer hierauf bezogenen, konkreten Absprache gewesen ist. Dies ergibt sich auch aus einer Zusammenschau mit den in Ziffer 16.2 der Klausel aufgeführten Beispielen, die - wie im Falle der angesprochenen "Emp[WuW 2012 S. 622 = DE-R

3590]fehlungen" - ebenfalls nicht stets eine für die konkrete Ausschreibung getroffene Absprache verlangen.

Für ihr Verständnis kann die Beklagte auch keine bei der Auslegung der Klausel zu berücksichtigenden legitimen Belange anführen. Denn maßgeblich ist der Sinngehalt der Klausel, wie er sich nach objektiven Maßstäben, losgelöst von der zufälligen Gestaltung des Einzelfalles und den individuellen Vorstellungen der Vertragsparteien, unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise darstellt⁵⁾. Auszugehen ist somit von den durchschnittlichen Interessen, Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten redlicher Vertragsparteien, die ihrem Geschäftsverkehr eine allgemeine Grundlage geben wollen⁶⁾. Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe durfte die Beklagte bei verständiger Auslegung der Klausel nicht davon ausgehen, sie werde die in der Klausel getroffene Schadenspauschalierung jedenfalls solange nicht treffen, wie der Klägerin nicht der Nachweis gelingt, dass es eine auf das konkrete Vergabeverfahren bezogene Absprache gab. Für ein solches Verständnis streiten vorliegend schon deshalb keine rechtlich berücksichtigungsfähigen Belange, weil eine wettbewerbswidrige Submissionsabsprache innerhalb eines Kartells typischerweise ein hohes Schadensrisiko für den Auftraggeber begründet⁷⁾ und der Schadensnachweis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist.

Weiter sind auch der Verweis auf das öffentliche Preisrecht und der Vergleich des Klauselwortlauts mit der in § 8 Nr. 2 VOL/B getroffenen Regelung, die allein die Kündigung und den Rücktritt vom Vertrag, nicht aber die Leistung von Schadensersatz zum Gegenstand hat, unbehelflich. Denn die Formulierung der Klausel in Ziffer 16, dass sonstige vertragliche oder gesetzliche Ansprüche des Auftraggebers, insbesondere solche aus § 8 Nr. 2 VOL/B, unberührt bleiben sollen, verdeutlicht, dass beide Regelungsregime nebeneinander stehen sollen. Daher kann die Beklagte nicht den ihrer Auffassung nach weiter zu verstehenden Wortlaut des § 8 Nr. 2 VOL/B als Argument dafür anführen, dass die in Ziffer 16 enthaltene Klausel aufgrund ihres abweichenden Wortlauts den Nachweis einer auf das konkrete Vergabeverfahren bezogenen kartellrechtswidrigen Absprache erfordere.

III. Die Klage war lediglich insoweit abzuweisen, als die Klägerin einen fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz übersteigenden Zins fordert.

Weil es sich bei dem vorliegend geltend gemachten Schadensersatz um keine "Entgeltforderung" nach [§ 288 Abs. 2 BGB](#) handelt, kann die Klägerin kraft der Verweisung in [§ 33 Abs. 3 Satz 5 GWB](#) nur Zinsen i. H. von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz für den beantragten Zeitraum verlangen⁸⁾. Denn es kann nicht im Umkehrschluss aus der auf [§ 288 Abs. 1 S. 2 BGB](#) beschränkten Verweisung in § 81 Abs. 6 Satz. 2 GWB darauf geschlossen werden, dass der Gesetzgeber eine Verzinsung i. H. von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz regeln wollte⁹⁾, obwohl der aus der Zahlungsverzugsrichtlinie stammende Begriff der "Entgeltforderung" im Übrigen als Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für die Lieferung von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen verstanden wird¹⁰⁾, wozu Schadensersatzansprüche gerade nicht zählen¹¹⁾. Dafür, dass der Gesetzgeber eine Privilegierung kartellrechtlicher Schadensersatzforderungen beabsichtigt hätte, indem diese anders als sonstige Schadensersatzforderungen mit acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen sind, ist nichts ersichtlich.

IV. (...)

(WuW/E Fortsetzungslieferung 603)

Fußnoten:

- [1\)](#) Vom Gericht formuliert.
- [2\)](#) Im Anschluss an OLG Düsseldorf, Urt. v. 30. 9. 2009, VI-U (Kart) 17/08 (V) = [WuW/E DE-R 2763](#) ff. = [WuW 2010 S. 81 ff.](#) bei Rdn. 35 - Post Konsolidierer.
- [3\)](#) BGH, NJW 1984, 2941; BGH, NJW 1994, 1060, 1068; BGH, NJW 1996, 1209.
- [4\)](#) BGH, NJW 1994, 1060, 1068.
- [5\)](#) BGHZ 22, 109, 113.
- [6\)](#) BGHZ 33, 216, 218.
- [7\)](#) BGHSt 38, 186, 194; BGH, NJW 1996, 1209, 1210.
- [8\)](#) So *Bechtold*, *GWB*, 6. Aufl. 2010, § 33 Rdn. 33.
- [9\)](#) So aber: *Staebe*, in: Schulte/Just, *Kartellrecht*, 1. Aufl 2012, [§ 33 GWB](#) Rdn. 55.
- [10\)](#) BGH NJW 2010, 1872.
- [11\)](#) Vgl. nur *Grüneberg*, in: Palandt, *BGB*, 71. Aufl. 2012, § 286 Rdn. 27.

© WuW, Fachverlag der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH 2012