

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

PRIELMAYERSTRASSE 5 • 80097 MÜNCHEN • TELEFON (089) 5597-02



Aktenzeichen: U (K) 2024/05

4HK O 12011/03 LG Nürnberg-Fürth

Verkündet am 18.11.2010

Die Urkundsbeamtin:

S. Maier
Justizangestellte

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in dem Rechtsstreit

██████████ vertreten durch die Geschäftsführer Roland Belz und Thomas Mehl,
Bahnhofstraße 9, 91257 Pegnitz

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte der Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP,
Maximilianstraße 15 (Maximilianhöfe), 80539 München

gegen

██████████ vertreten durch die Geschäftsführer
Stefan Schreiter, Michael Wiener und Dr. Edmund Stassen, Frankfurter Straße 720 - 726,
51145 Köln-Porz-Eil

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte der Partnerschaftsgesellschaft Gleiss Lutz Hootz
Hirsch, Maybachstraße 6, 70469 Stuttgart

hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts München
durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Zwirlein, Richter am Oberlandesgericht
Lehner und Richter am Oberlandesgericht Dr. Kartzke
im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 29.09.2010 eingereicht werden
konnten,

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom
21.01.2005 teilweise abgeändert und wie folgt gefasst:

I. Die Beklagte wird verurteilt, an [REDACTED]
249.797,26 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basis-
zinssatz seit 09.02.2004 zu zahlen.

II. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der [REDACTED]
[REDACTED] sämtlichen weiteren Schaden zu ersetzen, der der Klägerin aus dem in der
Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP
D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 166/1
vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der
Zeit zwischen dem 01.05.2002 und dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen
wird.

III. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der [REDACTED]
[REDACTED] sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Firma Anton Schlecker, Im
Schleckerland, 89579 Ehingen, aus dem in der Entscheidung der Europäischen
Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493-DSD, veröffentlicht im
Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten
Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit zwischen dem 01.05.2002 und
dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird.

IV. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der [REDACTED]
[REDACTED] sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Müller GmbH & Co. KG, Alb-
straße 92, 89081 Ulm-Jungingen aus dem in der Entscheidung der Europäischen
Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493-DSD, veröffentlicht im
Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten
Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit zwischen dem 01.05.2002 und
dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird.

V. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der [REDACTED] [REDACTED] sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Dirk Rossmann GmbH, Isenhägener Straße 16, 30938 Burgwedel aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493-DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit zwischen dem 01.05.2002 und dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird.

VI. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der [REDACTED] [REDACTED] sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der HELLWEG Die Profi Baumärkte GmbH & Co. KG, Borussiastraße 112, 44149 Dortmund aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493-DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit zwischen dem 01.05.2002 und dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird.

VII. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der [REDACTED] [REDACTED] sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Service-Bund Einkaufs- und Vertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Friedhofsallee 126, 23554 Lübeck seit dem 01.05.2002 aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/33493-DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit zwischen dem 01.05.2002 und dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird.

VIII. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

IX. Von den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens haben die Klägerin $\frac{3}{4}$ und die Beklagte $\frac{1}{4}$ zu tragen.

2. Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin $\frac{3}{4}$ und die Beklagte $\frac{1}{4}$ zu tragen.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung jeweils abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrags, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit einem angeblichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Beklagten und im Zusammenhang mit einer angeblichen Beteiligung der Beklagten an einem Boykottaufruf geltend.

Die Parteien sind Wettbewerber. Sie bieten Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen an, die Rücknahme und Verwertung der von ihnen in Verkehr gebrachten Verpackungsmengen zu organisieren.

Die Beklagte betreibt bundesweit [REDACTED], ein Befreiungssystem gemäß § 6 Abs. 3 VerpackV, in dessen Rahmen sie mit Herstellern oder Vertreibern Zeichennutzungsverträge abschließt, durch die diese Zeichennehmer gegen Lizenzentgelt das Recht erhalten, die Marke [REDACTED] zur Kennzeichnung von anzumeldenden Verkaufsverpackungen zu nutzen.

Die Klägerin ist Anbieterin einer Selbstentsorgerlösung. Sie bietet Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen seit dem Jahr 1999 eine Dienstleistung zum Zwecke der Selbstentsorgung von rücknahmepflichtigen Verkaufsverpackungen im Rahmen einer Selbstentsorgergemeinschaft an. Innerhalb der Selbstentsorgergemeinschaft organisiert die Klägerin den Ausgleich zwischen einer etwaigen Übererfüllung der erfassten und verwerteten Verkaufsverpackungen einzelner Teilnehmer mit einer Untererfüllung anderer Teilnehmer.

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften (im Folgenden: Kommission) hat am 20.04.2001 in einem Verfahren nach Art. 82 EG entschieden (ABl. EG L 166/1 vom 21.06.2001, Anlage K 5), dass das Verhalten der hiesigen Beklagten, nach § 4 Abs. 1 Satz 1 und § 5 Abs. 1 Satz 1 des Zeichennutzungsvertrages (vgl. Anlage K 4) die Zahlung von Lizenzentgelt für die Gesamtmenge der in Deutschland mit dem Zeichen [REDACTED] in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen zu verlangen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, wenn die nach der Verpackungsverordnung verpflichteten Unternehmen

a) die Befreiungsdienstleistung der hiesigen Beklagten nach § 2 des Zeichennutzungsvertrages nur für eine Teilmenge in Anspruch nehmen oder nicht in Anspruch nehmen, jedoch eine ein-

heitlich gestaltete Verpackung in Deutschland in Verkehr bringen, die auch in einem anderen Mitgliedsland des Europäischen Wirtschaftsraumes in Verkehr ist und an einem das Zeichen [REDACTED] nutzenden Rücknahmesystem teilnimmt, und

b) nachweisen, dass sie für die Menge oder Teilmenge, für welche sie die Befreiungsdienstleistung nicht in Anspruch nehmen, ihre Pflichten aus der Verpackungsverordnung über konkurrierende Befreiungssysteme oder Selbstentsorgerlösungen erfüllen.

Auf diese Entscheidung (Anlage K 5) wird Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 04.09.2001 (Anlage K 17) übersandte die Beklagte, vertreten durch das Vorstandsmitglied Buchmann, einen Briefentwurf (Anlage K 18) an den Generalbevollmächtigten der Metro AG Baum zur Weiterleitung an den Markenverband e.V. In diesem Entwurf heißt es u.a.:

„Wenn andere Handelsunternehmen wie die Firmen dm und Schlecker ihre Zulieferer zu einem Teilausstieg [REDACTED] anhalten, wird dieses jedoch voraussichtlich zu einem Anstieg der Lizenzentgelte [REDACTED] führen. Hierdurch wären nicht nur unsere Verbandsmitglieder unmittelbar belastet, sondern gegebenenfalls auch [REDACTED] in seiner Existenz gefährdet.

Wir appellieren daher an Sie und Ihre Verbandsmitglieder, sich gegen Selbstentsorgerlösungen zu entscheiden und vielmehr weiterhin mit allen Verpackungen [REDACTED] zu verbleiben.“

Mit Schreiben vom 05.09.2001 (Anlage K 20) richtete die Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände e.V. ein entsprechendes Schreiben an den Hauptgeschäftsführer des Markenverbandes e.V.

Mit Rundschreiben vom 13.09.2001 (Anlage K 21) riet der Markenverband e.V. seinen Mitgliedern dringend davon ab, auf die Forderungen der Firmen dm und Schlecker einzugehen und im Interesse der auch zukünftig reibungslosen flächendeckenden Entsorgung von Verkaufsverpackungen die Unterzeichnung von Entsorgungsverträgen mit der Klägerin auf Druck von Schlecker und dm abzulehnen.

Mit weiteren Schreiben vom 02.10.2001, 10.10.2001 und 22.10.2001 (Anlagenkonvolut K 24) wies die Beklagte verschiedene Herstellerunternehmen auf Risiken beim Wechsel zum System der Klägerin hin.

Die vorstehend genannten Aktivitäten führten zu einem Bußgeldbescheid des Bundeskartellamts vom 20.01.2003 (Anlage K 6) gegen die handelnden Personen und verschiedene Verbände und Unternehmen, darunter auch die hiesige Beklagte. Die Betroffenen sind inzwischen durch Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 04.10.2004 – VI Kart 24 – 27/03 OWi (Anlage B 47) freigesprochen worden. Die Rechtsbeschwerde der Staatsanwaltschaft gegen dieses Urteil wurde vom Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 18.10.2005 – KRB 24/05 (Anlage BE 6) gemäß § 79 Abs. 3 OWiG i.V.m. § 349 Abs. 2 StPO verworfen.

Am 15.11.2001 hat der Präsident des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften beschlossen, den Antrag der hiesigen Beklagten auf einstweilige Anordnung gegen die genannte Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 zurückzuweisen (Anlage BB 7).

Zur Umsetzung der genannten Kommissionsentscheidung veröffentlichte die Beklagte am 04.12.2001 eine Zusatzvereinbarung (ZVEU) zum Zeichennutzungsvertrag (Anlage K 12). Darin heißt es u.a. in der Präambel:

„Nach der Rechtsauffassung [REDACTED] kann [REDACTED] das nach dieser Zusatzvereinbarung nicht zu entrichtende Lizenzentgelt (zuzüglich Verzugszinsen und abzüglich ersparter Aufwendungen) bei Selbstentsorgelösungen in der sog. Fallgruppe II i. S. d. nachfolgenden § 1 nachfordern, wenn und soweit die Kommissionsentscheidung für nichtig erklärt wird. Das [REDACTED] behält sich hiermit vor, diesen Anspruch geltend zu machen. Die Unterzeichnung dieser Zusatzvereinbarung gilt nicht als Anerkenntnis der Zeichennehmerin, dass ein solcher Anspruch [REDACTED] dem Grunde oder der Höhe nach besteht.“

Außerdem heißt es in § 2 Abs. 2 dieser Zusatzvereinbarung:

„Die Verjährung etwaiger Ansprüche [REDACTED] auf Nachforderung des Lizenzentgelts bei einer Nichtigerklärung der Kommissionsentscheidung ist aufgrund dieser Vereinbarung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklage [REDACTED] entsprechend § 205 BGB (in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts) gehemmt.“

Am 06.02.2003 veröffentlichte die Beklagte eine modifizierte Zusatzvereinbarung (ZEU 2, Anlage K 15), in der die vorstehend genannten Passagen nicht enthalten sind.

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 836.095,18 EUR nebst 8 % über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen weiteren Schaden zu ersetzen, der der Klägerin aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Az.: COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit seit dem 01.01.2000 sowie aus dem in der Entscheidung des Bundeskartellamts vom 20.01.2003 (Az.: B 10-90000-VC-206/01) festgestellten Teilnahme an Aufforderungen zu Liefer- und Bezugssperren zu Lasten der Klägerin seit dem 05.09.2001 entstanden ist und noch entstehen wird.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Firma Anton Schlecker, Im Schleckerland, 89579 Ehingen, aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Az.: COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung seit dem 01.01.2000 entstanden ist und noch entstehen wird.
4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Müller GmbH & Co. KG, Albstraße 92, 89081 Ulm-Jungingen, aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Az.: COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung seit dem 01.01.2000 entstanden ist und noch entstehen wird.
5. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Dirk Rossmann GmbH, Isenhägener Straße 16, 30938 Burgwedel, aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Az.: COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung seit dem 01.01.2000 entstanden ist und noch entstehen wird.
6. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der HELLWEG Die Profi Baumärkte GmbH & Co. KG, Borussiastraße 112, 44149 Dortmund, aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Az.: COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung seit dem 01.01.2000 entstanden ist und noch entstehen wird.
7. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der dem Service-Bund Einkaufs- und Vertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Friedhofsallee 26, 23554 Lübeck, aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Az.: COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung seit dem 01.01.2000 entstanden ist und noch entstehen wird.

wird.

Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 21.01.2005 im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, auf der Grundlage der Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 könnte ein Schadensersatzanspruch der Klägerin und ihrer Handelskunden wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ab 01.01.2000 allenfalls bis zur Veröffentlichung der ersten Zusatzvereinbarung am 04.12.2001 in Betracht kommen; mit dieser Zusatzvereinbarung habe die Beklagte den von der Kommission festgestellten Missbrauch abgestellt; aber auch für den davor liegenden Zeitraum sei ein Schadensersatzanspruch der Klägerin und ihrer Handelskunden zu verneinen, weil das von ihr betriebene Selbstentsorgermodell nicht geeignet gewesen sei, einen teilweisen Verzicht der Beklagten auf das Lizenzentgelt auszulösen; dasselbe gelte für den Vorwurf, sich an kartellrechtswidrigen Boykottaufrufen beteiligt zu haben.

Auf dieses Urteil wird einschließlich der darin getroffenen tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin.

Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz im Termin der mündlichen Verhandlung vom 01.12.2005 zunächst beantragt,

das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 29.10.2004 (Az. 4HK O 12011/03), zugestellt am 18.02.2005, abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin EUR 836.095,18 nebst 5 % über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen weiteren Schaden zu ersetzen, der der Klägerin aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung seit dem 01.01.2000 sowie aus der in der Entscheidung des Bundeskartellamtes vom 20.01.2003 (Aktenzeichen B 10-90000-VC-

206/01) festgestellten Teilnahme an Aufforderungen zu Liefer- und Bezugssperren zu Lasten der Klägerin seit dem 05.09.2001 entstanden ist und noch entstehen wird.

3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Firma Anton Schlecker, Im Schleckerland, 89579 Ehingen, aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung seit dem 01.01.2000 entstanden ist und noch entstehen wird.
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Müller GmbH & Co. KG, Albstraße 92, 89081 Ulm-Jungingen, aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung seit dem 01.01.2000 entstanden ist und noch entstehen wird.
5. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Dirk Rossmann GmbH, Isenhägener Straße 16, 30938 Burgwedel, aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung seit dem 01.01.2000 entstanden ist und noch entstehen wird.
6. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der HELLWEG Die Profi Baumärkte GmbH & Co. KG, Borussiastraße 112, 44149 Dortmund, aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung seit dem 01.01.2000 entstanden ist und noch entstehen wird.
7. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der dem Service-Bund Einkaufs- und Vertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Friedhofsallee 126, 23554 Lübeck, aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung seit dem 01.01.2000 entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz im Termin der mündlichen Verhandlung vom 01.12.2005 beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Mit Beschluss vom 01.12.2005 hat der Senat das Verfahren U (K) 2042/05 bis zur rechtskräfti-

gen Entscheidung des beim Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften anhängigen Verfahrens T 151/01 betreffend die von der hiesigen Beklagten erhobene Klage auf Nichtigerklärung der vorstehend genannten Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 ausgesetzt.

Mit Wirkung zum 15.12.2005 wurde die Beklagte [REDACTED] [REDACTED] im Wege des Formwechsels in [REDACTED] [REDACTED] (vgl. Handelsregistersauszüge HRB 56468 und HRB 56743 des Amtsgerichts Köln, Anlagen BB 19, BB 20). Mit Wirkung vom 15.08.2006 wurde die letztgenannte Gesellschaft als übertragende Rechtsträgerin mit der Umwelt Investment GmbH, der übernehmenden Rechtsträgerin verschmolzen, die seither als [REDACTED] [REDACTED] (vgl. Handelsregistersauszüge HRB 56743 und HRB 57932 des Amtsgerichts Köln, Anlagen BB 20, BB 21).

Mit Urteil vom 24.05.2007 – T-151/01 hat das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften die Klage der hiesigen Beklagten auf Nichtigerklärung der vorstehend genannten Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 abgewiesen.

Mit Vertrag vom 05.12.2007 (Anlage BB 18) zwischen der [REDACTED] und der Klägerin hat die Klägerin sämtliche dem vorliegenden Rechtsstreit zugrunde liegenden gegenwärtigen und künftigen Ansprüche in voller Höhe an [REDACTED] abgetreten.

Mit Urteil vom 16.07.2009 – C-385/07 (Anlage BB 16) hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften das Rechtsmittel der hiesigen Beklagten, gerichtet auf Aufhebung des genannten Urteils des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 24.05.2007, zurückgewiesen.

Im Jahr 2009 hat [REDACTED] umfirmiert in Sustainable Resources International Ltd. (vgl. Anlage BB 22).

Am 07.09.2010 hat der Senat beschlossen, dass im schriftlichen Verfahren entschieden wird, wobei Schriftsätze berücksichtigt werden, die bis spätestens 29.09.2010 bei Gericht eingehen.

Die Klägerin beantragt in der Berufungsinstanz zuletzt, wobei sie die Klage nunmehr gegen die vorstehend als übernehmende Rechtsträgerin genannte [REDACTED] richtet,

das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 21.01.2005 (Az. 4HK O 12011/03), zugestellt am 18.02.2005, abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an die [REDACTED] € 836.095,18 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten [sic] seit Rechtshängigkeit der Klage zu zahlen.
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der [REDACTED] sämtlichen weiteren Schaden zu ersetzen, der der Klägerin seit dem 01.01.2000 aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493 -DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 01.04.2003 sowie aus der in der Entscheidung des Bundeskartellamtes vom 20.01.2003 (Aktenzeichen B 10-90000-VC-206/01) festgestellten Teilnahme an Aufforderungen zu Liefer- und Bezugssperren zu Lasten der Klägerin seit dem 05.09.2001 entstanden ist und noch entstehen wird.
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, [REDACTED] sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Firma Anton Schlecker, Im Schleckerland, 89579 Ehingen, seit dem 01.01.2000 aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493-DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird.
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der [REDACTED] sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Müller GmbH & Co. KG, Albstraße 92, 89081 Ulm-Jungingen, seit dem 01.01.2000 aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird.
5. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, [REDACTED] sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Dirk Rossmann GmbH, Isenhägener Straße 16, 30938 Burgwedel, seit dem 01.01.2000 aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493-DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird.
6. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, [REDACTED] sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der HELLWEG Die Profi Baumärkte GmbH & Co. KG, Borussiastraße 112, 44149 Dortmund, seit dem 01.01.2000 aus dem in der Ent-

scheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493-DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird.

7. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, [REDACTED] sämtlichen Schaden zu ersetzen, der dem Service-Bund Einkaufs- und Vertriebsgesellschaft mbH und Co. KG, Friedhofsallee 26, 23554 Lübeck, aus dem in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.04.2001 (Aktenzeichen COMP D3/34493 - DSD, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft L 166/1 vom 21.06.2001) festgestellten Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung in der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagte beantragt in der Berufungsinstanz zuletzt,

die Berufung auch in Bezug auf den aktualisierten Berufungsantrag zurückzuweisen.

Ergänzend wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokolle der Termine der mündlichen Verhandlungen vom 01.12.2005 und vom 25.03.2010 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet.

1. Die in der Berufungsinstanz vorgenommene Modifikation der Klageanträge, die darin liegt, dass die Klägerin nunmehr Leistung nicht an sich selbst, sondern [REDACTED] beantragt, ist zulässig (§ 525 Satz 1, § 533, § 264 Nr. 2, Nr. 3 ZPO). Mit Vertrag vom 05.12.2007 (Anlage BB 18) zwischen [REDACTED] und der Klägerin hat diese, wie unstreitig ist, sämtliche dem Rechtsstreit zugrunde liegenden gegenwärtigen und künftigen Ansprüche in voller Höhe an [REDACTED] abgetreten, die inzwischen nach dem unbestritten gebliebenen Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 10.03.2010 in [REDACTED] umfirmiert hat. Die nach Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgte Abtretung hat auf den vorliegenden Prozess keinen Einfluss (§ 525 Satz 1, § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO); die Klägerin hat die Anträge - wie erforderlich (vgl. BGH, Urt. v. 19.03.2004 - V ZR 104/03, juris, Tz. 21) - der veränderten materiellen Rechtslage angepasst, indem sie beim

Zahlungsantrag (Berufungsantrag Nr. 1) sowie bei den Schadensersatzfeststellungsanträgen (Berufungsanträge Nr. 2 bis Nr. 7) als Anspruchsberechtigte die

██████████ die Rechtsnachfolgerin der Klägerin, nennt.

Die vorstehend genannte Verschmelzung auf Beklagtenseite hat keine Auswirkungen auf den vorliegenden Prozess. Es liegt ein gesetzlicher Parteiwechsel vor, da die jetzige Beklagte, die übernehmende Rechtsträgerin, die nunmehr unter ██████████ ██████████ firmiert, Gesamtrechtsnachfolgerin der ursprünglichen Beklagten ist (vgl. BGH NJW 2004, 1528; BAG NZA 2007, 825, 826). Von Beklagtenseite sind insoweit auch keine Einwendungen erhoben worden. Im vorliegenden Urteil wird deshalb einheitlich nur von der Beklagten gesprochen.

2. Die Beschränkung des Berufungsantrags Nr. 1, die darin liegt, dass der Zinssatz in diesem Antrag gegenüber dem Zinssatz im Klageantrag Nr. I. in erster Instanz ermäßigt wurde, ist nach § 525 Satz 1, § 264 Nr. 2 ZPO zulässig.

3. Die Schadensersatzfeststellungsklagen (Berufungsanträge Nr. 2 bis Nr. 7) sind ebenso wie die Zahlungsklage (Berufungsantrag Nr. 1) zulässig.

a) Das Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) für die Feststellungsklage gemäß Berufungsantrag Nr. 2, bezogen auf den der Klägerin seit dem 01.01.2000 aus dem in der Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 festgestellten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Beklagten in der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 01.04.2003 entstandenen und noch entstehenden weiteren Schaden, ist gegeben. Entgegen der Ansicht der Beklagten entfällt dieses Feststellungsinteresse im Streitfall nicht mit Blick auf den grundsätzlichen Vorrang von Leistungsklagen vor Feststellungsklagen (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 256, Rdn. 7a). Zum Zeitpunkt der Klageerhebung (09.02.2004) war der Klägerin die Erhebung einer Leistungsklage nicht zumutbar, weil sie den als entgangenen Gewinn zu ersetzenden Schaden im Hinblick darauf, dass der Zeitraum, der zwischen der Beendigung des von ihr geltend gemachten Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und der Klageerhebung verstrichen war, keine verlässliche Grundlage für eine Schätzung erlaubte. Anknüpfungspunkt für eine Schadensschätzung in derartigen Fällen ist die Geschäfts- bzw. Gewinnentwicklung nach Beendigung der Behinderung (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.05.1977 – 6 U 105/76 (Kart), juris, Tz. 31). Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 31.08.2004, S. 21 nachvollziehbar ausgeführt, dass für die Schadensschätzung die Gewinnentwicklung der Klägerin in

der Zeit zwischen Oktober 2002 und Juli 2005 abzuwarten sei. Im Übrigen durfte die Klägerin an der Feststellungsklage ohne Rücksicht auf die weitere Entwicklung während des gerichtlichen Verfahrens festhalten (vgl. BGH, Urt. v. 07.06.1988 – IX ZR 278/87 = BGHR ZPO § 256 Abs. 1, Feststellungsinteresse 10). Eine Verpflichtung des Verletzten, von der Feststellungsklage auf die Leistungsklage überzugehen, wenn letzteres während des Prozesses möglich wird, besteht grundsätzlich – und so auch im Streitfall – nicht (vgl. BGH GRUR 2008, 258, Tz. 16 – *INTERCONNECT/T-InterConnect*). Bezüglich des Feststellungsinteresses für die Feststellungsklage gemäß Berufungsantrag Nr. 2, bezogen auf den der Klägerin aus der in der Entscheidung des Bundeskartellamtes vom 20.01.2003 festgestellten Teilnahme an Aufforderungen zu Liefer- und Bezugssperren seit dem 05.09.2001 entstandenen und noch entstehenden Schaden, gilt Entsprechendes.

b) Auch das Feststellungsinteresse für die Feststellungsklagen gemäß den Berufungsanträgen Nr. 3 bis Nr. 7, bezogen auf den den darin genannten Handelsunternehmen (Firma Anton Schlecker; Müller GmbH & Co. KG; Dirk Rossmann GmbH; HELLWEG Die Profi Baumärkte GmbH & Co. KG; Service-Bund Einkaufs- und Vertriebsgesellschaft mbH & Co. KG) seit dem 01.01.2000 durch den in der Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 (Anlage K 5) festgestellten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Beklagten in der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 01.04.2003 entstandenen und noch entstehenden Schaden, ist gegeben. Auch insoweit entfällt dieses Feststellungsinteresse im Streitfall nicht mit Blick auf den grundsätzlichen Vorrang von Leistungsklagen vor Feststellungsklagen. Zum Zeitpunkt der Klageerhebung (09.02.2004) war der Klägerin die Erhebung einer Leistungsklage insoweit nicht zumutbar. Als Schaden der genannten Handelskunden macht die Klägerin die durch die geltend gemachten Behinderungen seitens der Beklagten entgangene mögliche Kosteneinsparung in Höhe von 33, 333 % der Entsorgungsgebühren geltend (Klageschrift vom 22.12.2003, S. 30). Dieser Schaden war zum Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht abschließend bezifferbar. Zwar war die Zahl der Verkaufsverpackungen, die die genannten Handelsunternehmen im Zeitraum 01.01.2000 bis 01.04.2003 in Verkehr gebracht haben, möglicherweise schon zum Zeitpunkt der Klageerhebung feststellbar. Grundlage für eine Schätzung des den genannten Handelsunternehmen entstandenen Schadens ist indes auch die Geschäftsentwicklung der Klägerin nach Beendigung der geltend gemachten Verstöße. Insoweit hat die Klägerin nachvollziehbar dargelegt (Schriftsatz vom 31.08.2004, S. 21 f.), dass sich erst aus der weiteren Entwicklung die für eine Schätzung der Schadenshöhe notwendigen Anknüpfungstatsachen ermitteln lassen. Auch insoweit bestand keine Verpflichtung für die Klägerin, während des gerichtli-

chen Verfahrens von der Feststellungsklage auf die Leistungsklage überzugehen. Die genannten Handelsunternehmen haben Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem missbräuchlichen Charakter des von der Beklagten zunächst verwendeten Zeichennutzungsvertrages (vgl. Anlage K 4) und der Zusatzvereinbarung (ZVEU, Anlage K 12) an die Klägerin abgetreten (vgl. Anlagen K 29, K 31, K 33, K 35, K 37).

4. Der Berufungsantrag Nr. 1. ist teilweise begründet. Der [REDACTED], die als Zessionarin Rechtsnachfolgerin der Klägerin ist, steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Ersatz des Schadens in Gestalt eines Fremdfinanzierungsschadens (vgl. Klageschrift vom 22.12.2003, S. 28 f.), in Höhe von 249.797,26 € nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 82 EG zu.

a) Das Schadensersatzverlangen der Klägerin beurteilt sich nach der Rechtslage zum Zeitpunkt der Tatbegehung seitens der Beklagten (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.09.2009 – VI-U (Kart) 17/08 (V), juris, Tz. 28). Insoweit geht es der Klägerin um den Zeitraum vom 01.01.2000 bis zum 06.02.2003 (vgl. Klageschrift vom 22.12.2003, S. 28 i.V.m. S. 26). Damals galt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Stand der 6. GWB-Novelle. § 33

Satz 1 GWB a.F. sieht eine Verpflichtung zum Schadensersatz nur für denjenigen vor, der gegen eine Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt. Bei Verstößen gegen EG-Kartellrecht, insbesondere Art. 82 EG (nunmehr Art. 102 AEUV), kam nach damaliger, im Streitfall maßgebender Rechtslage als Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch § 823 Abs. 2 BGB in Betracht, soweit Art. 82 EG den Schutz des Geschädigten bezweckt (vgl. *Bechtold*, GWB, 3. Aufl., § 33, Rdn. 12; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.09.2009 – VI-U (Kart) 17/08 (V), juris, Tz. 69).

b) Die Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 (Anlage K 5) ist bestandskräftig, nachdem das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften mit Urteil vom 24.05.2007 – T 151/01, juris die Klage der hiesigen Beklagten auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung abgewiesen hat und nachdem der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit Urteil vom 16.07.2009 – C-385/07 (Anlage BB 16) das Rechtsmittel der hiesigen Beklagten, gerichtet auf Aufhebung des genannten Urteils des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 24.05.2007, zurückgewiesen hat. An die genannte Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 (Anlage K 5) und die darin getroffenen Feststellungen zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG ist der Senat nach Art. 16 der Verordnung (EG)

Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 sowie nach § 33 Abs. 4 GWB n.F. gebunden (vgl. *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 10. Aufl. § 33, Rdn. 119 [zur Bindungswirkung nach Art. 16 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002] sowie OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.09.2009 – VI-U (Kart) 17/08 (V), juris, Tz. 33-35 [zur intertemporalen Anwendbarkeit von § 33 Abs. 4 GWB n.F. in Altfällen]). Aufgrund der genannten Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 (Anlage K 5) ist davon auszugehen, dass die Beklagte mit der von ihr praktizierten Entgeltregelung im Zeichennutzungsvertrag (vgl. Anlage K 4) einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EG begangen hat. Die Zuwiderhandlung liegt darin, dass die Beklagte nach § 4 Abs. 1 Satz 1 und § 5 Abs. 1 Satz 1 des Zeichennutzungsvertrages die Zahlung von Lizenzentgelt für die Gesamtmenge der in Deutschland mit dem Zeichen [REDACTED] in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen auch dann verlangte, wenn die Befreiungsdienstleistungen nach § 2 des Zeichennutzungsvertrags nur für Teilmengen oder überhaupt nicht in Anspruch genommen wurden (vgl. Anlage K 5, Tz. 163). Bei jeder in Betracht kommenden Marktabgrenzung hatte die Beklagte eine marktbeherrschende Stellung inne (vgl. Anlage K 5, Tz. 65 ff., 86, 95 ff.). Die Bindung des nach dem Zeichennutzungsvertrag geschuldeten Entgelts an die Menge der mit dem Zeichen [REDACTED] gekennzeichneten Verkaufsverpackungen zwang die verpflichteten Unternehmen, die Wettbewerber der Beklagten zumindest für Teilmengen beauftragen wollten, zu getrennten Verpackungs- und Distributionslinien, was für einen Teil der Unternehmen praktisch nicht umsetzbar und für den anderen Teil im Kontext der angestrebten Rücknahmebefreiung nicht nur als unverhältnismäßig anzusehen war, sondern auch den Anforderungen einer leistungsorientierten Distributionsökonomie im gemeinsamen Markt widersprach; darin lag der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Anlage K 5, Tz. 98 ff., 109). Solange die Beklagte das Lizenzentgelt ausschließlich von der Zeichennutzung abhängig machte, setzte es Unternehmen, die nicht oder nur für Teilmengen von Verkaufsverpackungen die Befreiungsdienstleistung in Anspruch nahmen, unangemessenen Preisen und Geschäftsbedingungen aus und beging damit einen Ausbeutungsmissbrauch (vgl. Anlage K 5, Tz. 111 ff., 113). Die Entgeltregelung im Zeichennutzungsvertrag führte außerdem dazu, dass für die verpflichteten Unternehmen die Teilnahme an einem konkurrierenden Befreiungssystem oder einer konkurrierenden Selbstentsorgerlösung wirtschaftlich uninteressant war, da entweder zusätzlich zu der Vergütung des Wettbewerbers ein Lizenzentgelt an die Beklagte gezahlt werden musste oder getrennte Verpackungs- oder Distributionslinien erforderlich waren. In ihren faktischen Wirkungen kam die Lizenzregelung einer Ausschließlichkeitsbindung sehr nahe. Der Marktzutritt für Wettbewerber war damit ganz erheblich erschwert; die Chancengleichheit für Wettbe-

werber war damit nicht mehr gegeben (vgl. Anlage K 5, Tz. 115). Die von der Beklagten praktizierte Entgeltregelung im Zeichennutzungsvertrag stellte damit auch einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Form eines Behinderungsmissbrauchs zu Lasten der Wettbewerber dar (vgl. Anlage K 5, Tz. 114 ff., 116).

Die Beklagte hat, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat (UA S. 17), den Markteintritt der Klägerin, die als Anbieterin einer Selbstentsorgerlösung Wettbewerberin der Beklagten ist, objektiv behindert. Die Klägerin hat im Herbst 1999 mit der Beklagten Kontakt aufgenommen. Mit Schreiben vom 04.11.1999 (Anlage K 73) hat [REDACTED] unter dem Betreff [REDACTED] unter Bezugnahme auf ein Gespräch vom 28.10.2009 u.a. ausgeführt, dass ihrer Meinung nach die alleinige Anknüpfung der vertraglichen Vergütungspflicht an die bloße Kennzeichnung der Verkaufsverpackungen einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstelle und dass die Vergütungspflicht für jene Verpackungen entfalle, für welche die Zeichennehmer keine Freistellung gemäß § 6 Abs. 3 VerpackV begehren. Die Beklagte antwortete daraufhin mit Schreiben vom 11.11.1999 (Anlage K 74), dass sie diese Rechtsauffassung und die daraus abgeleiteten Konsequenzen nicht zu teilen vermöge. Mit im Wesentlichen gleichlautenden Schreiben vom 26.11.1999, 03.12.1999 und 06.12.1999 (Anlagenkonvolut K 76) verbeschied die Beklagte außerdem Anfragen verschiedener Lizenznehmer bezüglich der unentgeltlichen Nutzung der Dienstleistungsmarke [REDACTED] für einen Teil der Verkaufsverpackungen abschlägig.

c) Bei Verstößen gegen Art. 82 EG kommt eine Ersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB in Betracht, soweit Art. 82 EG den Schutz eines anderen bezweckt (vgl. *Bechtold*, *GWB*, 3. Aufl., § 33, Rdn. 12 unter Bezugnahme auf BGH WuW/E DE-R 206, 207 – *Depotkosmetik*). Ob aus Zuwiderhandlungen gegen Art. 82 EG dem Einzelnen im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB ein Anspruch erwächst, lässt sich jedoch nicht allgemein sagen, sondern muss für den einzelnen Fall entschieden werden (vgl. BGH WuW/E DE-R 206, 207 – *Depotkosmetik* [zu Art. 85 EG a.F.]; OLG Frankfurt, Urt. v. 15.12.1998 – 11 U (Kart) 16/98, juris, Tz. 86 ff. [zu Artt. 85, 86 EG a.F.]). Soweit Art. 82 EG den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Behinderung von Wettbewerbern erfasst, bezweckt diese Vorschrift den Schutz der behinderten Wettbewerber, weshalb diesen ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 82 EG gegen den Marktbeherrscher zustehen kann (vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., § 22, Rdn. 37). Wie bereits erörtert, hat die Kommission in der genannten Entscheidung vom 20.04.2001 (Anlage K 5) den Missbrauch einer marktbeherrschenden

den Stellung seitens der Beklagten unter anderem in Form eines Behinderungsmissbrauchs zu Lasten der Wettbewerber, darunter der Anbieter von Selbstentsorgerlösungen, festgestellt (vgl. Anlage K 5, Tz. 114 ff.). Als Wettbewerberin der Beklagten ist die Klägerin, die ihre Leistungen im Rahmen einer Selbstentsorgerlösung gemäß § 11 VerpackV anbietet, deshalb nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 82 EG grundsätzlich als Gläubigerin eines Schadensersatzanspruchs aktivlegitimiert. An die Stelle der Klägerin ist nunmehr [REDACTED] als Zessionarin getreten.

d) Der von der Kommission in der genannten Entscheidung vom 20.04.2001 (Anlage K 5) festgestellte Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung in Form eines Behinderungsmissbrauchs zu Lasten von Mitbewerbern wie der Klägerin wurde – entgegen der Auffassung des Landgerichts (UA S. 23 ff.) - nicht schon durch die am 04.12.2001 veröffentlichte Zusatzvereinbarung zum Zeichennutzungsvertrag (ZVEU, Anlage K 12), sondern erst durch die am 06.02.2003 veröffentlichte weitere Zusatzvereinbarung (ZEU 2, Anlage K 15) abgestellt. Allerdings verpflichtete sich die Beklagte in § 2 Abs. 1 ZVEU, in der hier einschlägigen Fallgruppe II (Rücknahme und Verwertung teilweise über [REDACTED], teilweise über Wettbewerbsysteme) für die mit der Marke [REDACTED] in Deutschland in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen, für die die Befreiungsdienstleistung [REDACTED] nicht in Anspruch genommen wird und für die die Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung anderweitig erfüllt werden, ein Lizenzentgelt nicht zu erheben. Gemäß Abs. 3 Satz 2 der Präambel der ZVEU behielt sich die Beklagte jedoch eine Nachforderung für den Fall vor, dass die Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 für nichtig erklärt wird. § 2 Abs. 2 ZVEU sah außerdem vor, dass die Verjährung etwaiger Ansprüche der Beklagten auf Nachforderung des Lizenzentgelts bei einer Nichtigerklärung der Kommissionsentscheidung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklage der Beklagten entsprechend § 205 BGB gehemmt war. Außerdem sah § 4 ZVEU grundsätzlich mehrmonatige Ankündigungsfristen für Wettbewerbsmengen vor.

Durch die Zusatzvereinbarung zum Zeichennutzungsvertrag (ZVEU, Anlage K 12) wurde der Behinderungsmissbrauch zu Lasten der Klägerin unter Berücksichtigung dieser Bestimmungen, insbesondere des Nachforderungsvorbehalts i.V.m. der Regelung der Verjährungshemmung nicht hinreichend abgestellt. Die Kommission hat den Behinderungsmissbrauch in ihrer Entscheidung vom 20.04.2001 (Anlage K 5), Tz. 115 darauf gestützt, dass für die verpflichteten Unternehmen die Teilnahme an einer konkurrierenden Selbstentsorgerlösung bei Anwendung des ursprünglichen Zeichennutzungsvertrages (vgl. Anlage K 4) wirtschaftlich uninteressant ist,

da entweder zusätzlich zu der Vergütung des Wettbewerbers ein Lizenzentgelt an die Beklagte gezahlt hätte werden müssen oder getrennte Verpackungs- und Distributionslinien erforderlich gewesen wären; der Marktzutritt für Wettbewerber war ganz erheblich erschwert gewesen. Die Zusatzvereinbarung zum Zeichennutzungsvertrag (ZVEU, Anlage K 12) begegnet vergleichbaren Einwänden. Das aufgrund des Nachforderungsvorbehalts in der Präambel i.V.m. der Regelung der Verjährungshemmung in § 2 Abs. 2 nach wie vor bestehende Risiko der doppelten Inanspruchnahme war geeignet, Kunden der Beklagten weiterhin vom Wechsel zur Klägerin abzuhalten. Dies ergibt sich auch aus dem von der Klägerin im Anlagenkonvolut K 50 vorgelegten Schreiben der Paul Hartmann AG vom 02.07.2002 an Anton Schlecker, in dem u.a. ausgeführt wird: „Insbesondere in Hinblick auf die evtl. Nachforderungen [REDACTED] (zuzüglich Verzugszinsen abzüglich ersparter Aufwendungen) wenn und soweit die Kommissionsentscheidung für nichtig erklärt wird, können wir diese Vereinbarung nicht abschließen.“ (vgl. auch die weiteren im Anlagenkonvolut K 50 vorgelegten Schreiben). Mit der Regelung der Verjährungshemmung in § 2 Abs. 2 ZVEU wurde die ansonsten bestehende Rechtslage zu Lasten des Vertragspartners der Beklagten verschärft. Jedenfalls zusammengenommen waren die vorstehend erörterten Bestimmungen der Zusatzvereinbarung zum Zeichennutzungsvertrag geeignet, Vertragspartner der Beklagten von einem (teilweisen) Wechsel zu der von der Klägerin angebotenen Selbstentsorgerlösung abzuhalten (vgl. auch die Äußerungen von Gerald Miersch von der Kommission in dem mit E-Mail vom 21.08.2002 übermittelten Diskussionspapier (Anlage BB 8, S. 2), der unter Hinweis auf das fortbestehende Missbrauchspotential für eine ersatzlose Streichung von § 2 Abs. 2 ZVEU plädierte; vgl. ferner dessen Äußerungen in den mit E-Mail vom 15.11.2002 (Anlage BB 9, S. 2) übermittelten Vorschlägen unter Nr. 1 und Nr. 2).

e) Die Beklagte hat auch schuldhaft (§ 276 BGB) gehandelt.

aa) Das zumindest fahrlässige Verhalten der Beklagten ergibt sich daraus, dass sie sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt hat, in dem sie eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit ihres Verhaltens in Betracht ziehen musste (vgl. BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 68/08, Tz. 32, juris – *Restwertbörse; Bornkamm* in Langen/Bunte aaO § 33, Rdn. 95 m.w.N.). Insbesondere aufgrund des Schreibens der Kommission vom 10.12.1999 (Anlage K 65), in dem diese die Beklagte auf die erheblichen, kartellrechtlichen Bedenken hingewiesen hat, denen § 4 des angemeldeten Zeichennutzungsvertrags unterlag, musste die Beklagte eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit ihres Verhaltens in Betracht ziehen (vgl. ferner das in Anlage

K 5, Tz. 5 erwähnte Schreiben der Kommission vom 03.11.1999). Der Umstand, dass die Kommission von einer Bußgeldverhängung gegen die Beklagte abgesehen und dies in einer Pressemitteilung vom 20.04.2001 (Anlage B 40, S. 2) damit begründet hat, die Beklagte habe nicht ohne Weiteres auf vorangegangene Entscheidungen der Kommission oder des Europäischen Gerichtshofes zurückgreifen können, ändert nichts daran, dass die Beklagte sich in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt und deshalb zumindest fahrlässig gehandelt hat.

bb) Auch für die Zeit ab Vorlage der Zusatzvereinbarung zum Zeichennutzungsvertrag (ZVEU, veröffentlicht am 04.12.2001, Anlage K 12) bis zur Vorlage der weiteren Zusatzvereinbarung (ZEU2, veröffentlicht am 06.02.2003, Anlage K 15) ist von einem Verschulden der Beklagten auszugehen. Allerdings hat die Beklagte geltend gemacht, die Zusatzvereinbarung zum Zeichennutzungsvertrag (ZVEU, Anlage K 12) sei mit der Kommission im Einzelnen abgestimmt worden; insbesondere sei die Formulierung in der Präambel hinsichtlich etwaiger Nachforderungsansprüche der Beklagten bei Nichtigerklärung der Kommissionsentscheidung mit den Kommissionsbeamten eingehend besprochen worden (vgl. Klageerwiderung vom 15.04.2004, Tz. 92 ff.). Für diesen – von der Klägerin bestrittenen (vgl. Replik vom 31.08.2004, S. 13; Schriftsatz vom 17.11.2005, S. 17) – Vortrag hat die Beklagte indes, worauf der Senat im Termin vom 01.12.2005 hingewiesen hat, keinen Beweis angetreten, weshalb dieser Vortrag nicht zugunsten der Beklagten berücksichtigt werden kann.

f) Der von der Klägerin geltend gemachte Fremdfinanzierungsschaden (vgl. Klageschrift vom 22.12.2003, S. 28 f.) ist nur teilweise, nämlich in Höhe von 249.797,26 € ersatzfähig.

aa) Die Klägerin macht insoweit geltend, aufgrund der Behinderungen der Beklagten während der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 06.02.2003 habe sie, die Klägerin, nicht ausreichende Umsatzerlöse erzielen können, um ihre laufenden Kosten aus den erwirtschafteten Erträgen zu decken; sie sei daher gezwungen gewesen, sich über [REDACTED] aufgenommene Darlehen (Zinssatz 6,5 % p.a.) zu finanzieren; vom jeweiligen Tag der Wertstellung an bis zum 31.12.2003 seien bei der Klägerin Zinsverbindlichkeiten in Höhe von insgesamt 836.095,18 € aufgelaufen (Klageschrift vom 22.12.2003, S. 28 f.); dieser Zinsbetrag werde als Fremdfinanzierungsschaden ersetzt verlangt.

bb) Im Ausgangspunkt ist die Klägerin dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass der geltend gemachte Schaden durch die vorstehend erörterte Schutzgesetzverletzung gemäß § 823 Abs. 2

i.V.m. Art. 82 EG (Behinderungsmissbrauch) entstanden ist, d.h. die Darlegungs- und Beweislast der Klägerin erstreckt sich auf den Ursachenzusammenhang zwischen der Schutzgesetzverletzung und dem geltend gemachten Schaden (vgl. BGH, Urt. v. 24.10.1995 – KZR 3/95, juris, Tz. 20 ff. - *Jutefilze*), wobei der Klägerin allerdings die Beweiserleichterungen gemäß § 287 Abs. 1 ZPO und – soweit es um entgangenen Gewinn geht – gemäß § 252 Satz 2 BGB zugute kommen (vgl. BGH, Urt. v. 24.10.1995 – KZR 3/95, juris, Tz. 23 – *Jutefilze*; *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, S. 348).

cc) Die Klägerin hat als Anlagenkonvolut K 27 Kopien der Darlehensverträge zwischen der [REDACTED] als Darlehensgeberin und ihr als Darlehensnehmerin mit einem Zinssatz von 6,5 % p.a. vorgelegt und die Valutierung der Darlehen durch die Kontoauszüge gemäß Anlagenkonvoluten K 58, K 59 hinreichend belegt.

dd) Unter Würdigung aller Umstände des Streitfalles (§ 287 Abs. 1 ZPO) ist anzunehmen, dass die Aufnahme der Darlehen Nr. 1 (Datum der Auszahlung/Wertstellung 05.06.2000, vgl. Anlagenkonvolut K 58) bis einschließlich Nr. 24 (Datum der Auszahlung/Wertstellung 30.04.2002, vgl. Anlagenkonvolut K 59) gemäß der Aufstellung auf S. 28 f. der Klageschrift vom 22.12.2003 und die aus diesen Darlehen bis 30.04.2002 aufgelaufenen Zinsen nicht durch den Behinderungsmissbrauch seitens der Beklagten verursacht worden sind. Denn die von der Klägerin zunächst präsentierte und verfolgte Selbstentsorgerkonzeption begegnete vielfältigen verpackungsrechtlichen Bedenken seitens verschiedener Behörden (vgl. Schreiben des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vom 27.11.2001, Anlage B 4; Schreiben des Ministeriums für Umwelt und Verkehr Baden-Württemberg vom 28.09.2001, Anlage B 5; Schreiben des Ministeriums für Umwelt und Verkehr Baden-Württemberg vom 27.11.2001, Anlage B 6; Pressemitteilung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vom 17.12.2001, Anlage B 9) und wurde von der Klägerin nach Diskussion mit den Behörden substantiell modifiziert. Am 11.04.2002 stellte die Klägerin ein modifiziertes Selbstentsorgerkonzept im Rahmen eines Gesprächs mit dem Ausschuss für Fragen der Produktverantwortung und der Rücknahmepflichten (APV) der Länderarbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA) vor, in dessen Verlauf die Klägerin sich zu bestimmten weiteren Änderungen ihres Konzepts bereit erklärte (vgl. Protokoll dieses Gesprächs, Anlage B 11). Mit Schreiben vom 17.05.2002 (Anlage B 13) sowie mit Pressemitteilung vom Mai 2002 (Anlage B 14) gab die Klägerin dann die erreichte Abstimmung mit den Behörden gemäß der modifizierten Selbstentsorgerkonzeption bekannt. Bei der vorangegangenen Auseinandersetzung zwischen der Kläge-

rin und den Behörden ging es insbesondere um die Fragen, ob es, wie von der Klägerin zunächst gefordert (vgl. Anwaltsschreiben vom 08.10.2001, Anlage K 45, S. 5 f.; Pressemitteilung der Klägerin vom Dezember 2001, Anlage B 8, S. 3), zulässig sei, in den Mengenstromnachweis auch

- nach § 6 Abs. 3 VerpackV befreite (am Dualen System der Beklagten teilnehmende) Verkaufsverpackungen sowie
- Verkaufsverpackungen, die nicht nach Art, Form und Größe den Verkaufsverpackungen entsprechen, die der Hersteller/Vertreiber in Verkehr gebracht hat,

einzubeziehen; die betreffenden Förderungen hat die Klägerin später nicht aufrechterhalten (vgl. Anlage B 11). Die vorangegangene Auseinandersetzung wurde mit beträchtlicher Schärfe u.a. mittels Pressemitteilungen geführt (vgl. Anlagen B 8, B 9).

Auch wenn ein Mengenausgleich – also die Anrechnung der Übererfüllung durch einen Teilnehmer zugunsten eines anderen Teilnehmers, der die vorgegebenen Rücknahme- und Verwertungsquoten nicht erreicht - im Rahmen von Entsorgungsgemeinschaften grundsätzlich bereits vor der Änderung der Verpackungsverordnung im Januar 2006, also auch schon im Zeitraum 2000 bis 2002, zulässig war (vgl. BGH GRUR 2007, 162 – *Mengenausgleich in Selbstentsorgungsgemeinschaft*), war die von der Klägerin zunächst präsentierte und verfolgte Selbstentsorgerkonzeption für potenzielle Kunden vor der erst per Mai 2002 gelungenen Abstimmung mit den Behörden aufgrund der genannten, zum Teil öffentlich ausgetragenen Auseinandersetzung nicht attraktiv. Denn bei diesen potenziellen Kunden musste der Eindruck entstehen, dass die klägerische Konzeption nicht ausgereift und mit erheblichen Rechtssicherheitsrisiken behaftet war (vgl. in diesem Zusammenhang auch das Schreiben der Klägerin vom 15.03.2002, Anlage B 10, S. 2, in dem die Klägerin selbst ausführt: „Wir sind gemeinsam mit unseren Kunden davon überzeugt, dass es zu einer einvernehmlichen Lösung kommen wird, so dass dann für Hersteller und Vertreiber in einem modifizierten Konzept insoweit jegliche Rechtssicherheit gegeben sein wird.“). Vor diesem Hintergrund kann nicht angenommen werden (§ 287 Abs. 1 ZPO), dass der von der Beklagten begangene Behinderungsmissbrauch eine Geschäftsentwicklung im Zeitraum 01.01.2000 bis 30.04.2002 verhindert hat, wie sie nach Darstellung der Klägerin dann später nach dem Beginn der Rechtswirkung der weiteren Zusatzvereinbarung (ZEU2, Anlage K 15) eingetreten ist (vgl. Schriftsatz vom 31.08.2004, S. 16 sowie Schriftsatz vom 10.03.2010, S. 9 f.). Deshalb ist davon auszugehen, dass die Aufnahme der Darlehen Nr. 1 (Datum der Auszahlung/Wertstellung 05.06.2000, vgl. Anlagenkonvolut K 58) bis einschließlich Nr. 24 (Datum der Auszahlung/Wertstellung 30.04.2002, vgl. Anlagenkonvolut K 59) gemäß der Aufstellung

auf S. 28 f. der Klageschrift vom 22.12.2003 sowie die aus diesen Darlehen bis 30.04.2002 aufgelaufenen Zinsen nicht durch den Behinderungsmisbrauch seitens der Beklagten verursacht worden sind (§ 287 Abs. 1 ZPO).

Für die vorstehende Beurteilung kann im Übrigen dahinstehen, ob die Mengenstromnachweise für die Jahre 2000 bis 2002 (vgl. Anlagenkonvolut K 38), wie die Klägerin geltend macht, unbeanstandet geblieben sind. Des Weiteren kann insoweit offenbleiben, ob das konkrete Verhalten der Klägerin im Zeitraum 2000 bis April 2002 bei der Entsorgung von der gegenüber den Behörden vertretenen Selbstentsorgerkonzeption abwich und, wie die Klägerin geltend macht, verpackungsrechtlich einwandfrei war. Denn diese etwaige Praxis ändert nichts daran, dass die von der Klägerin zunächst präsentierte und verfolgte Selbstentsorgerkonzeption für potenzielle Kunden vor der erst per Mai 2002 gelungenen Abstimmung mit den Behörden aus den genannten Gründen nicht attraktiv war.

ee) Dagegen ist unter Würdigung aller Umstände des Streitfalles (§ 287 Abs. 1 ZPO) anzunehmen, dass die Aufnahme der Darlehen Nr. 25 (Datum der Auszahlung/Wertstellung 24.05.2002, vgl. Anlagenkonvolut K 59) bis einschließlich Nr. 27 (Datum der Auszahlung/Wertstellung 20.12.2002, vgl. Anlagenkonvolut K 59) und die aus diesen Darlehen bis 31.12.2003 aufgelaufenen Zinsen (99.797,26 €) gemäß der Aufstellung auf S. 29 der Klageschrift vom 22.12.2003 durch den Behinderungsmisbrauch seitens der Beklagten verursacht worden sind. Wie bereits erörtert, hatte die Klägerin nach der Modifikation der Selbstentsorgerkonzeption per Mai 2002 eine Abstimmung mit den Behörden erreicht und dieses Ergebnis sodann publiziert. Es ist anzunehmen, dass ohne den bis zur Vorlage der weiteren Zusatzvereinbarung (ZEU2, veröffentlicht am 06.02.2003) andauernden Behinderungsmisbrauch seitens der Beklagten alsbald eine ähnlich positive Geschäftsentwicklung eingetreten wäre, wie sie nach der Darstellung der Klägerin dann später nach dem Beginn der Rechtswirkung der weiteren Zusatzvereinbarung (ZEU2) eingetreten ist (vgl. Schriftsatz vom 31.08.2004, S. 16 sowie Schriftsatz vom 10.03.2010, S. 9 f.). Dem Vorbringen der Klägerin zur Umsatzentwicklung in den Jahren 2005 bis 2008 gemäß Schriftsatz vom 10.03.2010, S. 10 ist die Beklagte nicht konkret entgegengetreten. Aufgrund dieser späteren Umsatzentwicklung ist anzunehmen (§ 287 Abs. 1 ZPO), dass die Klägerin ohne den bis zur Vorlage der weiteren Zusatzvereinbarung (ZEU2, veröffentlicht am 06.02.2003) andauernden Behinderungsmisbrauch seitens der Beklagten ab Mai 2002 alsbald ausreichende Umsatzerlöse hätte erzielen können, was die Aufnahme der Darlehen Nr. 25 (Datum der Auszahlung/Wertstellung 24.05.2002, vgl. Anlagenkonvolut K 59) bis einschließlich Nr. 27 (Datum der Auszahlung/Wertstellung 20.12.2002, vgl. Anlagenkonvolut K 59) und die

aus diesen Darlehen bis 31.12.2003 aufgelaufenen Zinsen (99.797,26 €) entbehrlich gemacht hätte. Des Weiteren ist aufgrund der späteren Umsatzentwicklung im Wege der Schätzung anzunehmen (§ 287 Abs. 1 ZPO), dass von demjenigen Zinsvolumen, dass in der Zeit vom 01.05.2002 bis 31.12.2003 aus den zuvor aufgenommenen Darlehen Nr. 1 bis Nr. 24 gemäß der Aufstellung auf S. 28 f. der Klageschrift vom 22.12.2003 resultiert - der Zeitraum 01.05.2002 bis 31.12.2003 umfasst 610 Zinstage - ein Teilbetrag von 150.000,00 € durch den Behinderungsmisbrauch seitens der Beklagten verursacht worden ist, weil ohne diesen Behinderungsmisbrauch die zuvor aufgenommenen Darlehen teilweise bereits im Zeitraum 01.05.2002 bis 31.12.2003 hätten zurückgezahlt werden können.

g) Auf die von der Beklagten in erster Instanz (vgl. Klageerwiderung vom 15.04.2004, Tz. 229) erhobene Einrede der Verjährung bezüglich der im Jahr 2000 entstandenen Schäden (vgl. § 852 Abs. 1 BGB a.F., Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB) kommt es nach dem Vorstehenden nicht an. Im Übrigen greift diese Einrede nicht durch, weil es sich bei dem Behinderungsmisbrauch seitens der Beklagten um eine Dauerhandlung handelt, bei der die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnt, solange die Behinderung andauert (vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, 69. Aufl., § 199, Rdn. 21 m.w.N.). Mit der Klageerhebung im vorliegenden Verfahren (Eintritt der Rechtshängigkeit: 09.02.2004) wurde die Verjährung rechtzeitig gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

h) Der Zinsauspruch beruht auf § 291, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

5. Der Schadensersatzfeststellungsantrag (Berufungsantrag Nr. 2) ist teilweise begründet.

a) Die Beklagte ist nach § 823 Abs. 2 i.V.m. Art. 82 EG verpflichtet, [REDACTED] sämtlichen weiteren Schaden zu ersetzen, der der Klägerin seit dem 01.05.2002 aus dem in der Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 (Anlage K 5) festgestellten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Beklagten in der Zeit zwischen dem 01.05.2002 und dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird.

Für die Begründetheit einer Feststellungsklage reicht es aus, dass die Entstehung eines zu ersetzenden Schadens wahrscheinlich ist (vgl. BGH, Ur. v. 24.01.2006 – XI ZR 384/03, juris, Tz. 43). Aus den vorstehend unter II. 4. f. genannten Gründen ist insbesondere unter Berücksichtigung der späteren Umsatzentwicklung in den Jahren 2005 bis 2008, wie sie die Klägerin mit Schriftsatz vom 10.03.2010, S. 10 dargelegt hat – diesem Vorbringen ist die Beklagte nicht

konkret entgegengetreten – wahrscheinlich, dass der Klägerin in der Zeit zwischen dem 01.05.2002 und dem 01.04.2003 aufgrund des Behinderungsmissbrauchs seitens der Beklagten ein Schaden insbesondere in Gestalt entgangenen Gewinns (vgl. § 252 BGB) entstanden ist. Auch wenn die weitere Zusatzvereinbarung (ZEU2, Anlage K 15) am 06.02.2003 veröffentlicht wurde, ist wegen der Wechselfristen entsprechend dem Vortrag der Klägerin (Klageschrift vom 22.12.2003, S. 26) anzunehmen, dass sich die Beendigung der Behinderung aufgrund der weiteren Zusatzvereinbarung (ZEU2, Anlage K 15) erst zum 01.04.2003 ausgewirkt hat. Dagegen ist aus den vorstehend unter II. 4. f. genannten Gründen nicht wahrscheinlich, dass der Klägerin in der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 30.04.2002 aufgrund des Behinderungsmissbrauchs seitens der Beklagten ein Schaden insbesondere in Gestalt entgangenen Gewinns entstanden ist. Denn, wie bereits erörtert, war die von der Klägerin zunächst präsentierte und verfolgte Selbstentsorgerkonzeption für potenzielle Kunden vor der erst per Mai 2002 gelungenen Abstimmung mit den Behörden nicht attraktiv. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden (§ 287 Abs. 1 ZPO), dass der von der Beklagten begangene Behinderungsmissbrauch eine Geschäftsentwicklung im Zeitraum 01.01.2000 bis 30.04.2002 verhindert hat, wie sie nach Darstellung der Klägerin dann später nach dem Beginn der Rechtswirkung der weiteren Zusatzvereinbarung (ZEU2, Anlage K 15) eingetreten ist.

b) Die Beklagte ist dagegen nicht nach § 33 Satz 1 i.V.m. § 21 Abs. 1 GWB a.F. verpflichtet, [REDACTED] den Schaden zu ersetzen, der der Klägerin aus der in der Entscheidung des Bundeskartellamtes vom 20.01.2003 (Anlage K 6) festgestellten Teilnahme an Aufforderungen zu Liefer- und Bezugssperren zu Lasten der Klägerin seit dem 05.09.2001 entstanden ist und noch entstehen wird. Die genannte Entscheidung des Bundeskartellamtes ist durch den Freispruch gemäß Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 04.10.2004 – VI Kart 24 – 27/03 OWi (Anlage B 47), das rechtskräftig geworden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 18.10.2005 – KRB 24/05 (Anlage BE 6)), hinfällig. Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht im angefochtenen Urteil (UA S. 26) auf die Ausführungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf in dem genannten, von der hiesigen Beklagten als Anlage B 47 vorgelegten und in Bezug genommenen freisprechenden Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 04.10.2004 unter III. 1. a), b) verwiesen und sich diesen Ausführungen angeschlossen. Die Frage der Unbilligkeit einer Beeinträchtigung im Sinne des § 21 Abs. 1 GWB ist unter Abwägung der Interessen der Beteiligten und der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf der Grundlage einer Gesamtschau zu entscheiden (vgl. BGH WuW/E 2562, 2563 – *markt-intern-Dienst*). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat

in dem genannten Urteil aufgrund einer umfassenden Abwägung eine unbillige Beeinträchtigung der durch das Entwurfsschreiben vom 04.09.2001 (hiesige Anlage K 18) sowie durch die Schreiben vom 02.10.2001, 10.10.2001 und 22.10.2001 (hiesiges Anlagenkonvolut K 24) verrufenen Klägerin verneint. Der Senat teilt die Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und macht sich die genannte Abwägung mit der Maßgabe zu Eigen, dass es bei dem vom Oberlandesgericht Düsseldorf gefundenen Abwägungsergebnis auch dann sein Bewenden hat, wenn die vom Oberlandesgericht Düsseldorf ergänzend herangezogenen Darlegungen der dortigen Betroffenen Glaz und Prießnitz (vgl. Anlage B 47, S. 40 und S. 51), die vom Landgericht im vorliegenden Verfahren nicht als Zeugen vernommen wurden, nicht berücksichtigt werden. Im Übrigen sind die Existenz und der Inhalt der vom Oberlandesgericht Düsseldorf bei der genannten Abwägung berücksichtigten Schreiben, die, soweit sie nicht auch im vorliegenden Verfahren als Anlagen vorgelegt wurden, in dem genannten Urteil entweder in Kopie oder inhaltlich wiedergegeben werden, im vorliegenden Verfahren nicht bestritten worden. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die seinerzeit von der Klägerin präsentierte und verfolgte Selbstentsorgerkonzeption verpackungsrechtlich unzulässigerweise u.a. die Einbeziehung nach § 6 Abs. 3 VerpackV befreiter Verkaufsverpackungen vorsah, womit ein unzulässiger Übergriff auf [REDACTED] der Beklagten teilnehmende Verkaufsverpackungen verbunden war, gegen den sich die Beklagte zur Wehr setzen durfte. Im Übrigen fehlt es beim Entwurfsschreiben vom 04.09.2001 (Anlage K 18) auch an der Absicht der unbilligen Beeinträchtigung. Insoweit nimmt der Senat auf die Ausführungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf in dem Urteil vom 04.10.2004 – VI Kart 24 – 27/03 OWi (Anlage B 47), S. 52 f. Bezug und macht sich diese zu Eigen.

6. Die Berufungsanträge Nr. 3 bis Nr. 7 sind teilweise begründet.

Die Beklagte ist nach § 823 Abs. 2 i.V.m. Art. 82 EG verpflichtet, der [REDACTED] als Zessionarin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der den Handelsunternehmen Firma Anton Schlecker, Müller GmbH & Co. KG, Dirk Rossmann GmbH, HELLWEG Die Profi Baumärkte GmbH & Co. KG und Service-Bund Einkaufs- und Vertriebsgesellschaft mbH & Co. KG seit dem 01.05.2002 aus dem in der Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 (Anlage K 5) festgestellten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Beklagten in der Zeit zwischen dem 01.05.2002 und dem 01.04.2003 entstanden ist und noch entstehen wird. Wie bereits erörtert, haben die genannten Handelsunternehmen Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem missbräuchlichen Charakter des von der Beklagten zunächst ver-

wendeten Zeichennutzungsvertrages (vgl. Anlage K 4) und der Zusatzvereinbarung (ZVEU, Anlage K 12) an die Klägerin abgetreten (vgl. Anlagen K 29, K 31, K 33, K 35, K 37).

Mit Vertrag vom 05.12.2007 (Anlage BB 18) hat die Klägerin, wie ebenfalls bereits erörtert, sämtliche dem vorliegenden Rechtsstreit zugrunde liegenden gegenwärtigen und künftigen Ansprüche in voller Höhe an die [REDACTED] abgetreten, die [REDACTED] [REDACTED] umfirmiert hat.

a) Aufgrund der bestandskräftig gewordenen Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 (Anlage K 5) ist davon auszugehen, dass die Beklagte gegenüber der Marktgegenseite einen Ausbeutungsmissbrauch (Art. 82 Satz 2 Buchst. a EG) begangen hat, solange die Beklagte das Lizenzentgelt ausschließlich von der Zeichennutzung abhängig machte; dadurch wurden Unternehmen, die nicht oder nur für Teilmengen von Verkaufsverpackungen in Anspruch nahmen, unangemessenen Preisen und Geschäftsbedingungen ausgesetzt (vgl. Anlage K 5, Tz. 111-113). Dieser Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wurde aus den vorstehend unter II. 4. d) genannten Gründen nicht schon durch die am 04.12.2001 veröffentlichte Zusatzvereinbarung zum Zeichennutzungsvertrag (ZVEU, Anlage K 12), sondern erst durch die am 06.02.2003 veröffentlichte weitere Zusatzvereinbarung (ZEU 2, Anlage K 15) abgestellt.

b) Die genannten Handelsunternehmen sind grundsätzlich nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 82 EG für einen Schadensersatzanspruch wegen des genannten Ausbeutungsmissbrauchs aktivlegitimiert. Art. 82 Satz 2 Buchst. a EG (Ausbeutungsmissbrauch) bezweckt den Schutz der Marktgegenseite. Die genannten Handelsunternehmen zählen bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, S. 360 unter Bezugnahme auf OLG Stuttgart, WuW/DE-R 161 ff. – *Carpartner II*) zur Marktgegenseite unbeschadet des Umstands, dass sie nicht Vertragspartner der Beklagten bezüglich der einschlägigen Zeichennutzungsverträge waren. Nach dem unbestritten gebliebenen Vorbringen der Beklagten in der Klageerwiderung vom 15.04.2004, Tz. 200 gehörten die genannten Handelsunternehmen nicht zu den Vertragspartnern der Beklagten, von denen das Zeichennutzungsentgelt gefordert wurde; lediglich die Firma Schlecker hatte im Bereich Serviceverpackungen (Plastiktüten) einen Vertrag mit der Beklagten, die indes zu 100 % bei der Beklagten lizenziert waren und nicht unter die in der Entscheidung der Kommission vom 20.04.2001 behandelten Fallgruppen fielen (vgl. Klageerwiderung vom 15.04.2004, Tz. 200). Gleichwohl zählen die genannten Handelsunternehmen zur Marktgegenseite, deren Schutz Art. 82 Satz 2 Buchst. a EG bezweckt. Denn der von der Beklagten begangene Ausbeu-

tungsmissbrauch wirkt mittelbar auch gegenüber diesen auf einer nachgelagerten Wirtschaftsstufe angesiedelten Handelsunternehmen (vgl. *Bulst* in *Langen/Bunte*. Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, 11. Aufl., Art. 82, Rdn. 160). Die Hersteller, die Vertragsparteien des Zeichennutzungsvertrags sind, rechnen das von der Beklagten verlangte Zeichennutzungsentgelt regelmäßig in den Preis für die betreffenden Produkte ein und belasten es innerhalb der Vertriebskette an den Einzelhandel weiter, wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat (vgl. Klageschrift vom 22.12.2003, S. 9). Außerdem ist den genannten Handelsunternehmen nach dem Vorbringen der Klägerin (Klageschrift vom 22.12.2003, S. 30) durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Beklagten eine Kosteneinsparung an Entsorgungsgebühren entgangen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften kann jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art. 81 EG verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht (vgl. EuGH, Urt. v. 13.07.2006 – C 295/04 bis 298/04, juris, Tz. 61 – *Manfredi*). Entsprechendes gilt, wenn zwischen einem Schaden und einer nach Art. 82 EG verbotenen missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung wie im Streitfall ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Die genannten Handelsunternehmen sind deshalb als vom Ausbeutungsmissbrauch mittelbar Betroffene für einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 82 Satz 2 Buchst. a EG aktivlegitimiert. An deren Stelle ist nunmehr [REDACTED] als Zessionarin getreten.

c) Die Beklagte hat bezüglich des genannten Ausbeutungsmissbrauchs aus den oben unter II. 4. e) genannten Gründen schuldhaft gehandelt.

d) Für die Begründetheit einer Feststellungsklage ist, wie bereits erörtert, erforderlich, reicht es aber auch aus, dass die Entstehung eines zu ersetzenden Schadens wahrscheinlich ist (vgl. BGH, Urt. v. 24.01.2006 – XI ZR 384/03, juris, Tz. 43).

aa) Aus den vorstehend unter II. 4. f. genannten Gründen ist nicht wahrscheinlich, dass den genannten Handelsunternehmen in der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 30.04.2002 aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Beklagten ein Schaden in Gestalt entgangener Kosteneinsparungen bei den Entsorgungsgebühren aufgrund bei der Klägerin erzielbarer Preisvorteile – darauf stellt die Klägerin in der Klageschrift vom 22.12.2003, S. 30 ab - entstanden ist (§ 287 Abs. 1 ZPO). Dieser etwaige Schaden hängt, wie die Klägerin konzediert (Klageschrift vom 22.12.2003, S. 30), von der Geschäftsentwicklung

der Selbstentsorgungsgemeinschaft der Klägerin ab. Wie bereits erörtert, war die von der Klägerin zunächst präsentierte und verfolgte Selbstentsorgerkonzeption für potenzielle Kunden, darunter die Hersteller, die die genannten Handelsunternehmen belieferten, vor der erst per Mai 2002 gelungenen Abstimmung mit den Behörden nicht attraktiv. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden (§ 287 Abs. 1 ZPO), dass der von der Beklagten begangene Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eine Geschäftsentwicklung bei der Klägerin im Zeitraum 01.01.2000 bis 30.04.2002 verhindert hat, wie sie nach Darstellung der Klägerin dann später nach dem Beginn der Rechtswirkung der weiteren Zusatzvereinbarung (ZEU2, Anlage K 15) eingetreten ist. Deshalb kann auch nicht angenommen werden, dass den genannten Handelsunternehmen in der Zeit zwischen dem 01.01.2000 und dem 30.04.2002 aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Beklagten ein Schaden in Gestalt entgangener Kosteneinsparungen bei den Entsorgungsgebühren aufgrund bei der Klägerin erzielbarer Preisvorteile entstanden ist (§ 287 Abs. 1 ZPO).

bb) Dagegen ist aus den vorstehend unter II. 4. f. genannten Gründen insbesondere unter Berücksichtigung der späteren Umsatzentwicklung bei der Klägerin in den Jahren 2005 bis 2008 wahrscheinlich, dass den genannten Handelsunternehmen in der Zeit zwischen dem 01.05.2002 und dem 01.04.2003 aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Beklagten ein Schaden in Gestalt entgangener Kosteneinsparungen bei den Entsorgungsgebühren aufgrund bei der Klägerin erzielbarer Preisvorteile entstanden ist (§ 287 Abs. 1 ZPO). Es ist anzunehmen, dass ohne den bis zur Vorlage der weiteren Zusatzvereinbarung (ZEU2, veröffentlicht am 06.02.2003) andauernden Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens der Beklagten alsbald bei der Klägerin eine ähnlich positive Geschäftsentwicklung eingetreten wäre, wie sie nach der Darstellung der Klägerin dann später nach dem Beginn der Rechtswirkung der weiteren Zusatzvereinbarung (ZEU2) eingetreten ist (vgl. Schriftsatz vom 31.08.2004, S. 16 sowie Schriftsatz vom 10.03.2010, S. 9 f.). Dem Vorbringen der Klägerin zur Umsatzentwicklung in den Jahren 2005 bis 2008 gemäß Schriftsatz vom 10.03.2010, S. 10 ist die Beklagte nicht konkret entgegengetreten.

g) Auf die von der Beklagten in erster Instanz (vgl. Klageerwiderung vom 15.04.2004, Tz. 229) erhobene Einrede der Verjährung bezüglich der im Jahr 2000 entstandenen Schäden (vgl. § 852 Abs. 1 BGB a.F., Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB) kommt es nach dem Vorstehenden nicht an. Im Übrigen greift diese Einrede aus den oben unter II. 4. g) genannten Gründen nicht durch.

5. Die Kostenentscheidungen beruhen auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO.

6. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

7. Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO hat und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen (vgl. dazu BGH NJW 2003, 65 ff.).

Zwirlein
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Lehner
Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Kartzke
Richter
am Oberlandesgericht

deg-Wi