



KARTELL- SCHADENS- ERSATZ

EIN LEITFADEN
FÜR GESCHÄDIGTE
UNTERNEHMEN

INHALT

Beispiel Zuckerkartell	2-3
Beispiel Luftfrachtkartell	4-5
Anspruch auf Schadensersatz	6-7
Höhe des Schadensersatzes	8-11
Durchsetzung der Ansprüche	12-13
Fragen der Verjährung	14-15
Kosten und Risiken	16-17
Checkliste für Geschädigte	18

EINLEITUNG

Kartelle sind schwerwiegende Eingriffe in unsere marktwirtschaftliche Ordnung, die jedes Jahr erhebliche volkswirtschaftliche Schäden verursachen. Wenn sich Wettbewerber untereinander absprechen, um Preise festzusetzen, Märkte oder Kunden aufzuteilen, Quoten zu vereinbaren oder in sonstiger Weise ihr Wettbewerbsverhalten zu koordinieren, dient dies immer demselben Ziel: Der Wettbewerb soll im Interesse der eigenen Gewinnmaximierung ausgeschaltet werden.

Der Kartellrendite der Kartellanten steht ein entsprechender Schaden der Kunden oder Lieferanten gegenüber. Kunden zahlen einen überhöhten Preis. Hinzu kommt, dass ihnen aufgrund der höheren Kosten möglicherweise zusätzliche Gewinne entgehen. Bei einem Kartell von Einkäufern werden die Preise hingegen künstlich zu niedrig gehalten. Der Lieferant erhält weniger für seine Ware, als eigentlich gerechtfertigt wäre.

Die gute Nachricht ist, dass kartellgeschädigte Unternehmen einen Anspruch auf vollständigen Ersatz der erlittenen Schäden haben. Die deutsche Rechtsordnung verfügt über ein funktionierendes System ziviler Schadensersatzklagen, das die Durchsetzung dieser Ansprüche gewährleistet. Überdies haben gesetzgeberische Maßnahmen und richtungsweisende Entscheidungen der Gerichte die Effektivität des Systems weiter gestärkt. Entsprechend hat die Zahl der kartellrechtlichen Schadensersatzklagen in den letzten Jahren rasant zugenommen. Wenn heutzutage ein Kartell aufgedeckt wird, führt dies praktisch immer dazu, dass die geschädigten Kunden oder Lieferanten die Kartellanten vor Gericht verklagen oder sich mit ihnen außergerichtlich auf eine Ausgleichszahlung einigen (→ Beispiele Zuckerkartell und Luftfrachtkartell, S. 2 ff.).

Mit dieser Broschüre geben wir einen Überblick dazu, welche Punkte es bei der Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche zu beachten gilt.



Dr. Nicholas Kessler, LL.M., EMBA

Beispiel ZUCKERKARTELL

Im Februar 2014 verhängte das Bundeskartellamt gegen das Zuckerkartell Bußgelder in Höhe von insgesamt rund 280 Millionen Euro.

Grund für die Bußgelder war ein über viele Jahre bestehendes Gebietskartell der drei großen deutschen Zuckerhersteller: Nordzucker, Südzucker und Pfeifer & Langen. Bereits im Jahr 1996 hatten sich die Leiter von Nordzucker und Pfeifer & Langen in Vieraugengesprächen auf das sog. „Heimatmarkprinzip“ geeinigt. Jedes Unternehmen sollte sich auf sein angestammtes Absatzgebiet konzentrieren. Überschüssige Zuckermengen, die dort nicht verkäuflich waren, sollten eher ins Ausland exportiert werden, als sie an Kunden des Wettbewerbers abzusetzen. Später schloss sich auch Südzucker dem Kartell an.

In der Folgezeit stimmten sich die Unternehmen immer wieder ab, wenn das Kartell durch äußere Anlässe unter Druck kam, z.B. als nach der EU-Osterweiterung 2004 plötzlich zusätzliche Zuckermengen aus Polen nach Deutschland strömten oder als der französische Zuckerhersteller Tereos in den deutschen Markt drängte. Gespräche zwischen den Geschäftsleitungen oder zwischen Vertriebsmitarbeitern gab es auch zu anderen Fragen. Die Einzelkontakte betrafen z.B. Werksschließungen, Expansionsstrategien, Quotenverteilungen und Preisabsprachen bei Verarbeitungs- und Haushaltszucker. Auch als die europäische Zuckermarktordnung geändert wurde, stimmten sich die Kartellanten umfassend untereinander ab.

Aufgrund der Kartellabsprachen „respektierten“ die drei Zuckerhersteller die Absatzgebiete und Kunden der anderen Kartellbeteiligten. Wettbewerb fand faktisch nicht statt. Das Bundeskartellamt stellte fest, dass das Kartell die „Verhaltensspielräume“ der Hersteller erweitert hatte, d.h. dass sie gegenüber ihren Kunden überhöhte Preise durchdrücken konnten. Es war schließlich auch das Ziel der Absprachen, einen „Preisrutsch“ beim Zucker zu verhindern.

Seit die Zuckerkunden wissen, dass sie über Jahre „abgezockt“ wurden, überrollen sie Nordzucker, Südzucker und Pfeifer & Langen mit einer Klagewelle. Soweit bekannt sind an wenigstens sechs Gerichten mehr als 50 Klagen anhängig. Die Summe der geltend gemachten Schadensersatzforderungen beläuft sich auf mehr als 500 Millionen Euro. Sie übersteigt also die Summe der Bußgelder deutlich.

Orrick, Herrington & Sutcliffe vertritt ein geschädigtes Unternehmen bei der Klage gegen das Zuckerkartell.





Beispiel LUFTFRACHTKARTELL

Im November 2010 verhängte die Europäische Kommission Geldbußen in Höhe von insgesamt fast 800 Millionen Euro gegen elf Luftfrachtunternehmen, die von Dezember 1999 bis Februar 2006 ein Preiskartell gebildet hatten.

Zuvor hatten sich die Luftfrachtunternehmen bereits in den USA auf Strafzahlungen geeinigt. Das Kartell betraf Frachtflüge. Unter anderem hatten sich die Fluggesellschaften verbotenerweise auf die Höhe von Treibstoff- und Sicherheitszuschlägen geeinigt.

Wegen eines Verfahrensfehlers hob das Gericht der Europäischen Union den europäischen Beschluss zunächst auf. Die Kommission führte daraufhin das Verfahren erneut durch, um den Verfahrensfehler zu beheben, und erließ im März 2017 einen zweiten Beschluss, der das Vorliegen eines Kartells erneut bestätigte. Lediglich die verhängten Geldbußen waren etwas niedriger (776 Millionen Euro).



Die Entdeckung des Kartells hat auch in diesem Fall zu einer Welle von Schadensersatzforderungen gegen die Kartellmitglieder geführt, sowohl in Deutschland wie auch im europäischen Ausland.

Unter anderem fordert die Deutsche Bahn vor dem Landgericht Köln Schadensersatz von über 1 Milliarden Euro. Hinzu kommen Zinsen von mehr als einer halben Milliarde Euro. Weitere Klagen sind im Ausland anhängig.

Orrick, Herrington & Sutcliffe hat ein geschädigtes Unternehmen bei der weltweiten Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen das Luftfrachtkartell beraten.

ANSPRUCH AUF SCHADENSERSATZ

Kartellabsprachen sind schwerwiegende Eingriffe in die marktwirtschaftliche Ordnung, die zu großen volkswirtschaftlichen Schäden führen.

Das Bundeskartellamt schätzt, dass es allein durch die Verfolgung und Aufdeckung von Kartellen pro Jahr Schäden von mindestens 460 Millionen Euro von den Verbrauchern abwendet. Kartellabsprachen sind deshalb weltweit verboten und werden mit scharfen Sanktionen belegt. Das deutsche Kartellrecht sieht hohe Bußgelder vor und in besonderen Fällen (Absprachen bei öffentlichen Ausschreibungen) sogar Gefängnisstrafen.

Jedermann hat einen Anspruch

Mit Bußgeldern und Gefängnisstrafen werden die Schäden der Opfer allerdings noch nicht wettgemacht. Der Europäische Gerichtshof hat deshalb in seinem grundlegenden „Courage“-Urteil von 2001 (Rechtssache C 453/99) entschieden, dass die Mitglieder eines Kartells verpflichtet sind, die von ihnen verursachten Schäden auszugleichen. „Jedermann“ hat nach diesem Urteil Anspruch auf den Ersatz des Schadens, der ihm durch einen Verstoß gegen das europäische Kartellrecht entstanden ist.

Seit dem „Courage“-Urteil hat sich viel bewegt. Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) ist mit mehreren Grundsatzentscheidungen nachgezogen. Die Europäische Union hat im November 2014 die Kartellschadensersatzrichtlinie (Richtlinie 2014/104/EU) verabschiedet, die die Schadensersatzansprüche wegen Kartellrechtsverstößen europaweit angleicht. Darauf aufbauend hat der deutsche Gesetzgeber die Vorschriften über kartellrechtliche Schadensersatzansprüche überarbeitet und verschärft. Das gemeinsame Ziel dieser Anstrengungen ist, den Kartellgeschädigten die Durchsetzung ihrer Ansprüche zu erleichtern.

Seit Juni 2017 finden sich nunmehr im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) besondere Vorschriften für Schadensersatzklagen. Nach § 33a Absatz 1 GWB ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wer gegen Verbote des deutschen oder europäischen Kartellrechts verstößt. Weitere Regelungen sichern diesen Anspruch ab. Hierdurch wird gewährleistet, dass Unternehmen und Verbraucher Schadensersatzansprüche gegen Kartellanten effektiver durchsetzen können, als dies nach früherem Recht möglich war.

SCHÄDEN DURCH KARTELLE

Geschätzter Schaden

Vitaminkartell
(1990-1999)

ca. 2,8 Milliarden Euro
in Europa

Zementkartell
(1990-2002)

mehr als 2 Milliarden
Euro in Deutschland

Waschmittelkartell
(2002-2005)

ca. 315 Millionen Euro
in acht europäischen
Ländern

Sonderregelungen zur erleichterten Rechtsdurchsetzung

Durch folgende Besonderheiten soll es den Kartellgeschädigten insbesondere ermöglicht werden, effektiv an ihr Recht zu kommen:

- Der Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens besteht grundsätzlich zugunsten der unmittelbaren Abnehmer (Kunden) eines Kartells.*
- Darüber hinaus können auch die mittelbaren Abnehmer (Kunden der Kunden) Schadensersatz verlangen, wenn die unmittelbaren Abnehmer die kartellbedingt überhöhten Preise an sie weitergereicht haben. Der Anspruch ist also nicht etwa (wie früher teilweise behauptet wurde) auf solche Abnehmer beschränkt, gegen die sich die Kartellabsprache gezielt richtet hat.
- Einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Kartellmitglieder können sogar solche Abnehmer haben, die das von dem Kartell betroffene Produkt bei einem nicht am Kartell beteiligten, sog. „Kartellaußenseiter“ bezogen haben, wenn dieser im „Windschatten des Kartells“ ebenfalls seine Preise erhöht hat.
- Die Mitglieder eines Kartells haften als Gesamtschuldner. Jedes Kartellmitglied ist zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet – und zwar bei Produkten, die von anderen Kartellmitgliedern oder Kartellaußenseitern bezogen worden sind. Ein Geschädigter, der bei mehreren Kartellanten eingekauft hat, muss seine Ansprüche also nicht getrennt gegenüber den einzelnen Kartellanten geltend machen, sondern kann sich ein besonders solventes Kartellmitglied als Anspruchsgegner herausuchen.

* In Fällen, in denen Einkäufer ein illegales Kartell bilden, um niedrigere Preise zu erzwingen, können auch Lieferanten einen Anspruch auf Schadensersatz haben.

- Eine rechtskräftige kartellbehördliche Entscheidung hat Bindungswirkung in einem zivilen Schadensersatzprozess. Das bedeutet, dass die betroffenen Kartellmitglieder ihre Beteiligung an dem Kartell nicht mehr abstreiten können und dass der Kläger den Verstoß gegen das Kartellrecht nicht mehr selbst nachweisen muss.
- Es wird gesetzlich vermutet, dass das Kartell zu einem Schaden geführt hat, und das Gericht kann die Höhe des Schadens bei Bedarf schätzen. Dies ist wichtig, weil sich die Höhe des entstandenen Schadens in der Praxis häufig nicht exakt bestimmen lässt und von den Beklagten regelmäßig bestritten wird.
- Die Verjährung der Schadensersatzforderungen wird durch mehrere Sondervorschriften aufgeschoben. Insbesondere wird die Verjährung angehalten, solange die Kartellbehörden den Fall untersuchen. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Geschädigten in Ruhe die Ergebnisse der kartellbehördlichen Ermittlungen abwarten können, ohne eine Verjährung ihrer Ansprüche befürchten zu müssen (→ Fragen der Verjährung, S. 14).

Die volle Wirksamkeit des [europäischen Kartellrechts und des europäischen Kartellverbots] wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“

Europäischer Gerichtshof,
Urteil vom 20. September 2001,
Rechtssache C-453/99 – „Courage“

HÖHE DES SCHADENSERSATZES

Der Schadensersatz umfasst alle Nachteile, die dem Geschädigten durch das Kartell entstanden sind. Dies ist in erster Linie der kartellbedingte Preisaufschlag, das heißt die Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Preis (Kartellpreis) und dem Preis, der ohne das Kartell zu zahlen gewesen wäre (hypothetischer Wettbewerbspreis). Daneben kann Ersatz eines entgangenen Gewinns und die Zahlung von Zinsen verlangt werden. Die genaue Bestimmung und Berechnung dieser Nachteile kann in der Praxis Schwierigkeiten bereiten. Wichtig ist daher, dass der Gesetzgeber den Geschädigten mit verschiedenen Sonderbestimmungen bei der Schadensberechnung hilft.

Schadensvermutung

In der Praxis werden Kartelle eingegangen, damit die beteiligten Unternehmen von ihren Kunden höhere Preise verlangen können, damit sie einen Verfall ihrer Preise verhindern können oder damit sie ein Absinken der Preise verlangsamen oder gar aufhalten können. Kurzum: Zweck eines Kartells sind überhöhte Preise zulasten der Kunden. Wird ein Kartell umgesetzt, ist zu erwarten, dass es diesen Zweck auch erfüllt. Denn ohne den Nutzen höherer Preise würden sich die Kartellmitglieder kaum der Gefahr aussetzen, dass ihr illegales Handeln erkannt wird und sie zu hohen Strafen verurteilt werden. Das Gesetz vermutet deshalb zugunsten der Geschädigten in § 33a Absatz 2 GWB, dass ein Kartell einen Schaden verursacht hat.

- Kartellabsprachen führen im Mittel zu um 15 % überhöhten Preisen. Das heißt, dass die Abnehmer für ein Produkt einen Preis zahlen müssen, der um 15 % über demjenigen Preis liegt, der unter Wettbewerbsbedingungen zu erwarten wäre.
- Internationale Absprachen, an denen Anbieter aus mehreren Ländern beteiligt sind, sind meist schädlicher als rein nationale Kartelle. Der durchschnittliche kartellbedingte Preisaufschlag aufgrund von internationalen Kartellen liegt bei etwa 18 %, während nationale Kartelle die Preise durchschnittlich um etwa 13 % erhöhen.

Methoden zur Schadensschätzung

Der hypothetische Wettbewerbspreis ist allerdings naturgemäß nicht bekannt. Er muss von ökonomischen Sachverständigen in aufwendigen Rechenverfahren ermittelt werden. Dabei kann beispielsweise die Preisentwicklung bei anderen Produkten zum Vergleich herangezogen werden. In der Praxis haben sich folgende Methoden für den Vergleich etabliert:

- **Zeitlicher Vergleich:** Es werden die Preise für das kartellierte Produkt im Kartellzeitraum mit den Preisen vor und/oder nach dem Kartell verglichen.
- **Räumlicher Vergleich:** Es werden die Preise des kartellierten Produkts mit den Preisen für das gleiche Produkt in anderen geografischen Märkten verglichen, die nicht von dem Kartell beeinflusst waren.
- **Sachlicher Vergleich:** Es werden die Preise des kartellierten Produkts mit den Preisen für vergleichbare, aber nicht kartellierte Produkte verglichen.

„Nach ökonomischen Grundsätzen wird bei Kartellen regelmäßig eine Kartellrendite entstehen. Deshalb spricht [...] eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Kartell gebildet und erhalten wird, weil es höhere als am Markt sonst erzielbare Preise erbringt.“

Bundesgerichtshof (BGH),
Beschluss vom 28.6.2005, KRB 2/05

Es gibt zahlreiche ökonomische Studien, die diese Erwägungen bestätigen. In einer zusammenfassenden Bewertung von über 1.000 Kartellen kam eine wissenschaftliche Studie zu den folgenden Ergebnissen:



Beispiel Zementkartell

Im Rahmen der gerichtlichen Aufarbeitung des deutschen Zementkartells (1990–2002) wurde der Preiseffekt von einem ökonomischen Gutachter ermittelt. Unter Verwendung umfangreicher empirischer Daten kam er zu folgenden Ergebnissen:

- Die Preise für eine Tonne Zement lagen aufgrund des Kartells in Deutschland um durchschnittlich mindestens 6 Euro über dem hypothetischen Wettbewerbspreis.
- Im maßgeblichen Zeitraum lag der Zementpreis bei 50 bis 60 Euro pro Tonne.
- Den Kartellmitgliedern war es demnach gelungen, im Durchschnitt einen um 10 % überhöhten Preis durchzusetzen.

- **Differenzen-in-Differenzen-Methode:** Die vorstehend genannten Methoden werden miteinander kombiniert. Es wird zum Beispiel verglichen, wie sich die Preise für das kartellierte Produkt (Zucker in Deutschland) während und nach dem Kartell im Vergleich zu den Preisen für das gleiche Produkt in einem nicht kartellierten Markt (Zucker in Italien) verändert haben. Durch diese Methode lassen sich Einflussfaktoren, die beide Märkte gleichermaßen betreffen, eliminieren, was eine verlässlichere Berechnung des kartellbedingten Preisaufschlags ermöglicht.
- Die genannten Vergleichsmethoden lassen sich durch die Einbeziehung von Kontrollvariablen weiter verfeinern. So können Rohstoffpreise und andere preisrelevante Faktoren mit Hilfe eines Regressionsmodells in die Analyse einbezogen werden, was die „Bereinigung“ der Preise um nichtkartellrelevante Faktoren erlaubt. Die Ergebnisse der Schätzung werden hierdurch weiter verbessert.

Neben den Vergleichsmethoden existieren weitere Methoden, die vor allem dann zum Zuge kommen, wenn ein Vergleich mangels geeigneter zeitlicher, räumlicher oder sachlicher Vergleichsdaten nicht in Frage kommt. In diesen Fällen kann auf Grundlage der Theorie der Industrieökonomik ein „künstlicher“ Vergleichsmarkt simuliert werden, der den wahren Markt und dessen Wettbewerbsstruktur möglichst gut abbildet.

Häufig zeigt sich, dass die Preise auch nach der Beendigung eines Kartells nicht sofort auf das Wettbewerbsniveau zurückgehen. Auch derartige „Nachwirkungen“ bilden einen Schaden und werden vom Schadensersatz erfasst. Die Abbildung „Vergleich von Kartellpreis und hypothetischem Wettbewerbspreis“ veranschaulicht dies.

Gemeinsam ist allen genannten Methoden, dass sie bessere Ergebnisse liefern, je umfassender die Datenbasis ist, auf der sie aufbauen. Für die Geschädigten ist es deshalb überaus wichtig, möglichst viele verfügbare Daten zu sammeln (→ [Checkliste für Geschädigte, S. 18](#)).

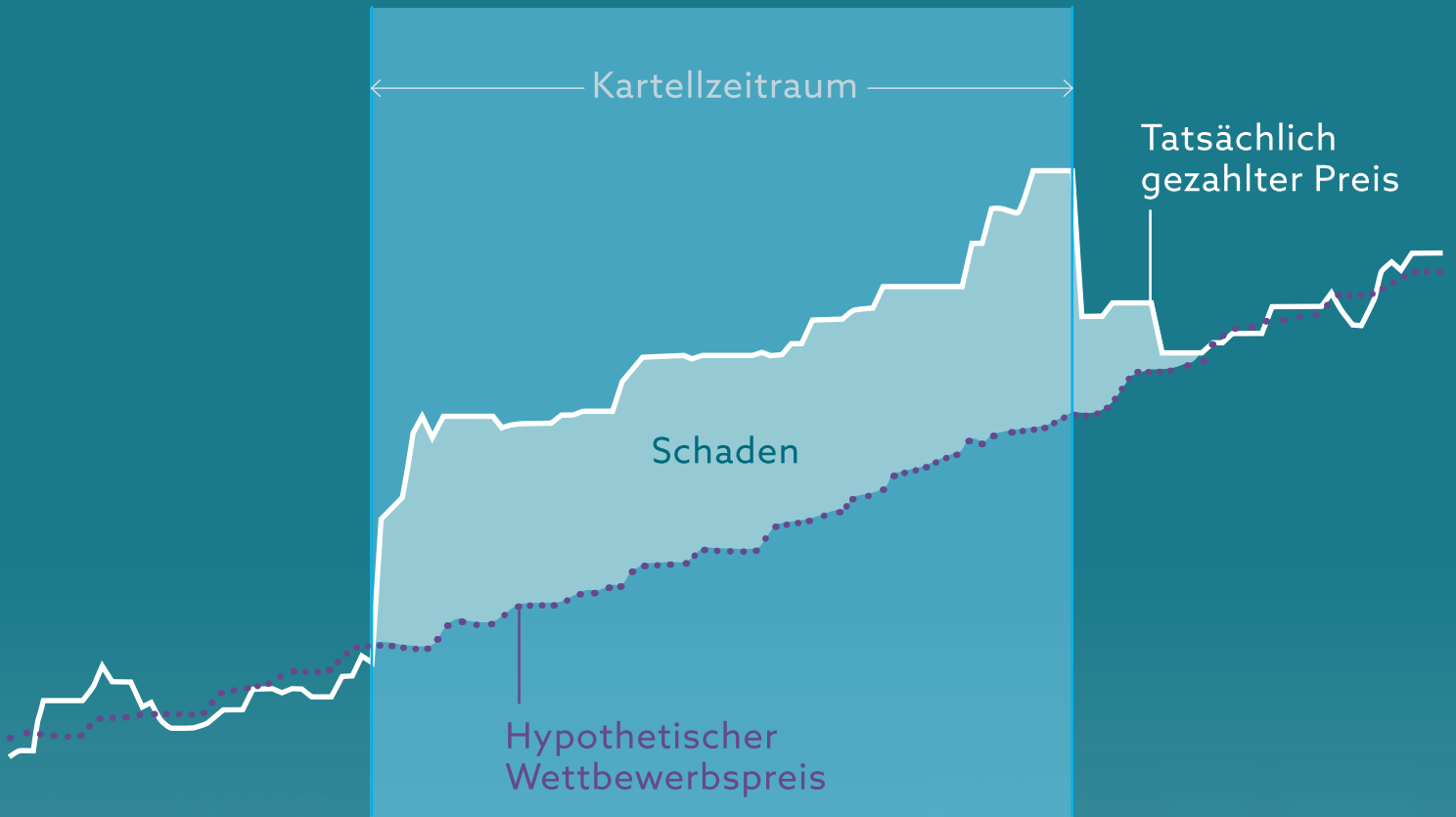
Zinsen

Der Kartellschaden beschränkt sich nicht auf die Summe der überhöhten Preise. Hätten die Geschädigten über das zu viel gezahlte Geld früher verfügen können, hätten sie es für gewinnbringende Investitionen oder für die Rückführung von Krediten einsetzen können. Diese Nachteile sollen mit einem besonderen Zinsanspruch ausgeglichen werden. Die Zinsen sind für den gesamten Zeitraum seit der überhöhten Zahlung zu leisten. Dabei gelten nach der Gesetzeslage und der Rechtsprechung des BGH folgende Zinssätze:

- Für Ansprüche, die vor dem 1. Juli 2005 entstanden sind, betragen die Zinsen 4 % p.a.
- Für spätere Ansprüche liegt der Zinssatz bei 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz.
- In besonderen Fällen, nämlich wenn der Geschädigte nicht Opfer eines Kartells, sondern Opfer eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung geworden ist, beträgt der Zinssatz sogar 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

Bei Kartellschäden, die lange Zeit zurückreichen, können die Zinsen somit erkleckliche Beträge erreichen und sogar den eigentlichen Kartellschaden übersteigen.

VERGLEICH VON KARTELLPREIS UND HYPOTHETISCHEM WETTBEWERBSPREIS



DURCHSETZUNG DER ANSPRÜCHE

Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Kartellanten vollzieht sich in der Regel in mehreren Eskalationsphasen: vom ersten Anspruchsschreiben über Vergleichsverhandlungen und ggf. einem Güteverfahren bis hin zur gerichtlichen Auseinandersetzung und zwangsweisen Durchsetzung eines obsiegenden Urteils. Idealerweise sollte der Geschädigte von Beginn an eine Strategie verfolgen, die all diese Phasen erfasst. Hierzu bedarf es einer gründlichen Vorbereitung.

In die Erarbeitung der optimalen Strategie ist eine Vielzahl von Überlegungen einzubeziehen. Besondere Bedeutung kommt dabei regelmäßig folgenden Aspekten zu:

- Bei welchen Kartellbeteiligten bestehen die besten Chancen auf ein siegreiches Urteil und eine erfolgreiche Vollstreckung?
- Welches ist der am besten geeignete Gerichtsstand?
- Welches ist das günstigste materielle Recht?
- Droht kurzfristig die Verjährung von Ansprüchen?

Wahl des Gegners

Der Auswahl der in Anspruch zu nehmenden Kartellanten kommt eine zentrale Rolle zu. Zwar haftet jeder Kartellbeteiligter im Grundsatz gesamtschuldnerisch für alle entstandenen Schäden (→ [Anspruch auf Schadensersatz](#), S. 6). Ein hart erkämpftes Urteil nützt aber wenig, wenn der Beklagte nicht (mehr) in der Lage ist, den zuerkannten Schadensersatz vollständig zu leisten. Umgekehrt kann eine vorsorglich gegen alle Kartellbeteiligten erhobene Klage die Kosten empfindlich erhöhen und die Dauer eines Prozesses verlängern, ohne den Grenznutzen signifikant zu verbessern. Der Kreis der zu verklagenden Kartellanten ist daher mit Bedacht festzulegen. Maßgebliche Kriterien sind u.a. die finanzielle Leistungsfähigkeit und das Vorhandensein von ausreichender Zwangsvollstreckungsmasse im EU-Inland.

Wahl des Gerichts

Bei grenzüberschreitenden Kartellen gibt es oft mehrere Gerichte in verschiedenen Ländern, vor denen wahlweise Klage erhoben werden kann. Zusätzlich zu den regulären Zuständigkeiten am Wohnsitz oder am Ort des schädigenden Ereignisses eröffnet das EU-Recht ganz bewusst auch die Möglichkeit, mehrere Kartellbeteiligte vor den Gerichten eines Staates zu verklagen, wo nur einer von ihnen seinen Sitz hat (Art. 8 Nr. 1 EuGVVO).

Dies erlaubt es dem Kartellgeschädigten, das für ihn optimale Gericht auszusuchen („Forum Shopping“). Maßgebliche Kriterien sind etwa die Prozesskosten, die Expertise der Gerichte in kartellbedingten Schadensersatzprozessen, die Verfügbarkeit von Beweismitteln, die Erzwingung der Vorlage von Beweismitteln durch den Beklagten („Discovery“) oder die Vollstreckbarkeit eines Urteils in Drittstaaten.

„Law & Forum Shopping“

Für private Schadensersatzklagen gegen Kartellanten sieht das EU-Recht mittlerweile wichtige Erleichterungen vor. Diese erlauben es einem Kartellgeschädigten in gewissen Grenzen, das ihm günstigste Gericht („Forum Shopping“) und das günstigste Recht („Law Shopping“) zu wählen.

Beispiel: K war Abnehmer eines europaweit agierenden Preiskartells, an dem das deutsche Unternehmen D und das französische Unternehmen F beteiligt waren. Aufgrund des Kartells hat K in der gesamten EU Schäden in der Form überhöhter Preise erlitten.

K könnte nun D und F auf Ersatz seines Gesamtschadens vor dem zuständigen deutschen Gericht nach deutschem Recht oder wahlweise vor dem zuständigen französischen Gericht nach französischem Recht verklagen – und zwar sogar in Bezug auf seine in Belgien und Italien entstandenen Schäden. Daneben können noch weitere Wahlmöglichkeiten bestehen.

Wahl des Rechts

Bei grenzüberschreitenden Kartellverstößen galt lange Zeit ausnahmslos das Auswirkungsprinzip. Demnach konnte der in einem Mitgliedstaat entstandene Kartellschaden allein nach dem Recht dieses Mitgliedstaates reguliert werden. Eine Rechtszersplitterung und Parzellierung der Schadensersatzansprüche waren die Folge. Um die damit verbundenen erhöhten Prozesskosten und -risiken für die Kartellgeschädigten zu reduzieren, wurde ihnen schließlich ein Optionsrecht bezüglich des anwendbaren nationalen Rechts eingeräumt (Art. 6. Abs. 3 lit. b Rom-II-VO). In bestimmten Fällen können Kartellgeschädigte ihre Ansprüche gegen Kartellanten aus mehreren Mitgliedstaaten dem Recht eines Mitgliedstaates unterstellen und so ihren gesamten Schaden nach dem Recht eines Staates liquidieren („Law Shopping“). Maßgebliche Kriterien sind u.a. etwaige Beweiserleichterungen des nationalen Rechts, günstigere Bestimmungen zur Höhe des ersatzfähigen Schadens oder längere Verjährungsfristen.

Verjährungshemmung

Droht gegenüber einem oder mehreren Kartellanten Verjährung (→ [Fragen der Verjährung, S. 14](#)), so muss die Strategie des Kartellgeschädigten auch auf eine möglichst zügige und sichere Verjährungshemmung gerichtet sein. Richtet sich die Verjährung nach deutschem Recht, genügt die Zusendung eines bloßen Anspruchsschreibens regelmäßig nicht. Vielmehr muss es wenigstens zu tatsächlichen Verhandlungen mit dem jeweiligen Kartellanten kommen (§ 203 BGB). Aus Gründen der Rechtssicherheit über Umfang und Dauer der Verjährungshemmung ist aber ein expliziter Verjährungsverzicht zu empfehlen. Wird ein solcher verweigert, kommt als Vorstufe zu einer (bei hohen Streitwerten durchaus kostenintensiven) Klageerhebung u.U. die Einleitung eines Gütestellenverfahrens zur Verjährungshemmung in Betracht. Auch der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides kann in Ausnahmefällen bei besonderer Eile zur Verjährungshemmung genutzt werden.



OBERLANDESGERICHT
GENERALSTAATSANW

FRAGEN DER VERJÄHRUNG

Kartellabsprachen finden normalerweise im Geheimen statt, und es vergehen nicht selten viele Jahre, bis ein Kartell aufgedeckt werden kann. In dieser Zeit haben die Täter meist bereits erhebliche Summen durch ungerechtfertigte Preisaufschläge vereinnahmt. Für die Opfer stellt sich dann die Frage, ob sie für ihre weit in die Vergangenheit reichenden Schäden noch Ersatz erlangen können – oder ob sie hieran durch die Regeln über die Verjährung gehindert werden.

Verjährung als Hindernis?

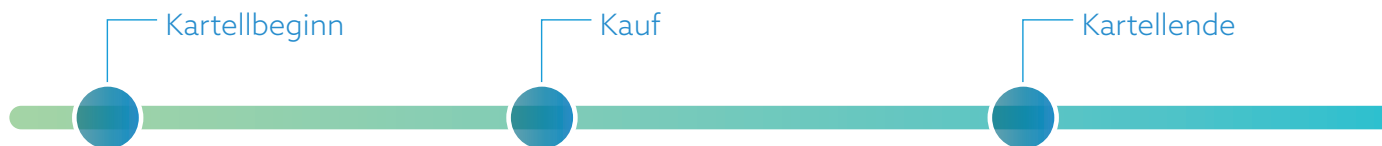
Schadensersatzansprüche verjähren im deutschen Recht generell zehn Jahren nach ihrer Entstehung. Wenn der Inhaber des Anspruchs die Umstände kennt oder kennen müsste, aus denen sich der Anspruch ergibt, kann die Verjährung sogar schon früher einsetzen. Die Verjährungsfrist beträgt dann drei Jahre und beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruchsinhaber die Kenntnis erlangt oder erlangen musste. Maßgeblich ist die Frist, die zuerst endet.

Wenn das Bundeskartellamt, die Europäische Kommission oder eine andere Kartellbehörde bekannt gibt, dass sie ein Kartell aufgedeckt hat, dürfen die Geschädigten eines Kartells also nicht beliebig lange zuwarten. Andernfalls verlieren sie die Chance, ihre Ansprüche durchzusetzen.

Doch wenn man sich vergegenwärtigt, dass Kartellverfahren nicht selten drei, vier, fünf oder noch mehr Jahre dauern, kann selbst bei schnellem Handeln die zehnjährige Verjährungsfrist zum Problem werden. Ein Beispiel hierfür ist das Grauzementkartell, das von Anfang der 1990er Jahre bis 2002 dauerte. Im April 2003 erließ das Bundeskartellamt in dieser Sache Bußgeldbescheide gegen die Zementhersteller, wodurch das Kartell in der Öffentlichkeit bekannt wurde. Doch erst im Februar 2013 konnten die Bußgeldverfahren mit einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) rechtskräftig abgeschlossen werden. Erst jetzt konnten sich die Geschädigten zum Nachweis des Kartells auf die Feststellungen des Gerichts berufen. Zu diesem Zeitpunkt waren die einschlägigen Verjährungsfristen aber eigentlich schon lange abgelaufen.

VERJÄHRUNG NACH ALTEM RECHT

kenntnisunabhängig



VERJÄHRUNG NACH

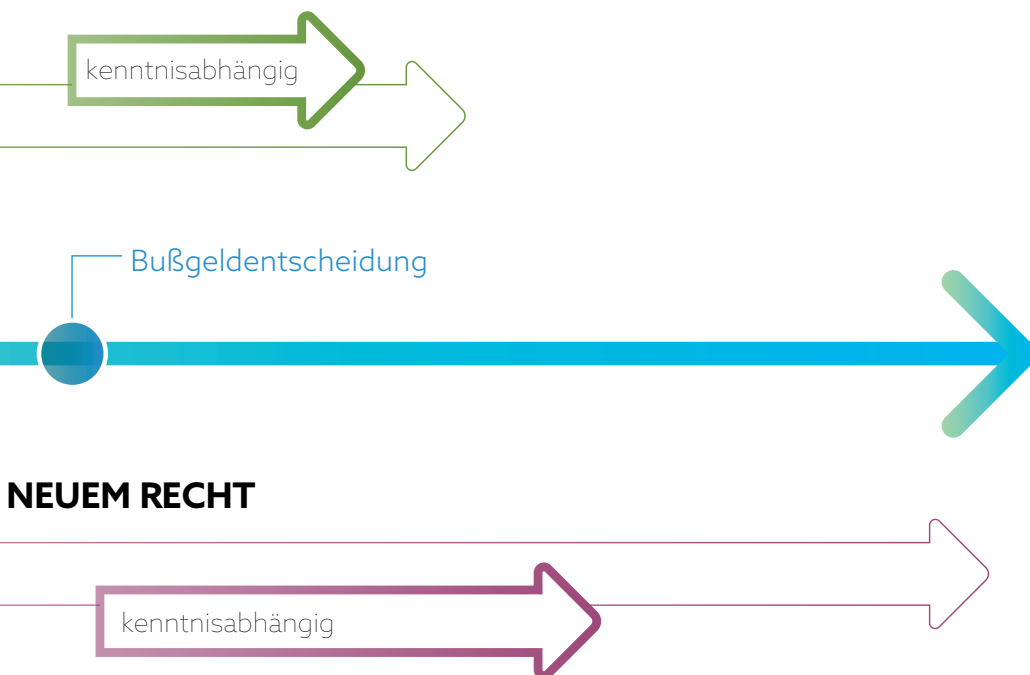
kenntnisunabhängig

Abhilfe durch den Gesetzgeber

Der Umstand, dass ein Kartell lange unentdeckt bleibt und sich die behördliche und gerichtliche Aufarbeitung langwierig gestaltet, darf den Kartelltätern aber nicht zum Vorteil gereichen. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und zunächst 2005 (7. GWB-Novelle) und noch einmal 2017 (9. GWB-Novelle) versucht, Abhilfe zu schaffen:

- Seit 2005 läuft die Verjährung nicht (sondern wird „gehemmt“), solange eine Kartellbehörde den Fall untersucht. Zu den Kartellbehörden gehören das Bundeskartellamt, aber auch die Europäische Kommission, die nationalen Wettbewerbsbehörden der übrigen EU-Mitgliedstaaten und die zuständigen Gerichte. Wenn – wie beim Grauzementkartell – ein Bußgeldbescheid gerichtlich angegriffen wird, tritt folglich keine Verjährung ein, solange das Gericht nicht abschließend entschieden hat.
- Auch nach Abschluss des behördlichen oder gerichtlichen Kartellverfahrens läuft die Verjährung nicht sofort weiter. Vielmehr sieht das Gesetz eine „Ablaufhemmung“ vor, damit die Geschädigten ausreichend Zeit haben, um in Ruhe über die Geltendmachung ihrer Ansprüche entscheiden zu können. Die Dauer dieser zusätzlichen Frist beträgt seit 2017 ein Jahr ab dem Zeitpunkt, in dem das Verfahren durch eine bestands- und rechtskräftige Entscheidung abgeschlossen oder auf andere Weise beendet wird.

- Im Grauzementfall hat der BGH entschieden, dass die Verjährung auch dann gehemmt ist, wenn sich die Ermittlungen auf Kartelle beziehen, die sich vor dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften (1. Juli 2005) abspielt haben. Ansprüche aus derartigen „Altfällen“ profitieren von der Verjährungshemmung, soweit und solange das Kartellverfahren nach dem 1. Juli 2005 angedauert hat.
- Die 9. GWB-Novelle von 2017 hat noch weitere Verbesserungen im Sinne der Geschädigten gebracht. Seither beginnt die Verjährungsfrist frühestens mit der Beendigung des Kartells und nicht mehr, wie früher, mit der Entstehung des Schadens. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die dreijährige kenntnisabhängige Frist auf fünf Jahre verlängert. Seit dem Verstoß, der den Schaden ausgelöst hat, dürfen jedoch nicht mehr als 30 Jahre vergangen sein. Der Gesetzgeber will den Gerichten nicht zumuten, sich mit noch weiter in die Vergangenheit zurückreichenden Geschehnissen zu befassen.



KOSTEN UND RISIKEN

„Vor Gericht und auf hoher See liegt man in Gottes Hand“, besagt ein altes Sprichwort. Auch wenn diese Aussage jedenfalls für Gerichtsverfahren stark übertrieben ist – mit professioneller anwaltlicher Beratung lassen sich die Erfolgsaussichten einer Klage durchaus realistisch einschätzen und signifikant erhöhen –, so hat sie doch einen wahren Kern: Prozesse zu führen heißt Risiken einzugehen. Das typische Risiko liegt darin, bei Prozessverlust alle Gerichts- und Anwaltskosten voll tragen zu müssen. Gerade für Kartellgeschädigte gibt es aber immer mehr Gestaltungsmöglichkeiten, um dieses Kostenrisiko einzudämmen.

Verteilung der Prozesskosten

Vor deutschen Gerichten werden die Kosten eines Kartellprozesses regelmäßig streng danach verteilt, ob bzw. in welchem Maße eine Partei obsiegt oder unterliegt (§ 91 ZPO). Der Verlierer muss neben den Kosten seines eigenen Anwalts nicht nur die Gerichtskosten zuzüglich der Kosten von Zeugen und Sachverständigen tragen, sondern er muss innerhalb der gesetzlichen Grenzen auch die Anwalts- und die sonstigen Rechtsverfolgungskosten des siegreichen Gegners erstatten. Dieses Risiko kann schnell erheblichen Umfang annehmen. Beispielsweise belaufen sich die Prozesskosten (ohne Sachverständige) eines erst in dritter Instanz durch den Bundesgerichtshof (BGH) entschiedenen Klageverfahrens mit einem Streitwert von 1 Mio. Euro auf nicht weniger als 170.000 Euro. Die Kostenquote ist zwar degressiv, d.h. mit steigendem Streitwert nimmt sie ab und begünstigt Klagen mit höherem Wert. Umgekehrt werden Klagen mit geringen Streitwerten überproportional teurer. Bei Kartellen, die einer großen Zahl von Abnehmern kleine Individualschäden zufügen, kann daher eine Klageerhebung für den einzelnen Geschädigten wirtschaftlich keinen Sinn mehr machen. Das gilt insbesondere, wenn ökonomische Gutachten erforderlich werden, für die schnell mehrere Zehntausend Euro in Rechnung gestellt werden.

Bis Juni 2017 konnte die Kartellanten das Prozessrisiko für die Geschädigten sogar noch dadurch empfindlich steigern, dass sie einander den Streit verkündeten. Dem hat allerdings die 9. GWB-Novelle einen Riegel vorgeschoben. Seitdem können sich hierdurch die zu erstattenden Rechtsanwaltskosten maximal verdoppeln (§ 89a Abs. 3 GWB).

Anspruchsbündelung

Eine Lösung bietet die Bündelung der Ansprüche mehrerer Geschädigter. Die Vorteile liegen auf der Hand:

- Gebündelte Ansprüche werden aufgrund ihrer größeren Schlagkraft von den Gegnern (Kartellanten) eher ernst genommen.
- Kosten und Risiken verteilen sich auf mehrere Schultern. Aufgrund von degressiven Gebührenstrukturen und Streitwertdeckelungen sind Klagen mit höherem Streitwert verhältnismäßig günstiger.
- Eine breitere Datengrundlage erhöht die Verlässlichkeit ökonomischer Gutachten. Zudem fallen die Kosten für die Gutachter nur einmal an.
- Eine Belastung der Geschäftsbeziehungen zu den Kartellbeteiligten kann aufgrund der „Entpersonalisierung“ reduziert werden.

Prozessfinanzierung

Ein weiterer zentraler Vorteil der Anspruchsbündelung liegt darin, dass bei Überschreitung bestimmter Schwellen ggf. externe Prozessfinanzierer eingeschaltet werden können. Solche Unternehmen übernehmen die Prozesskosten ganz oder teilweise und erhalten dafür im Erfolgsfall vorab ihr Investment zuzüglich einer Erfolgskomponente (meist ein bestimmter Prozentsatz vom Erlös oder ein bestimmtes Vielfaches ihres Investments). Gerade Kartellschadensersatzprozesse eignen sich für eine Prozessfinanzierung, und es gibt eine Reihe von Anbietern, die sich auf kartellrechtliche Prozesse spezialisiert haben.

In den vergangenen Jahren haben sich diverse Modelle der Anspruchsbündelung mit und ohne Prozessfinanzierung herausgebildet. Ein Beispiel bildet das Lkw-Kartell, in dem die Geschädigten in Deutschland sich für folgende Gestaltungen entscheiden konnten:

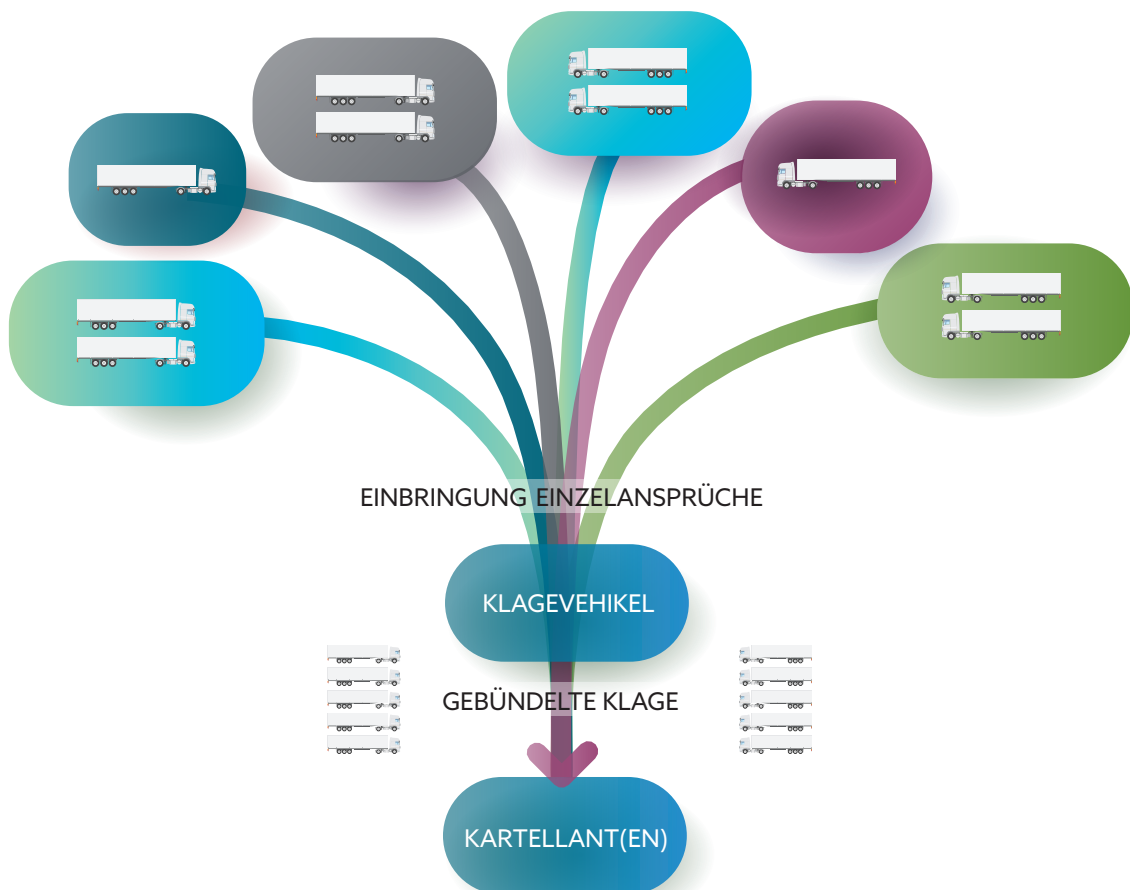
- **Abtretungsmodell:** Ein von einem externen Prozessfinanzierer unterstütztes Prozessvehikel (häufig eine GmbH & Co. KG) erwirbt die Schadensersatzansprüche und setzt diese dann im eigenen Namen gegen das Kartell durch. Im Erfolgsfall erhalten die Geschädigten einen bestimmten Prozentsatz der eingeklagten Forderung (z.B. 60-70%).

- **Kooperationsmodell:** Die Geschädigten machen ihre Forderungen einzeln und im eigenen Namen geltend. Sie beauftragen aber zusammen denselben Anwalt und dasselbe ökonomische Gutachten und reichen auch eine gemeinsame Klage ein (sog. subjektive Klagehäufung). Dies wird häufig gepaart mit der Einbindung eines Prozessfinanzierers und ggf. mit einer erfolgsabhängigen Vergütung des Anwalts.

Alle diese Modelle erlauben eine erhebliche Reduzierung des individuellen Prozessrisikos bis hin zu dessen völligem Ausschluss.

Bei der Ausgestaltung ist aber Vorsicht im Detail geboten. Insbesondere muss ein etwa eingeschaltetes Klagevehikel mit ausreichendem Vermögen (Liquidität oder Sicherheiten) ausgestattet werden, um im Unterliegensfall die Prozesskosten vollständig tragen zu können. Andernfalls drohen die Unwirksamkeit der Forderungsabtretung und das Scheitern des Prozesses.

ANSPRUCHSBÜNDELUNG BEIM LKW-KARTELL



CHECKLISTE FÜR GESCHÄDIGTE

Die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche hat nur Aussicht auf Erfolg, wenn vorab einige wichtige Fragen geklärt werden. Diese Liste fasst die wichtigsten Punkte zusammen:

- Das eigene Unternehmen ist vom Kartell betroffen:**
 - Es wurden Produkte bezogen, die Gegenstand des Kartells waren:
 - Von den Kartellanten
 - Von Wettbewerbern der Kartellanten
 - Von Kunden der Kartellanten oder der Wettbewerber
 - Die Produkte wurden im relevanten Zeitraum bezogen:
 - Während des Kartells
 - Kurz nach Beendigung des Kartells (z.B. 1 Jahr)
 - Die Produkte wurden im betroffenen geografischen Markt bezogen.

- Es existieren Nachweise über den Bezug der Produkte:**
 - Verträge (z.B. Kauf, Leasing, Miete)
 - Rechnungen
 - Buchhaltungsunterlagen (z.B. SAP)
 - Sonstige Nachweise

- Es existieren Nachweise über die weitere Verwendung der Produkte:**
 - Verträge (z.B. Weiterverkauf, Vermietung)
 - Interne Unterlagen
 - Sonstige Nachweise

- Die Ersatzansprüche sind noch nicht verjährt (→ Fragen der Verjährung).**

YOUR KEY CONTACT



Dr. Nicholas Kessler, LL.M., EMBA

Partner
Düsseldorf

Dr. Nicholas Kessler konzentriert sich auf Schiedsverfahren und komplexe Streitfälle.

Seine Beratungstätigkeit umfasst insbesondere nationale und internationale Schiedsverfahren (u. a. DIS, ICC, LCIA, SCC, ZPO) und komplexe Streitverfahren, darunter vornehmlich Schadenersatzprozesse, Post-M&A Disputes und Streitigkeiten auf dem Automobilssektor und im Anlagenbau. Darüber hinaus bilden gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten einen Fokus seiner Arbeit.

Zugleich ist Nicholas Kessler als Solicitor of England & Wales zugelassen.

ÜBER ORRICK

A TRULY GLOBAL PLATFORM



Vor über 150 Jahren in San Francisco gegründet, wird Orrick heute von *Law360* konstant zu den weltweit führenden 20 Anwaltssozietäten gezählt.

Unsere Kartellrechtspraxis verfügt über langjährige Erfahrungen in allen Bereichen des Kartellrechts.

Wir vertreten unsere Mandanten in Verfahren vor dem Bundeskartellamt, der europäischen Kommission, vor deutschen und europäischen Gerichten sowie im Ausland. In unseren Büros in Europa, den USA und Asien arbeiten mehr als 60 anerkannte Kartellrechtsspezialisten auf höchstem Niveau.

Unser Anspruch ist eine praxisgerechte Beratung, bei der die Bedürfnisse unserer Mandanten oberste Priorität genießen.

Copyright: Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, 2020. All rights reserved. The Orrick logo and "Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP" are trademarks of Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP.

Version: April 2020

Disclaimer: This publication is for general informational purposes only. It is not intended as a substitute for the advice of competent legal, tax or other advisers in connection with any particular matter or issue, and should not be used as a substitute. Opinions, interpretations and predictions expressed in this publication are the authors own and do not necessarily represent the views of Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP. While the authors have made efforts to be accurate in their statements contained in this publication, neither they nor Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP or anyone connected to them make any representation or warranty in this regard.

Attorney Advertising.

IHR ANSPRECHPARTNER

Dr. Nicholas Kessler, LL.M., EMBA

+49 211 3678 7133
nkessler@orrick.com

DÜSSELDORF

Orrick-Haus
Heinrich-Heine-Allee 12
40213 Düsseldorf
+49 211 3678 7-0

MÜNCHEN

Rosental 4
80331 München
+49 89 3839 80-0

ORRICK ANTITRUST WATCH BLOG

 blogs.orrick.com/antitrust/

orrick.de

AMERICAS | EUROPE | ASIA

Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP | 51 West 52nd Street | New York, NY 10019-6142 | United States | tel +1 212 506 5000
Attorney advertising. As required by New York law, we hereby advise you that prior results do not guarantee a similar outcome.

©2020 Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP. All rights reserved.

