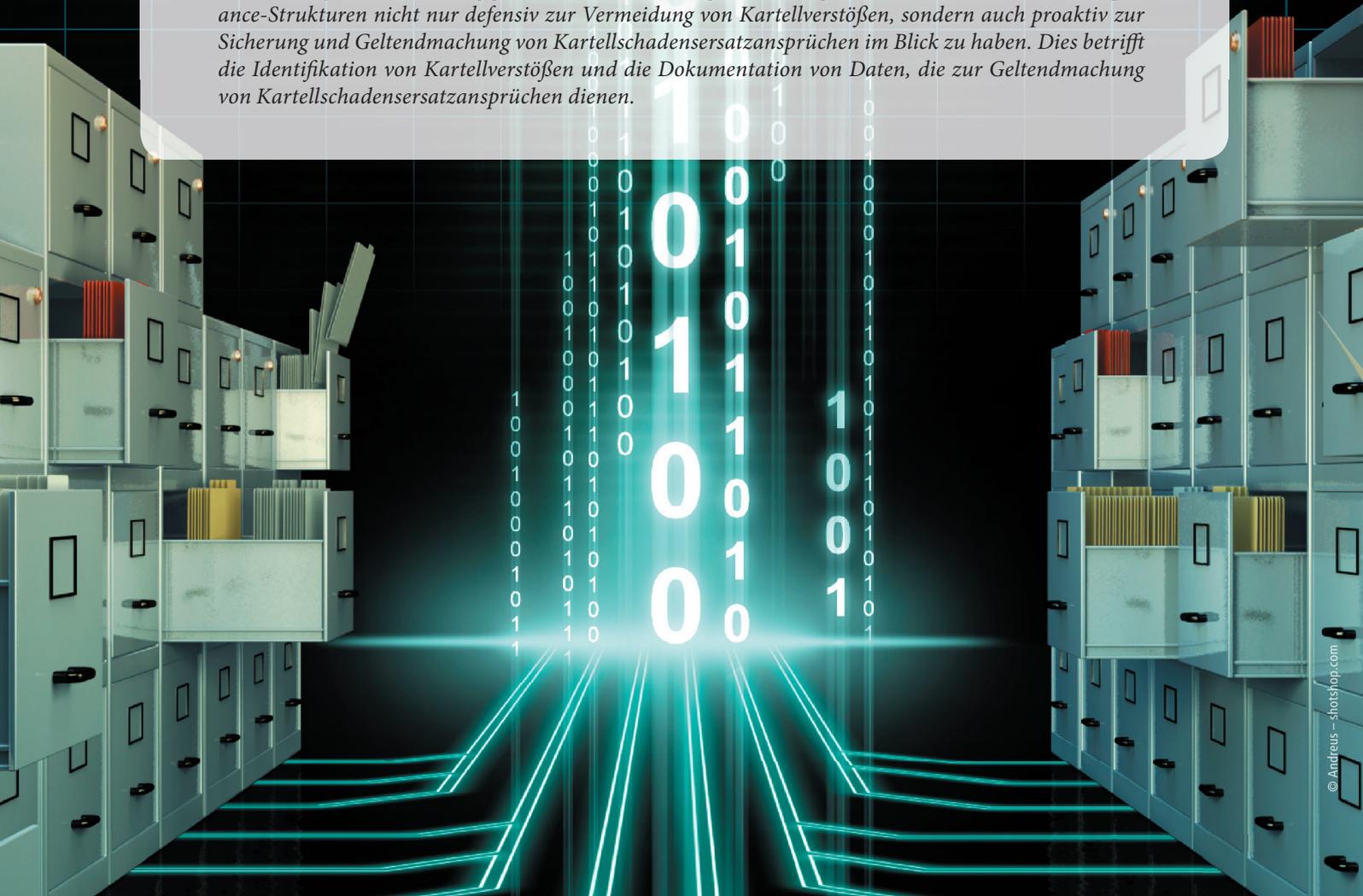


Eigene Kartellschadensersatzansprüche als Compliance-Herausforderung

Wie die Position von Kartellgeschädigten bei der Durchsetzung von zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen durch ein Compliance-Regelwerk gestärkt werden sollte.

Die Vermeidung von Kartellverstößen und damit einhergehenden Risiken ist seit langem ein Compliance-Thema in Unternehmen. Bei Verstößen gegen Kartellrecht drohen erhebliche Bußgelder und auch beträchtliche Schadensersatzansprüche von Kartellgeschädigten, die umfassend in der einschlägigen Literatur behandelt werden. Nachfolgend geht es nicht darum, sondern um Compliance-Anforderungen, also unternehmensbezogene Regeln, die dazu dienen sollen, die Position von Kartellgeschädigten bei der Durchsetzung von zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen zu stärken. In diesem Zusammenhang ist einerseits die zuletzt im Juni 2017 in Kraft getretene 9. GWB-Novelle von Bedeutung, die in einer Gesamtschau zur Stärkung des sog. Private Enforcement (Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen durch Geschädigte) führte. Andererseits ist die Zahl der aufgedeckten und bebußten Kartelle der letzten Jahre beeindruckend. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass über die schon bebußten Kartelle hinaus weitere Kartelle sanktioniert werden; es steht darüber hinaus zu erwarten, dass immer wieder neue Kartelle aufgedeckt werden. Für Kartellgeschädigte können sich dabei Chancen auf die Realisierung ganz erheblicher Vermögenswerte ergeben. Es ist daher ratsam, Compliance-Strukturen nicht nur defensiv zur Vermeidung von Kartellverstößen, sondern auch proaktiv zur Sicherung und Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen im Blick zu haben. Dies betrifft die Identifikation von Kartellverstößen und die Dokumentation von Daten, die zur Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen dienen.



Grundlegendes zur Pflichtenlage der Geschäftsleiter

Die Geschäftsleiter haben die Interessen des Unternehmens, z.B. dessen Vermögensinteressen zu wahren. Durch manchmal jahrzehntelange Preisüberhöhungen bei produktionsnotwendigen Gütern, die auf kartellrechtswidrigem Verhalten Dritter beruhen, gehen dem Unternehmen Margen verloren, wenn die Preisüberhöhung nicht auf die Abnehmer weitergewälzt werden kann. Wenn dies der Fall sein sollte, werden regelmäßig Volumenverluste wegen des höheren Preises die Folge sein, falls die Nachfrageelastizität nicht extrem gering ist. Durch kartellrechtswidriges Verhalten Dritter wird also einem Unternehmen oft ein erheblicher Schaden zugefügt, dessen Realisierung ein signifikantes Vermögensinteresse ist.

Pflicht zur Schaffung der organisatorischen Grundlagen zur wirkungsvollen Verfolgung

Die Geschäftsleitung muss grundsätzlich dafür sorgen, dass der Geschäftsleitung unter Ausübung des der Geschäftsleitung zustehenden unternehmerischen Ermessens eine Entscheidung darüber möglich ist, ob und in welcher Form eine Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen erfolgt.

Eine Grundvoraussetzung dafür ist es, dafür zu sorgen, dass Schadensersatzansprüche dem Grunde und der Höhe nach tatsächlich so dokumentiert werden können, dass ein schlüssiger und substantiiertes Vortrag möglich ist, der zumindest den Anforderungen der §§ 33a Abs. 3 S. 1 GWB, 287 ZPO entspricht. Die letztgenannten Vorschriften regeln eine Beweiserleichterung – die Bindungswirkung eines Bußgeldbescheids bezieht sich z.B. auf den Verstoß, aber nicht auf den Schaden – durch richterliche Schadensschätzung. Im Rahmen dessen muss auch schon eine potenzielle sekundäre Beweislast des geschädigten Unternehmens im Falle eines Weiterwälzungseinwands des Schädigers (Einwand, dass der kartellbedingte Preisaufschlag durch eine entsprechende Preiserhöhung gegenüber den Abnehmern des geschädigten Unternehmens wegen Vorteilsausgleichung nicht mehr ersatzfähig ist), berücksichtigt werden; es ist also hinsichtlich der Anspruchs begründung und hinsichtlich des Weiterwälzungseinwands eine Dokumentation zu schaffen und vorzuhalten.

Weiterhin ist dafür zu sorgen, dass im Rahmen des vernünftigerweise Machbaren das Unternehmen Kenntnis von Kartellverstößen erhält, die dem Unternehmen potentiell einen Schaden zugefügt haben; es ist also für die Identifikation von Kartellverstößen zu sorgen. Darüber hinaus darf wegen der Erhebung der Einrede der Verjährung durch den Schädiger die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen nicht vereitelt werden.

Letztlich hat die Geschäftsleitung eines Unternehmens dann unter Abwägung möglicher Chancen und Risiken, z.B. Kostenrisiken, auf der Basis des Vorstehenden – ggf. unter Einschaltung von Aufsichtsrat oder Gesellschafterversammlung, deren umfassende

Information sicherzustellen ist – eine Entscheidung über die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen zum Wohle der Gesellschaft nach den Regeln der Business Judgement Rule zu treffen.¹

Für sorgfältige Dokumentation sorgen

Wettbewerbsbeschränkungen werden oftmals über Jahre hinweg praktiziert, bevor diese aufgedeckt werden. Von der Einleitung der Ermittlungen der Kartellbehörden bis zur Ahndung vergehen nicht selten weitere Jahre.

Relevante Unterlagen über Mindestaufbewahrungsfristen hinaus aufbewahren

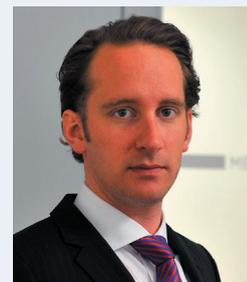
In diesem Zusammenhang mögen sich die kaufmännischen Aufbewahrungsfristen als zu kurz erweisen, um für den gesamten Zeitraum, für den Schadensersatz beansprucht werden kann, eine „perfekte“ Dokumentation vorhalten zu können. Abweichungen vom Dokumentationsstandard führen zur Notwendigkeit von Hilfsrechnungen und damit insoweit erhöhtem Aufwand und mit dem Risiko, dass, je nach Einzelfall, also der ansonsten vorhandenen Daten, nicht der gesamte Schaden zugesprochen wird. Die Geschäftsleitung mag in diesem Zusammenhang bei einer Abwägung des Für und Widers zu dem Ergebnis gelangen, dass die relevanten Unterlagen über den Zeitraum hinaus, für den eine gesetzliche Verpflichtung besteht, aufbewahrt werden, auch wenn nur abstrakte Hinweise auf einen Kartellverstoß existieren. Im Rahmen des Vorstehenden ist auch zu berücksichtigen, dass im Hinblick auf die Berechnung von Kartellschadensersatz, z.B. auf der Basis eines zeitlichen Vergleichsmarkts, auch Unterlagen vor und nach dem Kartellzeitraum von Bedeutung sind; ferner sind auch schädigende Nachwirkungen zu beachten. Zudem ist der Einwand der Weiterwälzung für den Umfang der aufzubewahrenden Unterlagen von Bedeutung, um der sekundären Darlegungslast des Geschädigten zu genügen. Unterlagen sollten gut geordnet, leicht auffindbar und maschinenlesbar sein. Dies erleichtert ökonomische Analysen.

Abweichungen in der Konsistenz der Unterlagen frühzeitig klären

Hinsichtlich der Konsistenz der vorhandenen Unterlagen lässt sich gelegentlich feststellen, dass sich z.B. zwischen der Materialwirtschaft und den Finanzdaten gewisse Abweichungen ergeben, die auf Retouren, Rückvergütungen, Rabattierungen, Gratislieferungen etc. beruhen. Eine rückblickende Erklärung von Abweichungen oder angeblichen Abweichungen ist im Vergleich mit einem jeweils frühzeitigen Abgleich weitaus aufwändiger. Letztlich geht es um die Dokumentation des Kartellpreises bezogen auf die kartellbefangenen Lieferungen. Dieser wird dann bei der Schadensermittlung mit dem hypothetischen Wettbewerbspreis verglichen.



Prof. Dr.
Claus Köhler, LL.M.



Stefan Höfling

Die Autoren sind Partner der Kanzlei Meister Rechtsanwälte PartG-mbB, München

Verhalten bei konkretem Hinweis auf Kartellverstöße

Wenn konkrete Hinweise für einen Kartellverstoß, der das Unternehmen betrifft, vorliegen, sind sämtliche relevanten Informationen und Unterlagen am besten an zentraler Stelle zusammenzuführen und dort sicher aufzubewahren. So kann einer turnusmäßigen und nach den konkreten Umständen ungewollten Vernichtung solcher Unterlagen und einem Verlust von Informationen entgegengewirkt werden. Dies betrifft Informationen und Unterlagen zu kartellbefangenen Waren und mit diesen austauschbaren Produkten. Relevant sind nicht nur Rechnungen und Zahlungsnachweise, sondern z.B. auch Kontrakte, Angebote, Verhandlungsprotokolle, E-Mail-Korrespondenz usw. Dabei ist zu beachten, dass die Sicherungsmaßnahmen nicht auf den möglichen Kartellteilnehmerkreis beschränkt werden sollten, sondern auch auf dieselben oder ähnliche Produkte liefernde Dritte zu erstrecken ist. Je konkreter die Wahrscheinlichkeit eines Kartellschadens ist, desto höhere Anforderungen sind qualitativ und quantitativ an die Informationen und Unterlagen zu stellen. Es sind insbesondere auch die Informationen und Unterlagen zu dokumentieren, die sich im Rahmen der Identifikation von Kartellverstößen ergeben.

Identifikation von Kartellverstößen

Von großer Bedeutung bei der Festlegung eines Compliance-Standards ist die Identifikation von Kartellverstößen.

Compliance-Standard einführen

Dies gilt neben dem Hauptzweck der Identifikation, also der Abwendung von (i) Kartellverstößen und (ii) der Kompensation für den erlittenen Schaden auch im Hinblick auf die Compliance-Pflichten zur Dokumentation in dem Sinne, dass sich die Geschäftsleitung im Sinne eines aktiven Tuns im Unternehmensinteresse darüber klar werden muss, welche Informationen und Unterlagen im Hinblick auf die Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche wichtig, also zu dokumentieren sind. Ansonsten sind solche Ansprüche nicht vollständig oder zumindest unter Erschwernissen durchsetzbar. Entsprechendes ist auch im Hinblick auf die Verhinderung des Ablaufs der Verjährungsfrist von Bedeutung.

Relevante Mitteilungen über Kartellverstöße periodisch prüfen

Die Identifikation von (potenziellen) Kartellverstößen ist einerseits durch die ständige Beobachtung von Mitteilungen der Kartellbehörden der Jurisdiktionen, in denen das Unternehmen tätig ist, also z.B. Pressemitteilungen des Bundeskartellamts und der Europäischen Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) und Berichte in anderen Medien über die Einleitung von Verfahren oder den Erlass eines Bußgeldbescheids möglich. Es müssen Standards festgelegt werden, nach denen relevante Mitteilungen periodisch geprüft werden.

Warten auf die Mitteilung eines Kartellverstoßes ist nicht ausreichend

Andererseits werden sich die Pflichten eines Unternehmens nicht darauf beschränken lassen. Dies ergibt sich schon aus der Vielzahl und Differenziertheit von Kartellverstößen – dies belegen die in den letzten Jahren aufgedeckten Kartellverstöße – und der meist langen Zeiträume deren Unentdecktbleibens; im Hinblick auf das Dokumentationsrisiko erscheint ein Warten auf die Mitteilung eines Kartellverstoßes nicht ausreichend. Wenn auch die Lage insoweit nicht unkompliziert ist, weil die Anhaltspunkte, die auf Kartellverstöße hinweisen, nicht zentral im Unternehmen vorhanden sind, sondern in mehreren Fachabteilungen vorliegen, ist die Lage nicht grundsätzlich anders als bei der Aufdeckung und Abwendung von Rechtsverstößen, die vom Unternehmen ausgehen.

Zentrales Berichtswesen zur konsequenten Sammlung, Archivierung und Auswertung der Information ist erforderlich

Es ist aufgrund von Schulungen über relevante Auffälligkeiten und Sensibilisierung dafür ein zentrales Berichtswesen einzurichten. Eine konsequente Sammlung, Archivierung und Auswertung der Information ist erforderlich. Dies ist auch deshalb wichtig, weil der Erkenntniswert, der aus einem Bußgeldbescheid und den Verfahrensakten im Wege einer Akteneinsicht gewonnen werden kann, oftmals beschränkt ist. Nur eine konsequente Sammlung und Archivierung wird auch den Herausforderungen, die sich durch teilweise Jahrzehnte zurückreichende Kartelle und Mitarbeiterwechsel stellen, gerecht. Die Informationen und Unterlagen werden für die Geltendmachung von Ansprüchen benötigt. Von Bedeutung mögen auch marktbezogene Informationen, Informationen über substituierende Produkte und über Drittlieferanten wegen sog. Kreuzpreis- und Preisschirmeffekten und eines sich daraus ergebenden Schadens sein.

Zentrale Auswertung möglicher Kartellverstöße zulasten des eigenen Unternehmens

Die Informationen, z.B. Pressemitteilungen über Ermittlungsverfahren, Branchentreffen und/oder ein auffälliges Angebotsverhalten von Lieferanten, die aus sachlich nicht nachvollziehbaren Gründen keine oder nicht wettbewerbsfähige Angebote unterbreiten und/oder praktisch immer zu identischen Preisen anbieten, also die Leistungsbeziehungen zu (potenziellen) Lieferanten, sind dann periodisch zentral auszuwerten. Es geht um ein Screening möglicher Kartellverstöße zulasten des eigenen Unternehmens.

Sich nach der Auswertung anschließende Maßnahmen

Folgen der Auswertung mögen dann Abwehrmaßnahmen, die Einschaltung der Kartellbehörden – Ermittlungsverfahren sind dann zu verfolgen –, aber

auch eine der Qualität und des Zeitraums nach verstärkte Dokumentation und manchmal sogar sogleich zu treffende verjährungshemmende Maßnahmen im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Ansprüchen gegen Schädiger sein. Denkbar sind auch Maßnahmen, die der weiteren Informationsbeschaffung dienen, wie eine Auskunftsklage und einstweiliger Rechtsschutz im Hinblick auf die Auskunftsbeschaffung.

Die vorgenannten Maßnahmen sind von der Geschäftsleitung zu veranlassen. Oft wird wegen der Komplexität der Materie und/oder einer gerichtlichen Geltendmachung die Einschaltung von Beratern, also Rechtsanwälten und/oder Ökonomen, z.B. zur Beurteilung der generellen Erfolgsaussichten, der Ersteinschätzung der Schadenshöhe zweckmäßig und/oder erforderlich sein. Auch die Verhältnismäßigkeit weiterer Maßnahmen ist im Hinblick auf die Kosten- und sonstigen Risiken (Vergeltungsmaßnahmen der Schädiger, z.B. durch Unterbrechung der Belieferung) zu beurteilen. Die Auswertung der Informationen und Unterlagen dient zunächst dazu, festzustellen, ob das Unternehmen durch einen Kartellverstoß betroffen ist; ferner geht es um das Ausmaß möglicher Nachteile, die übrigen Anspruchsvoraussetzungen und die Realisierbarkeit eines titulierten Anspruchs.

Verjährung

Die Geschäftsleitung hat sich bei konkreten Anhaltspunkten für einen Kartellverstoß zulasten des Unternehmens über den Beginn der Verjährungsfrist und deren Dauer zu informieren, also über den Ablauf, für den eine Hemmung bis ein Jahr nach Abschluss des kartellbehördlichen Verfahrens zu beachten sein kann. Für den Beginn der Verjährungsfrist ist die Kenntnis vom Kartellverstoß (kenntnisabhängige Verjährung) bzw. dessen Beendigung (absolute Verjährung) maßgeblich. Für die kenntnisabhängige Verjährung ist z.B. in der Regel spätestens die Pressemitteilung der Kartellbehörde über einen Bußgelderlass maßgeblich; es ist konkret zu beurteilen, ob das Maß an tatsächlichen Erkenntnissen des Unternehmens den Lauf der Frist der kenntnisabhängigen Verjährung in Gang setzte.

Verjährungshemmende Maßnahmen ergreifen

Wenn sich aufgrund der Einschätzung der Geschäftsleitung, ggf. nach Einschaltung des Aufsichtsrats oder der Gesellschafterversammlung, ergibt, dass ein Anspruch gegen den Schädiger geltend gemacht werden soll, ist eine verjährungshemmende Maßnahme zu ergreifen. In Frage kommen insoweit ein Mahnbescheid, eine Feststellungsklage, eine Zahlungsklage, eine Auskunftsklage nach § 33g GWB, eine vorläufige Maßnahme nach § 89b Abs. 5 GWB, ein Verzicht der Schädiger auf die Einrede der Verjährung und ein Vergleich mit den Schädigern.

Die Entscheidung über die konkrete verjährungshemmende Maßnahme ist so rechtzeitig zu treffen, dass diese auch im Hinblick auf die Erreichung der Hemmungs- bzw. Verzichtswirkung umgesetzt werden kann, also der geltend gemachte Anspruch

hinreichend konkretisiert wird. Es ist erforderlich, dass sich die Geschäftsleitung, auch im Hinblick auf die Koordination der Berater, z.B. einer (vorläufigen) Schadensermittlung durch einen Ökonomen, einen effektiven Zeitplan für die Herbeiführung der maßgeblichen Entscheidungen gibt.

FAZIT

Unternehmen bedürfen eines Compliance-Regelwerks zur Dokumentation von für die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen relevanten Informationen und Unterlagen sowie zur Identifikation von Kartellverstößen. Gleiches gilt für die Entscheidungsfindung der Geschäftsleitung wegen der Geltendmachung von Ansprüchen, weiterer Informationsbeschaffung, der Einschaltung von Beratern und der Verhinderung des Verjährungseintritts, jeweils unter Nutzung der Erkenntnisse aus der Dokumentation und der Identifikation; wichtig ist ein Zeitplan auch für die Entscheidungsfindung und sonstige vorbereitende oder begleitende Maßnahmen. So kann die Geschäftsleitung ihren Pflichten im Hinblick auf die Unternehmensinteressen gerecht werden. Das vorstehend beschriebene Compliance-Regelwerk ist zusätzlich zu dem Regelwerk, das dazu dient, vom Unternehmen ausgehende Kartellverstöße zu verhindern, zu etablieren.

1 Vgl. § 93 Abs. 1 AktG (analog).



© hardik pethani – istockphoto.com