

Professor Dr. Peter Krebs

Arbeitsgliederung - Kartellrecht

Gliederungsvorschlag für die Prüfung des Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 GWB (mit Argumenten)

Hinweis: Die hier geballt auftretenden Streitfragen eignen sich hervorragend zur Demonstration eigener Argumentationsfähigkeit.

A. Anspruchsberechtigter

Anspruchsberechtigt ist der Betroffene. Dies setzt folgendes voraus:

- I. Marktbeteiligter:
 1. Mitbewerber: Unternehmen die auf dem gleichen sachlich und räumlich relevanten Markt tätig sind (Horizontalverhältnis).
 2. sonstige Marktbeteiligte: Abnehmer oder Anbieter der Marktgegenseite (Vertikalverhältnis), inkl. (End-)Verbraucher; ebenso andere Kartellmitglieder, sofern sie nicht erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsbeschränkung tragen (vgl. EuGH Slg. 2001, I-6297 Rn. 26, 31 – Courage).
- II. Beeinträchtigung: Anders als nach früherem Recht besteht keine Beschränkung (Schutzgesetz-/Schutzverfügungserfordernis) der Anspruchsberechtigten mehr. Vielmehr ist jeder anspruchsberechtigt, der auch nur irgendwie in seinen Interessen beeinträchtigt ist.
- III. Unmittelbare Betroffenheit (?): Nur unmittelbar Betroffene – also nicht die lediglich mittelbar betroffenen Abnehmer (oder Lieferanten) auf fernerer Marktstufen – sollen anspruchsberechtigt sein (str.). Es gäbe keine andere vernünftige Begrenzung; Praktikabilität, Prozessökonomie und Beweisbarkeit sprechen für eine solche Eingrenzung, andernfalls hätte der Kreis der Anspruchsberechtigten keine überschaubaren Konturen (setzt jedoch einen Ausschluss der Vorteilsausgleichung voraus (s.u. „passing on defense“)). Die „Courage“-Entscheidung des EuGH verlange keinen Schadensersatzanspruch der mittelbar Betroffenen; zumindest wird dieser Fall nicht erörtert. Gegen diese Begrenzung spricht jedoch, dass sie nicht im Gesetz steht, sich also allenfalls mittels teleologischer Reduktion rechtfertigen ließe. Das Kartellrecht kennt Sanktionen (z.B. Bußgelder) mit erheblicher Präventionswirkung. Der mehrfache Schadensersatz durch unmittelbare und mittelbare Abnehmer ginge hierüber nicht hinaus, zumal Klagen unmittelbarer Abnehmer wegen der „Ross und Reiter“-Problematik meist nicht klagen. Das sog. schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot wird auch in anderen Fällen mit besonderer Präventionswirkung

durchbrochen. Vertreten wird auch nur ganz mittelbar Betroffene (Gesellschafter und Arbeitnehmer) nicht zu schützen, wobei teilweise bei den mittelbaren Abnehmern zwar kein Ausschluss aber eine Anspruchsbeschränkung vorgenommen wird.

B. Anspruchsgegner

- I. Träger des gegen ein kartellrechtliches Verbot oder eine Schutzverfügung verstoßen Unternehmens (deliktischer Täter).
- II. Zurechnung: den Unternehmen wird die Handlungen ihrer Organe gem. § 31 BGB analog zugerechnet.
- III. Mehrere am Verstoß Beteiligte sind jeweils voll verantwortliche (§ 830 BGB) und haften gesamtschuldnerisch (§ 840 Abs. 1 BGB).
- IV. Auch ihrerseits schadensersatzberechtigte Kartellmitglieder (bei nicht erheblicher Verantwortung für die Wettbewerbsbeschränkung, s.o.) sind im Außenverhältnis schadensersatzpflichtig.

C. Kartellverstoß

- I. Verstoß gegen materielle Vorschriften des GWB: Die in betracht gezogenen Verstöße umfassen nur materielle Verbote. Nicht erfasst sind Missbrauchstatbestände, die lediglich ein Eingreifen der Kartellbehörde ermöglichen (hier greift dann aber u. U. der Tatbestand der kartellbehördlichen Verfügung), sowie Formalverstöße. Als Vorschriften, gegen die verstoßen wird, kommen in Betracht:
 - § 1 GWB – Kartellverbot i. e. S.
 - § 19 GWB – Missbrauch einer Marktbeherrschenden Stellung
 - § 20 GWB – Diskriminierung/Behinderung
 - § 21 GWB – Boykott oder
- II. Verstoß gegen Art. 81 EG – Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen oder
- III. Verstoß gegen Art. 82 EG – Marktmachtmissbrauch
(zu den kartellrechtlichen Verboten vgl. die jeweiligen Gliederungsvorschläge)
- IV. Verfügung der Kartellbehörde
 1. Kartellbehörde, § 48 Abs. 1 GWB: BKartA, Bundeswirtschaftsministerium sowie die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden; nicht jedoch die Kommission (im Falle von Kommissionsentscheidungen liegt jedoch regelmäßig ein Verstoß gegen Art. 81 oder 82 EG vor; die Entscheidung der Kommission hat dann für die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes Bindungswirkung, vgl. § 33 Abs. 4 GWB, Art. 16 VO 1/2003).
 2. Verbindlichkeit: die Verfügung muss zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung verbindlich gewesen sein; nicht zwingend notwendig ist Bestandskraft. Bei nachträglicher Aufhebung kommt es darauf an, ob der materielle Verstoß als von Anfang an nicht bestehend beurteilt wird oder ob sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse geändert haben.

3. Relevante Verfügungen:

- § 30 Abs. 3 GWB – Verbot der Preisbindung
- § 36 GWB – Untersagung von Zusammenschlüssen
- § 32d GWB – Entziehung der Gruppenfreistellung im Rahmen der Missbrauchsaufsicht
- § 32 GWB – Abstellungsverfügungen
- § 32a GWB – Anordnung einstweiliger Maßnahmen
- § 32b GWB – Bindende Verpflichtungszusagen

V. Feststellungswirkung, § 33 Abs. 4 GWB („follow on-Klage“)

Unter folgenden Voraussetzungen entfalten kartellrechtliche Entscheidungen Bindungswirkungen für anschließende Schadensersatzklagen:

1. Entscheidungen

- der Kommission,
 - der nationalen Kartellbehörden (BKartA, Landeskartellbehörden),
 - der Wettbewerbsbehörden der übrigen Mitgliedstaaten oder eines als Kartellbehörde handelndes Gerichts (in Ländern, in denen die Wettbewerbsbehörden keine Entscheidungskompetenz haben), sowie
 - Entscheidungen von Gerichten, die aufgrund Anfechtung von Entscheidungen der zuvor genannten Stellen ergangen sind.
2. Die Entscheidung muss sich gegen den Anspruchsgegner des Schadensersatzbegehrens richten.
 3. Die Tatbestandswirkung erstreckt sich allein auf das Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes (Tatsachen und rechtliche Beurteilung), nicht auf eventuelle Schadensfeststellungen.
 4. Keine Bindungswirkung entfalten Entscheidungen, aus denen sich das Nichtvorliegen eines Verstoßes ergibt.
 5. Besonderheit bei Entscheidungen ausländischer Kartellbehörden: Soweit nur ein nationales (also kein europaweit wirkendes) Kartell festgestellt wurde, hat dies für Schadensauswirkungen in anderen Gebieten keine Tatbestandswirkung hinsichtlich des Kartellverstoßes (str.).

D. Verschulden

I. Vorsatz:

1. Wissen und Wollen der Tat und des rechtswidrigen Erfolges.
2. Bewusstsein der Rechtswidrigkeit: Hält der Schädiger sein Verhalten für rechtmäßig, kommt ein Schadensersatzanspruch bei vorwerfbarem Rechtsirrtum (der Schädiger hätte mit einer anderen Beurteilung seines Verhaltens durch die Gerichte rechnen müssen) in Betracht. Damit trägt der Schädiger das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage.

- II. Fahrlässigkeit: außer Acht lassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des pflichtwidrigen rechtswidrigen Erfolges (§ 276 Abs. 2 BGB).

E. Schaden

- I. Kausale Schadenszufügung: Der Schaden muss kausal durch den Kartellrechtsverstoß bedingt sein. Zur Kausalität gehören die Äquivalenz (condicio sine qua non), die Adäquanz und der Schutzzweck der Norm. Zur Kausalität ist Mitursächlichkeit ausreichend.

- II. Weiterwälzung des Schadens – “passing on defense”, § 33 Abs. 3 S. 2 GWB

Die „passing on defense“ bezeichnet den Sachverhalt, dass in Vertikalbeziehungen der Anspruchsgegner sich mit dem Argument verteidigt, dass der Anspruchsteller (unmittelbarer Abnehmer/Lieferant) einen erlittenen Preisnachteil an seine Abnehmer/Lieferanten weitergeben konnte und ihm dadurch kein Schaden entstanden sei.

1. kein grundsätzlicher Schadensausschluss, § 33 Abs. 3 S. 2 GWB: Der Umstand allein, dass die Kartellware weiterveräußert wurde, hindert die Schadensentstehung beim Erstabnehmer nicht (Der Schaden ergibt sich als Differenz des Kartellpreises zum hypothetischen Marktpreis).
2. Vorteilsausgleichung: Der Schadensersatzanspruch **kann** insoweit entfallen, wenn der Abnehmer seinerseits einen Vorteil ziehen konnte, den er andernfalls nicht gezogen hätte, indem er die überhöhten Preise auf seine Abnehmer abwälzen konnte.

Exkurs: Die Grundsätze über die Vorteilsausgleichung setzen das Prinzip um, dass der Geschädigte nicht besser gestellt werden soll, als er ohne schädigendes Ereignis stünde (schadensrechtliches Bereicherungsverbot). Die Vorteilsausgleichung setzt nach ständiger Rechtsprechung generell folgendes voraus:

- *Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Vorteil und schädigendem Ereignis und*
- *Anrechnung widerspricht nicht dem Sinn und Zweck des Schadensersatzanspruches, d.h. der Schädiger wird nicht unbillig begünstigt und der Geschädigte nicht unzumutbar belastet.*

Eine Vorteilsausgleichung beim kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch ist umstritten:

a) Argumente pro Vorteilsausgleichung:

- keine realen Schäden und damit weit reichende Einschränkung des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots,
- potentielle Vervielfachung der Schadensersatzansprüche im Falle der Erstreckung des Schutzes auf mittelbar Betroffene,
- Präventivwirkung wird mittels Verstärkung des Schadensersatzanspruch durch die Vorteilsabschöpfung nach §§ 34, 34a GWB ausreichend Rechnung getragen.

b) Argumente contra Vorteilsausgleichung:

- Anrechnung widerspreche dem Zweck des Schadensersatzanspruch nach § 33 GWB, der auch durch präventive Elemente gekennzeichnet ist,
- Abwälzung erhöhter Kartellpreise beruht auf eigenen Leistungen des Abnehmers und solle dem Täter nicht zugute kommen,
- Anspruchstellung durch mittelbar Betroffene ist ungewiss und es erscheint dringlicher, dass die Vorteile nicht beim Täter verbleiben,
- Anerkennung des Vorteilsausgleichs würde Mehrfachklagen einer Vielzahl von Abnehmern erfordern und die Praktikabilität des Rechtsschutzes der Geschädigten beeinträchtigen.

Hinweis: Die gesetzliche Regelung ist alles andere als klar. Möglich wäre auch eine Gläubigergemeinschaft derart zu bejahen, dass der unmittelbar Geschädigte sich den Vorteilsausgleich zwar nicht anrechnen lassen muss, er jedoch i.S.d. Drittschadensliquidation zum Vorteilsausgleich für seinen Abnehmer verpflichtet ist.

F. Anspruchsentstehung

I. Ersatz des konkreten Schadens (§ 249 BGB):

1. Naturalrestitution,
2. Geldersatz, i.d.R. entgangener Gewinn.

II. Schadensschätzung nach § 252 BGB, § 287 ZPO (§ 33 Abs. 3 S. 3 GWB): Heranziehung des anteiligen Verletzergewinns zur Schadensschätzung (jedoch kein Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns). Hiermit lässt sich eine Beweislastumkehr rechtfertigen (str.). Der Schädiger muss beweisen, dass der Schaden niedriger als sein anteiliger Gewinn war.

III. Verzinsungspflicht, § 33 Abs. 3 S. 4, 5 GWB: Auf Geld gerichtete Schadensersatzforderungen sind zu verzinsen. Die Verzinsungspflicht beginnt unmittelbar mit Schadenseintritt. Der Zinssatz beträgt wohl 8 Punkte über dem Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1 S. 2 BGB, vorbehaltlich eines höheren Zinsschadens, § 288 Abs. 3 BGB).

Hinweis: § 33 Abs. 3 S. 5 GWB ordnet die entsprechende Anwendung des § 288 BGB an. Damit dürfte nicht nur die Voraussetzung Verzug sondern auch die Voraussetzung des § 288 Abs. 2 BGB „Entgeltforderung“ überspielt sein (a.A. gut vertretbar bezüglich Tatbestandsmerkmals Entgeltforderung) Wer dies ablehnt, käme auf einen Zinssatz von 5 % über dem Basiszinssatz.

G. Keine Verjährung (rechtshindernde Einrede)

- I. Regelverjährung, § 195 BGB: 3 Jahre. Beginn der Frist mit Jahresende ab Kenntniserlangung oder grob fahrlässiger Unkenntnis der Anspruch begründenden Umstände sowie der Person des Schuldners (§ 199 BGB).
- II. Hemmung der Verjährung, § 33 Abs. 5 S. 1 GWB: Damit einem Anspruchsteller die Tatbestandswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB auch tatsächlich zugute kommen, führen diese Verfahren zur Hemmung der Verjährung.
 1. Verfahren vor dem BKartA, den Landeskartellbehörden.
 2. Verfahren der Kommission oder anderer nationaler Kartellbehörden wegen Verstößen gegen Art. 81, 82 EG.
 3. Auch gerichtliche Verfahren, soweit diese die Fortsetzung eines vorhergehenden kartellbehördlichen Verfahrens darstellen.
 4. Ablauf der Hemmung: 6 Monate nach Abschluss des Verfahrens (§ 204 Abs. 2 S. 1 BGB), unabhängig vom Verfahrensausgang.

Hinweis: Bei der Bezugnahme auf Abs. 2 am Anfang des § 33 Abs. 5 S. 1 GWB handelt es sich wohl um ein Redaktionsversehen; gemeint ist der den Schadensersatz regelnde Abs. 3.