

Schadensersatzansprüche öffentlicher Auftraggeber bei Kartellverstößen – zum Urteil des OLG Karlsruhe vom 31.07.2013 im „Feuerwehrtkartell“



I. Hintergrund

Öffentliche Auftraggeber werden in den letzten Jahren zunehmend mit Kartellabsprachen und Submissionsabsprachen von Bietern konfrontiert. Längst gehören zu den Geschädigten von Kartell- und Submissionsabsprachen nicht mehr nur andere Unternehmen oder die Verbraucher sondern auch die öffentliche Hand. Das „Feuerwehrtkartell“, das „Aufzugs- und Fahrtreppenkartell“, das „Auftausatzkartell“, das „Hydrantenkartell“ und zuletzt das Kartell der „Schienenfreunde“ sind nur einige Beispiele.

Kartelle werden gebildet, weil hierdurch höhere Preise erzielt werden können als bei freiem Wettbewerb. Dies ist eine tatsächliche Vermutung, welche der Bundesgerichtshof seiner ständigen Rechtsprechung zugrundelegt (zuletzt im Beschluss vom 26.02.2013, KRB 20/12 „Grauzement“). Als Kehrseite des Mehrerlöses der Kartellanten entsteht den Abnehmern von kartellierten Produkten ein entsprechender Schaden. Die oftmals nur schwer zu beantwortende Frage ist allerdings, in welcher Höhe ein Schaden genau entstanden ist und vor Gericht geltend gemacht werden kann. Hierzu ist zu klären, wie weit der kartellbedingt überhöhte Preis tatsächlich über dem Preis lag, der sich hypothetisch bei Wettbewerbsbedingungen herausgebildet hätte. Zwar gibt es eine Reihe von empirischen Untersuchungen, wonach die üblicherweise erzielte „Kartellrendite“ in einer Größenordnung von ca. 20 % liegt. Auch lässt es das deutsche Prozessrecht zu, dass die Höhe des verursachten Schadens nicht voll nachgewiesen werden muss sondern sieht stattdessen die Möglichkeit einer sogenannten richterlichen Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO vor. Dennoch zeigt die Praxis, dass die Schwierigkeiten des Schadensnachweises bzw. der Schadensschätzung eines der größten Hemmnisse bei der Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen ist. Um auf gesicherter Grundlage entscheiden zu können, wird das Gericht oftmals ein ökonomisches Sachverständigengutachten einholen müssen, wobei dann im Rahmen einer sogenannten Regressionsanalyse die Durchschnittspreise vor, während und nach dem Kartell verglichen werden, mit dem Ziel, den kartellbedingten Preiseffekt isoliert zu ermitteln und andere Faktoren, welche den Preis außerhalb des Kartells beeinflussen konnten, zu eliminieren. Dies bedeutet naturgemäß einen erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand.

Von all diesen Schwierigkeiten können sich öffentliche Auftraggeber grundsätzlich dadurch befreien, dass sie eine sogenannte „Schadenspauschalierung“ vereinbaren, wie sie in vielen Vergabehandbüchern auch vorgesehen ist. Bei der Formulierung derartiger Abreden ist allerdings große Vorsicht geboten, soll die Klausel nachher nicht in der Sache oder aus Gründen des AGB-Rechtes ins Leere laufen. Dies macht das Urteil des OLG Karlsruhe vom 31.07.2013 zum „Feuerwehrtkartell“ sehr deutlich.

II. Zum Sachverhalt des Urteils des OLG Karlsruhe

Das OLG Karlsruhe hatte in der Berufungsinstanz über die Klage einer Gemeinde in Baden-Württemberg zu entscheiden, die Schadensersatz von einer der Beteiligten des „Feuerwehrtkartelles“ forderte. Die Beklagte war nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes von mindestens Oktober 1998 bis Mai 2009 an einer umfassenden Quotenabsprache zwischen den vier führenden

Anbietern auf dem Markt von Feuerwehrgroßfahrzeugen beteiligt. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes wurden für die kartellbeteiligten Unternehmen bestimmte jährliche Marktanteilsquoten als Sollwert festgelegt, wobei bei Abweichungen der Ist-Quote von der Soll-Quote der Anspruch bestanden habe, dass jedes Unternehmen interne Maßnahmen ergreife, damit die Soll-Quote wieder eingehalten würde. Die Beklagte war am 28.04.2004 von der klagenden Gemeinde nach einem öffentlichen Vergabeverfahren mit dem Aufbau und der feuerwehrtechnischen Beladung eines Löschgruppenfahrzeuges beauftragt worden. Dem Vertragsschluss lagen die „Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Liefer- und Dienstleistungen (Ausgabe 2002)“ zu Grunde, welche in ihrer Ziff. 16 folgende Bestimmung enthielten:

„Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er 15 v. H. der Abrechnungssumme an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird...“

Diese 15 % der Abrechnungssumme machte die klagende Gemeinde nunmehr geltend.

III. Zu den wesentlichen Rechtsfragen

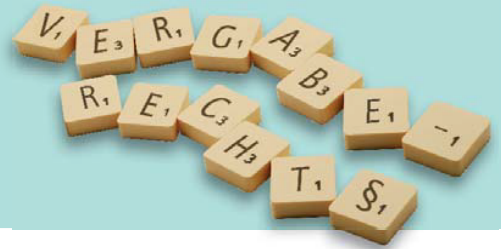
1. Anspruchsgrundlage

Das OLG Karlsruhe führt in seiner Entscheidung zunächst aus, dass Ziff. 16 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen nicht als eigene Anspruchsgrundlage im Sinne einer Vertragsstrafenabrede angesehen werden könne sondern als Vereinbarung einer pauschalen Bemessung der Schadenshöhe auszulegen sei. Die Klägerin könne sich zur Begründung ihres Zahlungsanspruches daher nicht auf den Verfall einer Vertragsstrafe berufen. Stattdessen setze die Anwendung der Klausel in Ziff. 16 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches voraus. Der Klägerin stehe allerdings ein gesetzlicher Schadensersatzanspruch wegen des Kartellverstoßes zu, der seine Grundlage in § 33 Abs. 1 GWB i.V.m. § 1 GWB (Kartellverbot) findet. Zum Nachweis des Kartellverstoßes konnte die klagende Gemeinde zusätzlich von der Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB profitieren, wonach die Feststellungen des Bundeskartellamtes in dem rechtskräftig gewordenen Bußgeldbescheid für das Schadensersatzverfahren als bindend zugrunde zulegen waren.

2. „aus Anlass der Vergabe“?

Besonders praxisrelevant ist die Entscheidung des OLG Karlsruhe deshalb, weil das OLG Karlsruhe – anders als noch das Landgericht Mannheim in der Vorinstanz – den Nachweis verlangt, dass der konkrete Beschaffungsvorgang, also der konkrete Auftrag vom 28.04.2004, von den Kartellabsprachen betroffen war. Dies folge gerade auch aus dem Wortlaut von Ziff. 16 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen, denn nach deren Wortlaut müsse „aus Anlass der Vergabe“ eine wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen worden sein.

Die Brisanz dieser Haltung liegt darin, dass das Bundeskartellamt in seinem Bußgeldbescheid keine Feststellungen zur Kartellbetroffenheit konkreter Auftragsvergaben getroffen hatte, so auch nicht zu der konkreten Auftragsvergabe am 28.04.2004. Anhaltspunkte dafür, dass die vier Beteiligten des



Feuerwehrkartells gerade das von der baden-württembergischen Gemeinde durchgeführte Vergabeverfahren zum Gegenstand ihrer Absprachen gemacht hatten, waren nicht festgestellt worden und konnten von der klagenden Gemeinde daher auch nicht dargelegt werden.

Weil die Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes zu den konkret im Raum stehenden Beschaffungsvorgängen keine Feststellungen enthielten, hatte bereits das Landgericht Stuttgart mit Urteil vom 31.01.2013 (41 O 39/12 KfH) und mit Urteil vom 25.02.2013 (11 O 225/12) Schadensersatzklagen gegen Beteiligte des „Feuerwehrkartells“ zurückgewiesen. Mit ähnlicher Begründung hatte im Übrigen bereits zum „Auftausalkartell“ das Landgericht München mit Urteil vom 25.04.2012 (37 O 16435/11) eine Schadensersatzklage der öffentlichen Hand zurückgewiesen, weil sich aus den Bußgeldbescheiden des Bundeskartellamtes keine Feststellungen zu den konkret in Rede stehenden Beschaffungsvorgängen befanden.

Bei dieser – aus Klägersicht wenig befriedigenden – Situation lässt es das OLG Karlsruhe dann aber nicht bewenden sondern greift auf die juristische Konstruktion des „Anscheinsbeweises“ zurück. Zu Gunsten der Klägerin bestehe ein Anscheinsbeweis dafür, dass das Angebot der Beklagten und damit der Auftrag vom 28.04.2004 durch das Kartell zum finanziellen Nachteil der Klägerin beeinflusst worden sei. Dies folge aus der tatsächlichen Vermutung, dass ein Quotenkartell typischerweise wettbewerbsbeschränkende Effekte habe und aus der Überlegung, dass das Preisgefüge infolge des marktumspannenden Quotenkartells höher lag, als es ohne Quotenkartell gelegen hätte. Überdies sei der von der Beklagten angebotene Preis unabhängig davon, ob sie zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe ihre Soll-Quote über- oder unterschritten hatte, jedenfalls durch das Anliegen, die Ist-Quote an die Soll-Quote anzupassen, beeinflusst worden. Die Beklagte habe die Vermutung eines kartellbedingten Nachteils weder erschüttert noch erst recht einen Gegenbeweis geführt. Dies wiederum hatte das OLG Karlsruhe der Beklagten allerdings auch nicht leicht gemacht und insbesondere ein Beweisangebot zur Vernehmung ihres früheren Geschäftsführers zur Preisbildung bei dem konkreten Vergabevorgang als von vornherein ungeeignet zurückgewiesen.

3. AGB-rechtliche Zulässigkeit

In angemessener Kürze setzt sich das OLG Karlsruhe dann mit AGB-rechtlichen Bedenken gegen Ziff. 16 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen auseinander. Es kommt zu dem Ergebnis, dass der Voraussetzung des § 309 Nr. 5 lit. a) BGB, wonach ein pauschalierter Schadensersatz den nach dem „gewöhnlichen“ Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigen darf, genügt wurde. Anhaltspunkte dafür, dass jedenfalls im Rahmen des „Feuerwehrkartells“ Rabatte in einer Größenordnung von bis zu 30% verhindert werden sollten und üblicherweise Rabatte von 10 bis 12% gewährt werden, ließen sich aus den Feststellungen im Bußgeldbescheid des Bundeskartellamtes entnehmen. Auch der Voraussetzung des § 309 Ziff. 5 lit. b) BGB, wonach dem anderen Vertragsteil ausdrücklich der Nachweis gestattet werden muss, dass ein Schaden überhaupt nicht oder jedenfalls wesentlich niedriger entstanden ist, als pauschal vereinbart, genügt Ziff. 16 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen offenbar.

IV. Bewertung und Ausblick

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe zeigt, dass die rechtssichere Formulierung einer Schadenspauschalierung im Fall von Kartellverstößen erhebliche Sorgfalt erfordert. Vor einer ungeprüften Übernahme von Formulierungen aus Vergabehandbüchern kann nur gewarnt werden. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die üblicherweise verwandte Formulierung „aus Anlass der Vergabe“. Der damit an sich erforderliche Nachweis, dass der konkrete Vergabevorgang Gegenstand einer wettbewerbswidrigen Absprache war, wird sich unter Umständen und jedenfalls anhand der Feststellungen des Bundeskartellamtes in einem eventuellen Bußgeldbescheid nur schwer führen lassen. Damit besteht die Gefahr, dass die betreffende Vertragsklausel letztlich ins Leere läuft. Zwar hat das OLG Karlsruhe im Fall des „Feuerwehrkartells“ den Anscheinsbeweis einer Kartellbetroffenheit bejaht. Ob diese Grundsätze für andere Kartellabsprachen, die möglicherweise nicht alle großen Anbieter eines Marktes erfassen und nicht in Gestalt einer Quotenabsprache vereinbart werden, aber ebenfalls herangezogen werden können, ist fraglich und letztlich nur im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden. Es bleibt daher stets zu überlegen, ob nicht eine weiter gefasste Formulierung in Zusätzlichen Vertragsbestimmungen dergestalt angezeigt ist, dass die Schadenspauschalierung auch bereits dann eingreift, wenn der Auftragnehmer oder Bieter sich an einer Wettbeschränkung beteiligt hat, die den für die Ausschreibung relevanten zeitlichen, räumlichen und sachlichen Markt betrifft.

Im Einzelfall ist außerdem genau darauf zu achten, dass sich die Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe im Rahmen des nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu Erwartenden bewegt. Dies kann von Branche zu Branche durchaus unterschiedlich sein. Es ist zu empfehlen, die entsprechenden Überlegungen in der Vergabeakte zu dokumentieren. Schließlich ist darauf zu achten, den Gegenbeweis eines überhaupt nicht oder wesentlich niedrigeren entstandenen Schadens zuzulassen. Letzteres ist in den gängigen Vergabehandbüchern allerdings auch so vorgesehen.

Werden diese Aspekte berücksichtigt, bestehen allerdings gute Aussichten, dass andere Gerichte der Entscheidung des OLG Karlsruhe folgen und der öffentlichen Hand Schadensersatzansprüche auf Grundlage von pauschalierten Vertragsabreden zusprechen werden.



Dr. Matthias Ulshöfer,
Rechtsanwalt und Partner,
OPPENLÄNDER Rechtsanwälte