

CLIENT ALERT

# BGH gestattet Schadenspauschalierungen in AGB in Höhe von bis zu 15% bei Kartellrechtsverstößen

17. Mai 2021

## AUTOREN

Dr. Johannes Schmidt | Matthias Schrader | Dr. Marc Dietrich  
Dr. Jens-Olrik Murach | Aurel Hille

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit einer kürzlich ergangenen Entscheidung die Rechte von Kartellgeschädigten gegenüber Kartellanten in zivilrechtlichen Schadensersatzklagen (sog. *Follow-On-Klagen*) gestärkt.<sup>1</sup> Der BGH entschied, dass in AGB enthaltene Pauschalen für Schäden aus Kartellrechtsverstößen rechtmäßig sind, solange sie angemessen sind und dem Kartellanten die Möglichkeit verbleibt, den Beweis eines niedrigeren Schadens zu führen. Der Entscheidung ist zu entnehmen, dass der BGH Pauschalen von bis zu 15% des jeweiligen Rechnungspreises für angemessen erachtet, wobei er keine starren Grenzen bestimmt hat.

## Hintergrund: Potenziell Kartellgeschädigte versuchen, durch AGB Auseinandersetzungen zur Schadenshöhe zu vereinfachen

Nach Erlass einer kartellrechtlichen Bußgeldentscheidung erheben die durch das Kartell Geschädigten häufig sog. *Follow-On-Klagen* gegen die Kartellanten vor Zivilgerichten, um Schadensersatz für die durch das Kartell verursachten Schäden zu erlangen. Im Rahmen dieser Prozesse kommt es oft zu – teils jahrelangem – Streit darüber, ob und in welcher Höhe den Kartellgeschädigten tatsächlich ein Schaden entstanden ist. Für die Parteien ist diese Auseinandersetzung typischerweise mit hohen Kosten verbunden.

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 10.02.2021 – KZR 63/18 (Schienenkartell VI).

---

## **BGH gestattet Schadenspauschalierungen in AGB in Höhe von bis zu 15% bei Kartellrechtsverstößen**

Auch wenn der BGH seit einer Entscheidung aus dem Jahr 2020<sup>2</sup> eine „tatsächliche Vermutung“ dafür sprechen lässt, dass zumindest bei einer sog. „Hardcore“-Wettbewerbsbeschränkung ein Schaden eingetreten ist, finden sich in der Praxis häufig genügend Anhaltspunkte, um auf einer ersten Ebene gutachterlich die Schadensentstehung anzugreifen. Auch die gesetzliche Vermutung (§ 33a Abs. 2 GWB) für ab dem 27.12.2016 entstandene Kartellschäden kann (häufig mit aufwendigen Gutachten) widerlegt werden.

Vor allem aber auf der zweiten Ebene, d.h. der Frage nach der Höhe des Schadens, gibt es viel Streitpotential.

Gerichte nehmen pauschale Schadensschätzungen aufgrund von Erfahrungswerten nur zögerlich vor.<sup>3</sup> An dieser Stelle setzt das aktuelle Urteil des BGH an. Im entschiedenen Fall hatte der geschädigte Verkehrsbetrieb vorausschauend in seinen Verträgen mit den (später enttarnten) Kartellanten eine Klausel aufgenommen, nach der bei wettbewerbswidrigen Abreden „5 v. H. der Abrechnungssumme als pauschalierte[r] Schadensersatz an den Auftraggeber zu zahlen [ist], es sei denn, dass ein Schaden anderer Höhe nachgewiesen wird.“

### **BGH: Pauschalierter Schadensersatz in AGB für Kartellrechtsverstöße stellt keine unangemessene Benachteiligung dar**

Der BGH prüfte die Klausel anhand des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Danach ist eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie die andere Vertragspartei unangemessen benachteiligt. Dies, so der BGH, sei insbesondere dann der Fall, wenn der Verwender versuche, missbräuchlich seine eigenen Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen, ohne dessen Interessen gebühlich zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzubilligen. Der BGH verneinte diese Voraussetzungen bei der streitigen Klausel.

Zur Bewertung der Klausel zog der BGH Prinzipien aus dem AGB-Recht betreffend Verbraucherverträge heran. Dort dürfen Schadenspauschalen den normalerweise eintretenden, branchentypischen Durchschnittsschaden nicht übersteigen. Außerdem muss einem Verbraucher stets der Nachweis offenstehen, dass tatsächlich ein geringerer Schaden als der pauschalierte Schaden entstanden ist. Anknüpfend an frühere Rechtsprechung entschied der BGH, dass diese Leitlinien auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr gültig sind. Die Möglichkeit des Nachweises eines geringeren Schadens müsse im Unternehmensverkehr aber nicht ausdrücklich in die Klausel mit aufgenommen werden. Sie dürfe nur nicht ausgeschlossen sein.

### **Bei Kartellschäden ist ein pauschalierter Schaden von 5 bis 15 % zulässig**

Der rechtlich ersatzfähige Schaden eines Kartellgeschädigten errechnet sich grundsätzlich aus der Differenz zwischen tatsächlich bezahltem Preis und einem hypothetischen Preis, der ohne kartellrechtswidriges Verhalten hätte bezahlt

---

<sup>2</sup> BGH, Urte. v. 28.01.2020 – KZR 24/17 (Schienerkartell II).

<sup>3</sup> Schadensschätzung z.B. in LG Dortmund, Urte. v. 30.09.2020 – 8 O 115/14 (Kart), kritisch dazu Thole, NZKart 2021, 5.

---

## **BGH gestattet Schadenspauschalierungen in AGB in Höhe von bis zu 15% bei Kartellrechtsverstößen**

werden müssen. Der BGH erkennt in seiner Entscheidung an, dass die Schadensermittlung anhand dieser Formel mit erheblichen Unsicherheiten verbunden ist, so dass für den Geschädigten und Verwender der Klausel „*eine zuverlässige Ermittlung eines branchenüblichen Durchschnittsschadens typischerweise nicht gelingen könn[e]*“. Der BGH folgert daraus, dass für die Höhe einer zulässigen Schadenspauschale für Kartellrechtsverstöße „*ein den Eigenarten der Bemessung und Abschätzung eines Kartellschadens angepasster Maßstab*“ anzulegen sei. Weder seien bei wettbewerbswidrigen Absprachen Schäden einer Pauschalierung generell unzugänglich, noch könne bei der Prüfung von Pauschalierungsklauseln auf die Untersuchung verzichtet werden, ob der aufgerufene pauschalierte Schaden im Rahmen dessen liege, mit dem im Allgemeinen zu rechnen sei.

Wenn es keine empirischen Erkenntnisse zum erwartbaren Schaden in der betroffenen Branche gibt, kann der Kartellgeschädigte nach dem BGH auf entsprechenden Vortrag verzichten. Der branchentypische Durchschnittsschaden sei dann durch „*Bezugnahme auf ökonomisch fundierte allgemeine Analysen kartellbedingter Preisaufschläge*“ zu ersetzen. Anhand von ökonomischen Marktstudien entschied der BGH, dass die in Streit stehende 5%-Pauschale innerhalb des ermittelten Rahmens kartellbedingter Preisaufschläge lag. Der BGH stellte im Rahmen seiner Diskussion ferner fest, dass auch Pauschalierungen bis zu 15 % des tatsächlich bezahlten Preises zulässig sein könnten.

### **Der Beklagte muss einen geringeren Schaden nachweisen**

Dem beklagten Kartellanten bleibt stets die Möglichkeit, einen niedrigeren Schaden als die vereinbarte Pauschale nachzuweisen. Allerdings trägt er hierfür nun die Beweislast. Dabei kann sich der Kartellant auch weiterhin darauf berufen, dass der Kläger den Preisaufschlag ohne eigenen Verlust an seine Kunden weitergereicht hat (sog. *passing-on*).

### **Überschaubare Auswirkungen auf die Praxis?**

Es bleibt abzuwarten, ob die Vereinbarung einer Schadenspauschalierung Kartellschadensersatzklagen in Zukunft tatsächlich vereinfacht. Kartellbeteiligte können sich weiterhin mit dem Argument verteidigen, dass im Einzelfall tatsächlich kein oder nur ein niedrigerer Schaden angefallen ist und hierzu detaillierte ökonomische Analysen vorlegen. Hiermit müssen sich Kläger trotz Schadenspauschalierung weiterhin auseinandersetzen. Ihnen ist jedoch – sofern die Pauschalierungsklausel die Angemessenheitsprüfung besteht – die Bürde genommen, selbst einen bestimmten Schaden im Detail aufzuzeigen.

**Ihr Willkie-Team berät Sie gerne zu diesem Thema!**

---

## BGH gestattet Schadenspauschalierungen in AGB in Höhe von bis zu 15% bei Kartellrechtsverstößen

If you have any questions regarding this client alert, please contact the following attorneys or the Willkie attorney with whom you regularly work.

---

**Matthias Schrader**

+49 69 7930 2244

mschrader@willkie.com

**Dr. Johannes Schmidt**

+49 69 7930 2245

jschmidt@willkie.com

**Svenja Wachtel**

+49 69 7930 2275

swachtel@willkie.com

**Dr. Marc Dietrich**

+49 69 7930 2128

mdietrich@willkie.com

**Dr. Jens-Olrik Murach**

+32 2 290 1827

jmurach@willkie.com

**Aurel Hille**

+49 69 7930 2145

ahille@willkie.com

Copyright © 2021 Willkie Farr & Gallagher LLP.

This alert is provided by Willkie Farr & Gallagher LLP and its affiliates for educational and informational purposes only and is not intended and should not be construed as legal advice. This alert may be considered advertising under applicable state laws.

Willkie Farr & Gallagher LLP is an international law firm with offices in New York, Washington, Houston, Palo Alto, San Francisco, Chicago, Paris, London, Frankfurt, Brussels, Milan and Rome. The firm is headquartered at 787 Seventh Avenue, New York, NY 10019-6099. Our telephone number is (212) 728-8000 and our fax number is (212) 728-8111. Our website is located at [www.willkie.com](http://www.willkie.com).