

Newsletter, 31. Mai 2021

## Schiene VI: Rückenwind für Pauschalisierungsklauseln

Der Bundesgerichtshof stärkt Klägern in kartellrechtlichen follow-on-Schadensersatzklagen erneut den Rücken: Bei der Beurteilung von vertraglichen Pauschalisierungsklauseln für Kartellschäden ist künftig ein kartellspezifischer Maßstab anzulegen

In seinem mittlerweile sechsten wegweisenden Urteil im Zusammenhang mit dem deutschen Schienenkartell befasste sich der Bundesgerichtshof („BGH“) jüngst mit Schadenspauschalisierungsklauseln für Kartellverstöße. Nach Ansicht des Gerichtshofs sind solche Klauseln in Höhe von bis zu 15% der Auftragssumme (im konkreten Fall: 5%) zulässig. Auch wenn der BGH das der Revision zugrundeliegende Urteil des KG Berlin letztlich zur erneuten Verhandlung an das Instanzgericht zurückverwies, kann das Urteil als klägerfreundlich angesehen werden und wird die Durchsetzung privatrechtlicher Schadensersatzklagen in Kartellfällen weiter erleichtern.

### Sachverhalt

Im Juli 2013 verhängte das Bundeskartellamt gegen die Mitglieder des Schienenkartells Bußgelder in Millionenhöhe. Die Kartellanten – Hersteller und Händler von Schienen, Weichen und Schwellen – hatten von 2001 bis 2011 Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen in Ausschreibungsverfahren praktiziert.

In einer Reihe von Urteilen in sog. follow-on-Schadensersatzklagen im Nachgang zum Schienenkartell erteilte der BGH daraufhin seit 2018 zahlreiche sog. „Segelanweisungen“ zu wichtigen Rechtsfragen im Kartellschadensersatzrecht wie dem Beweismaß für die Entstehung kartellbedingter Schäden (Aufgabe des Anscheinsbeweises in *Schiene I*<sup>1</sup>, stattdessen tatsächliche Vermutung in *Schiene II*<sup>2</sup>), die gesamtschuldnerische Haftung der Kartellteilnehmer (*Schiene III*<sup>3</sup>), Preisschirmeffekte sowie die „pass-on defence“ in Fällen der Schadensweiterwälzung (*Schiene IV*<sup>4</sup> und *V*<sup>5</sup>).

Im kürzlich veröffentlichten *Schiene VI*<sup>6</sup>-Urteil entscheidet der BGH über eine Klage der Be-

treiberin des Berliner ÖPNV, die im Kartellzeitraum von der Beklagten in mehreren Fällen Gleisoberbaumaterialien erworben hatte. Diesen Erwerbsvorgängen zugrunde lag ein Vertrag einschließlich Allgemeiner Geschäftsbedingungen („AGBs“), die eine Pauschalisierungsklausel vorsahen, wonach im Falle einer Wettbewerbsbeschränkung durch kartellrechtswidriges Verhalten von der Auftragnehmerin (hier: die Beklagte) eine Schadenspauschale in Höhe von 5% der Abrechnungssumme an die Auftraggeberin (hier: die Klägerin) zu zahlen sein.

Auf Grundlage dieser Klausel sprach das Berufungsgericht der Klägerin einen Schadensersatzanspruch in Höhe von rund EUR 26.000 zu. Der BGH hält diese Entscheidung im Wesentlichen aufrecht, weist das Urteil aber dennoch zur erneuten Entscheidung an das KG zurück, da das Instanzgericht bei der Beurteilung der Frage, ob die Klägerin möglicherweise keinen oder einen geringeren Schaden als in der Pauschalisierungsklausel vorgesehen erlitten hat, einen falschen Beweismaßstab angelegt hat.

### Rechtmäßigkeit der Pauschalisierungsklausel

Der BGH hält die in Rede stehende Pauschalisierungsklausel für rechtmäßig, da sie nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung der Beklagten führt. Im Rahmen der Interessenabwägung geht der BGH auf die Besonderheiten und Funktionen von Kartellschadensersatzklagen ein, konkret auf:

- die Schwierigkeiten der Bemessung der Höhe von Kartellschäden angesichts der Vielzahl der diese beeinflussenden Faktoren sowie ein Informationsdefizit der Klägerin diesbezüglich;
- den Beitrag der Klausel zu einem effektiven zivilrechtlichen Sanktionssystem mit spürbarer Abschreckungswirkung bei Kartellverstößen

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 11.12. 2018, [KZR 26/17](#).

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 28.1.2020, [KZR 24/17](#);  
siehe [Commeo Newsletter](#) aus März 2020.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 19.5.2020, [KZR 70/17](#).

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 19.5.2020, [KZR 8/18](#).

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 23.9.2020, [KZR 4/19](#).

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 10.2.2021, [KZR 63/18](#).

durch Verringerung von Zeitaufwand und Kosten bei der Ermittlung der Schadenshöhe;  
- die weniger schutzwürdigen Interessen der Beklagten, durch deren unredlichen Kartellverstoß überhaupt erst Aussagen zur Schadenshöhe getroffen werden müssen.

### *Pauschalisierungsklauseln in Höhe von 15% – Bezugnahme auf ökonomische Meta-Studien*

Der BGH betont, das nach allgemeinen AGB-rechtlichen Grundsätzen eine rechtmäßige Pauschalisierungsklausel nicht den Schaden übersteigen darf, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten ist. Hierbei komme es regelmäßig auf den branchentypischen Durchschnittsschaden an, der von der Klägerin darzulegen ist. Zur Prüfung der zulässigen Höhe der Schadenspauschale in Kartellschadensersatzverfahren sei indes ein an die Eigenarten der Bemessung und Abschätzung eines Kartellschadens *angepasster Maßstab* anzulegen: Es bedarf bei der Beurteilung der Klausel daher jedenfalls dann, wenn es an hinreichenden empirischen Erkenntnissen für eine branchentypische Schadenshöhe fehlt, keiner Darlegung eines branchentypischen Durchschnittsschadens durch die Klägerin. Stattdessen reiche ein Verweis auf ökonomische Meta-Studien wie die 2009 von der EU Kommission in Auftrag gegebene *Oxera-Studie* zu durch Kartellabsprachen verursachte Preiserhöhungen aus.

Nach diesen Maßstäben sei die im zugrundeliegenden Fall verwendete Pauschalisierungsklausel in Höhe von 5% der gesamten Auftragssumme zulässig. In einem *obiter dictum* befindet der BGH sogar Klauseln in Höhe von bis zu 15% der Auftragssumme zulässig.

### *Geringerer Schaden als die Pauschale – Beweismaß für die Beklagte*

Die pauschalierte Schadenshöhe müsse nach dem BGH nach den bei Vertragsschluss zur Verfügung stehenden Erkenntnissen gleichermaßen mit der Gefahr einer Über- wie einer Unterkompensation des Schadens verbunden sein. Zugleich darf es der Kartellantin nicht verwehrt sein, nachzuweisen, dass kein oder nur ein geringerer Schaden als die vereinbarte Pauschale entstanden ist. Für diesen Nachweis müssen nach dem BGH dabei die gleichen Maßstäbe für die beweisbelastete Kartellantin gelten, die in der bisherigen Schienen-Rechtsprechung für eine Klägerin aufgestellt wurden, die darlegen will, dass ein kartellbedingter Schaden überhaupt entstanden ist. Insbesondere gilt das erleichterte Beweismaß des § 287 ZPO.

### *Kommentar*

Die Schienen-Saga geht weiter. Das jüngste Urteil des BGH reiht sich in dessen insgesamt klägerfreundliche Rechtsprechung in kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren ein. Indem er einen weniger strengen, kartell-spezifischen Maßstab bei der Beurteilung der Pauschalisierungsklauseln anlegt als in „normalen“ Verfahren, zollt der BGH den Besonderheiten kartellrechtlicher follow-on-Klagen Tribut und damit auch dem Willen des deutschen und europäischen Gesetzgebers, die zivilrechtliche Verfolgung dieser Schadensersatzklagen weiter zu vereinfachen.

In Anbetracht dieses Urteils werden zukünftig nicht nur Kunden gehalten sein, eine Schadenspauschale in ihre Lieferverträge hinein zu verhandeln. Durch die Bezugnahme des BGH auf ökonomische Meta-Studien – die von Klägern oft zur Bemessung der Schadenshöhe bemüht werden – könnte das Urteil auch Auswirkungen auf andere anhängige Kartell-Schadensersatzverfahren ohne solche Klauseln haben. Zu beachten ist allerdings, dass die Bezugnahme des BGH auf derartige Studien lediglich im Rahmen der AGB-rechtlichen Interessenabwägung erfolgt. Die Beurteilung der tatsächlichen Zuordnung von Kartellschäden unterliegt dagegen anderen Kriterien. So müssen Gerichte im Rahmen der Beweiswürdigung zur Frage der Schadenshöhe stets die Umstände des Einzelfalles berücksichtigen. Ein schlichtes Berufen der Klägerinnen auf Meta-Studien wird ihnen hierbei wohl nicht weiterhelfen.



Franziska Lange-Schlüter



Christoph Weinert

#### **COMMEO Rechtsanwälte PartGmbH**

Rechtsanwälte und Notar  
Speicherstraße 55  
D-60327 Frankfurt am Main  
[www.commeo-law.com](http://www.commeo-law.com)

COMMEO ist eine auf die Beratung im Kartellrecht spezialisierte Kanzlei in Frankfurt am Main. Als gewachsenes Team erfahrener Anwälte beraten wir nationale und internationale Mandanten in allen Fragen des deutschen und europäischen Kartellrechts.

*Diese Veröffentlichung wurde ausschließlich zu Informationszwecken erstellt. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und stellt keine Rechtsberatung dar. Jegliche Haftung im Zusammenhang mit der Nutzung der Informationen sowie ihrer Richtigkeit wird ausgeschlossen.*