

BB-Kommentar

Leichtere Durchsetzung und mehr Rechtssicherheit – der BGH stärkt im Hinblick auf pauschalierten Kartellschadensersatz die Position von Klauselverwendern

PROBLEM

Die Ermittlung eines durch kartellrechtswidriges Verhalten entstandenen Schadens gestaltet sich in der Praxis oft schwierig, denn hierfür ist die Ermittlung eines „hypothetischen Wettbewerbspreises“ erforderlich, also des Preises, der ohne den Verstoß gegen das Kartellrecht vereinbart worden wäre. Die Ermittlung eines solchen „als-ob“-Preises mag eine spannende Frage für Ökonomen sein, für Kartellgeschädigte stellt sie sich regelmäßig als eine komplizierte, aufwendige und damit auch teure Angelegenheit dar.

In der Vertragsgestaltung wird diesem Problem durch die Vereinbarung eines pauschalierten Kartellschadensersatzes begegnet. Die Parteien einigen sich bereits im Voraus auf einen Betrag (meist in Form eines Prozentsatzes der bezogenen Waren oder Leistungen), der im Falle einer nachweisbar kartellrechtswidrigen Abrede zu leisten ist. Sollte dies jedoch im Rahmen von AGB erfolgen, darf der pauschalierte Schaden gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (unter Zugrundelegung der Wertungen des § 309 Nr. 5 BGB) den typischerweise zu erwartenden Schaden nicht überschreiten.

ZUSAMMENFASSUNG

Der BGH hatte über die Wirksamkeit einer Klausel zum pauschalierten Kartellschadensersatz in einem ein Schienenkartell betreffenden Fall zu entscheiden. Die Berliner Verkehrsbetriebe hatten gegen einen Hersteller von Weichen und Weichenteilen geklagt, gegen den das Bundeskartellamt wegen Beteiligung an dem Kartell der „Schienenfreunde“ ein Bußgeld verhängt hatte. Für die Berechnung der Schadenshöhe berief sich die Klägerin auf die folgende, in ihren „Zusätzlichen Vertragsbedingungen“ enthaltene Klausel: „Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung oder eine unlautere Verhaltensweise darstellt, hat er 5 v.H. der Abrechnungssumme als pauschalierten Schadensersatz an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird.“ Der BGH hat entschieden, dass Vertragspartner der Klägerin durch diese Regelung im Hinblick auf den Kartellschadensersatz nicht unangemessen benachteiligt wird und die Klausel insoweit wirksam ist.

PRAXISFOLGEN

Pauschalierter Schadensersatz ist ein beliebtes Mittel, um aufwendige Auseinandersetzungen über die Schadenshöhe zu vermeiden. Speziell im Hinblick auf Kartellschadensersatz sind entsprechende Klauseln sowohl bei der Vergabe öffentlicher Aufträge als auch in anderen Branchen durchaus üblich. So finden sie seit einigen Jahren beispielsweise in der Lebensmittel- und Konsumgüterbranche regelmäßig Einzug in die Einkaufsbedingungen des Handels.

Der BGH hat nun mit dem aktuellen Urteil mehr Rechtssicherheit bezüglich der Zulässigkeit derartiger Klauseln in AGB geschaffen. Das Urteil gibt Klauselverwendern eine hilfreiche Richtschnur für die Vertragsgestaltung an die Hand.

Klauseln mit mehreren Tatbeständen für pauschalierten Schadensersatz beruhen in der Regel kein zusätzliches Risiko

Der BGH stellt zunächst klar, dass verschiedene Verstöße, für welche ein pauschalierter Schadensersatz angesetzt wird, in ihrer Wirksamkeit unabhängig voneinander zu beurteilende Teilklauseln darstellen, auch wenn diese (wie im vorliegenden Beispiel) sprachlich in einer einzigen Regelung

zusammengefasst sind. Im konkreten Fall war daher die Wirksamkeit der Vereinbarung zum pauschalierten Kartellschadensersatz unabhängig von der Frage zu entscheiden, ob auch die Pauschalierung des Schadensersatzes für „unlautere Verhaltensweisen“ zulässig war. Für die Praxis bedeutet dies, dass Klauseln zum pauschalierten Schadensersatz kompakt gefasst werden und mehrere Tatbestände enthalten können, ohne dass sich insoweit Implikationen für die AGB-rechtliche Bewertung ergeben oder ein erhöhtes Unwirksamkeitsrisiko bestünde.

Großzügige Standards bei der Ermittlung des typischen Schadens

Bisher bestand das Problem, dass die Berufung auf eine Schadenspauschale bei wettbewerbswidrigen Absprachen mit Rechtsunsicherheit verbunden war, da Gerichte bei der AGB-rechtlichen Kontrolle bestimmte Anforderungen an die Angemessenheit der Pauschalen stellten. Im Grundsatz gilt, dass der Klauselverwender die Beweislast für die Angemessenheit der Höhe des pauschalierten Schadensersatzes trägt. Je nachdem, wie streng diese Vorgabe ausgelegt wird, stellen sich bei der Ermittlung der angemessenen Pauschale aber ähnlich komplexe Probleme wie bei der Ermittlung des tatsächlich entstandenen Schadens. Insbesondere kann die Beantwortung der Frage, wie hoch ein branchenspezifischer typischer Kartell-Aufschlag anzusetzen ist, umfangreiche ökonomische Analysen erfordern oder an einem Mangel an Daten scheitern.

Der BGH hat in seiner Entscheidung nochmals klargestellt, dass die angemessene Pauschale abstrakt und objektiv zu ermitteln ist und es insoweit auf den branchenüblichen Durchschnittsschaden ankommt. Allerdings hat der BGH nun für die Pauschalierung von Kartellschäden einen besonderen, für den Verwender vorteilhaften Maßstab entwickelt. Dies wurde mit den spezifischen praktischen Schwierigkeiten der Kartellschadensermittlung, aber auch dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Wettbewerbsordnung sowie der Tatsache, dass eine Kartellabsprache in den Risikobereich des unredlichen Vertragspartners fällt, begründet. Der BGH fordert jedenfalls dann, wenn es an hinreichenden empirischen Erkenntnissen für eine branchentypische Schadenshöhe fehlt, keine Darlegung eines branchentypischen Durchschnittsschadens. Es darf dann auf sehr allgemeine Bewertungen, wie beispielsweise die von der Kommission in Auftrag gegebene „Oxera-Studie“ zurückgegriffen werden, die EU-weite Mittelwerte zum Gegenstand haben. Dies ist aus praktischer Sicht signifikant, da insoweit ein Mangel an belastbaren konkreten Daten und Studien (entgegen der grundsätzlichen Beweislastverteilung) zulasten des Klauselgegners geht. Im Ergebnis kann daher im konkreten Fall außer bei Vorliegen spezifischer Daten laut BGH ein durchschnittlicher Kartellschaden von bis zu 15 % angesetzt werden.

Auch in Zukunft kann es sinnvoll sein, bei der Vertragsgestaltung gegebenenfalls einen gewissen Sicherheitsabschlag vorzunehmen und die 15 % nicht voll auszuschöpfen. Außerdem sollte insoweit die verfügbare Daten- und Studienlage auf deutscher und europäischer Ebene hinzugezogen werden. Wichtig bleibt zuletzt nach wie vor, dass dem Vertragspartner die Möglichkeit offen stehen muss, nachzuweisen, dass tatsächlich ein geringerer Schaden eingetreten ist.

Dr. Florian Unsel'd, LL.M. (Sydney), RA, ist Partner im Münchner und Düsseldorfer Büro von Hogan Lovells. Er ist auf das Handels- und Vertriebsrecht sowie regulatorische Fragen spezialisiert und gehört dem Praxisbereich SOAR (Strategic Operations, Agreements and Regulation) an.

Dominika Wiesner ist Associate im Münchner Büro von Hogan Lovells. Sie ist auf das Handels- und Vertriebsrecht sowie regulatorische Fragen spezialisiert und gehört dem Praxisbereich SOAR (Strategic Operations, Agreements and Regulation) an.