

AGB-Schadenspauschalierung

zur vereinfachten Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen?

KartellrechtsForum Frankfurt

39. Treffen am 7. Oktober 2015 bei Kaye Scholer

Dr. Jens Steger

Kaye Scholer LLP, Frankfurt am Main

Allgemeines zum Kartellschadensersatz

- **Tatbestandswirkung** des § 33 Abs. 4 GWB erfasst zwar den behördlich festgestellten Kartellrechtsverstoß, **nicht** jedoch den Schaden (**Schadenshöhe und Schadenskausalität**)
(Gilt auch für Settlementvereinbarungen mit der Behörde)
- Gerichte erkennen **Anscheinsbeweis** an (Abnehmer kartellbefangener Produkte/Leistungen ist grds. ein Schaden entstanden)
- Für die **konkrete Schadenshöhe** ist der Kläger jedoch nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen **beweispflichtig**
- Übliches Problem: **Informationsasymmetrien** zwischen Kartellgeschädigten u. Kartelltätern bei Follow-on Klagen

Historie

- Schadenspauschalierungsklauseln fanden im kartellrechtlichen Kontext erstmals Erwähnung in den **Vergabehandbüchern** des Bundes
- Danach wurden sie in den Vergabeverträgen der öffentlichen Hand verwendet
- In der kartellrechtlichen Praxis haben die Klauseln vor wenigen Jahren Einzug gehalten (i.R.d. Kartellschadensersatzes)
- Jetzt liegen die ersten Gerichtsentscheidungen vor, die zu **großer Rechtsunsicherheit bei Verwendern** führen
- Im Zentrum hierbei: **§ 309 Nr. 5 BGB**

§ 309 Nr. 5 BGB (Wortlaut)

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in AGB unwirksam

die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn

- a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem **gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden** oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt oder*
- b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale;*

→ § 309 Nr. 5 = **Umkehr der Beweislast** zu Gunsten des Verwenders!

§ 309 Nr. 12 – Verbot d. Beweislastumkehr

- Verhältnis von § 309 Nr. 5 BGB zu **§ 309 Nr. 12**?
- Nr. 12 verbietet die Umkehr der Beweislast!
- Zielrichtung von § 309 Nr. 5 BGB: Umkehr der Beweislast!

BGH, Urteil v. 8.10.1987, NJW 1988, 258: Nr. 5 geht als **lex specialis** der Regelung von Nr. 12 vor!

Bisherige Entscheidungspraxis

Gericht	Datum	AZ	
LG Mannheim (Löschfahrzeuge)	4.5.2012	7 O 436/11 (Kart)	
OLG Karlsruhe (Löschfahrzeuge)	31.7.2013	6 U 51/12 (Kart)	Rechtskräftig *
LG Potsdam (Löschfahrzeuge)	22.10.2014	2 O 29/14	Berufung
LG Berlin (Schiene)	16.12.2014	16 O 384/13 (Kart)	Berufung

* Revision beim BGH (AZ dort: KZR 55/13) zurückgenommen

Bisherige Entscheidungspraxis

- Diametrale Gerichtsentscheidungen
- **Kernproblem:** Auslegung Tatbestandmerkmal des „*nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schadens*“ i.S.d. § 309 Nr. 5 Ziff. a) BGB

Streitpunkt: Muss dieser konkret oder vielmehr abstrakt bestimmt werden?

LG Mannheim	Konkrete Bestimmung
OLG Karlsruhe	Konkrete Bestimmung
LG Berlin	Konkrete Bestimmung (Rechtsmittel)
LG Potsdam	Abstrakte Bestimmung (Rechtsmittel)

Konkrete u. Abstrakte Betrachtung

- Was bedeutet in diesem Zusammenhang **abstrakt/konkret**?
 - **Abstrakt:** Die **Umstände des konkreten Einzelfalles bleiben außer Betracht** → Vereinbarte Pauschale muss für **sämtliche** von der Klausel **erfassten Fälle** der Höhe nach *dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden entsprechen bzw. diesen nicht überschreiten*
 - Folge: Eine „zu hoch“ gewählte Pauschale, die für sämtliche in Betracht kommenden Kartellrechtsverstöße gilt, führt zur **Nichtigkeit** der Klausel!
 - **Konkret:** Vereinbarte Pauschale muss für den **in Rede stehenden Einzelfall** der Höhe nach *dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden entsprechen bzw. nicht überschreiten*

LG Potsdam (abstrakte Bestimmung)

- Sachverhalt betraf den Komplex „**Feuerwehrfahrzeugkartell**“ (Bußgeldbescheide durch BKartA, u.a. B12-11/09)

- Klausel:

*„Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er **15 v.H.** der Auftragssumme an den Auftragnehmer zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird...“ (zitiert nach Juris, Rn. 2)*

- **Ergebnis:** Klausel gem. §§ 307, 309 Nr. 5 Ziff.) a) BGB **unwirksam**

LG Potsdam (Begründung):

- „Nach § 309 Nr. 5 BGB darf die Schadensersatzpauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigen. Dieses Erfordernis bezieht sich auf **alle** von der Klausel geregelten Fälle, wobei es auf eine **objektive Prüfung** ankommt, bei der die **Umstände des konkreten Falles außer Betracht** bleiben.“ (Rn. 16)
- „...[die Klausel] erfasst **jedlichen denkbaren Kartellverstoß** und zwar **auch solche**, die in ihren Auswirkungen und dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden **Schaden deutlich hinter dem streitgegenständlichen zurückbleiben**.“ (Rn. 17)
- „Darauf, ob durch ein kartellrechtswidriges Verhalten der streitgegenständlichen Art ein Schaden in der Größenordnung von 15% der Auftragssumme zu erwarten ist, kommt es bei dieser **abstrakten Betrachtung** nicht an, da es sich hierbei **nur um eine der** [von der Klausel] **erfassten Konstellationen handelt**“ (Rn. 18)
- Gericht nimmt **nicht Bezug auf OLG Karlsruhe**

OLG Karlsruhe (konkrete Bestimmung):

- Sachverhalt betraf ebenfalls den Komplex „**Feuerwehrfahrzeugkartell**“
- Klausel:
*„Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er **15 v.H.** der Abrechnungssumme an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird...“* (zitiert nach Juris, Rn. 38)
- Klausel **nicht unwirksam** gem. §§ 307, 309 Nr. 5 BGB
- Begründung: *„...Dabei liegt grds. die Beweislast dafür, dass eine Pauschale dem typischen Schadensumfang entspricht, beim Verwender [...] u. damit bei d. Klägerin. Diese hat sich auf die Angaben im Bußgeldbescheid bezogen u. diese wiederholt.“* (Juris, Rn. 80)
- BKartA hat im Bußgeldbescheid die **zwischen den Kartellanten vereinbarten Rabatte** behandelt und festgestellt

LG Berlin (konkrete Bestimmung)

- Sachverhalt: Kartell bzgl. **Schienenoberbaumaterialien (BKartA)**

- 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%** d. Abrechnungssumme als pauschalierten Schadensersatz an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, das der Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird.“*

- Im Gegensatz zu LG Potsdam nimmt LG Berlin **konkret bestätigenden Bezug auf OLG Karlsruhe**

LG Berlin (Begründung)

- „[Es] ist [...] davon auszugehen, dass die angesetzte Pauschale i.H.v. 5% des Auftragsvolumens nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge den zu erwartenden Schaden jedenfalls nicht übersteigt. Die Klägerin hat dies nachvollziehbar damit begründet, dass sich **die Preise aufgrund von Kartellabsprachen gegenüber den Marktpreisen typischerweise sogar deutlich stärker erhöhen**. Es ist auch ansonsten ohne weiteres nachvollziehbar, dass dabei eine **Erhöhung von mehr als 5%** eintritt, zumal der **wirtschaftliche Nutzen solcher Kartellabsprachen ansonsten kaum nachvollziehbar** wäre. Eine Preiserhöhung von **5%** dürfte deshalb **eher die untere Schwelle des Mindestschadens** darstellen. [...] Das **OLG Karlsruhe** hat [...] sogar eine Schadenspauschalierung i.H.v. 15% für AGB-rechtlich unbedenklich gehalten...“ (S. 13)

Bewertung

- **Auslegung von § 309 Nr. 5 a) BGB?**
 - **Wortlautargument** von § 309 Nr. 5 a) BGB
 - Wortlaut lässt **keinen exakten Schluss** bzgl. konkreter oder abstrakter Betrachtungsweise zu (tendenziell abstr. Betr. „*i.d. geregelten Fällen*“)
 - Insoweit ist auch dem **LG Potsdam nicht zu widersprechen**
 - **Sinn und Zweck?**
 - **Rationalisierung der Geschäftsabwicklung**, indem Ermittlungs- und Nachweisprobleme **für den Verwender** reduziert werden und die Schadensregulierung beschleunigt wird (Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 309 Nr. 5, Rn. 3 m.w.N.).
 - Keine Rationalisierung, wenn Verwender (Träger der Beweislast) eine **komplette Branche** und deren Kalkulationen bewerten muss?
 - Außerdem soll dem Kunden das **finanzielle Risiko einer Vertragsverletzung verdeutlicht** werden.

Bewertung

- **LG Potsdam ist schwerlich zu widersprechen**
- **Erster Lösungsansatz gegen LG Potsdam:**
 - Ggf. **teleologische Reduktion** von § 309 Nr. 5 anhand von Sinn und Zweck?
 - Rationalisierungsgedanke spräche eher für eine konkrete Betrachtungsweise, zumal der **Verwender** meist **kein Brancheninsider** sein wird
- **Zweiter Lösungsansatz gegen LG Potsdam:**
 - Beachtung des **Verhältnisses von 309 Nr. 5 BGB zu § 307 BGB**

§ 309 Nr. 5 BGB findet lediglich über **§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB** Anwendung innerhalb des § 307 BGB!

 - ⇒ **Klauselverbote** des § 309 BGB sollen **Indiz** für **unangemessene Benachteiligung** (§ 307 Abs. 1, Abs. 2) auch unter Unternehmern sein (s. z.B. BGH NJW 98, 677 f).

Bewertung

- ⇒ Durch § 310 Abs. 1 Satz 2 HS 1 BGB soll der **Richter** instand gesetzt, wenn nicht sogar **dazu ermuntert werden**, zu prüfen, ob nicht eine Klausel, die gem. § 309 BGB im Verkehr mit Verbrauchern stets unzulässig ist, im konkreten Fall auf Grund einer „**Parallelwertung in der Unternehmensspähre**“ auch im unternehmerischen Bereich als gem. § 307 BGB unwirksam anzusehen ist. (Vgl. *Basedow*, in *MüKo*, BGB, 6. Aufl. 2010, § 310, Rn. 8).
- Möglicher Gedanke: **Unternehmer** sind im Geschäftsverkehr **generell weniger schutzbedürftig** = konkrete Betrachtungsweise (erst recht, wenn Verwendungsgegner sich – nachweislich – an Kartellabsprache(n) beteiligt hat und damit **deliktisch** gehandelt hat!)
 - Verwender ist **kein Brancheninsider** = konkrete Betrachtungsweise

Bewertung

- BGH hat für den Bereich von **Submissionsabsprachen** bereits entschieden:
- **Klausel:**

*„Wenn der Auftragnehmer oder die von ihm beauftragten oder für ihn tätigen Personen aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen haben, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er als Schadensersatz **3 v.H.** der Auftragssumme an die Stadt zu zahlen, es sei denn, dass ein höherer Schaden nachgewiesen wird.“*
- *„Die Schwierigkeit der Schadensberechnung im Einzelfall und die **Schwierigkeit für den Auftraggeber, Submissionsabsprachen aufzudecken und nachzuweisen, rechtfertigen eine Pauschalierung, um dem Auftraggeber die Durchsetzung angemessener Schadensersatzforderungen in den Fällen zu ermöglichen, in denen es ihm ausnahmsweise gelingt, die Submissionsabsprache aufzudecken und zu beweisen.“***

Bewertung

- Die Gegenseite werde auch nicht benachteiligt, da sie einen geringeren oder aber gar keinen Schaden nachweisen könne.
- *„Die Höhe der Pauschale von **3%** ist ebenfalls nicht unangemessen. Das BKartA schätzt den Mehrerlös für Kartellmitglieder aufgrund statistischer Auswertungen bei einer wettbewerbswidrig beeinflussten Vergabe **von Bauleistungen** auf ca. 13%.“*

(BGH, Urteil v. 21.12.1995, Az. VII ZR 286/94, NJW 1996, 1209 (1210))

Bewertung

- Bis zur höchstrichterlichen Klärung verbleiben **zwei Möglichkeiten**:
 - 1) Schadenspauschalierungsklausel für **alle denkbaren Kartellrechtsverstöße** mit dem **geringsten anzunehmenden Schaden** (z.B. 1-2%).
 - 2) Innerhalb der Schadenspauschalierungsklausel nach sämtlichen Kartellrechtsverstößen, die abgedeckt werden sollen, **der Höhe nach differenzieren**.

Beispielsweise:

Hardcoreverstöße = 10%

restliche Verstöße = 2% (→ **(P)** Informationsaustausch?)

(Große Bandbreite der betr. Absprachen (von Hardcoreverstößen wie Gebietsaufteilungen oder Quotenabsprachen bis zu „bloßem“ **Informationsaustausch**)

Bewertung

- Generell: **Schadensersatzrechtliches Bereicherungsverbot** bei der Höhe der Klausel beachten
- Gedanke: Ggf. **zusätzliche vertragliche Auskunftspflicht** des Verwendungsgegners zur Höhe des (branchentypischen) Schadens vereinbaren? (So *Dallmann/Künstner*, DB 2015, 2191 (2195))
 - Eine solche Regelung muss sich aber auch am **Maßstab der §§ 305 ff. BGB** messen lassen.
 - Intensive Prüfung von **§ 305c Abs. 1 BGB** (Überraschende Klausel) und **§ 306a BGB** (Umgehungsverbot) sowie ggf. **§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB** (Verstoß gegen wesent. Grundgedanken einer gesetzlichen Regel, hier: Beweislast trägt Anspruchsteller) notwendig.

Bewertung

- **Es bleibt:** Große **Rechtsunsicherheit** bzgl. bereits bestehender AGB Klauseln aufgrund **diametraler Entscheidungen**
- Höchstrichterliche Klärung wünschenswert
- Ggf. Schaffung einer **gesetzlichen Regelung?**

(Siehe auch § 88/C ungarisches Kartellgesetz = widerlegliche Vermutung, dass horizontale Hardcore-Kartelle Preise mit **10%** erhöhen)



Vielen Dank!

Dr. Jens Steger
Rechtsanwalt
Kaye Scholer LLP
Bockenheimer Landstraße 25
60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 69 25494 310
Fax: +49 69 25494 544
jens.steger@kayescholer.com