

JÖRN CHRISTIAN KRAMER

Die vertragliche
Pauschalierung von
Kartellschäden

Beiträge zum Kartellrecht

23

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

23



Jörn Christian Kramer

Die vertragliche Pauschalierung von Kartellschäden

Zugleich eine Untersuchung zur
gesamtschuldnerischen Haftung der
Kartellbeteiligten

Mohr Siebeck

Jörn Christian Kramer, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft in Münster; LL.M., University of the West of England in Bristol; Wissenschaftlicher Mitarbeiter in verschiedenen internationalen Wirtschaftskanzleien; Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie deutsches und internationales Unternehmens-, Wirtschafts- und Kartellrecht der Universität Düsseldorf; Rechtsreferendariat im Bezirk des OLG Düsseldorf; 2022 Promotion und Zweite juristische Staatsprüfung.
orcid.org/0000-0001-5544-933X

Zugl.: Düsseldorf, Heinrich-Heine-Universität, Diss., 2021.

D61

ISBN 978-3-16-161648-8 / eISBN 978-3-16-161948-9

DOI 10.1628/978-3-16-161948-9

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Sommersemester 2021 als Dissertation angenommen. Die Disputation fand im März 2022 statt. Für die Veröffentlichung konnten Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich September 2022 berücksichtigt werden.

Ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale). Seine fortwährende Unterstützung und die stets hilfreichen Anmerkungen, Ratschläge und Diskussionen haben maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Besonders möchte ich mich zudem für die ausgesprochen angenehme Zeit an seinem Lehrstuhl und die wertvollen Erfahrungen bedanken, die ich währenddessen sammeln durfte. Herrn Prof. Dr. Dirk Looschelders danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gilt darüber hinaus allen, die mich bei der Durchsicht und Korrektur der Arbeit unterstützt haben, deren namentliche Nennung an dieser Stelle den Rahmen sprengen würde. Ganz besonders hervorheben möchte ich aber Herrn Dr. Philipp Elixmann, der sich dem gesamten Text mit unermüdlichem Einsatz gewidmet und mir mit vielen hilfreichen Hinweisen zur Seite gestanden hat. Im Übrigen möchte ich insbesondere Herrn Dr. Patrick Hauser und Herrn Jun.-Prof. Dr. Jannik Otto für die zahlreichen und wertvollen Diskussionen danken. Mein Dank gilt zudem allen weiteren Kolleginnen und Kollegen vom Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale), die mir nicht nur fachlich sondern vor allem auch persönlich zur Seite standen. Dank Euch wird mir die Zeit am Lehrstuhl in außerordentlich guter Erinnerung bleiben.

Dem Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e.V. danke ich für die Zuerkennung des Förderpreises, dem Düsseldorfer Institut für Kartellrecht für die Verleihung des von der Kanzlei Herbert Smith Freehills LLP gestifteten Promotionspreises für herausragende wissenschaftliche Leistungen im Bereich Kartellrecht 2022. Herrn Prof. Dr. Michael Kling und Herrn Prof. Dr. Stefan Thomas danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe.

Von ganzem Herzen danke ich schließlich meinen Eltern Jan und Birgit Kramer, die mich auf meinem gesamten Lebensweg in jeder Hinsicht unterstützt haben, sowie meiner lieben Lea, die mir in der gesamten Zeit unerschütterlichen Rückhalt gegeben hat. Eure fortwährende Unterstützung hat die Entstehung dieser Arbeit erst möglich gemacht.

Düsseldorf, im September 2022

Jörn Kramer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Kapitel 1: Einführung	1
A. Einleitung	1
B. Problemstellung	2
C. Gang der Untersuchung	4
Kapitel 2: Grundlagen und Einordnung des Untersuchungsgegenstandes	7
A. Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch	7
I. Bedeutung und Funktion des zivilrechtlichen Schadensersatzes im kartellrechtlichen Gesamtsystem	7
II. Der Anspruch aus § 33a GWB	15
III. Die Schadensermittlung im Kartellrecht	22
1. Grundlagen	22
2. Berechnung des Schadensumfangs	25
a) Vergleichsmarktmethoden i. e. S.	26
aa) Zeitlicher Vergleich	27
bb) Räumlicher und sachlicher Vergleich	29
cc) Ergänzung des zeitlichen Vergleichs um weitere Vergleichsmärkte	30
dd) Praktische Umsetzung der Vergleichsmarktmethoden: Techniken zum Vergleich der ermittelten Vergleichsdaten.	31
b) Abstrakte Berechnungsmethoden	33
aa) Strukturbezogene Marktsimulation	34
bb) Finanzdatenbasierte Verfahren	35
(1) Kostenmethode	35
(2) Finanzgestützte Methoden	36
c) Alternative Ermittlungsmöglichkeiten des hypothetischen Wettbewerbspreises	37

aa) Konkrete Anhaltspunkte in der Kartellvereinbarung	38
bb) Freie Schätzung eines (Mindest-)Schadens nach § 287 ZPO	39
d) Zusammenfassende Bewertung	42
3. Beschaffung der notwendigen Informationen	44
a) Informationslage der Geschädigten in Kartellfällen	45
b) Informationsansprüche gegen die Kartellbeteiligten und Dritte aus § 33g Abs. 1 GWB	46
aa) Tatbestandliche Voraussetzungen	46
bb) Ausschlussgründe	48
c) Akteneinsicht und Offenlegung von Beweismitteln	49
aa) Tatbestandliche Voraussetzungen	49
bb) Einschränkungen und Ausschlussgründe	50
cc) Zusammenfassende Bewertung	50
4. Zwischenergebnis	51
B. Die vertragliche Pauschalierung von Kartellschäden	53
I. Die Rechtsfigur des pauschalierten Schadensersatzes	53
1. Entwicklung des Rechtsinstituts	53
2. Wesen und Funktion der Schadenspauschalierung	56
3. Negative Abgrenzung	60
a) Vertragsstrafe	61
aa) Charakteristika der Vertragsstrafe	61
bb) Abgrenzung zur Schadenspauschalierung	62
b) Garantieverprechen	65
c) Zusammenfassung	66
II. Die Pauschalierung von Kartellschäden	67
1. Praktische Relevanz	67
2. Rechtliche Einordnung	68
a) Allgemeine Überlegungen	69
b) Abgrenzung zum Garantieverprechen	70
c) Abgrenzung zur Vertragsstrafe	72
d) Zusammenfassung der Ergebnisse	74
3. Tatbestand und Rechtsfolgen der Schadenspauschalierung	75
a) Tatbestandliche Voraussetzungen	77
aa) Wettbewerbsbeschränkung	77
bb) Dem Grunde nach bestehender Schadensersatzanspruch	80
cc) Zwischenergebnis	85
b) Rechtsfolgen	86
aa) Pauschalierung des Kartellschadens	86
bb) Zinsanspruch	92

Kapitel 3: Rechtliche Wirksamkeit der Vereinbarung von Schadenspauschalierungen	97
A. AGB-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen	98
I. Anwendbarkeit des AGB-Rechts	98
II. Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB	99
1. Maßstab der AGB-Kontrolle	99
2. Die Wertungen des § 309 Nr. 5 BGB	106
a) § 309 Nr. 5 lit. a) BGB	106
aa) Konfliktlinien in der kartellrechtlichen Rechtsprechung.	106
bb) Würdigung	108
(1) Keine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles	109
(2) Für den Verwender spezifische Umstände	111
(3) Branchenübergreifende Erkenntniswerte	114
(4) Differenzierungsobliegenheit zwischen verschiedenen Kartellverstößen	117
(5) Die Höhe des „gewöhnlicherweise zu erwartenden Schadens“ (a) Hardcore-Verstöße	122
(b) Sonstige Kartellverstöße	127
cc) Darlegungs- und Beweislast	128
(1) Konfliktlinien in Literatur und Rechtsprechung	128
(2) Stellungnahme	131
b) § 309 Nr. 5 lit. b) BGB	138
3. Interessenabwägung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	141
a) Berücksichtigung sonstiger Interessen und Wertungen	141
aa) Allgemeininteressen	142
bb) Interessen Dritter	146
cc) Berücksichtigung besonderer Nachfragemacht	150
b) Interessen der Vertragsparteien	151
aa) Interessen des Verwendungsgegners	151
bb) Interessen des Verwenders	155
cc) Abwägung	158
c) Gewohnheiten und Bräuche des Handelsverkehrs	162
4. Gesamtwürdigung	166
III. Ergebnis	169
B. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	170
I. Marktbeherrschende Stellung	171
II. Missbrauch	171
1. Prüfungsmaßstab des Konditionenmissbrauchs	172
2. Der Konditionenmissbrauch bei Verwendung rechtswidriger AGB a) Konfliktlinien in Literatur und Rechtsprechung	177
aa) Literatur	177

bb) Rechtsprechung	180
b) Würdigung	182
3. Schlussfolgerungen für die Pauschalierung von Kartellschäden	186
Kapitel 4: Auswirkungen der Schadenspauschalierung auf die Gesamtschuld	191
A. Die gesamtschuldnerische Haftung im Kartellrecht	191
I. Die gesamtschuldnerische Haftung nach § 33d GWB	191
II. Die Haftung im Außenverhältnis, § 33d Abs. 1 GWB	192
III. Der Innenausgleich zwischen den Kartellanten	193
1. Grundlagen des Innenregresses nach § 33d Abs. 2 GWB	193
2. Zweck und Zielsetzung des Innenregresses	196
a) Dogmatische Grundlage	196
b) Folgen für den kartellrechtlichen Innenregress	199
B. Auswirkungen der Schadenspauschalierung auf das Gesamtschuldverhältnis	205
I. Der Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses	206
II. Drittwirkung schuldrechtlicher Vereinbarungen im allgemeinen Zivilrecht	213
1. Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis	213
2. Drittwirkung haftungsbeschränkender Vereinbarungen	215
a) Drittwirkung von Haftungsbeschränkungen im Transportrecht	215
aa) Haftungsbeschränkungen zulasten Dritter in der früheren Rechtsprechung	216
bb) Rezeption in der Literatur	217
cc) Normative Anknüpfung in HGB und CMR	221
dd) Dogmatische Rechtfertigung	224
b) Einordnung und Konsequenzen für die Drittwirkung der Schadenspauschalierung	227
3. Drittwirkungen im Gesamtschuldverhältnis	229
a) Vorherige Haftungsbefreiungen und -beschränkungen	229
aa) Die Grundsätze des „gestörten Gesamtschuldner- ausgleichs“	229
bb) Einordnung und Konsequenzen für die Drittwirkung schadenspauschalierender Vereinbarungen	236
b) Nachträgliche Haftungsbefreiungen und -beschränkungen: Wirkungen von Erlass und Vergleich	238
aa) Erlass	239
bb) Besonderheiten des Vergleichs	242
(1) Allgemeine Grundsätze	242

(2) Besonderheiten im Kartellschadensersatzrecht	245
cc) Einordnung und Konsequenzen für die Drittwirkung schadenspauschalierender Vereinbarungen	246
III. Schlussfolgerungen für die Schadenspauschalierung	247
1. Der Ausgleichsanspruch des durch die Pauschale gebundenen Vertragspartners des Geschädigten	248
a) Der Pauschbetrag als Grundlage des Ausgleichsanspruchs im Innenverhältnis	248
aa) Auslegung der Schadenspauschalierung	249
bb) Interessenlage und gesetzliche Wertungen	253
(1) Die betroffenen Interessen im kartellrechtlichen Innenregress	253
(2) Die Wertungen des § 33f GWB und der Kartellschadens- ersatzrichtlinie	254
(3) Die Privatautonomie der Gesamtschuldner	257
(4) Die „Richtigkeitsgewähr“ der Pauschalierung	261
cc) Zurechnungstatbestand	265
(1) Objektiver Zurechnungsgrund	265
(a) Die Abhängigkeit des Kartellschadens vom fremden Vertragsverhältnis	266
(b) Der pauschalierte Schaden als zurechenbare Schadensposition	267
(2) Subjektiver Zurechnungsgrund	271
dd) Normative und dogmatische Einordnung	273
b) Nachweis eines geringeren Schadens	276
c) Kein Vertrag zu Lasten Dritter i.e.S.	277
d) Konkrete Schlussfolgerungen im Einzelnen	281
aa) Submissionskartelle und vergleichbare Kartellverstöße	282
bb) Rechtskraftwirkung etwaiger Vorprozesse	283
cc) Individual- und formularvertragliche Vereinbarungen	284
dd) Folgen eines fehlenden Zurechnungsgrundes	285
e) Zusammenfassung der Ergebnisse	287
2. Auswirkungen im Außenverhältnis zwischen den Kartellanten und dem Geschädigten	288
a) Sachlich-gegenständliche Reichweite der Pauschalierung im Gesamtschuldverhältnis	288
b) Persönliche Reichweite der Pauschalierung im Gesamtschuldverhältnis	290
c) Erlasswirkung der Schadensersatzpauschalierung	291
aa) Auslegung der Vereinbarung	292
bb) Folgen des Erlasses für die übrigen Gesamtschuldner	294
3. Der Ausgleichsanspruch der übrigen Gesamtschuldner gegen den Vertragspartner des Geschädigten	296

a) Der Innenregress hinsichtlich des unmittelbar aus dem von der Schadenspauschalierung erfassten Vertrages stammenden Schadens	296
b) Innenregress bei Schäden aus eigenen Verträgen der übrigen Gesamtschuldner	299
4. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	300
 Kapitel 5: Zusammenfassung der Ergebnisse	 303
A. Die Schadenspauschalierung im Kartellrecht	303
B. Voraussetzungen für die Wirksamkeit kartellrechtlicher Pauschalierungsvereinbarungen	304
I. AGB-rechtliche Maßgaben	304
II. Kartellrechtliche Maßgaben	306
C. Auswirkungen der Schadenspauschalierung im Gesamtschuldverhältnis	306
I. Der Ausgleichsanspruch des durch die Pauschale gebundenen Vertragspartners des Geschädigten	307
II. Die Auswirkungen im Außenverhältnis zwischen den (übrigen) Kartellanten und dem Geschädigten	308
III. Der Ausgleichsanspruch der übrigen Gesamtschuldner gegen den Vertragspartner des Geschädigten	308
 Literaturverzeichnis	 311
Stichwortverzeichnis	333

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
GAin	Generalanwältin
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne des/der
i.R.d.	im Rahmen des/der
Lfg.	Lieferung
sog.	sogenannt/sogenannte
Teilbd.	Teilband

Im Übrigen folgen die Abkürzungen Kirchner (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 10. Aufl. 2021.

Kapitel 1

Einführung

A. Einleitung

Die private Durchsetzung des Kartellrechts durch Schadensersatzklagen hat seit der wegweisenden Entscheidung des EuGH in *Courage*¹, infolge derer das „private enforcement“ als zweite Säule neben das „public enforcement“ getreten ist, zunehmend an Bedeutung gewonnen. Auch der deutsche Gesetzgeber hat in Umsetzung der Europäischen Schadensersatzrichtlinie² im Rahmen der 9. GWB-Novelle die rechtliche Ausgangssituation für die private Durchsetzung von Kartellschadensersatzklagen erneut verbessert. Trotz der zunehmenden Zahl privater Kartellschadensersatzklagen sind bisher allerdings kaum konkrete Leistungsurteile ergangen. Stattdessen hat sich die Rechtsprechung bisher überwiegend auf den Erlass von Grundurteilen beschränkt, ohne eine konkrete Schadenshöhe als Schadensersatz zuzusprechen.³

Dies kann ganz überwiegend der Tatsache zugeschrieben werden, dass der Schadensnachweis die Geschädigten des Kartells weiterhin vor erhebliche Probleme stellt. Schon in tatsächlicher Hinsicht besteht insoweit typischerweise ein Informationsdefizit zulasten der Geschädigten. Die Kartellrechtsverletzungen liegen oftmals bereits Jahre oder gar Jahrzehnte zurück und die konkreten Vereinbarungen und Absprachen der Kartellteilnehmer entziehen sich regelmäßig der Kenntnis der Geschädigten. Um dieser Problematik zu begegnen, sind zwar im Rahmen der 9. GWB-Novelle Auskunftsansprüche geschaffen worden, mit denen das Informationsdefizit der Geschädigten beseitigt oder jedenfalls verringert werden soll. Die konzeptionellen Schwierigkeiten, die bei der Schadensbestimmung bestehen, sind damit jedoch nicht aus der Welt geschafft. Denn die Ermittlung der durch den Kartellverstoß eingetretenen Nachteile ist stets von einer schwierigen hypothetischen Betrachtung der Preisentwicklung ohne den Kartellverstoß abhängig. Gerade durch den bei

¹ EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, WuW/E EU-R, 479 – *Courage*.

² Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/1 (im Folgenden: Richtlinie 2014/104/EU).

³ Vgl. auch *Kersting*, WuW 2020, 630; anschaulich dazu *Rengier*, 'Cartel Damages Actions in German Courts: What the Statistics Tell Us' (2020) 11 *Journal of European Competition Law & Practice* 72, 75. Über die dort aufgeführten Entscheidungen hinaus hat seitdem, soweit ersichtlich, lediglich das LG Dortmund eine konkrete Schadenssumme zugesprochen, siehe LG Dortmund, Urt. v. 30.09.2020 – 8 O 115/14, WuW 2020, 619.

dieser Betrachtung notwendigen Vergleich mit einem kontrafaktischen Referenzszenario ist und bleibt die Berechnung der Schadenshöhe daher eine der größten Hürden der privaten Kartellrechtsdurchsetzung.⁴

In Anbetracht dessen haben zunächst vor allem öffentliche Auftraggeber versucht, die Probleme beim Schadensnachweis zu umgehen, indem Auftragnehmer und Lieferanten im Falle von Kartellrechtsverstößen zur Zahlung von vorab pauschalieren Beträgen verpflichtet werden. Mittlerweile haben entsprechende Klauseln aber zunehmend auch Eingang in die Kautelarpraxis privater Abnehmer und Auftragnehmer gefunden. Es überrascht daher nicht, dass diese in der jüngeren Vergangenheit regelmäßig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen geworden sind. Da der Gesetzgeber auch im Rahmen der 10. GWB-Novelle davon abgesehen hat, eine gerichtliche (Mindest-)Schadensschätzung zu schaffen, dürfte sich diese Entwicklung auch in Zukunft fortsetzen. Die Möglichkeit der freien richterlichen Schadensschätzung nach § 287 ZPO, die jüngst durch ein Urteil des LG Dortmund weiteren Auftrieb erhalten hat,⁵ verspricht zwar eine Erleichterung der Anspruchsdurchsetzung durch die Geschädigten. Auch die gerichtliche Schätzung bleibt aber notwendigerweise mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet. Zudem hat sich eine einheitliche Handhabung diesbezüglich in der Rechtsprechung bisher nicht herausgebildet. Auch in Anbetracht der zunehmend freieren Schätzung von Kartellschäden steht daher nicht zu erwarten, dass diese sich als gleichwertigen Ersatz zur Vereinbarung vertraglicher Schadenspauschalierungen erweisen wird. Es kann vielmehr erwartet werden, dass die praktische Relevanz der Rechtsfragen, die sich rund um die vertragliche Pauschalierung von Kartellschäden stellen, im Laufe der nächsten Jahre an Bedeutung gewinnen wird.

B. Problemstellung

Vor diesem Hintergrund sind die rechtlichen Voraussetzungen und Implikationen von Vereinbarungen zur Pauschalierung von Kartellschäden in praktischer Hinsicht von zunehmender Bedeutung.

Für die vertragliche Praxis stellt sich insofern zunächst maßgeblich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Schadenspauschalierung überhaupt wirksam vereinbart werden kann. Von besonderer Relevanz ist diese Problematik angesichts der Tatsache, dass die Pauschalierung regelmäßig nicht individualvertraglich, sondern im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen erfolgt. Über die allgemeinen zivilrechtlichen Grenzen privatautonomer Vertragsgestaltung hinaus sind den Vereinbarungen daher in der Regel durch die AGB-rechtlichen Vorschriften Grenzen gesetzt.

⁴ Thomas, in: Oberender, Private und öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung (2012), S. 55, 67; Weitbrecht, WuW 2015, 959, 966.

⁵ LG Dortmund, Urt. v. 30.09.2020 – 8 O 115/14, WuW 2020, 619.

Dabei soll auch ein weiterer Aspekt Berücksichtigung finden, der in Rechtsprechung und Schrifttum bisher allenfalls am Rande Beachtung gefunden hat: Bei den Unternehmen, die entsprechende Vereinbarungen in den Vertrag einführen, handelt es sich in der Praxis vielfach auch um marktmächtige Unternehmen. Sofern diese – gegebenenfalls unter Verstoß gegen die AGB-rechtlichen Vorschriften – den Vertragschluss von der Vereinbarung offensichtlich unangemessener Pauschalierungsklauseln abhängig machen, lässt sich daher auch die Frage stellen, ob darin zugleich ein Konditionenmissbrauch i. S. d. § 19 GWB oder Art. 102 AEUV zu sehen ist.

Die Kartellbeteiligten haften zudem nach § 33d GWB i. V. m. §§ 830, 840 BGB den Geschädigten gegenüber stets als Gesamtschuldner. Einerseits steht es daher dem Geschädigten frei, jeden der Beteiligten nach seiner Wahl auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Andererseits steht dem in Anspruch genommenen Gesamtschuldner, der auf die Forderung des Geschädigten leistet, ein Ausgleichsanspruch gegen die übrigen Schuldner aus § 33d Abs. 2 GWB i. V. m. § 426 BGB zu. Während dies im Grunde schon seit jeher anerkannt ist, spielt insbesondere der gesamtschuldnerische Innenausgleich in der gerichtlichen Rechtspraxis bisher eine untergeordnete Rolle. Dies lässt sich zum Teil darauf zurückführen, dass in zeitlicher Hinsicht der Großteil der kartellrechtlichen Schadensersatzklagen erst in den letzten Jahren anhängig geworden und noch nicht endgültig ausgefochten ist. Es ist daher zu erwarten, dass der gesamtschuldnerische Innenausgleich in Zukunft an Bedeutung gewinnen wird. Der gesamtschuldnerische Innenausgleich hat aber im Zusammenhang mit der gesamtschuldnerischen Haftung für Kartellschäden auch deshalb einen schweren Stand, weil er für den Anspruchsteller in prozessualer und tatsächlicher Hinsicht mit Schwierigkeiten verbunden ist. Vor allem die Bestimmung der jeweiligen Haftungsanteile ist in diesem Zusammenhang noch immer mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet.

Diese Probleme verschärfen sich, wenn der Erstschuldner den Geschädigten auf Grundlage einer vereinbarten Schadenspauschalierung befriedigt. Schließlich ist der Ausgleichsberechtigte im Hinblick auf den eingetretenen Schaden darlegungs- und beweisbelastet. Das stellt ihn aber vor erhebliche Schwierigkeiten, wenn wegen der vereinbarten Schadenspauschale im Erstprozess ein konkreter Schadensnachweis nicht geführt wurde oder nicht geführt werden konnte. Für den ausgleichsberechtigten Erstschuldner würde es daher eine erhebliche Erleichterung darstellen, wenn er im Rahmen der Geltendmachung seiner Ausgleichsansprüche auch auf den (geleisteten) Pauschbetrag zurückgreifen könnte. Es ist daher in praktischer Hinsicht von erheblicher Bedeutung, ob sich ein Regressanspruch auf dieser Grundlage sachlich und dogmatisch rechtfertigen lässt.

Auch abgesehen vom Ausgleichsanspruch des Erstschuldners stellt sich darüber hinaus im komplexen Verhältnis der Gesamtschuldner untereinander und gegenüber dem Geschädigten die Frage, inwieweit sich die von einem Gesamtschuldner vereinbarte Schadenspauschale auch gegenüber den übrigen Schuldnern auswirkt. Das betrifft im Einzelnen sowohl den Anspruch des Geschädigten gegen die übrigen Ge-

samtschuldner als auch deren Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis gegen den durch die Pauschalierung gebundenen Vertragspartner des Geschädigten.

C. Gang der Untersuchung

An diesen Problemstellungen wird sich die Untersuchung im Folgenden orientieren. Im auf die Einführung folgenden zweiten Kapitel werden dazu zunächst die wesentlichen Grundlagen für die weitere Untersuchung gelegt. Dazu wird anfangs der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch in seinen wesentlichen Grundzügen dargestellt und die Bedeutung und die Funktion des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruches insbesondere im Verhältnis zur öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts herausgearbeitet. Zudem werden die Grundlagen der Ermittlung von Kartellschäden dargestellt.

Letztere sind für die folgende Untersuchung in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: Erstens setzt die Schadenspauschalierung im hier untersuchten kartellrechtlichen Zusammenhang in aller Regel einen (gesetzlichen) Kartellschadensersatzanspruch voraus. Zweitens sind der Pauschalierung durch die AGB-rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen insbesondere der Höhe nach Grenzen gesetzt. Dabei wird die Untersuchung ergeben, dass die Schadensermittlung angesichts der bestehenden tatsächlichen und methodischen Schwierigkeiten nach wie vor als die „Schwachstelle“ der privaten Kartellrechtsdurchsetzung angesehen werden kann. Die vertragliche Schadenspauschalierung ist und bleibt für die (potenziell) Geschädigten kartellrechtswidrigen Verhaltens daher ein wertvolles Mittel, um die Durchsetzung ihrer Ansprüche zu sichern.

Im Anschluss werden die Entwicklung und die Einordnung des Rechtsinstituts der Schadenspauschalierung untersucht. Eine zentrale Rolle kommt dabei der Frage zu, anhand welcher Kriterien die rechtliche Qualifizierung der Klausel vorzunehmen ist. In diesem Zusammenhang ist die Schadenspauschalierung insbesondere von der Vertragsstrafe und dem Garantieverprechen abzugrenzen.

Auf dieser Grundlage erfolgt im dritten Kapitel die Untersuchung der Anforderungen, die an die Wirksamkeit der Vereinbarung entsprechender Schadenspauschalierungen zu stellen sind. Während für individualvertragliche Vereinbarungen durch das allgemeine Zivilrecht zunächst nur die relativ weiten Grenzen der §§ 138, 242 BGB gesetzt sind, gelten für die in der Praxis bedeutsamen formularvertraglichen Schadenspauschalierungen die deutlich strengeren Maßgaben des AGB-Rechts. Diese spielen in der gerichtlichen Praxis eine maßgebliche Rolle, sodass sich die vorliegende Untersuchung ebenfalls auf diese konzentrieren wird.

Erforderlich ist in diesem Zusammenhang vor allem eine Untersuchung der Anforderungen des absoluten Klauselverbots nach § 309 Nr. 5 BGB. Angesichts der Tatsache, dass die Pauschalierung von Kartellschäden praktisch ausschließlich im unternehmerischen Verkehr erfolgt, ist diese Betrachtung notwendigerweise in die

Interessenabwägung nach § 307 BGB eingebettet. Daher sind neben den Voraussetzungen des § 309 Nr. 5 BGB insbesondere die Interessen der Vertragsparteien gegenüberzustellen und gegeneinander abzuwägen. Auf dieser Grundlage wird schließlich die bisherige Vertragspraxis einer kritischen Würdigung unterzogen.

Schließlich wird im zweiten Teil des Kapitels untersucht, ob auch das Kartellrecht selbst der Verwendung unangemessener Pauschalierungsklauseln Grenzen setzen kann. Denkbar ist dies jedenfalls dann, wenn es sich beim Verwender der Klausel um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt, das seine Marktmacht dazu missbraucht, offensichtlich überhöhte oder in sonstiger Weise unangemessene Vertragsklauseln gegenüber seinen Vertragspartnern durchzusetzen.

Gegenstand der Untersuchung ist schließlich im vierten Kapitel die zentrale Fragestellung, welche weiteren rechtlichen Folgen die wirksame Pauschalierung des Kartellschadens in Anbetracht der gesamtschuldnerischen Haftung der Kartellbeteiligten nach sich zieht. Dazu werden zunächst vor allem die maßgeblichen Grundlagen der gesamtschuldnerischen Haftung im Allgemeinen sowie speziell im Kartellrecht dargestellt.

Im Schwerpunkt stellt sich in diesem Zusammenhang sodann die Frage, inwieweit sich die vereinbarte Schadenspauschalierung auf den Ausgleichsanspruch des „Erstschuldners“ auswirken kann, der auf Grundlage der Pauschale dem Geschädigten Schadensersatz leistet. Dieser hat ein erhebliches – durchaus berechtigtes – Interesse daran, möglichst auch auf dieser Grundlage im Innenverhältnis gegen seine Mitschuldner vorgehen zu können. In dogmatischer Hinsicht bedarf eine solche weitgehende Wirkung der vertraglichen Pauschalierung allerdings einer besonderen Rechtfertigung. Inwieweit eine solche gelingen kann, soll dabei insbesondere unter Rückgriff auf anerkannte Fallgruppen zu Haftung und Drittwirkungen im Mehrpersonenverhältnis herausgearbeitet werden. Dabei wird vor allem zu klären sein, ob und inwieweit sich eine Drittwirkung der Schadenspauschalierung über das Vertragsverhältnis hinaus mit dem grundsätzlichen „Verbot“ von Verträgen zulasten Dritter in Einklang bringen lässt.

Darauf aufbauend wird im Verhältnis der Gesamtschuldner untereinander und gegenüber dem Geschädigten die Frage geklärt, inwieweit sich die Pauschalierung auf etwaige Ausgleichsansprüche der übrigen Gesamtschuldner gegen den Vertragspartner des Geschädigten sowie im Verhältnis zwischen dem Geschädigten und den übrigen Gesamtschuldner auswirkt.

Die Ergebnisse werden schließlich im fünften Kapitel zusammenfassend dargestellt.

Kapitel 2

Grundlagen und Einordnung des Untersuchungsgegenstandes

A. Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch

Da die Schadenspauschalierung den zugrundeliegenden Schadensersatzanspruch lediglich der Höhe nach pauschaliert,¹ setzt die Geltendmachung der vereinbarten Pauschale stets einen dem Grunde nach bestehenden Schadensersatzanspruch voraus. Im Falle der hier untersuchten Pauschalierung von Kartellschäden liegt dieser regelmäßig im gesetzlichen Schadensersatzanspruch aus § 33a Abs. 1 GWB. Die umfassende Untersuchung der vertraglichen Schadenspauschalierung setzt daher notwendigerweise ein fundiertes Verständnis der dogmatischen Grundlagen, tatbestandlichen Voraussetzungen und der mit der Geltendmachung verbundenen Schwierigkeiten des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruches voraus. Im Folgenden soll daher der gesetzliche Schadensersatzanspruch zunächst in das kartellrechtliche Gesamtsystem eingeordnet (I.) und in seinen Grundzügen dargestellt werden (II.). Im Anschluss werden darüber hinaus die Grundlagen der Entstehung und Berechnung von Kartellschäden erläutert (III.).

I. Bedeutung und Funktion des zivilrechtlichen Schadensersatzes im kartellrechtlichen Gesamtsystem

Die dogmatische Einordnung der Pauschalierung von Kartellschäden ist ihrerseits von der Bedeutung und Funktion des zivilrechtlichen Kartellschadensersatzanspruches abhängig. Im Laufe der Untersuchung wird daher auch ein Rückgriff auf die dogmatischen Grundlagen des der Pauschalierung regelmäßig zugrundeliegenden gesetzlichen Schadensersatzanspruches erforderlich. Das gilt vor allem für die im vierten Kapitel erfolgende Untersuchung der rechtlichen Auswirkungen der Schadenspauschalierung auf das Gesamtschuldverhältnis. Insbesondere für die zwischen den Gesamtschuldnern bestehenden Ausgleichsansprüche wird auch die Bedeutung und Funktion des der Gesamtschuld zugrundeliegenden Schadensersatzanspruches besondere Bedeutung erlangen. An dieser Stelle sollen daher die für die weitere Untersuchung notwendigen Grundlagen gelegt werden.

¹ Ausführlich dazu noch unter B.II.3.

Das Kartellrecht stellt in seinem Kern in erster Linie Verhaltensnormen auf, die mit dem Verbot kollektiver oder individueller wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen der Sicherstellung funktionsfähiger Märkte dienen.² Zu diesem Zweck sind im Einzelnen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen (§ 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV) und die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§§ 18 ff. GWB bzw. Art. 102 AEUV) verboten. Die Durchsetzung dieser Verhaltensnormen stützt sich dabei auf die öffentlich-rechtliche Durchsetzung durch die (Kartell-)Behörden (öffentliche Durchsetzung) einerseits und die privatrechtliche Durchsetzung durch die Geltendmachung zivilrechtlicher Abwehr- und Schadensersatzansprüche (private Durchsetzung) andererseits.³

Die private Kartellrechtsdurchsetzung durch Schadensersatzklagen ist dabei neben der öffentlichen Rechtsdurchsetzung von besonderer Bedeutung zur Sicherstellung der Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln. Das hat nicht nur der EuGH wiederholt betont, sondern auch der europäische Normgeber im Rahmen der Kartellschadensersatzrichtlinie erneut bestätigt.⁴ Öffentliche und private Durchsetzung des Kartellrechts stehen insofern sowohl im Unions- wie auch im deutschen Recht in einem Verhältnis der „funktionalen Äquivalenz und Komplementarität“.⁵ Zwar hat in der Praxis bisher die öffentliche Durchsetzung die weitaus größere Bedeutung erlangt. Rechtlich gesehen stehen beide „Säulen“ der Durchsetzung jedoch gleichberechtigt nebeneinander.⁶

Vor diesem Hintergrund hat daher auch die Einordnung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs zu erfolgen. Nach traditioneller Auffassung wird im deutschen (Kartell-)Deliktsrecht jedoch davon ausgegangen, dass die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes im Vordergrund steht.⁷ Eine eigenständige Bedeutung einer Präventions- bzw. Steuerungsfunktion im Haftungs- und Schadensrecht wird traditionell kritisch gesehen. In der Regel wird sie lediglich als – wenn auch erwünschte –

² *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 2 Rn. 9; *ders.*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 3 Rn. 2.

³ GAin Kokott, Schlussantrag 30.01.2014 – C-557/12, Rn. 59f. – *Kone*; *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 2 Rn. 11.

⁴ Richtlinie 2014/104/EU, Erwägungsgründe (3) und (6); EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26, WuW/E EU-R, 479 – *Courage*; EuGH, Urt. v. 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 60, EuZW 2006, 529 – *Manfredi*; *Petrasincu/v. Steuben*, NZKart 2018, 286, 287.

⁵ *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 23 Rn. 7; *ders.*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 3 Rn. 16.

⁶ *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 23 Rn. 7.

⁷ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Band I (Allgemeiner Teil) Teilband 2, 8. Aufl. 2000, S. 172 ff.; *J. Hager*, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2017, Vor § 823 Rn. 9; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, S. 9 f.; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Aufl. 1987, S. 424; *Mundt/Meeßen*, in: Oberender, Private und öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung (2012), S. 39, 42; *Roth*, in: FK Kartellrecht, 92. Lfg., Stand November 2018, Vorbem. §§ 33–33h Rn. 33; *Schüssel-Kohlhäufl*, Die Struktur des Delikts im Kartellschadenersatzrecht (2020), S. 11; *Wilhelmi*, in: Erman BGB, 16. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 12a. Vgl. auch *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 56; *Wagner*, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 43.

Reflex- oder Nebenwirkung der Kompensation eingeordnet, die keinen Einfluss auf den Anspruch als solches entfalten kann.⁸

Das ist aber insbesondere vor dem Hintergrund des zunehmenden Einflusses des europäischen Rechts auf den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch zu kurz gefasst. Dies zeigt vor allem ein Blick auf die Rechtsprechung des EuGH, der den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch seit dem Urteil in *Courage*⁹ aus Art. 85 EG-Vertrag [jetzt Art. 101 AEUV] herleitet und seitdem in ständiger Rechtsprechung am Maßstab des Art. 101 AEUV weiterentwickelt hat. Dabei hat der EuGH schon in *Courage* deutlich herausgestellt, dass die praktische Wirksamkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV [ex Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag] beeinträchtigt wäre, wenn nicht „jedermann“ Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen entstanden ist.¹⁰ Explizit stützt der EuGH diese Feststellung darauf, dass „ein solcher Schadensersatzanspruch [...] die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln [erhöht] und [...] geeignet [ist], von [...] Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können“.¹¹

Die dogmatische Herleitung des Schadensersatzanspruches durch den EuGH beruht praktisch ausschließlich auf der dem Anspruch zugeschriebenen Funktion zur Durchsetzung der kartellrechtlichen Verbotsnormen und der damit verbundenen Präventiv- und Steuerungswirkung. Der EuGH misst der Abschreckungs- und Präventionsfunktion des Schadensersatzanspruches – gerade auch als Ergänzung der

⁸ BGH, Urt. v. 28.06.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145, Rn. 62 = WuW/E DE-R, 3431 – *ORWI/Mundi/Meeßen*, in: Oberender, Private und öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung (2012), S. 39, 41 f.; *Roth*, in: FK Kartellrecht, 92. Lieferung, Stand November 2018, § 33a GWB Rn. 67; *ders.*, in: FK Kartellrecht, 92. Lfg., Stand November 2018, Vorbem. §§ 33–33h Rn. 33; *Schüssel-Kohlhäufl*, Die Struktur des Delikts im Kartellschadenersatzrecht (2020), S. 12. Zum allgemeinen Schadensrecht *J. Hager*, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2017, Vor § 823 Rn. 10; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, S. 11; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Aufl. 1987, S. 423; *Wilhelmi*, in: Erman BGB, 16. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 15. Für eine weitere Anerkennung der Präventionsfunktion hingegen *Brüggemeier*, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich (2006), S. 9 f.; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 59 ff.; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 58 Rn. 2; *Spindler*, BeckOGK, Stand 01.07.2022, § 823 BGB Rn. 11; *Wagner*, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 45 ff.; ausführlich *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 451 ff.

⁹ EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26 f., WuW/E EU-R, 479 – *Courage*.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26, WuW/E EU-R, 479 – *Courage*.

¹¹ EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27, WuW/E EU-R, 479 – *Courage*. Seitdem ständige Rechtsprechung, vgl. EuGH, Urt. v. 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 87, EuZW 2006, 529 – *Manfredi*; EuGH, Urt. v. 14.06.2011 – C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 29 – *Pfleiderer*; EuGH, Urt. v. 05.06.2014 – C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 23 – *Kone*; EuGH, Urt. v. 14.03.2019 – C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 44 – *Skanska*; EuGH, Urt. v. 06.06.2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 23, BB 2013, 1551 – *Donau Chemie*; EuGH, Urt. v. 12.12.2019 – C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn. 24, WuW 2020, 83 – *Otis*.

öffentlichen Rechtsdurchsetzung – daher entscheidende Bedeutung zur Erreichung der Ziele des Gemeinschaftsrechts zu.¹²

Auch in den Erwägungsgründen der VO 1/2003 ist insoweit herausgestellt worden, dass die einzelstaatlichen Gerichte eine wesentliche Aufgabe bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln erfüllen, indem sie „den durch die Zuwiderhandlung Geschädigten Schadensersatz zuerkennen“ und „in dieser Hinsicht die einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden [ergänzen]“. ¹³ Insofern ist es gerade auch in der jüngeren Vergangenheit zu einem „Paradigmenwechsel“ im europäischen Kartellrecht gekommen: Die öffentliche Durchsetzung des Kartellrechts wurde zunehmend durch die Stärkung privater Klagerechte komplementiert, um die privaten Informationsressourcen und Durchsetzungsinteressen neben den begrenzten öffentlichen Ressourcen für die Kartellrechtsdurchsetzung nutzbar zu machen. ¹⁴

Auch die Kommission sieht die private Kartellrechtsdurchsetzung mittlerweile als funktionales Äquivalent zur öffentlichen Durchsetzung. Ausdrücklich hat sie in diesem Zusammenhang die Geltendmachung entsprechender Schadensersatzansprüche als „bedeutenden Beitrag zur Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft“ anerkannt. ¹⁵ Dies kann auch für das deutsche Recht nicht außer Acht gelassen werden. Denn auch der mitgliedstaatliche Kartellschadensersatzanspruch ist im Allgemeinen zunehmend durch die europarechtlichen Vorgaben geprägt. ¹⁶ Das gilt vor allem vor dem Hintergrund der harmonisierenden Wirkung der Kartellschadensersatzrichtlinie, die über den Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz erheblichen Einfluss auch auf das mitgliedstaatliche Recht entfaltet.

Auch anhand der Rechtsprechung des EuGH lässt sich die zunehmende Bedeutung des europäischen Rechts für die Auslegung des nationalen Kartellschadensersatzanspruches verdeutlichen: Dieser hat in *Skanska* erneut herausgestellt, dass sich die wesentlichen materiellen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches unmittelbar aus Art. 101 AEUV ergeben. ¹⁷ Die erhebliche Bedeutung des europäischen Rechts für den Kartellschadensersatzanspruch ist damit noch deutlicher hervorgetreten. Wenn aber das europäische Recht in materiell-rechtlicher Hinsicht weitgehend

¹² Vgl. auch GA Wahl, Schlussantrag 06.02.2019 – C-724/17, Rn. 28 – *Skanska*; *Keßler*, BB 2005, 1125, 1128; *Lettl*, ZHR 167 (2003), 473, 487; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 421; *ders.*, in: Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung (2007), S. 605, 607 ff.

¹³ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1, Erwägungsgrund (7).

¹⁴ *Roth*, in: FS Huber (2006), S. 1133, 1133 ff.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 405; *ders.*, in: Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung (2007), S. 605, 605 ff.

¹⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, ABl. 2004 C101/65, Rn. 13.

¹⁶ Vgl. auch allgemein zur Auslegung des GWB *Bunte*, in: Bunte, Kartellrecht Kommentar, 14. Aufl. 2022, Einl. GWB Rn. 134 ff.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 14.03.2019 – C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 28 – *Skanska*. Vgl. auch GA Wahl, Schlussantrag 06.02.2019 – C-724/17, Rn. 40 f. – *Skanska*; GA in Kokott, Schlussantrag 29.07.2019 – C-435/18, Rn. 44 ff. – *Otis*.

Stichwortverzeichnis

- Akteneinsicht 49
- Aktivlegitimation 16, 19
- Ausgleichsfunktion 8, 11, 12, 14, 200
- Ausgleichsprinzip 112
- Auslegung
 - Abgrenzung der Schadenspauschalierung zur Garantie 70
 - Abgrenzung der Schadenspauschalierung zur Vertragsstrafe 62
 - der Schadenspauschalierung 77, 81, 86, 94, 249, 287, 288
 - des Kartellschadensersatzanspruchs 10, 15
- Bereicherungsverbot 14, 51, 104, 119, 140, 153
- Beweislast
 - Angemessenheit der Schadenspauschale 112, 128, 169, 305
 - Innenausgleich 299, 309
 - niedrigerer Schaden 139, 158
 - Schadentstehung 81, 84
 - Schadenshöhe 38
 - Schadensminderung 87
- Beweislastumkehr
 - als Haftungsbeschränkung 236
 - der Schadenspauschalierung 103, 140, 154, 160, 269
 - i. R. d. AGB-Kontrolle 136, 170
- Differenzhypothese 22
- Durchschnittsschaden
 - branchentypischer 106, 112, 137, 161, 166, 304
 - branchenübergreifender 107, 114, 166, 304
 - verwinderspezifischer 111, 304
- Einwendungsdurchgriff 215, 222, 224, 278
- Einzelwirkung 229, 239, 244, 294, 295, 308
- Erlass
 - Drittwirkung 239
 - -wirkung der Schadenspauschalierung 291
- Garantieversprechen 65, 70, 303
- Gesamtschuldnerinnenausgleich
 - Auswirkungen der Schadenspauschalierung 247, 300, 307
 - Darlegungs- und Beweislast 299
 - dogmatische Grundlage 196
 - Grundlagen 193
 - im *gestörten Gesamtschuldverhältnis* 230, 233
 - im Kartellrecht 199, 253
 - nach Vergleich 243
 - Präventionswirkung 201
- Gesamtwirkung
 - beschränkte 241, 244, 280, 295
 - der Erfüllung 192, 258, 291
 - der Schadenspauschalierung 249, 291, 294
 - des Erlasses 192, 239, 294
 - des Vergleichs 244, 256
 - von Haftungsvereinbarungen 229, 237
- Haftungsbeschränkungen
 - nachträgliche 238, 279
 - vorherige 230, 238, 241
 - zulasten Dritter im Transportrecht 216, 228, 247, 258, 273, 278, 284
- Haftungsgrund 73, 80, 84
- Haftungsprivilegierung. Siehe Haftungsbeschränkungen
- Hardcore-Verstöße. Siehe Kernbeschränkung
- Indizwirkung

- der Klauselverbote 100, 163, 166
- des Handelsbrauchs 164
- des Klauselverbots nach § 309 Nr. 5 BGB 141
- Informationsasymmetrie 46, 50, 157
- Innenausgleich. Siehe Gesamtschuldnerinnenausgleich
- Interessenabwägung
 - Allgemeininteressen 142
 - Auskunftsanspruch 48
 - Berücksichtigung der Klauselverbote 102
 - Berücksichtigung von Nachfragemacht 150
 - Drittinteressen 146
 - Gewohnheiten und Bräuche des Handelsverkehrs 162
 - Interessen der Vertragsparteien 151
 - Konditionenmissbrauch 173, 180, 182
 - Rechtfertigung der Drittwirkung 300, 307
 - unangemessene Benachteiligung 141, 305
 - Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte 209, 212
- Kartellbefangenheit 16, 20, 79, 85
- Kartellbetroffenheit 16, 20, 85, 154
- Kausalität
 - alternative 197
 - haftungsausfüllende 21, 81, 85, 86
 - haftungsbegründende 21
 - i. R. d. Missbrauchstatbestands 176, 179, 185
- Kernbeschränkung 78, 117, 152, 169, 304
- Konditionenmissbrauch
 - bei Verwendung rechtswidriger AGB 176
 - durch Vereinbarung von Schadenspauschalierungen 186
 - durch Verwendung einer Pauschalierungsklausel 170
 - Interessenabwägung 175
 - Prüfungsmaßstab 172
 - qualitativer 174, 176, 181
- Kronzeuge
 - gesamtschuldnerische Haftung 193
 - Offenlegung von Beweismitteln 49
- Mengeneffekte. Siehe Mengenschaden
- Mengenschaden 24, 168, 254
- Offenlegung 46
- Passivlegitimation 21
- pass-on-Effekte 25, 87, 167
- Präventionsfunktion des Kartellschadensersatzanspruchs 8, 107, 155, 201, 204, 271
- Präventionswirkung
 - der Schadenspauschalierung 155, 254
 - des gesamtschuldnerischen Innenausgleichs 201, 204
 - des Kartellschadensersatzanspruchs. Siehe Präventionsfunktion
- Preishöhenschaden 23, 289
- Privatautonomie 206, 212, 226, 257, 277, 291
- Rationalisierungsfunktion 58, 59, 83, 87, 90, 92, 116, 120, 126, 139, 169
- Regressionsanalyse 32, 43
- Relativität des Schuldverhältnisses 206, 227, 229, 248, 258, 260, 277, 307
- Richtigkeitsgewähr
 - der Schadenspauschalierung 261, 271, 283
 - des Vertrages 147, 262, 264
- Schadensentstehung 83, 86, 195, 204, 233, 259
- Schadensnachweis
 - Differenz-der-Differenzen-Methode 27, 30
 - Extrapolation 26, 32
 - finanzdatenbasierte Verfahren 35
 - Interpolation 26, 32
 - Kostenmethode 35
 - Strukturbezogene Marktsimulation 34
 - Vergleichsmarktmethode 25, 42
- Schadenspauschalierung
 - Feststellungswirkung 83, 252, 256, 274, 277, 287, 298
- Schadenspotenzial 169, 304
- Schadensschätzung 2, 37, 46, 68, 154, 265, 286, 289, 291, 303
- Schutzzweck
 - der AGB-Kontrolle 101, 147, 183

- der Klauselverbote 103
- der Missbrauchskontrolle 183
- der Norm 268
- des Kartellschadensersatzanspruchs 270
- des Kartellverbotes 142, 145, 169, 187
- des schuldrechtlichen Relativitätsgrundsatzes 277
- Klauselverbote 100
- Steuerungsfunktion 8, 11, 12, 14, 15, 200, 254
- Submissionsabsprache 73, 77, 121, 152, 282
- Submissionskartell. Siehe Submissionsabsprache

- Teilschuldner 194, 253
- Totalreparation, Grundsatz der 89, 91
- Typizität 118

- Überkompensation 12, 126, 140, 152, 159, 167, 271

- Vergleich
 - Auswirkungen im Gesamtschuldverhältnis 242
 - Drittwirkung 243
 - Einzelwirkung 244, 274

- Gesamtwirkung 244, 295
- kartellrechtliche Besonderheiten 245
- Verhältnis zur Schadenspauschalierung 246, 254, 295
- Zweck 244
- Vergleichsmarktmethode 25, 42
 - räumlich/sachlich 29
 - zeitlich 27
- Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte 208, 210, 281
- Vertragsfreiheit 150, 206, 261
- Vertragsstrafe 61, 69, 70, 72, 104, 150, 303
 - Abgrenzung zur Garantie 65
 - Abgrenzung zur Schadenspauschalierung 62
 - *unechte* 62
- Vertrag zulasten Dritter 208, 232, 240, 277, 287, 300, 307
- Vorteilsausgleichung 12, 24, 87, 137, 153, 168

- Weiterwälzung. Siehe pass-on-Effekte wirtschaftliche Einheit 22, 79, 152

- Zinsanspruch 92