Gericht:	KG Berlin 2. Zivilsenat
Entscheidungsname:	Schienenkartell
Entscheidungsdatum:	12.03.2026
Aktenzeichen:	2 U 12/24
ECLI:	ECLI:DE:KG:2026:0312.2U12.24.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 241 Abs 2 BGB, § 280 Abs 1 BGB, § 1004 BGB

Verstoß gegen das Vertragszweckgefährdungsverbot bei der Erstellung von Privatgutachten zum Nachweis von Kartellschäden

Leitsatz

1. Auch nach der Erfüllung ihrer vertraglichen Hauptpflichten sind die Vertragsparteien verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Erreichung des Vertragszwecks und den Eintritt des Leistungserfolgs gefährden oder beeinträchtigen könnte (Verbot der Vertragszweckgefährdung).(Rn.78)

2. Das Verbot der Vertragszweckgefährdung gilt auch bei einem Vertrag über die Erstellung eines ökonomischen Sachverständigengutachtens, das zum Zweck des Nachweises von Kartellschäden bei Gericht eingereicht werden soll.(Rn.80)

3. Der Auftragnehmer hat daher alles zu unterlassen, was das von ihm für seinen Auftraggeber erstellte Gutachten oder dessen Überzeugungskraft entwerten könnte. Insbesondere ist es ihm untersagt, in demselben Verfahrenskomplex gegenläufige Gutachten für Prozessgegner seines Auftraggebers zu erstatten.(Rn.81) (Rn.82)

Orientierungssatz

Aus dem Verstoß gegen die nachvertraglichen Treuepflichten folgt ein Anspruch auf Schadensersatz. Die beauftragten Gutachten sind durch den Verstoß entwertet worden.(Rn.86)

Verfahrensgang

vorgehend LG Berlin, 7. Dezember 2023, 95 O 38/23

Tenor

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das am 7. Dezember 2023 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen 95 des Landgerichts Berlin unter Aufhebung der Kostenentscheidung teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Der Beklagten wird verboten, für V. GmbH () in Bezug auf den Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ (Pressemitteilungen des Bundeskartellamts vom 23.07.2013 und 10.03.2016, Anlagen K 2 und K 3) im Zusammenhang mit dem Vorliegen von Schäden durch das Kartell dem Grunde und/oder der Höhe nach bis zum rechtskräftigen Abschluss der diesbezüglichen gerichtlichen Verfahren Dienstleistungen zu erbringen,

a) wie durch ein Auftreten eines Mitarbeiters/Partners von X. GmbH als solcher für V. GmbH in einem auf Schadensersatz gerichteten Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit dem Schienenkartell und/oder

b) durch schriftliche Ausarbeitungen für V. GmbH bezogen auf das Vorliegen von Schäden durch das Kartell dem Grunde und/oder der Höhe nach.

2. Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Ziff. 1 ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00 EUR oder ersatzweise für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten angedroht, wobei die Ordnungshaft an einem Geschäftsführer der Beklagten zu vollziehen ist.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle materiellen Schäden zu ersetzen, die ihr aufgrund von Handlungen der Beklagten nach Ziff. 1 ab dem 01.01.2023 entstanden sind bzw. noch entstehen werden.

4. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin die entstandenen Abmahnkosten in Höhe von 1.085,75 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.06.2023 zu erstatten.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

III. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird gestattet, die Zwangsvollstreckung der Klägerin in der Sache (Unterlassung) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000 € abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Zwangsvollstreckung wegen der Kosten und der Verurteilung zur Zahlung kann die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1 Die Klägerin, eine 100%ige Tochter ihrer Prozessbevollmächtigten, erbringt Dienstleistungen außerhalb der eigentlichen Rechtsberatung, unter anderem die Beauftragung von Gutachten für gerichtliche Verfahren. Die Beklagte erstellt ökonomische Gutachten zu Kartellschäden und hält sich zugute, dass sie in der Quantifizierung von Kartellschäden führend, ein Bericht von ihr Grundlage für den Entwurf der diesbezüglichen Leitlinien der Europäischen Kommission für nationale Gerichte und den zugehörigen „praktischen Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen“ sei.

2 In den Jahren 2013 und 2016 verhängte das Bundeskartellamt wegen Kartellabsprachen Bußgelder in Höhe von ca. 101 Mio. Euro gegen Hersteller und Lieferanten von Schienen, auch gegen die V. GmbH (im Folgenden: V.). Ausweislich der als Anlagen K 2 und K

3 eingereichten Pressemitteilungen zielten Absprachen darauf ab, Ausschreibungen bzw. Projekte unter den Kartellbeteiligten aufzuteilen, wobei das Kartell die Produktbereiche Schienen, Weichen und Schwellen im Zeitraum 2001 bis 2011 umfasste; die V. habe in diesem Zeitraum beim Vertrieb von Weichen und Schienen Absprachen getroffen, die zu Lasten von Nahverkehrsunternehmen, Privat-, Regional- und Industriebahnen sowie Bauunternehmen gingen.

3 Seit dem Jahr 2013 vertreten die Prozessbevollmächtigten der Klägerin Abnehmer von Produkten dieses sogenannten „Schienenkartells“, die V. ist Beklagte oder Streithelferin der Beklagten in entsprechenden gerichtlichen Verfahren. Im Jahr 2014 erstellte das Institut I. für die Kläger der Verfahren ein Gutachten, das kartellbedingte Preisaufschläge von im Mittel 20,5 % schätzt (im Folgenden: I.-Gutachten). Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin reichten dieses in den von ihnen geführten Gerichtsverfahren ein. Auf Seiten der Kartellantinnen beauftragte die T. Gleistechnik GmbH ökonomische Gutachten, so auch das von A. erstellte A.-Gutachten, demzufolge keine empirische Evidenz für einen Preiseffekt der illegalen Absprachen vorliege, für einige der vom Verstoß betroffenen Produktgruppen habe das Kartell sogar eine preissenkende Wirkung gehabt.

4 Vor diesem Hintergrund beauftragte die Klägerin die Beklagte im Jahr 2022 mit der Erstellung der streitgegenständlichen Gutachten. In dem als Anlage K 1 zu den Akten gereichten „Bestätigungsschreiben“ vom 1. März 2022 heißt es u.a.:

5 „Die zu erbringenden Beratungsleistungen sind […] wie folgt (die damit verbundenen Budgetobergrenzen sind in Klammern angegeben).

6 1. Gegengutachten zu A. (bis 65.000 €)

7 2. Gutachten zur Methodik des I.-Gutachtens im Lichte der Kritik der Gerichte (bis 30.000 €)

8 Die Gutachten sollen jeweils von den Mandantinnen von O. Rechtsanwälte mbB [Klägerin] aus dem Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ vor Gericht vorgelegt werden, die Beratungsleistungen umfassen jedoch kein Auftreten vor Gericht durch X. [Beklagte]. […].

9 Der hiermit begründete Vertrag umfasst dieses Bestätigungsschreiben, die Projektspezifikation sowie die Auftragsbedingungen der X. GmbH. Im Falle inhaltlicher Konflikte zwischen den Vertragsbestandteilen gilt die vorbezeichnete Reihenfolge.“

10 Die beigefügten Auftragsbedingungen (im Folgenden: AB), auf deren Inhalt Bezug genommen wird, enthalten u.a. folgende Regelungen (mit Hervorhebungen):

11 unter 1 „Auslegung“:

12 1.1 „In diesen Bedingungen haben die folgenden Wörter und Ausdrücke die jeweils nachstehende Bedeutung: […]

13 „**Kunde**“: die im Auftragsschreiben von X. genannte Partei oder Parteien“ […]

14 1.3 „Sofern der Zusammenhang nichts anderes erfordert, gilt: […]

15 1.3.5 Formulierungen, die durch Begriffe wie […] **„insbesondere**“ eingeleitet werden, sind als veranschaulichend und nicht als erschöpfende Aufzählung zu verstehen, und

16 1.3.6 Hinweise auf die Geltung rechtlicher Vorschriften haben nur klarstellende Bedeutung. Entsprechend gelten solche rechtlichen Vorschriften auch ohne solche Klarstellung, insoweit sie nicht unmittelbar geändert oder ausdrücklich aus den Bedingungen ausgeschlossen worden sind […]“

17 unter 3 „Obliegenheiten von X.“:

18 3.5 „[…] Verlangt der Kunde zusätzliche Dienstleistungen oder eine Änderung des Umfangs der Dienstleistungen, so werden diese Gegenstand eines weiteren zu vereinbarenden Vertrags, den die Parteien entweder als Ersatz oder als Verlängerung des Vertrags abschließen. Ohne einen solchen weiteren Vertrag ist X. nicht verpflichtet, zusätzliche oder außerhalb des Vertragsrahmens liegende Dienstleistungen zu erbringen.“

19 unter 6 „Keine Haftung für Vertrauen Dritter“:

20 6.1 „X. erbringt die Dienstleistungen einschließlich der Arbeitsergebnisse zugunsten des Kunden und der Mandantinnen von O. Rechtsanwälte mbB im Verfahrenskomplex „Schienenkartell“; dass auch darüber hinaus Dritte auf diese Dienstleistungen vertrauen können (*Reliance)* ist nicht vorgesehen und nicht geschuldet. […]“

21 6.2 „[…] Die Mandantinnen von O. Rechtsanwälte mbB im Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ gelten nicht als Dritte in diesem Sinne, die Vorlage der Arbeitsergebnisse in Gerichtsverfahren zum „Schienenkartell“ gelten nicht als Veröffentlichung in diesem Sinne.“

22 unter 7 „Haftungsbeschränkung“:

23 7.2.1 „[…] X. haftet jedoch bei einfacher Fahrlässigkeit im Falle einer Verletzung wesentlicher Vertragspflichten. Wesentliche Vertragspflichten sind Pflichten, die dem Schutz der vertragswesentlichen Rechtspositionen des Kunden und der Mandantinnen von O. Rechtsanwälte mbB im Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ dienen und die der Vertrag dem Kunden und den Mandantinnen von O. Rechtsanwälte mbB im Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ nach Inhalt und Zweck zu gewähren hat; […]“

24 unter 10 „Rechte des geistigen Eigentums“:

25 10.2 „[…] Diese Lizenz umfasst auch die Nutzung für und durch die Mandantinnen von O. Rechtsanwälte mbB aus dem Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen im Zusammenhang mit dem Schienenkartell. […]“

26 unter 12 „Interessenkonflikte“:

27 12.1 „Wird X. vom Kunden in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt mit der Erbringung von Dienstleistungen beauftragt, darf X. keinen Auftrag eines Dritten in Bezug auf denselben Sachverhalt annehmen, falls ein Interessenkonflikt zwischen den jeweiligen Interessen des Kunden und denen des Dritten hinsichtlich des Sachver-

halts vorliegt oder wahrscheinlich ist, sofern der Kunde nicht seine Einwilligung in eine solche Annahme durch X. gegeben hat.

28 12.2 Ansonsten behält sich X. das Recht vor, beliebigen anderen Personen jederzeit Dienstleistungen zu erbringen […]

29 12.3 X. kann die Erbringung von Dienstleistungen an den Kunden nach eigenem Ermessen in Bezug auf einen Sachverhalt ablehnen oder einstellen, der sonst nach vernünftiger Einschätzung von X. einen möglichen Interessenkonflikt entstehen lassen oder zu einer Verletzung eines bestehenden Vertrags mit einem Dritten führen könnte. […]

30 12.4 In Fällen, in denen X. die Erbringung der Dienstleistungen an den Kunden abgelehnt oder eingestellt hat, […] kann X. dem betreffenden Dritten weiterhin Dienstleistungen erbringen."

31 unter 13 „Laufzeit und Beendigung":

32 13.3 „Eine wie auch immer herbeigeführte Vertragsbeendigung hat keine Auswirkungen auf die und bewirkt keine Einschränkung der Rechte der Parteien zum Zeitpunkt Beendigung bzw. dem Fortbestehen von Bestimmungen, deren Fortbestehen nach einer Beendigung ausdrücklich oder stillschweigend vorgesehen sind. Insbesondere bestehen Ziffern 6 bis 11 (einschließlich) sowie 14 bis 19 (einschließlich) nach Vertragsbeendigung fort.

33 13.4 Im Falle einer Beendigung aus jedwedem Grund, für die X. nicht verantwortlich ist, behält X. Anspruch auf die vereinbarte Vergütung für die bereits erbrachten Dienstleistungen […] Was den noch nicht erbrachten Teil der Dienstleistungen betrifft […]."

34 unter 19 „Allgemeines":

35 19.3 „Sofern nicht anders festgelegt, sind die aus dem Vertrag entstehenden Rechte kumulativ und schließen gesetzlich vorgesehene Rechte nicht aus."

36 Die Beklagte erstellte zunächst das als Anlage K 4 zu den Akten gereichte Gutachten „Die Ermittlung von durchschnittlichen Kartellschäden" vom 4. Mai 2022 (im Folgenden: Eignungsgutachten), sodann das als Anlage K 5 eingereichte Gutachten „Das Kartell `Schienenfreunde` im Privatmarkt" vom 2. Juni 2022 (im Folgenden: Gegengutachten). Auf den Inhalt dieser Gutachten wird verwiesen.

37 Im Juli 2022 rechnete die Beklagte beide Gutachten ab und erhielt von der Klägerin brutto insgesamt 113.050,00 Euro. Ende November 2022 informierte die Beklagte die Klägerin per Email (Anlage K 6) darüber, dass Herr Dr. Y mit zwei seiner Teammitglieder, die als Privatsachverständige unter der Bezeichnung *H. E.* in Schienenkartell- Verfahren für die V. tätig waren, zum 1. Januar 2023 zu ihr wechseln und *H. E.* den Geschäftsbetrieb zu diesem Datum einstellen werde. Herr Dr. Y werde seine Tätigkeit auf Verteidigerseite - obgleich für X., so doch unter der von ihm gehaltenen Marke *H. E.* - fortsetzen, X. ihre Tätigkeit für die Klägerin beenden. Alle zukünftigen Stellungnahmen würden mit einem erklärenden Disclaimer versehen, „*ethical walls*" errichtet. Zudem werde es eine Übergangsperiode geben und X. werde Aussagen bereits erstellter Gutachten verteidigen,

sollte ein Gericht dies verlangen. Eingeleitet wird diese Email mit der folgenden Aussage:

38 „wie angekündigt schicke ich Ihnen anbei Details zum weiteren Vorgehen in unserem Schienenmandat. Ich wünsche mir sehr, dass wir eine gemeinsame Lösung finden, mit der beide Seiten leben können."

39 Ende Dezember 2022 reagierte die Klägerin, indem sie mitteilte, dass sie eine nach Ziff. 12.1 AB notwendige Zustimmung für das von der Beklagten beabsichtigte Vorgehen bzw. ein Tätigwerden für V. nicht erteilen werde. Ihr bzw. das Interesse der Mandanten ziele darauf, die durch das I.-Gutachten ermittelten Schäden durchzusetzen, während das Interesse der V. dazu gegenläufig darin liege, Kartellschäden zu bestreiten und dazu das I.-Gutachten anzugreifen. Ende Januar 2023 antwortete die Beklagte, sie verstehe, dass die Klägerin ein Tätigwerden für die V. als für die bisherigen X.-Gutachten abträglich ansehe; sie meine aber, dass „etwaige inhaltliche Interessenkonflikte […] durch die Niederlegung des X. / O. Mandates" entfielen (Email vom 23. Januar 2023, Anlage K 9). Mit anwaltlichem Schreiben vom 26. Januar 2023 (Anlage K 10) mahnte die Klägerin die Beklagte ab und forderte sie vergeblich zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf.

40 Das Landgericht Berlin wies einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, die das Auftreten von Herrn Dr. Y als Partner/Mitarbeiter der Beklagten in den das Schienenkartell betreffenden Gerichtsverfahren untersagen sollte, mit Beschluss vom 1. Februar 2023, 95 O 8/23, zurück (Anlage K 15). Die Beklagte erstellte in Person von Dr. Y Gutachten für die V. mit dem Ziel, Schäden durch das Schienenkartell in laufenden Gerichtsverfahren in Abrede zu stellen. In dem als Anlage K 17 zu den Akten gereichten Gutachten vom 26. April 2023 „Zur Datengrundlage und Robustheit des I.-Gutachtens", auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, heißt es auf dem Deckblatt unter anderem wörtlich: „Erstellt durch: X. GmbH […]".

41 Die Klägerin hat gemeint, ihr stehe der gegen die Beklagte geltend gemachte Unterlassungsanspruch ebenso wie ein Schadensersatz- und ein Auskunftsanspruch zu. Der Beklagten sei es verwehrt „die Seiten zu wechseln" und für die V. in den Gerichtsverfahren aufzutreten, für die sie zuvor die streitgegenständlichen Gutachten erstellt habe. Der bereits eingetretene Schaden liege in der Entwertung der Gutachten. Weitere Schäden drohten; ihre Vertragspartner könnten neue Gutachten erstellen lassen und die anfallenden Mehrkosten von ihr ersetzt verlangen; möglich seien auch Schadensersatzansprüche infolge eines Unterliegens in den betreffenden Kartellverfahren. Der geltend gemachte Auskunftsanspruch folge aus § 242 BGB.

42 Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, das vormals bestehende Schuldverhältnis sei bereits durch Erfüllung beendet, die Voraussetzungen für ein nachvertragliches Tätigkeitsverbot lägen nicht vor. Alle negativen Schlussfolgerungen mit Bezug auf das I.-Gutachten von Dr. Y beruhten auf Analysen, die explizit nicht Gegenstand der streitgegenständlichen Gutachten gewesen seien. Das nach dem Wechsel zu der Beklagten erstellte Gutachten habe das gestalterische Erscheinungsbild der *H. E.* Marke und eine erklärende Vorbemerkung. Zudem gälten strikte Maßnahmen zur Vertraulichkeit, so dass jeglicher Austausch über das Projekt zwischen dem ehemaligen X.-Team auf Klägerseite und dem neuen Team auf Verteidigerseite ausgeschlossen sei. Sie habe nach Erstellung der streitgegenständlichen Gutachten kein Interesse der Klägerin mehr zu wahren. Der Prozesserfolg der Klägerseite in den Kartellverfahren werde durch den Wechsel des Herrn Dr. Y

zu der Beklagten nicht kausal beeinträchtigt; es bleibe vollkommen offen, welcher Natur eventuelle Schäden der Klägerin überhaupt sein könnten. Mangels eines Schadensersatzanspruchs bestehe auch kein Auskunftsanspruch. Es bestehe kein anerkennenswertes Interesse der Klägerin, in interne Vorgänge der Prozessgegner oder der Beklagten eingeweiht zu werden.

43 Das Landgericht hat die Klage mit dem angegriffenen Urteil vom 7. Dezember 2023 abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, das durch die Vereinbarung vom 1. März 2022 begründete Schuldverhältnis sei bereits durch Erfüllung beendet. Das in Ziffer 12.1 AB enthaltene Tätigkeitsverbot mit Erlaubnisvorbehalt betreffe auch nach Auslegung nur ein noch nicht abgerechnetes Vertragsverhältnis, weil ansonsten jegliche zukünftige Tätigkeit der Beklagten im Rahmen eines Interessenkonflikts zeitlich unbegrenzt von der Einwilligung der Klägerin abhänge. Dafür spreche auch die Beauftragung in Präsensform (Wortlaut) sowie der Vertragskontext - die Ziffern 12.2 ff. AB beträfen ein noch nicht beendetes Schuldverhältnis – sowie die Systematik der Vereinbarung, Ziffer 13 AB enthalte spezielle Regelungen im Zusammenhang mit der Beendigung. Insoweit bestehe keine Unklarheit. Ein nachvertragliches Tätigkeitsverbot hätten die Parteien ersichtlich nicht gewollt, da Ziffer 13.3 Satz 2 AB eine Aufzählung enthalte, in der Ziffer 12 AB gerade nicht genannt werde. Ein nachvertragliches Tätigkeitsverbot könne deswegen auch nicht als nebenvertragliche Treuepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB angenommen werden. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, dass der Klägerin überhaupt ein Schaden entstehen könne. Sie sei weder Partei des Kartellverfahrens, noch Prozessbevollmächtigte der vermeintlich Geschädigten. Die von ihr befürchtete Entwertung der beauftragten Gutachten sei nicht abzusehen. Das potentielle Risiko eines Schadenseintritts reiche zur Darlegung nicht aus.

44 Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen erster Instanz, einschließlich der dort von den Parteien gestellten Anträge, sowie des Urteilstenors und der Entscheidungsgründe wird auf das angefochtene Urteil, das der Klägerin am 25. Januar 2024 zugestellt worden ist, Bezug genommen. Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer am 1. Februar 2024 bei Gericht eingegangenen Berufung, die sie mit innerhalb der verlängerten Frist eingegangenem Schriftsatz vom 28. März 2024 begründet hat.

45 Die Klägerin verfolgt mit ihrer Berufung ihr erstinstanzliches Begehren auf Unterlassung, Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten und Auskunft weiter. Sie begründet ihre Berufung im Wesentlichen wie folgt: Das Landgericht habe die Klage rechtsfehlerhaft abgewiesen. Durch die Aufnahme der Tätigkeit von Herrn Dr. Y für die Beklagte sei ein Interessenkonflikt im Sinne von Ziffer 12.1 AB entstanden, weil diese seit Januar 2023 Vertragsleistungen erbringe, welche die Aussagekraft der streitgegenständlichen Gutachten erheblich in Zweifel zögen und den ursprünglichen Leistungszweck gefährdeten. Das Landgericht habe den Interessenkonflikt und die damit verbundenen negativen Auswirkungen nicht (ausreichend) gewürdigt. Es habe zudem verkannt, dass mit Abnahme der beiden für sie erstellten Gutachten zwar die einzelnen Leistungsforderungen erfüllt seien, weitergehende Nebenleistungs- und Schutzpflichten der Beklagten aber dennoch bestehen blieben. Die Beklagte habe gewusst, dass die streitgegenständlichen Gutachten in Kartellschadensersatzprozessen als Parteigutachten vorgelegt würden. Der Interessenkonflikt im Sinne von Ziffer 12.1 AB bestehe danach zumindest so lange, wie diese Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen seien. Die Parteien hätten die Rücksichtnahmepflichten des § 241 Abs. 2 BGB auch nicht - wie das Landgericht meine - wirksam abbedungen. Auch der geltend gemachte Feststellungsanspruch sei begründet,

da unmittelbare Schäden drohten. Das nach dem Wechsel von Dr. Y von der Beklagten für die V. erstellte Gutachten entwerte die Aussagekraft/Glaubwürdigkeit der zuvor für sie erstellten Gutachten massiv. Landgericht wie Beklagte verkennten den Inhalt nachvertraglicher Rücksichtnahmepflichten.

46 Die Klägerin beantragt,

47 das angegriffene Urteil des Landgerichts Berlin vom 7. Dezember 2023 abzuändern und

48 1. der Beklagten zu verbieten, für V. GmbH in Bezug auf den Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ (Pressemitteilungen des Bundeskartellamts vom 23.07.2013 und 10.03.2016, Anlagen K 2 und K 3) im Zusammenhang mit dem Vorliegen von Schäden durch das Kartell dem Grunde nach und/oder der Höhe von Schäden Dienstleistungen zu erbringen und/oder Dienstleistungen erbringen zu lassen,

49 a) wie durch ein Auftreten eines Mitarbeiters/Partners von X. GmbH für V. GmbH in einem auf Schadensersatz gerichteten Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit dem Schienenkartell und/oder

50 b) durch schriftliche Ausarbeitungen für V. GmbH bezogen auf das Vorliegen von Schäden durch das Kartell dem Grunde nach und/oder der Höhe von Schäden;

51 2. der Beklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Ziff. 1 ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00 EUR oder Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten im Einzelfall anzudrohen, wobei die Ordnungshaft an dem Geschäftsführer der Beklagten zu vollziehen ist;

52 3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr alle materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die ihr aufgrund von Handlungen der Beklagten nach Ziff. 1 ab dem 01.01.2023 entstanden sind bzw. noch entstehen werden;

53 4. die Beklagte zu verurteilen, ihr Auskunft über die von ihr für die V. GmbH ausgeführten Tätigkeiten gemäß Ziff. 1 seit dem 01.01.2023 zu erteilen;

54 5. die Beklagte zu verurteilten, ihr die entstandenen Abmahnkosten in Höhe von 1.085,75 EUR nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu erstatten;

55 sowie

56 die Revision zuzulassen.

57 Die Beklagte beantragt,

58 die Berufung zurückzuweisen.

59 Sie verteidigt das angegriffene Urteil und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie habe nicht entsprechend einem Rechtsanwalt „die Seiten gewechselt“, da sie keine Seite eingenommen habe. Dr. Y habe keine Gegenposition vertreten. Die in den streitgegenständlichen Gutachten getroffenen Aussagen hätten weiterhin Bestand, eine Entwertung sei nicht dargelegt. Die Gerichte seien in der Lage, die inhaltlichen Fragen von der Person des Erstellers zu abstrahieren, es bestünden keine ihre unternehmerische Freiheit

beschränkende Tätigkeitsverbote. Jedenfalls sei ein Interessenkonflikt durch die ergriffenen Maßnahmen (Vorabinformation, Offenlegung in Gutachten, andere optische Gestaltung, *ethical walls*) ausgeschlossen worden. Sie habe im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Betätigungsfreiheit ein berechtigtes Interesse, in der Person des Dr. Y einen Fachexperten zu gewinnen, der eine nicht beendete Geschäftsbeziehung einbringen und fortführen könne. Einen Schaden habe die Klägerin nicht dargelegt, ohnehin seien immaterielle Schäden nicht ersichtlich.

II.

60 Die zulässige Berufung der Klägerin ist ganz überwiegend auch begründet.

1.

61 Die Berufung der Klägerin ist am Maßstab der §§ 511 ff. ZPO zulässig und dabei insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

2.

62 Sie hat auch ganz überwiegend in der Sache Erfolg. Nach § 513 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Das Landgericht hat die Klage im Wesentlichen zu Unrecht abgewiesen.

63 Die Klägerin hat einen vertraglichen Unterlassungsanspruch aus dem streitgegenständlichen Auftragsverhältnis gemäß § 280 Abs. 1 BGB und kann insofern auch die beantragte Androhung von Ordnungsgeld, ersatzweise Ordnungshaft, für jeden Fall der Zuwiderhandlung verlangen (unter a.). Ferner hat sie - allerdings nur im Hinblick auf materielle Schäden - einen Anspruch auf die mit dem Antrag zu 3. begehrte Feststellung der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten (unter b.) sowie auf die ihr entstandenen Abmahnkosten (unter c.). Dagegen steht der Klägerin der mit dem Antrag zu 4. geltend gemachte Anspruch auf Auskunft nicht zu (unter d.).

a.

64 Die Klägerin hat einen vertraglichen Unterlassungsanspruch aus dem streitgegenständlichen Auftragsverhältnis gemäß § 280 Abs. 1 BGB. Dieser Anspruch ergibt sich bereits aus Ziffer 12.1 AB (unter aa.), jedenfalls aber aus bestehenden nachvertraglichen Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB (unter bb.). Auch die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr liegt vor (unter cc.).

aa.

65 Anders als das Landgericht meint, hat die Klägerin einen vertraglichen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte bereits aus Ziffer 12.1 AB. Die streitgegenständliche Erbringung von Dienstleistungen zum Verfahrenskomplex „Schienenkartell“, zu denen nach dem Wortlaut des als Anlage K 1 eingereichten Bestätigungsschreibens die Erstellung von Gutachten als „Beratungsleistung“ gehört, für die Kartellantin V. wird von Ziffer 12.1 AB erfasst. Dafür sprechen ihr Wortlaut, der Kontext/die Systematik der AB und der erkennbare Zweck der vertraglichen Regelung.

(1)

66 Der Wortlaut von Ziffer 12.1 AB enthält keine zeitliche Einschränkung, sondern stellt allein darauf ab, ob nach Beauftragung durch einen Kunden der neue Auftrag eines Dritten einen Interessenkonflikt begründet oder wahrscheinlich macht. Wörtlich ist dort das Folgende bestimmt:

67 „Wird X. vom Kunden in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt mit der Erbringung von Dienstleistungen beauftragt, darf X. keinen Auftrag eines Dritten in Bezug auf denselben Sachverhalt annehmen, falls ein Interessenkonflikt zwischen den jeweiligen Interessen des Kunden und denen des Dritten hinsichtlich des Sachverhalts vorliegt oder wahrscheinlich ist […]“.

68 Damit erfolgt gerade keine Anknüpfung an den Stand der Bearbeitung des Auftrags. Auch aus der Verwendung des Präsens lässt sich nicht - wie das Landgericht argumentiert - folgern, dass das Schuldverhältnis noch nicht durch Fertigstellung und Abrechnung (hier beauftragter Gutachten) beendet sein dürfe. Nach dem Wortlaut von Ziffer 12.1 AB darf X. den Auftrag eines Dritten vielmehr dann nicht (ohne Zustimmung des betroffenen Kunden) annehmen, wenn ein Interessenkonflikt vorliegt oder wahrscheinlich ist. Es kommt mithin darauf an, ob ein Interessenkonflikt im Zeitpunkt des Angebots eines Dritten in Bezug auf denselben Sachverhalt präsent ist, d.h. besteht oder auch nur wahrscheinlich ist.

(2)

69 Auch die Systematik bzw. der Kontext von Ziffer 12.1 AB sprechen dafür, dass es nicht entscheidend auf Erstellung und Abrechnung, sondern die bestehende bzw. wahrscheinliche Gefahr eines Interessenkonflikts - gerade auch nach Erbringung der beauftragten Leistung - ankommt. Denn aus Ziffer 3.5 AB ergibt sich, dass wenn ein Kunde zusätzliche Dienstleistungen oder eine Änderung des Umfangs der Dienstleistungen verlangt, diese Gegenstand eines weiteren zu vereinbarenden Vertrags werden, den die Parteien als Ersatz oder als Verlängerung des Vertrags abschließen. Danach sehen die AB ausdrücklich vor, dass auf eine abgerechnete Beratungsleistung eine weitere zu demselben Sachverhalt folgen kann. Gerade bei der Beauftragung von für Gerichtsverfahren bestimmten Gutachten - wie sie hier explizit erfolgt ist - liegt eine Folgebeauftragung in Form einer ergänzenden Stellungnahme und/oder einer mündlichen Erläuterung nahe. Nicht nur im Bestätigungsschreiben selbst, sondern an verschiedenen Stellen der AB wird deutlich, dass die beauftragten Gutachten von den Mandantinnen der O. Rechtsanwälte mbB aus dem Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ zur gerichtlichen Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen dienen sollen (vgl. etwa Ziffern 6.2, 7.2.1 und 10.2 AB) und daher das schützenswerte Interesse der Klägerin mit dem dieser Mandantinnen korrespondiert und offenkundig während der Dauer der betreffenden Gerichtsverfahren fortbesteht. Die Beklagte hat das im Übrigen vorgerichtlich noch selbst so gesehen. Denn sie hat in der als Anlage K 6 eingereichten Email vom 24. November 2022 erklärt, dass sie - obgleich sie sich gezwungen sehe, die Tätigkeit für die Klägerin einzustellen - noch bereit sei, die Aussagen der für diese erstellten, streitgegenständlichen Gutachten zu verteidigen, sollte ein Gericht das für notwendig halten.

70 Aus dem unmittelbaren Kontext der Ziffer 12 AB ergibt sich nichts anderes. Die Ziffern 12.2-4 AB betreffen das Recht von X., „ansonsten“, d.h. abgesehen von der Konstellation

der Ziffer 12.1 AB, anderen Personen jederzeit Dienstleistungen zu erbringen (Ziffer 12.2 AB) oder Dienstleistungen nach eigenem Ermessen in Bezug auf einen Sachverhalt abzulehnen oder einzustellen, der sonst nach vernünftiger Einschätzung von X. einen möglichen Interessenkonflikt entstehen lassen oder zu einer Verletzung eines bestehenden Vertrags mit einem Dritten führen könnte (Ziffer 12.3 AB) bzw. weiterhin Dienstleistungen an Dritte zu erbringen, wenn ein möglicher Interessenkonflikt durch Ablehnung oder Einstellung ausgeräumt ist (Ziffer 12.4 AB). Damit ist in allen Konstellationen ein möglicher Interessenkonflikt im Hinblick auf eine frühere Beratungsleistung bezüglich desselben Sachverhalts maßgeblich.

71 Auch Ziffer 13.3 AB ändert daran nichts. Abgesehen davon, dass die dort genannte „Vertragsbeendigung“ nicht mit der Fertigstellung und Abrechnung der streitgegenständlichen Gutachten gleichgesetzt werden kann, wenn sich - wie hier - offensichtlich noch Anschlussaufträge in Bezug auf denselben, beauftragten Sachverhalt (hier gerichtliche Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aus dem „Schienenkartell“) ergeben können, ist die Aufzählung, auf die sich die Argumentation des Landgerichts im Wesentlichen stützt, mit „insbesondere“ eingeleitet. Gemäß Ziffer 1.3.5 AB sind Formulierungen, die durch Begriffe wie unter anderem „insbesondere“ eingeleitet werden, nicht als erschöpfende Aufzählung zu verstehen. Im Übrigen spricht die Zusammenschau der Absätze der Ziffer 13 AB dafür, dass eine Vertragsbeendigung im dortigen Kontext (nur) eine andere Beendigung als die durch Leistungserfüllung meint und es dort nicht (in erster Linie) um den Schutz bereits erbrachter Leistungen bzw. eine auf Fortsetzung gerichtete Kundenbeziehung geht, was die Nichterwähnung von Ziffer 12 AB erklärte.

72 Schließlich wird in Ziffer 1.1 AB „Kunde“ als die im Auftragsschreiben von X. genannte Partei definiert. Die Kundeneigenschaft erfordert es danach nicht, dass ein Auftrag aktuell von X. bearbeitet wird.

(3)

73 Auch der danach ersichtliche Zweck der Ziffer 12.1 AB gebietet es gerade nicht, dass der Schutz der Interessen des Kunden nach der Abrechnung des betreffenden Auftrags endet. Das Gegenteil ist der Fall. Offenkundig soll Ziffer 12.1 AB verhindern, dass X. zeitgleich zwei Kunden mit widerstreitenden Interessen zu demselben Sachverhalt berät. Insoweit soll die erste Beauftragung maßgeblich sein und der von der Beklagten in diesem Verfahren ausdrücklich in Bezug genommene, von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit Grenzen setzen. Darüber hinaus hätte die Regelung einen unter Umständen nur sehr kurzen, kaum sinnvollen Anwendungsbereich, wenn man ihn mit dem Landgericht auf den Zeitraum zwischen Auftragserteilung und Ablieferung bzw. Abrechnung beschränken wollte. Gerade dass die Ziffer den Kunden nach Beauftragung im Hinblick auf „denselben Sachverhalt“ und eben nicht nur auf den konkreten Auftrag schützt, zeigt das die Bestimmung selbst davon ausgeht, dass das zu schützende Interesse des Kunden einen Sachverhalt betrifft, der über den konkret erteilten Auftrag hinausgeht.

74 Im Übrigen gingen - hier nicht bestehende Zweifel - ohnehin gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der Beklagten als Verwenderin der AB.

(4)

75 Ein Interessenkonflikt bei einem Tätigwerden der Beklagten für die Kartellantin V. zum Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ ist hier offenkundig zumindest wahrscheinlich. Die

Klägerin hat zutreffend darauf verwiesen, dass nach allgemeinem Verständnis ein Interessenkonflikt bei gegensätzlichen, widersprüchlichen oder unvereinbaren Interessen von Parteien vorliegt. Die Beklagte hat für die Klägerin „Beratungsleistungen“ im Kontext gerichtlicher Verfahren durch die Erstellung von Parteigutachten erbracht, welche den ersichtlichen - sogar in den streitgegenständlichen Gutachten ausdrücklich benannten - Hintergrund bzw. Zweck hatten, die Ermittlung von Kartellschäden auf der Grundlage des I.-Gutachtens trotz der bekannten gerichtlichen Kritik an diesem und des von der Gegenseite vorgelegten A.-Gutachtens in den betreffenden Gerichtsverfahren zu ermöglichen. Die V. als Kartellantin und Beklagte bzw. Streithelferin in denselben Verfahren hat dagegen offenkundig das gegenläufige Interesse, dem Gericht nahezulegen, dass das I.-Gutachten keine geeignete Schätzgrundlage ist bzw. keine Kartellschäden entstanden sind.

76 Der Klägerin ist auch zuzustimmen, dass dieser grundlegende Interessenkonflikt nicht durch *ethical walls* ausgeräumt werden, sondern allenfalls in seinen Auswirkungen abgeschwächt werden kann. Schon gar nicht können diese ausräumen, dass bei Annahme eines Auftrags der V. zum Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ ein Interessenkonflikt wahrscheinlich ist, was im Rahmen der Ziffer 12.1 AB bereits ausreicht. Vielmehr spricht das Einrichten von *ethical walls* dafür, dass eine solche Wahrscheinlichkeit erkannt worden ist. Die vorgerichtliche Email-Korrespondenz zwischen den Parteien belegt eindrücklich, dass auch der Beklagten bewusst war, dass die Annahme des Auftrags von V. nicht ohne Beendigung des Mandates mit der Klägerin möglich war, wenn sie einen inhaltlichen Interessenkonflikt vermeiden wollte, und zwar trotz Einrichtung aller Schutzmaßnahmen, inklusive der *ethical walls*.

bb.

77 Selbst wenn man das anders sehen wollte, würde sich ein Unterlassungsanspruch jedenfalls aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen der Verletzung nachvertraglicher Rücksichtnahmepflichten ergeben. Die Klägerin hat hierzu zutreffend auf das sogenannte Verbot der Vertragszweckgefährdung, das auch ungeschrieben nicht nur für Dauerschuldverhältnisse gilt (siehe dazu etwa Bachmann in: MüKoBGB, 10. Aufl. 2025, BGB § 241 Rn. 111 m.w.N.) bzw. die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) verwiesen. Der BGH hat in seinem Urteil vom 2. Mai 2024 – I ZR 12/23, Rn. 12 ff. m.w.N. ausgeführt:

78 > „Auch nach Vertragserfüllung trifft die Vertragsparteien die […] Pflicht, alles zu unterlassen, was die Erreichung des Vertragszwecks und den Eintritt des Leistungserfolgs gefährden oder beeinträchtigen könnte. Im Rahmen des Zumutbaren können insbesondere gewisse nachvertragliche Handlungs- und Unterlassungspflichten bestehen, damit dem Vertragspartner nicht unverhältnismäßige, mit der vorangegangenen Vertragserfüllung zusammenhängende Schäden entstehen oder die durch Vertrag gewährten Vorteile wieder entzogen oder wesentlich geschmälert werden […]. Ob nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprechende Rücksichtnahmepflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB bestehen, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung zu ermitteln […]. In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass sich aus § 280 Abs. 1 BGB im Falle der Verletzung vertraglicher (Neben-)Pflichten […] grundsätzlich auch ein Anspruch auf Unterlassung ergeben kann […]. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Verletzungshandlung noch andauert beziehungsweise der daraus resultierende Schaden noch nicht irreparabel ist […]. Ebenso wie ein gesetzlicher Unterlassungsanspruch […] setzt ein auf § 280 Abs. 1 BGB gestützter

Unterlassungsanspruch eine Erstbegehungs- beziehungsweise Wiederholungsgefahr voraus […]“.

79 Das Landgericht hat zu Unrecht angenommen, Ziffer 13.3 AB bzw. dem streitgegenständlichen Auftragsverhältnis lasse sich durch Auslegung entnehmen, dass die Beklagte nach Abrechnung der Gutachten auch bei einem bestehenden Interessenkonflikt Aufträge Dritter wie der V. annehmen dürfe, da etwa entgegenstehende vertragliche Pflichten abbedungen seien. Hierfür kann zunächst auf die Ausführungen unter 2.a.aa. verwiesen werden. Zudem übersieht die Auslegung des Landgerichts, dass nach den Ziffern 1.3.6 und 19.3 AB „gesetzlich vorgesehene Rechte“ bzw. „rechtliche Vorschriften“ wie § 241 Abs. 2 BGB, die nicht unmittelbar geändert oder ausdrücklich ausgeschlossen worden sind, auch im vertraglichen Verhältnis der Parteien gelten.

80 Danach ist auch für den streitgegenständlichen Gutachtenauftrag selbst ohne ausdrückliche Vereinbarung ein Konkurrenzverbot aus § 241 Abs. 2 BGB anzunehmen. Dieses verbietet es offenkundig, in den betreffenden Gerichtsverfahren auch für die Gegenpartei Privatgutachten zu erstellen. Dabei kann dahin gestellt bleiben, wie weit die Stellung des Parteigutachters mit der eines Rechtsanwalts vergleichbar ist. Denn jedenfalls besteht nach der oben zitierten Rechtsprechung des BGH, der der Senat folgt, die Pflicht auch des Parteigutachters dafür zu sorgen, dass die seinem Auftraggeber aufgrund des Schuldverhältnisses gewährten Vorteile nicht wieder entzogen, wesentlich geschmälert oder gefährdet werden. Mit der Erstellung von Parteigutachten oder auch nur mit einem Auftreten für die Gegenseite in den betreffenden Gerichtsverfahren dürfte die Überzeugungskraft der zunächst für die andere Seite erstellten Gutachten jedenfalls geschmälert werden. Hierfür kommt es nicht auf Einzelheiten an. Vielmehr genügt jedes beratende Tätigwerden für die Gegenseite derselben Gerichtsverfahren für einen Verstoß.

81 Anders als die Beklagte meint, geht es nicht zu weit, jegliches beratendes Tätigwerden für die V. im Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ während der Dauer der betreffenden Gerichtsverfahren zu untersagen. Denn der Beklagten obliegt es, „zur Sicherung des Leistungserfolgs auf die Ausübung einer an sich gegebenen Rechtsmacht zu verzichten“ (vgl. Binder, AcP 211 (2011), 587, 595 m.w.N.); es wäre widersprüchlich, wenn eine Partei nach Leistungserbringung ein Recht für sich beanspruchen könnte, dem Leistungsempfänger den Leistungserfolg wieder zu nehmen; der Leistungsempfänger darf darauf vertrauen, dass der Leistungserbringer kein derartiges Verhalten an den Tag legt (Binder, a.a.O., 609 m.w.N.). Damit der Gläubiger die Früchte des Vertrags genießen kann, darf ihm der Schuldner keine Konkurrenz machen. Dies beinhaltet im Einzelfall auch die Pflicht, keine Geschäfte mit Konkurrenten des Gläubigers zu machen (Bachmann, a.a.O., Rn. 126).

82 Ein solches Verbot stellt sich auch nicht als unzumutbar oder gar schrankenlos dar. Schranken in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht lassen sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der jeweiligen Pflicht und der sonstigen Umstände des Einzelfalls konkretisieren (Binder, a.a.O., 625). Hier ging der Zweck der von der Klägerin beauftragten Gutachten ausdrücklich dahin, in den gerichtlichen Verfahren, denen sie dienen sollten, eine Kartellschadensschätzung auf der Grundlage des I.-Gutachtens zu ermöglichen. Bereits in dem Bestätigungsschreiben (Anlage K 1) heißt es u.a., dass die Gutachten von den Mandantinnen der O. Rechtsanwälte mbB aus dem Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ vor Gericht vorgelegt werden sollen. Dieser Hintergrund findet sich auch in etlichen Ziffern der AB und wird in den streitgegenständlichen Gutachten von der Beklagten dargestellt (siehe oben unter 2.a.aa.). Vor diesem Hintergrund liegt es

innerhalb der inhaltlichen und zeitlichen Schranken, der Beklagten das Tätigwerden für eine Kartellantin aus dem Verfahrenskomplex „Schienenkartell“ während noch laufender gerichtlicher Verfahren zu untersagen. Im Übrigen verweist auch die Beklagte in den Einleitungen der streitgegenständlichen Gutachten selbst darauf, dass sie in gerichtlich geführten Verfahren zu Kartellschäden auf Kläger- oder Beklagtenseite tätig wird.

cc.

83 Auch die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr liegt vor. Die Beklagte ist bereits in gerichtlichen Verfahren, die das „Schienenkartell“ betreffen, aufgetreten und hat es abgelehnt, eine die Wiederholungsgefahr beseitigende strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Die betreffenden Gerichtsverfahren sind noch nicht rechtskräftig abgeschlossen.

b.

84 Ferner kann die Klägerin - allerdings nur im Hinblick auf materielle Schäden - die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten verlangen.

85 Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Mit dem Tätigwerden für die V., insbesondere auch mit der Erstellung des als Anlage K 17 zu den Akten gereichten Gutachtens, hat die Beklagte schuldhaft gegen ihre nachvertraglichen Treuepflichten verstoßen. Die von der Klägerin bezahlten, streitgegenständlichen Gutachten sind dadurch entwertet worden (unter aa.). Da die betreffenden Gerichtsverfahren noch nicht abgeschlossen sind, ist auch eine weitere Schadensentwicklung denkbar. Die Klägerin hat insoweit vorgetragen, dass die Prozessparteien neue Gutachten einholen und Mehrkosten von ihr ersetzt verlangen könnten (unter bb.). Dagegen kommt ein Ersatz immaterieller Schaden nicht in Betracht (unter cc.).

aa.

86 Die von der Klägerin bezahlten, streitgegenständlichen Gutachten sind durch das Tätigwerden für die V., insbesondere durch die Erstellung des als Anlage K 17 eingereichten Gutachtens, entwertet worden.

(1)

87 Im Hinblick auf das Eignungsgutachten (Anlage K 4), das die gerichtliche Kritik am I.-Gutachten entkräften sollte, erweist das bereits ein Vergleich des jeweiligen Fazits. Das „Fazit“ am Ende des Eignungsgutachtens (dort unter 4D Ziffer 4.23) lautet auszugsweise:

88 > „Das I.-Gutachten hat eine etablierte Methode angewendet und Preisaufschläge als bedingte Durchschnittseffekte geschätzt. Eine Bezifferung des Gesamtschadens bei jedem einzelnen Unternehmen ist somit problemlos möglich. […] Hierzu ist lediglich die Multiplikation mit dem Wert der kartellbetroffenen Produkte des Unternehmens notwendig.“

89 Entsprechend heißt es dort unter „Zusammenfassung“ (unter 5 Ziffer 5.4):

90 > „Wir kommen zu dem Schluss, dass das im I.-Gutachten angewandte methodische Herangehen für den vorliegenden Fall sowohl gängige Praxis als auch angemessen ist. Das I.-Gutachten zeigt, in welcher Höhe das Schienenkartell zu einem Mehrpreis

bei den betroffenen Produkten führte, sowie in welcher Höhe bei dem Unternehmen, das die betroffenen Produkte bezogen hat, ein Mehrpreis verursacht wurde."

91 Dagegen stellt das als Anlage K 17 eingereichte, ausdrücklich von der Beklagten (vgl. dort das Deckblatt) durch Dr. Y für V. erstellte Gutachten Kartellschäden in Abrede und hält unter „Management Summary" (auf Seite 3 in Fettdruck) u.a. das Folgende fest:

92 „Die Prüfung hat zweitens ergeben, dass wesentliche methodische Kritikpunkte am Vorgehen des I. berechtigt sind. […] Auf Basis der aktuell vorliegenden Datenbasis stellt das I.-Gutachten daher keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für eine Schadensschätzung dar. Dem Gutachten fehlt […] jegliche belastbare Aussagekraft";

93 Darüber hinaus kommt es in seinem „Gesamtfazit" (auf Seite 48) am Ende zu folgendem Schluss:

94 „Schließlich ist nochmals darauf zu verweisen, dass es die Aufgabe der Klägerin ist, einen Datensatz vorzulegen, auf dem eine sinnvolle Schätzung aufgebaut werden kann. Nach unserer Einschätzung ist die Klägerin dieser Aufgabe eindeutig nicht nachgekommen. Jedenfalls im Status quo ist es unmöglich, auf Basis der I.-Daten eine auch nur ansatzweise aussagekräftige und robuste Schadensschätzung durchzuführen."

95 Der Wert des Eignungsgutachtens lag ersichtlich darin, Gerichte zu überzeugen, dass das I.-Gutachten eine geeignete Schätzgrundlage für die Feststellung der streitgegenständlichen Kartellschäden sei. Das als Anlage K 17 eingereichte, danach erstellte Gutachten für die V. ist geeignet, eine solche Überzeugung auszuschließen. Damit wird die für die Klägerin erbrachte „Beratungsleistung" entwertet, auch wenn eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung in den betreffenden Verfahren noch aussteht. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte in dem Eignungsgutachten betont, dass sie „regelmäßig EU-geförderte ökonomische Weiterbildungsseminare zur Quantifizierung von Schäden und zur Wettbewerbsökonomie für Richter aus ganz Europa" durchführe (Eignungsgutachten unter 1B „Die Expertise von X." unter Ziffer 1.8), was ihrer Einschätzung vor Gerichten besonderes Gewicht verleihen dürfte.

(2)

96 Die Entwertung des von der Beklagten für die Klägerin erstellten Gegengutachtens (Anlage K 5) liegt zwar nicht in derselben Weise auf der Hand. Denn das bekannt gewordene Tätigwerden der Beklagten für die V. hat die Entkräftung des A.-Gutachtens nicht in Frage gestellt. Jedoch ist seine Beauftragung im Zusammenhang mit dem Eignungsgutachten zu sehen. Die gemeinsame Beauftragung spricht dafür, dass das A.-Gutachten entkräftet werden sollte, damit das I.-Gutachten den Gerichten der betreffenden Verfahren des „Schienenkartells" als Schätzgrundlage genügen könnte. Dass auch das Gegengutachten - im Zusammenspiel mit dem Eignungsgutachten - das I.-Gutachten stark machen sollte, ergibt sich insbesondere aus der Gegenüberstellung der Datengrundlagen von A.-Gutachten und I.-Gutachten unter seiner Ziffer 2 („Die Schätzung des kartellbedingten Preisaufschlages"). Hier heißt es auszugsweise:

97 2.11 „Die im A.-Gutachten vorgestellten Regressionsanalysen berücksichtigen Preisdaten ausschließlich von T. Gleistechnik GmbH. Diese decken den Analysezeitraum

Januar 2001 bis Dezember 2013 ab. Insgesamt wurden 7.872 Preisbeobachtungen erhoben.

98 2.12. Das I.-Gutachten hingegen berücksichtigt Preisdaten von allen Kartellanten (sowie einer Reihe von Kartellaußenseitern) und deckt den Analysezeitraum Januar 2001 bis Anfang 2014 ab. Es berücksichtigt 15.116 Rechnungspositionen."

99 Jedenfalls diese indirekte Stärkung des I.-Gutachtens ist durch das oben dargestellte „Gesamtfazit" des anschließend für die V. verfassten Gutachtens entwertet worden.

bb.

100 Da die betreffenden Gerichtsverfahren noch nicht abgeschlossen sind, ist auch eine weitere Schadensentwicklung denkbar. Die Klägerin hat insoweit vorgetragen, dass die Prozessparteien neue Gutachten einholen und Mehrkosten von ihr ersetzt verlangen könnten.

101 Gerade angesichts des „Gesamtfazits" des von der Beklagten für die V. erstellten Gutachtens, nach dem es die Aufgabe der Klägerin sei, einen Datensatz vorzulegen, auf dem eine sinnvolle Schadensschätzung aufgebaut werden könne, und sie dieser Aufgabe eindeutig nicht nachgekommen sei, legt es nahe, dass die Kartellgeschädigten sich gezwungen sehen, weitere Kosten für die Erhebung relevanter Daten auszugeben bzw. ein neues Privatgutachten zu beauftragen. Denn die Rechtsprechung dürfte von den Kartellgeschädigten jedenfalls grundsätzlich die Einholung eines ökonomischen Gutachtens zur Darlegung ihres Schadens verlangen (vgl. hierzu etwa Dietze/Janssen, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 6. Aufl. 2023, Rn. 810) und solange die betreffenden Gerichtsverfahren nicht abgeschlossen sind, ist unklar, ob die diesbezüglichen Kosten am Ende von den Kartellantinnen zu tragen sind, (zu den Voraussetzungen der Ersatzfähigkeit siehe z.B. Hempel in: Becher u.a., BeckOK Kartellrecht, 19. Edition Stand: 01.01.2026, GWB § 33a, Rn. 123b; zur Ersatzfähigkeit der anteiligen Kosten des I.-Gutachtens: OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 11. Februar 2025, 11 U 31/18 Kart, BeckRS 2025, 3497, Rn. 103 ff.).

102 Die Klägerin muss insofern auch einen Regress befürchten. Eine Pflichtverletzung kann ihr insoweit vorzuwerfen sein, als sie nicht verhindert hat, dass die Beklagte in den betreffenden Gerichtsverfahren für die Gegenseite Beratungsleistungen erbringt. Zwar hat sie versucht, dies im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu unterbinden. Jedoch hat sie gegen den als Anlage K 15 zu den Akten gereichten, zurückweisenden Beschluss des Landgerichts Berlin vom 1. Februar 2023, 95 O 8/23, kein Rechtsmittel eingelegt.

cc.

103 Dagegen kommt ein Ersatz immaterieller Schaden nicht in Betracht. Die Klägerin hat erst im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat erläutert, dass sie immateriell einen möglichen Rufschaden befürchtet.

104 Zwar genießt die Klägerin als Kapitalgesellschaft zivilrechtlichen Ehrenschutz (vgl. etwa BGH, Urteil vom 8. Juli 1980 – VI ZR 177/78 –, BGHZ 78, 24-28, Rn. 44 m.w.N.). Ein Geldentschädigungsanspruch kommt jedoch mit Blick auf die Genugtuungsfunktion nur für natürliche, nicht für juristische Personen in Betracht (siehe etwa Klass in: Erman BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, Anhang zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 320 m.w.N.; Retzlaff in: Grüneberg, BGB, 85. Aufl. 2026, § 823 Rn. 91 f. u. 111 m.w.N.)

c.

105 Ferner hat die Klägerin einen Anspruch gegen die Beklagte auf die ihr entstandenen Abmahnkosten, die zu den nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzenden erforderlichen vorprozessualen Rechtsverfolgungskosten gehören. Bei Unterlassungspflichten tritt an die Stelle der Fristsetzung die Abmahnung nach § 281 Abs. 3 BGB (siehe etwa: Binder, AcP 211 (2011), 587, 604). Zinsen hieraus schuldet die Beklagte der Klägerin seit Rechtshängigkeit allerdings nur in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

d.

106 Dagegen steht der Klägerin der mit dem Antrag zu 4. geltend gemachte Anspruch auf Auskunft aus § 242 BGB nicht zu. Nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) setzt ein Auskunftsanspruch neben einer - hier bestehenden - Sonderbeziehung voraus, dass der Auskunftsberechtigte über das Bestehen oder den Umfang seiner Rechte entschuldbar im Ungewissen und zudem nicht in der Lage ist, sich die zur Vorbereitung und Durchführung seines Zahlungsanspruchs notwendigen Auskünfte auf zumutbare Weise selbst zu beschaffen; der Verpflichtete muss ihm die erforderliche Auskunft unschwer erteilen können (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 13. Juni 1985 – I ZR 35/83, BGHZ 95, 285-294, juris, Rn. 15 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

107 Zwar argumentiert die Klägerin, sie könne sich die erforderlichen Informationen über die Tätigkeiten der Beklagten für die V. seit dem 1. Januar 2023 nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen und sei auf die Information der Beklagten angewiesen. Sie benötigt die begehrte Information jedoch nicht zur Vorbereitung und Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche. Denn nur ein Tätigwerden der Beklagten nach außen ist geeignet, die erstatteten Gutachten zu entwerten bzw. die befürchteten Regressansprüche auszulösen. Sobald die Beklagte nach außen handelt, ist die Klägerin aber nicht auf die begehrte Information gerade durch die Beklagte angewiesen, um die in Rede stehenden Schadensersatzansprüche durchsetzen zu können.

3.

108 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs.1, 92 Abs. 2 ZPO.

109 Die Zuvielforderung der Klägerin war verhältnismäßig geringfügig und hat keinen Kostensprung verursacht.

110 Die Anpassungen in den Formulierungen des auf Unterlassung gerichteten Antrags sollen diesen nur klarer fassen. Sie entsprechen dem von der Klägerin ausweislich ihrer Antragsbegründung Gewollten. Unterlegen ist die Klägerin nur mit ihrem Feststellungsantrag im Hinblick auf immaterielle Schäden und ihrem Auskunftsbegehren.

4.

111 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

5.

112 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision, die die Beklagte mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 16. Februar 2026 angeregt hat, liegen nicht vor. We-

der hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

113 Anders als die Beklagte meint, muss nicht grundsätzlich geklärt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen aus einem Gutachtenauftrag ein nachvertragliches Tätigkeitsverbot erwachsen kann, das den Sachverständigen hindert, in verwandten Verfahren für die Gegenseite tätig zu werden. Vielmehr liegt es bereits nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auf der Hand, dass ein Privatgutachter, der ökonomische Gutachten erstellt, nicht in Gerichtsverfahren, die dasselbe Kartell betreffen, zugleich für Geschädigte und Kartellanten tätig werden kann. Für die hier streitentscheidende Frage bedarf es keiner ausdrücklichen höchstrichterlichen Leitlinien, auch nicht angesichts dessen, dass es sich bei Kartellschadensersatzverfahren um langjährige „Großverfahrenskomplexe“ handelt.

114 Da sich der Anspruch der Klägerin auch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ergibt, ist die Reichweite von Ziffer 12.1 AB als AGB-Klausel nicht zu klären. Zumal die Auslegung des Senats kein zeitlich unbeschränktes Tätigkeitsverbot ergibt.

115 Auch dass hier die Berufsfreiheit der Beklagten betroffen ist, erfordert in dieser letztlich eindeutigen Konstellation keine Entscheidung des Revisionsgerichts. Eine Fortbildung des Rechts zur dogmatischen Einordnung nachvertraglicher Pflichten aus Gutachtenaufträgen ist nicht erforderlich.