

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

Dr. Christian Karbaum

### Themenstellung

Das Ausmaß der Verfolgung von Kartellschadensersatzansprüchen hat in den letzten Jahren rasant zugenommen. Die private Rechtsdurchsetzung soll durch die EU-Schadensersatzrichtlinie und ihre bevorstehende Umsetzung durch die 9. GWB-Novelle in Deutschland weiter erleichtert werden. In der Rechtswirklichkeit müssen aber auch nach Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht hohe Hürden genommen werden, um tatsächlich Kartellschadensersatz zu erlangen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob **AGB-Klauseln** die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen vereinfachen können.

### Thesen

- Die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen war zuletzt keine Erfolgsstory, weil hohe Nachweishürden die Anspruchsdurchsetzung zum "Hürdenlauf" machen. Vor allem die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nach Maßgabe der Zivilprozessordnung begründet für Kläger – bisher jedenfalls – eine schwer zu überwindende Hürde, insb. mit Blick auf den Nachweis ihrer "Betroffenheit" von etwaigen Kartellrechtsverstößen sowie vor allem der Schadenshöhe. Bisher haben Gerichte den Klägern nur in wenigen Fällen (von Grundurteilen abgesehen) Schadensersatz zugesprochen.
- Die EU-Schadensersatzrichtlinie verspricht zwar weitere Erleichterungen, z.B.
  - Weitgehende Vermutung, dass Kartellrechtsverstöße Schäden verursachen (§ 33a Abs. 2 BReg.-E.)
  - Materieller Anspruch gegen Kartellanten auf Herausgabe von Beweismitteln/Erteilung von Auskünften (§ 33g BReg.-E.)
  - Verlängerung der Regelverjährung von drei auf fünf Jahre (§ 33h BReg.-E.)
- Weil Anspruchsteller aber auch nach Umsetzung der Richtlinie nachweisen müssen, von einem Kartellrechtsverstoß betroffen zu sein und zudem, in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist, müssen Anspruchsteller auch künftig noch wesentliche Hürden überwinden.
- Die Verwendung bestimmter AGB-Klauseln zur Vereinfachung der Anspruchsdurchsetzung, insbesondere von Schadenspauschalierungen, hat daher in aktuellen Klageverfahren erhebliche Bedeutung für die Kläger, die durch die 9. GWB-Novelle nicht verringert wird. Ggf. kann über Schadenspauschalen hinaus auch die Durchsetzung von Ansprüchen gemäß § 33g BReg.-E. (s.o.) durch AGB vereinfacht werden.

### Handlungsoptionen: Vereinfachung der Anspruchsdurchsetzung durch AGB-Klauseln

1. *Pauschalierter Schadensersatz*: Klauseln, wonach bei einer kartellbedingten Schädigung eine prozentual am Auftragswert bestimmte Schadenspauschale zu entrichten ist, ohne dass ein Schaden nachzuweisen ist.
  - J Zulässig, solange keine "unangemessene Benachteiligung" (§§ 307 BGB, 310 Abs. 1, 309 Nr. 5 BGB)
    - Klausel darf den "*nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden*" nicht übersteigen und den Nachweis eines geringeren Schadens nicht ausschließen (§ 309 Nr. 5 a, b BGB)
  - J **Problem**: Beurteilungsmaßstab für den zu erwartenden Schaden in der Rspr. umstritten:
    - Konkrete Betrachtung: Lassen die Umstände der konkreten Absprache im Einzelfall einen Schaden in Höhe der Pauschale erwarten (u.a. OLG Karlsruhe v. 31.7.2013)?
    - Abstrakte Betrachtung: Höhe der Pauschale muss dem zu erwartenden Schaden bei allen von ihr geregelten Fällen entsprechen (LG Potsdam v. 13.4.2016 und 22.10.2014)

- Gesetzeswortlaut ("in den geregelten Fällen") sowie Sinn und Zweck der Schadenspauschalierung (Vereinfachung der Anspruchsdurchsetzung in späteren, hypothetischen Fällen) sprechen für die Ansicht des LG Potsdam.

J **Folgerung für die Praxis:** "Abstrakter" Sichtweise zur Meidung von Risiken Rechnung tragen:

- Verwendung differenzierter Pauschalen für unterschiedliche Verstöße (vorzugswürdig, weil auch hohe Pauschale für Hardcore-Kartelle aufgenommen werden kann). Alternativ: Niedrige Pauschalen (3-5%), die auch bei "leichteren" Kartellrechtsverstößen zu rechtfertigen sind.

2. *Pflichten zur Herausgabe von Beweismitteln durch Kartellanten?*

- Bisher wegen Verstoß gegen gesetzliche Wertungen z.B. von § 142, 421 ZPO (Herausgabe nur auf richterliche Anordnung), § 406e StPO, Geheimnisschutz etc. eher unangemessen. **Aber:** Wg. § 33g GWB BReg.-E. wohl bald entbehrlich, weil Herausgabeanspruch kommt.

3. *Erleichterung der Durchsetzung von Ansprüchen auf Herausgabe von Beweismitteln gemäß § 33g GWB BReg.-E.?*

J Ausschluss von Einwendungen i.S.v. § 33g Abs. 3, 4 BReg.-E. gegen den Herausgabeanspruch?

- Überwiegend wohl unangemessen, insbesondere soweit gesetzlich geschützte Dokumente (Kronzeugen/Settlement-Unterlagen) begehrt werden.
- Ausschluss des Einwands der Unverhältnismäßigkeit wegen "Umfang und Kosten"?
  - Eher nicht unangemessen: § 309 Nr. 2, 3 BGB stehen nur dem Ausschluss von vertraglichen Leistungsverweigerungsrechten/der Aufrechnung entgegen

J Vertragsstrafe für Verstoß gegen Herausgabepflicht aus § 33g Abs. 1 GWB BReg.-E.?

- Ggf. 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)
- Fraglich, ob Klauseln ggf. überraschend sind (ggf. Hervorhebung/Erteilung von Hinweisen)

### Zum Weiterlesen

- *Welzenbach, Markus*, Würdigung des pauschalierten Kartellschadensersatzes, NZKart 2016, S. 356
- *Thomas, Stefan/ Bleier, Lukas*, Die Pauschalierung von Kartellschadensersatz in AGB, KSzW 2015, S. 261
- *Müller-Graff, Peter-Christian/ Kainer, Friedemann*, Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellabsprachen in Vergabeverträgen, WM 2013, S. 2149
- *Wilde, Harro/ Anders, Sönke*, Pauschalierter Schadensersatz im Kartellrecht, WuW 2015, S. 246
- *Schmidt, Carsten*, § 33 GWB und Private Enforcement auf vertraglicher Grundlage, WuW 2015, S. 812

### Der Referent

**Dr. Christian Karbaum** ist Rechtsanwalt im Kartellrechtsteam von **GLADE MICHEL WIRTZ**. Er vertritt internationale Mandanten in Kartellbußgeld- und Fusionskontrollverfahren und betreut diese in sonstigen Fragen des deutschen und europäischen Kartellrechts (Vertragsgestaltung, Vertriebssysteme, Compliance-Beratung etc.). Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist dabei die kartellrechtliche Prozessführung, zum Beispiel in Kartellschadensersatzklageverfahren.

#### Kontakt:

**Dr. Christian Karbaum**  
**GLADE MICHEL WIRTZ**  
**CORPORATE&COMPETITION**  
 Kasernenstraße 69 – 40213 Düsseldorf  
 T +49 211 20052-160  
 F +49 211 20052-100  
 E [c.karbaum@glademichelwirtz.com](mailto:c.karbaum@glademichelwirtz.com)

### Das Wichtigste in einem Satz

Angemessene AGB-Klauseln, insbesondere Schadenspauschalen, können die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen maßgeblich erleichtern.