

Kartellrecht KZR 63/18 - BGH billigt Pauschalierungsklausel für Schäden durch Kartellabsprachen

Sachverhalt

Kläger sind die Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), die Beklagte befasst sich mit der Herstellung von Gleisoberbaumaterialien.

Die BVG erwarb in den Jahren 2002 und 2003 von der Beklagten in sieben Fällen Weichen und Weichenteile. Den Verträgen lagen "Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB)" der BVG zugrunde, die in Nr. 14 folgende [Klausel](#) enthielten:

"Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung [...] 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."

Die BVG verlangt nunmehr Schadensersatz in dieser Höhe, weil Hersteller und Händler von Schienen, Weichen und Schwellen spätestens seit 2001 bis zur Aufdeckung des Kartells im Mai 2011 Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen praktizierten, an denen auch die Beklagte [beteiligt](#) war. Die Absprachen beruhten maßgeblich darauf, dass den einzelnen [Unternehmen](#) bestimmte "Altkunden" oder "Stammkunden" zugeordnet waren und diese Zuordnung von den Kartellteilnehmern grundsätzlich respektiert wurde. Hierzu verzichteten die anderen Kartellteilnehmer auf die Abgabe von Angeboten oder reichten diese erst nach Ablauf der Angebotsfrist oder zu überhöhten Preisen ein, so dass der Auftrag dem vorbestimmten [Unternehmen](#) zufallen konnte.

Bisheriger Prozessverlauf

Die Klage war in den Vorinstanzen im Wesentlichen erfolgreich. Mit der vom Bundesgerichtshof zugelassenen Revision hat die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt.

Entscheidung des Kartellsenats

Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil aufgehoben und die [Sache](#) an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Nach der Entscheidung des Kartellsenats ist das Berufungsgericht zwar zutreffend von der Wirksamkeit der vertraglich vereinbarten Schadenspauschalierungsklausel ausgegangen. Rechtsfehlerhaft hat es aber

angenommen, der Beklagten sei der Nachweis nicht gelungen, dass der BVG ein geringerer Schaden als der Pauschalbetrag oder überhaupt kein Schaden entstanden ist.

Eine Schadenspauschalierungsklausel ist außerhalb des unternehmerischen Geschäftsverkehrs an den Maßgaben der Vorschrift des § [309 Nr. 5 BGB](#) zu messen. Danach ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ([AGB](#)) die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt (Buchstabe a) oder dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale (Buchstabe b). Dabei darf die Pauschale der Höhe nach den normalerweise eintretenden branchentypischen Durchschnittsschaden nicht übersteigen.

Im - hier maßgeblichen - unternehmerischen Geschäftsverkehr ist diese Vorschrift nicht anwendbar. Jedoch sind ihre Wertungen bei der Inhaltskontrolle nach § [307 BGB](#) grundsätzlich zu berücksichtigen. Im Rahmen der gebotenen umfassenden Interessenabwägung muss darüber hinaus den Besonderheiten kartellzivilrechtlicher Schadensersatzansprüche [Rechnung](#) getragen werden.

Die Bezifferung eines Schadens, der aus einem Verstoß gegen das Kartellverbot resultiert, ist regelmäßig mit erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten und großem sachlichen und finanziellen Aufwand verbunden. In besonderem Maße gilt dies für den praktisch bedeutsamsten Fall des durch Kartellabsprachen verursachten Preishöhenschadens, weil dieser Schaden aus einem [Vergleich](#) des vertraglich vereinbarten Preises mit dem hypothetischen Preis zu ermitteln ist, der sich ohne Kartellabsprache ergeben hätte. Dieser hypothetische Wettbewerbspreis lässt sich typischerweise nur aufgrund von Indizien ermitteln und kann nur näherungsweise bestimmt werden. Insofern kommt dem mit der Verwendung von Pauschalierungsklauseln verfolgten und in § [309 Nr. 5 BGB](#) grundsätzlich anerkannten Zweck besondere Bedeutung zu, die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch Verringerung von Zeitaufwand und Kosten zu rationalisieren. Das Informationsdefizit des redlichen Klauselverwenders, der für den Fall einer Kartellabsprache mit Hilfe der Pauschalierungsklausel eine effiziente Kompensation des aus dem vom unredlichen Vertragspartner verursachten Vermögensschadens anstrebt, unterscheidet Kartellschadensersatzfälle von solchen, in denen mit der Pauschalierungsklausel ein Schaden abgegolten werden soll, der aus der Verletzung einer vertragstypischen Pflicht resultiert und bei dem sich der Geschädigte zur Bemessung eines branchentypischen Durchschnittsschadens auf entsprechende Erfahrungswerte stützen kann.

Der Auftraggeber darf sich daher auf verfügbare ökonomisch fundierte allgemeine Analysen kartellbedingter Preisaufschläge wie eine von der BVG in den Rechtsstreit eingeführte, von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie stützen, nach denen sich durch eine Kartellabsprache verursachte Preiserhöhungen im arithmetischen und geometrischen Mittel jedenfalls auf 15 Prozent, bezogen auf den tatsächlich gezahlten Kaufpreis, belaufen. Dem steht nicht entgegen, dass es sich um einen bloßen Durchschnitts- oder Mittelwert handelt, der im Einzelfall beträchtlich über- wie unterschritten werden kann, und alle empirischen Untersuchungen aufgrund der Komplexität des Preisbildungsmechanismus, der Vielfalt der Kartellabsprachen, der erheblichen Streubreite der zu beobachtenden Preisaufschläge und der begrenzten Verfügbarkeit hinreichend vergleichbarer Datensätze allenfalls Näherungswerte abbilden und im Detail methodischen Zweifeln ausgesetzt sein können.

Eine pauschalierte Abschätzung der Differenz zwischen Angebotspreis und hypothetischem Marktpreis ist dadurch zwar zwangsläufig sowohl mit der Gefahr einer Über- wie mit der Gefahr einer Unterkompensation des tatsächlich eingetretenen Schadens verbunden.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Auftraggeber eine mögliche Überkompensation schon bei der Pauschalierung schlechthin oder zumindest weitgehend ausschließen muss. Dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot wird vielmehr hinreichend [Rechnung](#) getragen, wenn eine Pauschalierungsklausel dem an einer Kartellabsprache beteiligten Schädiger den Nachweis vorbehält, dass dem Auftraggeber ein geringerer Schaden entstanden ist. Andernfalls würden die Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Ermittlung des hypothetischen Marktpreises einseitig zu Lasten des Auftraggebers berücksichtigt. Dies wäre unangemessen, weil der Schädiger als Kartellbeteiligter an einer vorsätzlichen Verfälschung des wettbewerblichen Preisbildungsmechanismus' mitgewirkt hat und damit auch für die Schwierigkeit der Ermittlung des hypothetischen Marktpreises verantwortlich ist.

Eine [Klausel](#), die das Risiko der Aufklärung des tatsächlich entstandenen Schadens dem Vertragspartner überbürdet, steht jedenfalls dann mit den sich aus § [307 Abs. 1 S. 1 BGB](#) ergebenden Anforderungen in Einklang, wenn die pauschalierte Schadenshöhe nach den bei [Vertragsschluss](#) zur [Verfügung](#) stehenden Erkenntnissen gleichermaßen mit der Gefahr einer Über- wie einer Unterkompensation des Schadens verbunden ist und es beiden Vertragsparteien überlassen bleibt, jeweils einen ihr günstigeren hypothetischen Marktpreis und damit einen fehlenden oder geringeren oder auch einen höheren Schaden nachzuweisen.

Danach hätte das Berufungsgericht aber dem Vorbringen der Beklagten nachgehen müssen, der BVG sei kein oder nur ein geringerer Schaden entstanden. Nur wenn sich ein solches Vorbringen nicht beweisen lässt, darf dem Geschädigten der vereinbarte Pauschalbetrag als Schadensersatz zuerkannt werden.

Urteil vom 10. Februar 2021 - [KZR 63/18](#); PM 90/2021

Vorinstanzen

Kammergericht Berlin, Urteil vom 28. Juni 2018 – 2 U 13/14 (Kart)

Landgericht Berlin, Urteil vom 16. Dezember 2014 – 16 O 384/13 Kart

Aus den Vorschriften:

§ 1 [GWB](#) (in der Fassung vom 26. August 1998)

Vereinbarungen zwischen miteinander im [Wettbewerb](#) stehenden [Unternehmen](#), Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.

§ 33 GWB (in der Fassung vom 26. August 1998)

1Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist, sofern die Vorschrift oder die Verfügung den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zur Unterlassung verpflichtet; fällt ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last, ist er auch zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet. [...]