

Flucht nach vorn – Prävention und Durchsetzung von Kartellschäden durch AGB?

Osnabrücker Gespräche zum Unternehmensrecht,
18. Januar 2017: Wettbewerbsrecht und AGB-
Recht - Sanktionierung und Prävention von
Rechtsverstößen

Dr. Christian Karbaum

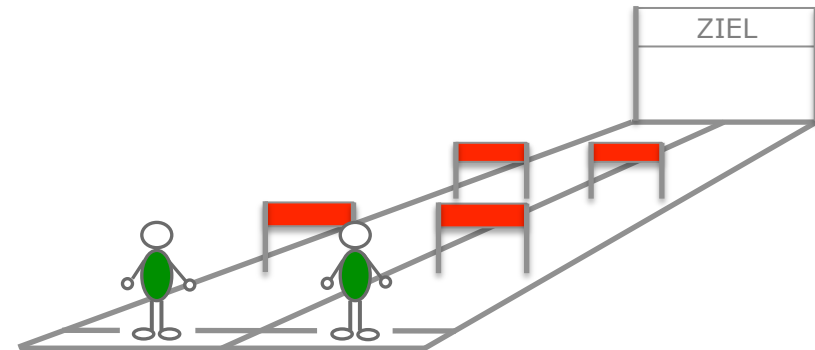
Agenda

- A. Hintergrund: Möglichkeiten und Grenzen der Durchsetzung von Kartellschäden
 - I. "Hürdenlauf" Anspruchsdurchsetzung
 - II. "Private Enforcement" im Aufwind
- B. Ebenen AGB-Klauseln den Weg zur Durchsetzung von Kartellschäden?
 - I. Typische Klauseln zur Vereinfachung der Schadensdurchsetzung
 - II. Praxisbeispiel zu
 - 1. Pauschalisiertem Schadensersatz und Vertragsstrafen
 - 2. Informations- und Offenlegungspflichten
- C. Aktueller Trend: Programme zur Prävention von Kartellschäden

A. Hintergrund: Möglichkeiten und Grenzen der Durchsetzung von Kartellschäden

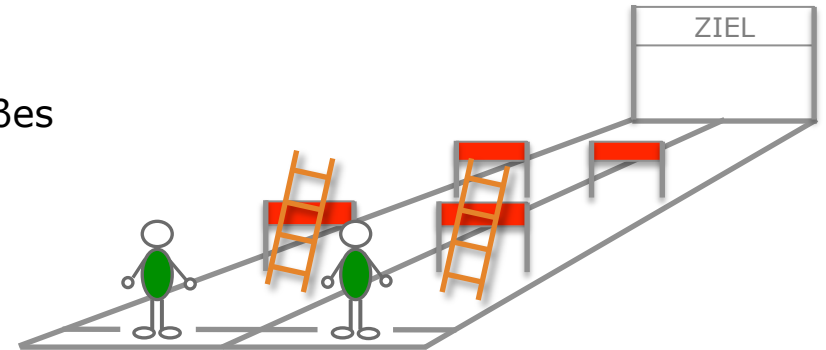
I. Ausgangssituation: Hürdenlauf der Kartellgeschädigten

- Deliktisch geprägte Kartellschadensersatzdurchsetzung: § 33 Abs. 3 GWB
 - Schuldhafter Kartellrechtsverstoß
 - Betroffenheit des Anspruchstellers
 - Kausaler Schaden
 - Schadenshöhe
 - Keine Verjährung/kein "passing-on"
- Darlegungs- und Beweislast grds. beim Anspruchsteller
- Folge: Kaum zusprechende Urteile
 - Nachweis des "als ob-Wettbewerbspreises"
 - Informationsasymmetrie
 - Komplexität von Kartellen

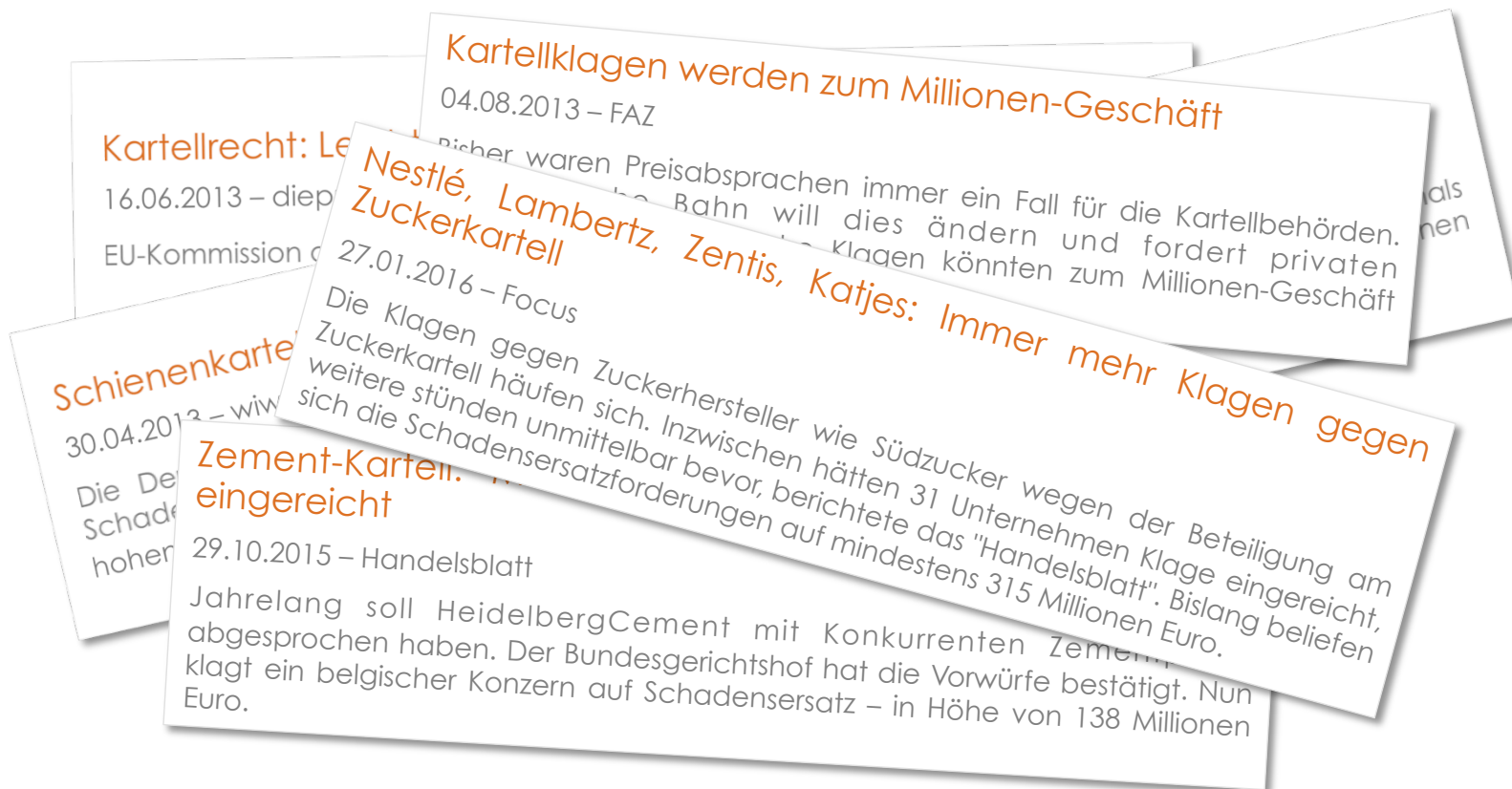


I. "Hilfestellung" von Gesetzgeber und Gerichten

- Tatbestandswirkung (§ 33 Abs. 4 GWB)
 - Bindung der Gerichte an Feststellung eines Verstoßes
- Akteneinsicht (§ 406e StPO)
 - Grds. nur in (Kurz-)Bußgeldbescheide
- Ggf. Anscheinsbeweis für Kartellbetroffenheit
 - OLG Karlsruhe für "Quotenkartell" (Feuerlöschfahrzeuge)
- Ggf. Vermutung für Schadenseintritt
 - BGH: Quotenkartelle haben preissteigernde Tendenz (Transportbeton)
- Gerichtliche Schadensschätzung (§ 287 ZPO)
 - Darlegung und Nachweis von Anknüpfungstatsachen
- § 33 Abs. 5 GWB: Verjährungshemmung
- **Darlegungs- und Beweislast bleibt weiterhin hohe Hürde**



II. "Private Enforcement" dennoch im Aufwind

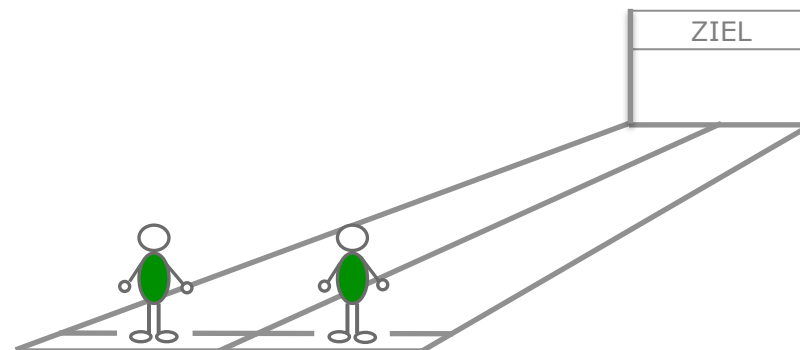


II. "Private Enforcement" dennoch im Aufwind

- "Opfer" von Kartellrechtsverstößen begehren **zunehmend Schadensersatz**
 - Intensivierte Kartellverfolgung durch die Behörden
 - Wachsendes Bewusstsein für Kartellrechts-Compliance und Folgen von Kartellrechtsverstößen
 - Grds. Pflicht der Geschäftsleitung, Schadensersatzansprüche zu prüfen und – soweit erfolversprechend – geltend zu machen
 - Schadensdurchsetzung durch 7. GWB-Novelle (2005) vereinfacht
 - Z.B. durch Tatbestandswirkung (§ 33 Abs. 4 GWB) oder Verjährungshemmung während Ermittlungen (§ 33 Abs. 5 GWB)
- **Ausblick:** Weitere Intensivierung des "Private Enforcement"
 - EU-Richtlinie über Kartellschadensersatzklagen in den Mitgliedstaaten
 - Ziel: Vereinfachung der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen
 - Umsetzung in Deutschland steht unmittelbar bevor

II. Beendet die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie den Hürdenlauf?

- **Vermutung für Schadenseintritt** bei "Kartellen" (Art. 17 Abs. 2 RiL)
- Schadensschätzung durch Gerichte (Art. 17 Abs. 1 RiL)
- Gesamtschuldnerische Haftung (Art. 11 RiL)
 - **Privilegierung von KMU und Kronzeugen**
- Kenntnisabhängige **Verjährung von 5 Jahren** (Art. 10 RiL)
- Tatbestandswirkung von Behördenentscheidungen (Art. 9 RiL)
- **Anreizregeln für Vergleichsvereinbarungen** ("beschränkte Gesamtwirkung") (Art. 19 RiL)
- **Offenlegung von Beweismitteln** (Art. 5-7 RiL)
 - Ausnahmen: Kronzeugen- und Settlementunterlagen, interne Behördenunterlagen
- Umsetzung an sich bis zum **27. Dezember 2016 – nun frühestens März**



Das "Problem" des Schadensnachweises wird bleiben!

B. Ebenen AGB-Klauseln zur Durchsetzung von Kartellschäden den Weg?

"Wer ein reines Gewissen hat, kann Vertragsklauseln (zur Vereinfachung der Schadensdurchsetzung) bedenkenlos akzeptieren."

LZ, 8. November 2013 zur Einführung einer "Schadenspauschale" in den AGB der Metro AG

I. Typische Klauseln zur Vereinfachung der Schadensdurchsetzung

Häufig vorkommende AGB-Klauseln zur Absenkung der "Nachweishürden"

1. Pauschalierter Schadensersatz
2. Informations- und Offenlegungspflichten

AGB – Seite 9/10

§ 10.5 Der Lieferant ist verpflichtet, dem Verwender die zur Prüfung des Bestehens von Kartellschadensersatzansprüchen sowie des Umfangs solcher Ansprüche erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen.

§ 10.6 Sofern kartellbehördlich festgestellt ist, dass der Lieferant im Lieferzeitraum gegen das Kartellrecht verstoßen hat, ist er verpflichtet, eine Zahlung i.H.v. 15% der von ihm im Bezugszeitraum für das von dem Verstoß betroffene Produkt in Rechnung gestellten Beträge zzgl. 9% Zinsen jährlich zu leisten.

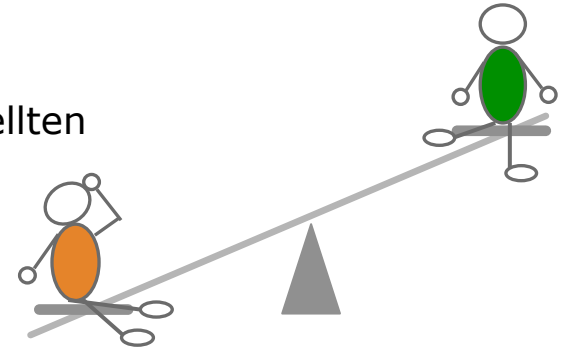
II. Pauschalierter Schadensersatz (1)

§ 10.6:

- Zahlung i.H.v. 15% der Auftragssumme bei behördlich festgestellten Kartellrechtsverstößen

■ Ausgangspunkt:

- Klauseln, die pauschalierten Schadensersatz bei Kartellrechtsverstößen vorsehen, sind **grundsätzlich zulässig** (BGH v. 21.12.1995)
- Instanzgerichte zuletzt wiederholt mit Schadenspauschalen im Kontext öffentlicher Vergaben (Formularbuch) befasst:
 - Zum Schienenkartell: z.B. LG Potsdam v. 13.4.2016, LG Berlin v. 16.12.2014, weitere n. veröff. und bevorstehende Urteile (mittlere zweistellige Anzahl)
 - Feuerlöschfahrzeugkartell: LG Mannheim v. 4.5.2012, OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, LG Potsdam v. 22.10.2014



II. Pauschalierter Schadensersatz (2)

Inhaltskontrolle - Prüfungsrahmen

- **Auslegung** und Einordnung der Klausel nach Schwerpunkt
 - Abgrenzung von Vertragsstrafe: *Schadensunabhängige* Leistungspflicht, um Einhaltung vertraglicher Pflichten sicherzustellen
- **Unangemessene Benachteiligung** i.S.v. §§ 310 Abs. 1, 307 BGB i.V.m. **§ 309 Nr. 5 a, b BGB**
 - Nr. 5 a: Schadenspauschale darf *den "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden"* nicht übersteigen.
 - Nr. 5 b: Dem anderen Vertragsteil ist ausdrücklich der Nachweis zu gestatten, ein "*Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale*"

II. Pauschalierter Schadensersatz (3)

Inhaltskontrolle: Zur Höhe der Pauschale (15% Schadensersatz bei "Kartellrechtsverstößen")

- **Beurteilungsmaßstab für** *"nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden"*
 - **Konkrete Einzelfallbetrachtung** (LG Mannheim v. 4.5.2012, OLG Karlsruhe v. 31.7.2013)
 - Lassen Umstände der konkreten Absprache im Einzelfall einen Schaden in Höhe der Pauschale erwarten ("ex post")?
 - Feuerlöschfahrzeugkartell: Pauschale i.H.v. 15% rechtmäßig, weil Verstoß eine Abstimmung über die Begrenzung von Rabatten auf ca. 10% statt bis zu 30% betraf
 - **Abstrakte, generalisierende Betrachtung** (LG Potsdam v. 13.4.2016 zum Schienenkartell und v. 22.10.2014 zum Feuerlöschfahrzeugkartell)
 - Einzelfallbetrachtung mit **Prognosecharakter** von § 309 Nr. 5a BGB nicht vereinbar
 - Pauschale muss zu erwartenden Schaden **bei allen geregelten Fällen** entsprechen und der **Art von Verstoß und Vertragsleistung** Rechnung tragen (ex ante)
 - In diese Richtung wohl auch BGH, Schwimmbad-Chips, NJW-RR 2016, 690
 - Generelle Pauschale von 15% für Kartellrechtsverstöße wohl i.d.R. unangemessen, weil geringfügige/singuläre Verstöße eher geringere Schäden verursachen

II. Pauschalierter Schadensersatz (4)

Inhaltskontrolle – zur Höhe der Pauschale

▪ **Folgerungen**

- Beurteilungsmaßstab bzgl. der Angemessenheit derzeit ungeklärt
 - In Literatur wird z.T. teleologische Reduktion auf zulässigen Kern einer Klausel vorgeschlagen
 - Angemessenes Verhältnis zwischen geregelter Verstoß/Pauschale praktisch unerlässlich
- **Optionen für Verwender:**
 - Beschränkung der Klauseln auf verhältnismäßig niedrige Schadenspauschalen für sämtliche Verstöße (z.B. 3-5%)
 - Beschränkung einer Klausel auf Hardcore-Verstöße, um hohe Pauschale nutzen zu können
 - Einführung differenzierter Pauschalen für verschiedene Verstöße (z.B. 5% für Austausch preisrelevanter Informationen, 15% für Preis-, Gebiets- oder Ausschreibungsabsprachen)
 - Beachtung von Besonderheiten der jeweiligen Branche (Margen, Schadenspotenzial)
- **Optionen für Lieferanten:** Anpassung verhandeln vs. Vertrauen auf Unwirksamkeit?

II. Pauschalierter Schadensersatz (5)

Inhaltskontrolle – Gegenbeweis nicht ausdrücklich zugelassen

- **Unangemessene Benachteiligung** i.S.v. §§ 310 Abs. 1, 307, **309 Nr. 5 b) BGB**
 - Anspruchsgegner muss nachweisen können, dass kein/ein geringerer Schaden entstanden ist
 - Formulierung: *"es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird"* nach Rspr. ausreichend (z.B. OLG Celle v. 6.10.2011 und OLG Karlsruhe v. 31.7.2013: *"in anderer Höhe"* = *"Bandbreite von Null an"*)
 - Grds. **ausdrückliche** Zulassung erforderlich
 - Aber: Laut BGH (v. 12.1.1994) genügt es im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen, dass der **Gegenbeweis durch die Klausel nicht ausgeschlossen** wird
- **Folgerungen:**
 - **Verwender:** Gegenbeweis sollte auch in AGB, die gegenüber Unternehmen verwendet werden, jedenfalls nicht ausgeschlossen werden; explizite Zulassung empfehlenswert
 - **Lieferant:** Anpassung verhandeln vs. Vertrauen auf Unwirksamkeit wenn Ausschluss des Gegenbeweises?

III. Informations- und Offenlegungspflichten (1)

§ 10.5: Lieferant zur Herausgabe von Beweismitteln bzw. Erteilung von Auskünften für Prüfung von Schadensersatzansprüchen verpflichtet



- Offenlegungsklausel weicht – derzeit (s. § 33g BReg-E.) - von gesetzlichen Wertungen ab:
 - **§§ 421, 142 ZPO:** Vorlage von Urkunden auf richterliche Anordnung
 - **§ 93 AktG, § 43 GmbHG:** Leitungsorgane müssen "Geheimnisse der Gesellschaft" wahren
 - **Kronzeugenregelungen** und § 406e StPO (BKartA/Europäische Kommission)
 - **Arbeits- und datenschutzrechtliche Grenzen** bzgl. Informationen über Mitarbeiter
- Offenlegungsklausel (derzeit) wohl unangemessen i.S.v. §§ 310 Abs. 1, 307 BGB

III. Informations- und Offenlegungspflichten (2)

Nach 9. GWB-Novelle: Erleichterung der Durchsetzung von Ansprüchen auf Herausgabe von Beweismitteln gemäß § 33g BReg.-E.?

- AGB-Klauseln zum Ausschluss von Einwendungen i.S.v. § 33g Abs. 3, 4 BReg.-E. gegen den Herausgabeanspruch?
 - Vereinfachung der Durchsetzung der Ansprüche nach § 33g BReg.-E.?
 - **Überwiegend wohl unangemessen**, insb. soweit gesetzlich geschützte Dokumente (Kronzeugen/Settlement-Unterlagen) begehrt werden.
 - **Ausschluss des Einwands der Unverhältnismäßigkeit wegen "Umfang und Kosten"?**
 - Wohl nicht unangemessen: §§ 309 Nr. 2, 3 BGB hindert nur Ausschluss von Einreden (Leistungsverweigerungsrecht/Zurückbehaltungsrecht) und der Aufrechnung
 - **Vertragsstrafe für Verstoß gegen Herausgabepflicht aus § 33g Abs. 1 BReg.-E.**
 - Wohl nicht unangemessen, solange die Strafe nicht außer Verhältnis zum Gewicht des Verstoßes und dessen Folgen steht (§§ 310, 307 i.V.m. § 309 Nr. 6 BGB)
- Sicherstellen, dass Klauseln nicht ggf. überraschend sind (§ 305 c BGB)

C. Aktueller Trend: Programme zur Prävention von Kartellschäden

"Prevention is better than cure, as the saying goes (...)"

Neelie Kroes (ehemalige EU- Wettbewerbskommissarin),
angelehnt an Hippokrates

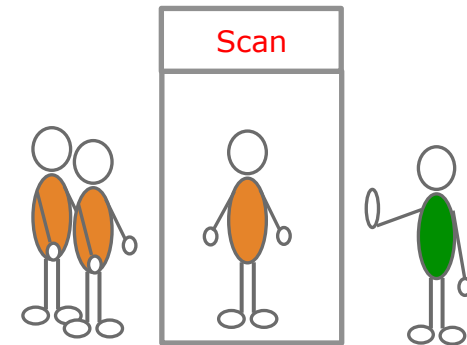
Trend und Idee

- **Aktueller Trend:** Systematische Kartellschadensprävention

- Einzelne Konzerne als Vorreiter
- Merkblatt des Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik e.V.

- **Hintergrund und Ziele**

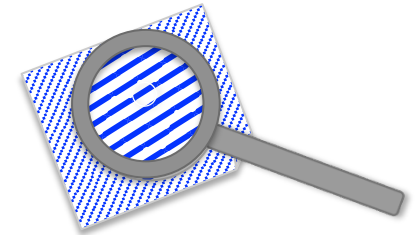
- Prävention von Schäden statt langwieriger, kostenintensiver und unsicherer Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen
- Systematischer Ansatz greift flächendeckend, Kartellböden decken nur Teil aller Kartelle auf (Dunkelziffer)
- Positive Marketingeffekte



Kartellschadensprävention

Risikoidentifikation

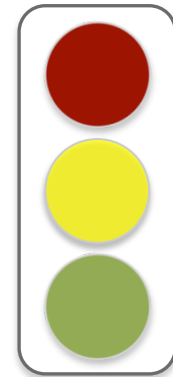
- Bestandsaufnahme und fortlaufende Kontrolle
 - Analyse der Nachfragemärkte auf Kartellindikatoren
 - Nur wenige, ähnlich strukturierte Anbieter mit stabilen Marktanteilen?
 - Sind die Produkte/Dienstleistungen homogen und einfach vergleichbar?
 - Beliefern einzelne Anbieter regelmäßig nur bestimmte Gebiete/Kunden?
 - Gibt es parallele Preisentwicklungen oder seltene, aber sprunghafte Preisveränderungen?
 - Sind Angebote regelmäßig dicht beieinander/Abstände ähnlich?
 - Fällt Preis regelmäßig, wenn sich ein bestimmtes Unternehmen um Aufträge bemüht?
 - Setzt Auftragnehmer häufig unterlegene Anbieter als Subunternehmer ein?



Kartellschadensprävention

Risikosystematisierung

- Klassifizierung der Kartellwahrscheinlichkeit
 - Ziel: Festlegung angemessener Maßnahmen zur Risikominimierung
 - Mögliche Kategorien:
 - Unternehmen, gegen die in der Vergangenheit bereits einmal ein Kartellbußgeld festgesetzt wurde oder ein Ermittlungsverfahren läuft
 - Unternehmen, die auf besonders kartellgeneigten Märkten tätig sind
 - Übrige Unternehmen



Kartellschadensprävention

Risikominimierung

- Beispiele für risikomindernde Maßnahmen
 - Sensibilisierung der Einkaufsmitarbeiter: Laufend intensive Beobachtung von Lieferanten, die auf kartellgeneigten Märkten tätig sind oder die bereits an Absprachen beteiligt waren
 - Regelmäßige Aktualisierung der Analyse sonstiger Märkte/Unternehmen
 - Ggf. Bestätigung verlangen, dass sich Lieferant kartellrechtskonform verhält (Verwendung von "Compliance-Klauseln"?)
 - Ggf. Unterstützung des Lieferanten bei der Einrichtung/Verbesserung von Kartellrechts-Compliance, z.B. durch Schulungen
 - Nachweis der "Zuverlässigkeit" (Selbstreinigung) eines Lieferanten nach Kartellbeteiligung



Dr. Christian Karbaum

Glade Michel Wirtz

Kasernenstraße 69

40213 Düsseldorf

T +49 (0)211 200 52 160

F +49 (0)211 200 52 100

c.karbaum@glademichelwirtz.com

www.glademichelwirtz.com

GLADE MICHEL WIRTZ
CORPORATE & COMPETITION