

Schadensersatz im Kartellrecht

Michael Kling

Philipps



Universität
Marburg

Gliederung

- **§ 33 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 GWB**
- 9. GWB-Novelle 2016/17: § 33a GWB n.F.
- Anspruchsvoraussetzungen
- Verjährung
- Akteneinsicht
- Verhältnis zu anderen Vorschriften

Normtext des § 33 GWB

- (1) Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist dem Betroffenen zur Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht. Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.
- (2) [...]

Normtext des § 33 GWB

- Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum **Ersatz des daraus entstehenden Schadens** verpflichtet. Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Geldschulden nach Satz 1 hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

9. GWB-Novelle

- Schadensersatz-RL 2014/104/EU
→ Umsetzung bis 27. Dezember 2016
- Bislang liegt nur Gesetzentwurf vor:
- Neue Anspruchsgrundlage in **§ 33a GWB**
- In-Kraft-Treten nicht vor März 2017:

9. GWB-Novelle

- **§ 33a Schadensersatzpflicht**
- (1) Wer einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.
- (2) Es wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht.
- Ein Kartell im Sinne dieses Abschnitts ist eine Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter. Zu solchen Absprachen oder Verhaltensweisen gehören unter anderem

9. GWB-Novelle

- 1. die Festsetzung oder Koordinierung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen,
- 2. die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten,
- 3. die Aufteilung von Märkten und Kunden einschließlich Angebotsabsprachen, Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen oder
- 4. gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbsschädigende Maßnahmen.
- (3) [...]
- (4) [...]

Anspruchsvoraussetzungen

1. Aktivlegitimation
2. Passivlegitimation
3. Verstoß gegen Vorschriften des GWB oder Art. 101 oder 102 AEUV
4. Verschulden (= Vorsatz oder Fahrlässigkeit)
5. Schaden

Aktivlegitimation

- **EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99 – Courage:**
- „jedermann“ (engl. *any individual*) ist anspruchsberechtigt

- **BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10 – ORWI:**
Anspruchsberechtigt ist grundsätzlich „jedermann“, der durch Kartell einen Schaden erlitten hat. → Es gilt keine Schutznormtheorie mehr, gezielte Schädigung ist keine Voraussetzung für Schadensersatz
- Neben direkten Kartellkunden können auch nachgelagerte Abnehmer „Betroffene“ sein.
- Die Schadensweiterwälzung auf nachgelagerte Abnehmer hindert Schadensentstehung nicht.

Aktivlegitimation

Begriff des „Betroffenen“, § 33 Abs. 1 S. 1: = „wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist“

1. Horizontalvereinbarungen

a. Unmittelbare Kartellkunden (direkte Abnehmer)

Problem: Passing-on defense

- Die Schadensentstehung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass es Kartellkunden gelingt, die zu überteuertem Preis bezogene Ware oder Dienstleistung weiterzuveräußern, § 33 Abs. 3 S. 2 (§ 33c Abs. 1 S. 1 GWB 2017)
- Der Kartellkunde muss nur Abweichung des tatsächlich gezahlten Preises vom wettbewerbsanalogen Preis beweisen.

Aktivlegitimation

- Aber **Vorteilsausgleichung** möglich
- Dafür trägt der Beklagte die Beweislast

b. Mittelbare Kartellkunden (indirekte Abnehmer)

- Weiterwälzung von erhöhten Preisen ist für indirekten Kunden Teil des Schadensnachweises

c. Kunden von Kartellaußenseitern (Umbrella-Kunden)

- Bei hohem Marktabdeckungsgrad des Kartells steigt i.d.R. das Preisniveau insgesamt, so dass auch kleinere Konkurrenten, die nicht am Kartell beteiligt sind, Preise anheben können. Deren Kunden zahlen daher ebenfalls überhöhten Preis, ohne dass Kartellaußenseiter

Aktivlegitimation

kartellrechtswidrig gehandelt hätten.

- Fraglich: Adäquate Kausalität zwischen Verletzung des Kartellrechts und Preisüberhöhungsschaden
- **EuGH v. 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone** bejaht sie!

d. Lieferanten der Kartellanten

- z.B. bei Nachfragekartell = auf Beschränkung des Nachfragewettbewerbs gerichtet

e. Wettbewerber der Kartellanten

Aktivlegitimation

2. Vertikalvereinbarungen

- a. Die Wettbewerber des bindenden Teils als „Betroffene“
- b. Der gebundene Teil als „Betroffener“
- c. Die Kunden der gebundenen Partei als „Betroffene“

3. Einseitige Verhaltensweisen nach den §§ 19, 20 GWB

Passivlegitimation

- **Haftung des Rechtsträgers des Unternehmens, das den Kartellverstoß begangen hat**
- Gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Beklagter möglich, §§ 830, 840 BGB
- **Privilegierung des Kronzeugen, § 33a GWB 2017:** Haftung im Außenverhältnis nur ggü. eigenen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten – es sei denn, die übrigen Geschädigte weisen nach, dass von anderen Kartellanten kein vollständiger Schadensersatz erlangt werden kann
- Regress, § 426 BGB: nach dem Grad der Verantwortlichkeit analog § 254 BGB – hier ist vieles umstritten

Verstoß gegen Vorschriften des GWB oder Art. 101 oder Art. 102 AEUV

**Feststellungswirkung gem. § 33 Abs. 4 GWB (§ 33b S. 1
GWB 2017):**

Bedeutung des Begriffs:

Das zuständige Zivilgericht ist an die Feststellung von Verstößen gegen das GWB oder die Artt. 101, 102 AEUV durch bestandskräftige Entscheidungen einer nationalen Kartellbehörde oder der Europäischen Kommission gebunden.

Verstoß gegen Vorschriften des GWB oder Art. 101 oder 102 AEUV

- Gesetzentwurf, S. 62:
- *[...] Von der Bindungswirkung erfasst sind die Feststellungen zu sämtlichen Tatbestandsmerkmalen, deren Verwirklichung den Verstoß begründet und zu denen die Behörde oder das Gericht in seiner Entscheidung Feststellungen getroffen hat. Dazu gehören insbesondere auch die räumliche und sachliche Marktabgrenzung sowie das zeitliche Ausmaß des Verstoßes, soweit die Entscheidung hierzu Feststellungen enthält. [...]*

Verschulden

- **Vorsatz** und **Fahrlässigkeit** sind zu vertreten.
- Der **EuGH** ist äußerst **restriktiv** bei der Anerkennung von **Verbotsirrtümern im Kartellbußgeldrecht**, s. **EuGH v. 18.06.2013, Rs. C-681/11 – Schenker**: kein begründetes Vertrauen auf den irrigen Rechtsrat eines Anwalts oder die irrige Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde!
- Der **BGH** ist ebenfalls sehr streng, s. **BGH v. 20.09.2011, BB 2011, 2960 – ISION** (zur gesellschaftsrechtlichen Managerhaftung, §§ 93, 116 AktG):

Verschulden

- Der **organschaftliche Vertreter einer Gesellschaft**, der selbst nicht über die **erforderliche Sachkunde** verfügt, kann den **strengen Anforderungen** an eine ihm obliegende Prüfung der Rechtslage und an die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung nur genügen, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem **unabhängigen**, für die zu klärende Frage **fachlich qualifizierten Berufsträger** beraten lässt und den **erteilten Rechtsrat** einer **sorgfältigen Plausibilitätskontrolle** unterzieht.

Schaden

1. Schadensarten

a. Preisüberhöhungsschaden

- = der Mehrbetrag, den der Abnehmer gezahlt hat und nicht hätte zahlen müssen, wenn das Kartell nicht gebildet worden wäre
- = die Differenz zwischen tatsächlich gezahltem und hypothetischem wettbewerbsanalogem Preis

b. Entgangener Gewinn

- Kartellkunde veräußert betroffene Waren auf nachgelagerten Märkten weiter und muss dort aufgrund gestiegener Einkaufskosten Preise anheben. Dies kann zu Nachfragerückgang und folglich zu einem Gewinnrückgang führen

Schaden

c. Kapitalvorenthaltungsschaden

- Zinszahlungspflicht, § 33 Abs. 3 S. 4 GWB (§ 33a Abs. 4 GWB 2017)

2. Schadensnachweis

- Anscheinsbeweis, dass die Kartellabrede zu einer Preiserhöhung geführt hat (widerlegliche Vermutung gemäß § 33a Abs. 2 GWB 2017)
- Richterliche Schadensschätzung nach § 287 ZPO, vgl. § 33 Abs. 3 S. 3 GWB (§ 33a Abs. 3 GWB 2017)
- Herausgabe des Verletzergewinns, § 33 Abs. 3 S. 3 (§ 33a Abs. 3 S. 2 GWB 2017) = anteiliger Gewinn, den das Unternehmen durch Verstoß erlangt hat

Verjährung

- Bislang in §§ 195, 199 Abs. 1 BGB geregelt (demnächst § 33h GWB 2017)
- I.d.R. 3 Jahre (mit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle 5 Jahre, vgl. § 33h Abs. 1 GWB 2017)
- Hemmung gem. § 33 Abs. 5 GWB (§ 33h Abs. 6 GWB 2017)
 - Bei Verfahrenseinleitung durch deutsche Kartellbehörde, Kommission oder Wettbewerbsbehörden von anderem Mitgliedstaat
- Ende der Hemmung 6 Monate nach rechtskräftiger Entscheidung oder anderweitiger Beendigung des eingeleiteten Verfahrens, § 33 Abs. 5 S. 2 GWB i.V.m. § 204 Abs. 2 BGB (mit Inkrafttreten des § 33h Abs. 6 GWB 2017 ein Jahr)
- Privilegierung des Kronzeugen gemäß § 33h Abs. 8 GWB 2017

Akteneinsicht

1. Akteneinsicht bei der EU-Kommission

- Rechtsgrundlage Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001
- Allgemeines Recht auf Zugang zu Akten der EU-Organe
- Ausnahmen: zum Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person, Art. 4 Abs. 2, 1. Spiegelstrich und zum Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten der Kommission, Art. 4 Abs. 4, 3 Spiegelstrich
- Problem: Kronzeugenprogramm
 - EuGH, Urt. v. 14.06.2011, Rs. C-360/09 – Pfeleiderer und Urt. v. 06.06.2013, Rs. C-536/11 – Donau Chemie: Einzelfallabwägung

Akteneinsicht

2. Akteneinsicht beim Bundeskartellamt

- Rechtsgrundlage § 46 Abs. 1, 3 S. 4 OWiG i.V.m. §§ 406e, 475 StPO
- Voraussetzung: berechtigtes Interesse
- Versagung bei schutzwürdigen Interessen der Kartellbeteiligten
- Problem: Kronzeugenprogramm
 - bislang kategorische Ablehnung der Akteneinsicht von Kartellbetroffenen in Bonusanträge und die begleitenden Unterlagen

Verhältnis zu anderen Vorschriften

1. Schadensersatz gem. § 33 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 GWB

- Vorschrift *ist lex specialis* zu § 823 I i. V. m. dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und § 823 II BGB
- Keine Verdrängung der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB

2. Anfechtung und Bereicherung

- Anfechtung von Verträgen mit Kartellanten wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB möglich
 - Strittig, ob allgemeine Aufklärungspflicht des Kartellanten hinsichtlich seiner Teilnahme an Kartell besteht, auch wenn danach seitens des Kunden nicht gefragt wurde
- Rückgewähr nach Bereicherungsrecht
 - Wertersatz der Waren gem. § 818 Abs. 2 BGB bemisst sich grds. nach hypothetischem Marktpreis