



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Pauschalierter Kartellschadensersatz in Einkaufs- und Lieferbedingungen als Alternative zur Schadensschätzung“

Dissertation vorgelegt von Kristina Sirakova

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Burkard Hess

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

Seit der 7. GWB-Novelle wird die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen in Deutschland kontinuierlich gefördert. Eine Erleichterung der Schadensquantifizierung wurde bislang jedoch nicht erreicht. Die Berechnung des Schadens ist und bleibt eine der größten Schwierigkeiten, auf die Gerichte und Parteien im Rahmen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung stoßen.

Die vorliegende Arbeit richtet den Blick auf eine vertragsrechtliche Alternative zur Schadensschätzung – die Pauschalierung des Kartellschadensersatzes in Einkaufs- und Lieferbedingungen. Sie beginnt mit einer Darstellung der Schadensschätzung im Kartellschadensersatzverfahren (Kapitel I). Die Möglichkeiten, den Kartellschadensersatz in Einkaufs- und Lieferbedingungen zu pauschalieren stehen im Mittelpunkt von Kapitel II. Kapitel III beleuchtet die Schadenspauschalierungsklausel im Zusammenspiel mit Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen. Abschließend werden Schlussfolgerungen für die Praxis und etwaige rechtspolitische Maßnahmen gezogen (Kapitel IV).

Kapitel I: Schadensschätzung im Kartellschadensersatzverfahren

Gemäß § 33a Abs. 3 Satz 1 GWB i. V. m. § 287 ZPO sind die Gerichte befugt, den Schaden zu schätzen. Vom Anwendungsbereich des § 287 ZPO ausgenommen ist jedoch die Frage nach der konkreten Berechnungsmethode. Die Gerichte haben bei der Ermittlung des Schadens stets zwei Prinzipien zu berücksichtigen: Zum einen ist der Schaden vollständig zu ersetzen (Ausgleichsprinzip); zum anderen darf der Schadensersatz nicht zu einer Überkompensation, mithin zu einer ungerechtfertigten Bereicherung führen (Bereicherungsverbot). In den durch diese Prinzipien gezogenen weiten Grenzen sind sie frei, nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen den Schaden zu schätzen.

Von zentraler Bedeutung ist dabei, wie sich der Markt ohne den Kartellrechtsverstoß entwickelt hätte. Dieses kontrafaktische Szenario vergleicht das Gericht mit dem tatsächlichen Zustand, um den vollständigen Schaden auszurechnen. Da die hypothetische Marktentwicklung jedoch nicht direkt beobachtet werden kann, wenden die Gerichte zu ihrer Bestimmung verschiedene Methoden und Techniken an. Diese können allgemein in Vergleichsmethoden, Simulationsmodelle, kosten- und finanzgestützte Analysen sowie andere Methoden unterteilt werden. Die Anwendung sowohl datenbasierter als auch wirtschaftstheoretischer Methoden ist in der Regel mit großen

Schwierigkeiten für das Gericht und den beweisbelasteten Schadensersatzkläger verbunden. Teure und zeitaufwendige ökonomische Sachverständigengutachten sind oft unverzichtbar.

Kapitel II: Pauschalierter Kartellschadensersatz in Einkaufs- und Lieferbedingungen

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass immer mehr Unternehmen ihren Vertragspartnern AGB-Klauseln stellen, die für den Fall eines Kartellrechtsverstoßes pauschalierten Schadensersatz vorsehen. Die Wirksamkeit von Schadenspauschalierungsklauseln im Bereich des Kartellrechts ist jedoch nicht abschließend geklärt und in den letzten Jahren durch gegenläufige Rechtsprechung charakterisiert.

Dogmatisch handelt es sich in der Regel um eine Schadenspauschalierung in Abgrenzung zu einem selbstständigen Strafversprechen und einer echten Vertragsstrafe. Die Klausel dient der vereinfachten Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Schadensersatzanspruchs, indem sie den Beweis der Schadenshöhe ersparen soll. Die Kartellschadensersatz pauschalierende Klausel enthält nur eine Regelung bezüglich der Schadenshöhe und stellt gerade keine Anspruchsgrundlage dar.

Zu prüfen ist die Klausel am Maßstab von §§ 307, 309 Nr. 5 BGB. Zwar verdient die BGH-Rechtsprechung zur Klauselkontrolle in B2B-Verträgen vielfach Kritik, weil die besondere Interessenlage im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht hinreichend berücksichtigt wird. Dennoch ist eine Formulierung der Schadenspauschalierungsklausel anzustreben, die diesen Anforderungen entspricht.

In sachlicher Hinsicht kann die Schadenspauschalierungsklausel entweder eine Einheitspauschale für jegliche Arten von Kartellrechtsverstößen vorsehen oder zwischen Hardcore-Kartellen und sonstigen Kartellrechtsverstößen differenzieren. Eine Einheitspauschale entspricht in der Regel nicht dem Interesse des Klauselverwenders, denn sie muss so niedrig sein, dass sie in jedem denkbaren Fall gerecht ist. Damit liefe die vereinfachte Schadloshaltung ins Leere. Vorzugswürdig ist daher eine Differenzierung zwischen Hardcore-Kartellen und sonstigen Kartellrechtsverstößen.

Vom persönlichen Anwendungsbereich der Klausel sind Kartellrechtsverstöße des Klauselgegners sowie Handlungen von Dritten umfasst, die von ihm beauftragt oder für ihn tätig sind. Eine allgemeine Konzernhaftung ist – auch nach dem EuGH-Urteil in der Rechtssache *Skanska* (Rs. C-724/17) – weder vorgeschrieben noch geboten.

Der Höhe nach darf die Schadenspauschale den branchentypischen Durchschnittsschaden nicht übersteigen. Dieser wird vom Preisüberhöhungsschaden, der Schadensabwälzung und dem Mengeneffekt maßgeblich bestimmt. Alle drei Komponenten werden ihrerseits von zahlreichen Faktoren beeinflusst, was dazu führt, dass sich ein typischer Durchschnittsschaden nicht ausrechnen lässt.

Daher ist die Problematik im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast zu erörtern. Der Verwender muss zunächst die Angemessenheit der Pauschale generell darlegen; der Vertragspartner kann in einem zweiten Schritt vortragen, dass die Schadensentwicklung im konkreten Einzelfall anders ist. Angesichts der rechtspolitischen Funktion des Kartellschadensrechts ist jedoch eine Absenkung der Darlegungs- und Beweislast des Verwenders zuzulassen. Es reicht aus zu zeigen, dass die Pauschale aus *ex ante*-Sicht nicht offensichtlich unangemessen hoch ist. Liegen dem Verwender zum *ex ante*-Zeitpunkt keinerlei Anhaltspunkte für die Höhe der Schadenspauschale vor, ist davon auszugehen, dass eine Pauschale von bis zu 10 % der Netto-Abrechnungssumme die Interessen des Gegners im Falle eines Hardcore-Kartells nicht evident unangemessen benachteiligt.

Die Möglichkeit nachzuweisen, dass im Einzelfall kein Schaden oder ein wesentlich niedrigerer Schaden entstanden ist, steht dem Gegner von Gesetzes wegen offen, § 309 Nr. 5 lit. b BGB. Diese muss die Klausel im Unternehmensverkehr nicht explizit einräumen. Der Klauselverwender kann sich den Nachweis wesentlich höheren Schadens vorbehalten.

Dem Klauselverwender steht ab Eintritt des Schadens auch ein gesetzlicher Zinsanspruch in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu, § 33a Abs. 4 GWB i. V. m. § 288 Abs. 1 BGB.

Kapitel III: Die Schadenspauschalierungsklausel im Zusammenspiel mit Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen

In internationalen Verträgen steht die Schadenspauschalierungsklausel häufig in Wechselwirkung mit Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen.

Vertragsparteien können die Geltung einer flexibleren Rechtsordnung vereinbaren, um der strengen Klauselkontrolle nach deutschem Recht zu entkommen. Häufig handelt es sich dabei um

die Wahl englischen oder schweizerischen Rechts. Eine generelle Inhaltskontrolle kennt das schweizerische Recht im unternehmerischen Verkehr nicht. Es kommt freilich eine „verdeckte Inhaltskontrolle“ aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel in Betracht. Bei Binnensachverhalten ist die Rechtswahl jedoch eingeschränkt – unter diesen Umständen finden die §§ 305 ff. BGB Anwendung auch bei ausländischem Vertragsstatut.

Ausweislich empirischer Untersuchungen werden derzeit englische und schweizerische Gerichte von europäischen Unternehmen am häufigsten gewählt. Allgemein formulierte Gerichtsstandsvereinbarungen erfassen Kartellschadensersatzansprüche jedenfalls dann, wenn der Liefervertrag eine Klausel enthält, die die Höhe des Kartellschadens pauschaliert. Wird eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten Schweizer Gerichte mit einer Rechtswahlklausel zugunsten schweizerischen Rechts verbunden, ist die Anwendung der Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB als Eingriffsnorm höchst unwahrscheinlich.

Die Schiedsfähigkeit von Kartellschadensersatzansprüchen ist allgemein anerkannt. Allgemein formulierte Schiedsvereinbarungen erfassen zivilrechtliche Kartellrechtsstreitigkeiten dann, wenn sich ein entsprechender Vertragswille der Parteien nachweisen lässt. Insofern kann eine Schadenspauschalierungsklausel ein eindeutiges Indiz sein. Durch den gezielten Einsatz von Schiedsgerichten können die Vertragsparteien die Anwendung der strengen Klauselkontrolle nach deutschem Recht umgehen. Insofern erweist sich die Wahl eines schweizerischen Schiedsgerichts, das unter Anwendung schweizerischen Rechts entscheidet, als ein probates Mittel.

Kapitel IV: Rechtspolitische Erwägungen und Empfehlungen für die Praxis

Die strenge Inhaltskontrolle, der die Rechtsprechung AGB-Klauseln auch im unternehmerischen Rechtsverkehr unterzieht, verringert die Attraktivität des deutschen Rechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen. Sie führt dazu, dass sowohl ausländische als auch deutsche Vertragsparteien versuchen, dem deutschen AGB-Recht zu entkommen. Um die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Rechts zu erhöhen, ist rechtspolitisch eine Gesetzesänderung erforderlich, die den Interessen des Unternehmerverkehrs an mehr Flexibilität und Gestaltungsfreiheit Rechnung trägt. Eine Umorientierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ohne ein Zeichen des Gesetzgebers ist unwahrscheinlich. Bis dahin sollten sich Vertragsparteien bei der Abfassung von Schadenspauschalierungsklauseln an den strengen Maßstäben der BGH-Rechtsprechung orientieren, um unnötige Risiken zu vermeiden.

