Kartellopfer können auf Schadenersatz klagen

Europäische Richtlinie schafft neue rechtliche Möglichkeiten – Mehr Zeit für Geltendmachung der Ansprüche

Von Anna Blume Huttenlauch *)

Börsen-Zeitung, 26.7.2014

Nach der Sommerpause wird der Europäische Rat der Richtlinie zu Schadenersatzklagen aus Kartellverstößen unter nationalem Recht zustimmen und damit den letzten formalen Schritt zur Verabschiedung dieser Richtlinie tun, der das Europäische Parlament vor Ostern seine Zustimmung erteilt hat. Die EU-Mitgliedstaaten haben dann zwei Jahre Zeit, die Vorgaben umzusetzen. Gerichte werden die Wertungen der Richtlinie allerdings schon vorher bei ihren Entscheidungen berücksichtigen – zumindest in Verfahren, die nach ihrem Inkrafttreten beginnen.

Bemerkenswertes Tempo

Die Rechtsetzung auf europäischer Ebene erfolgte mit bemerkenswertem Tempo. Denn obwohl das Ziel, das Kartellrecht auch privat durchsetzen zu können, von Anfang an auch auf mitgliedstaatlicher Ebene begrüßt wurde, gab es kontroverse Diskussionen über die Umsetzung im Einzelnen. Dies galt besonders für die weitreichenden Eingriffe in die nationalen Prozessordnungen, die der Richtlinienentwurf ursprünglich vorsah. Obwohl der jetzt geschlossene Kompromiss diese allenfalls leicht abmildert, wurde die gefundene Lösung letztlich weitgehend als annehmbar empfunden.

Bereits 2001 hat der Europäische Gerichtshof anerkannt, dass Opfer von Kartellverstößen, also Abnehmer von Unternehmen, die an Kartellabsprachen beteiligt waren oder Abnehmer eines marktbeherrschenden Unternehmens, das seine Marktstellung missbraucht hat, ein Recht haben, den aus dem Verstoß erlittenen Schaden ersetzt zu bekommen (Courage vs. Crehan C-453/99). Die Prozessordnungen in Europa sind jedoch zum Teil so unterschiedlich ausgestaltet, dass die Chancen auf Schadenersatz bisher stark davon abhingen, wo die betroffenen Unternehmen ansässig sind bzw. ihre Klage erhoben. Nach Angaben der Kommission wird nur etwa ein Viertel der Schäden ersetzt, die Verbrauchern und Unternehmen jährlich durch Kartelle entstehen – es geht immerhin um Summen von 13 Mrd. bis über 37 Mrd. Euro pro Jahr. Die Prozesse konzentrieren sich bisher vor allem auf Großbritannien, die Niederlande und Deutschland. Hauptanliegen der Kommission war es, die praktischen Hindernisse zu beseitigen. Dabei geht es primär um den Zugang zu Beweismitteln und mehr Zeit für Geltendmachung der Ansprüche.

Geschädigte haben künftig mindestens fünf Jahre Zeit, ihre Schadenersatzforderung geltend zu machen. Die Verjährungsfrist läuft nicht, solange eine Kartellbehörde wegen des Verstoßes ermittelt. Aus deutscher Perspektive müssen Mitglieder eines Kartells damit deutlich länger mit dem Risiko einer Schadenersatzklage rechnen als bisher (drei Jahre).

Für Kartellopfer ist es oft schwierig, den Schaden zu beweisen, weil ihnen die notwendigen Informationen fehlen bzw. sich die erforderlichen Unterlagen in der Sphäre des beklagten Unternehmens befinden. Daher sieht die Richtlinie vor, dass Gerichte unter bestimmten Voraussetzungen die Offenlegung solcher Informationen anordnen können. Dies soll die Informationsasymmetrie zwischen Kartellant und Opfer mildern. Für das deutsche Prozessrecht ergibt sich hieraus erheblicher Anpassungsbedarf, weil solche Disclosure-Regeln hier bislang nicht oder allenfalls punktuell existieren.

Signifikante Änderungen

Da die Richtlinie auch Sanktionen vorsieht, die die Wirksamkeit der gerichtlichen Anordnungen sicherstellen, sind die Veränderungen aus deutscher Perspektive signifikant. Daneben enthält die Richtlinie weitere Beweiserleichterungen für Kläger, um ihren Schadenersatzanspruch gerichtlich geltend zu machen.

Soll die private Durchsetzung des Kartellrechts gestärkt werden, liegt die zentrale Herausforderung darin, die Durchsetzung durch die Kartellbehörden nicht zu schwächen. Hier geht es vor allem um das Spannungsfeld zwischen den Beweiszugangs- und Haftungsregeln der Richtlinie und den Kronzeugenprogrammen der Kommission und der Mitgliedstaaten. Kartellmitglieder können Immunität erlangen, wenn sie das Kartell, an dem sie beteiligt waren, bei den Behörden anzeigen und zu dessen Aufdeckung beitragen. Der Anreiz, an den Ermittlungen aktiv mitzuwirken und dafür letztlich selbst „straffrei“ auszugehen, hat in den letzten Jahren seit der Einführung entsprechender Regelungen

ANZEIGE

Fordern Sie heute noch Ihre Leseprobe an: unter Tel. 069/2732-162

enorm zur Kartellaufdeckung beigetragen. Besonders für den ersten Whistleblower lohnt es sich, „auszupacken“, weil er dadurch komplette Immunität erlangen kann, während die nachfolgenden Unternehmen nur noch Strafmilderungen erhalten. Diese Situation wird oft als Windhundrennen beschrieben. Angesichts der besseren Zugangsmöglichkeiten zu Beweisstücken durch die Richtlinie bestand die Sorge, dass Anreize für Unternehmen, Kartelle anzuzeigen, geschwächt werden. Wenn nämlich die Selbstanzeige eines Kartellmitglieds, die die Aufdeckung durch die Behörden ermöglicht hat und mit der Immunität des Unternehmens „belohnt“ und honoriert wurde, letztlich in den Händen eines Abnehmers landet und dessen Klage gegen den Kronzeugen auf Schadenersatz stützt, so würde dies die Attraktivität von Kronzeugenprogrammen erheblich schmälern und letztlich die Kartellverfolgung insgesamt schwächen.

Kronzeugen privilegiert

Die Richtlinie privilegiert daher Kronzeugen, indem jedenfalls für Kronzeugenanträge ein absoluter Schutz vor einer Offenlegung gegenüber Klägern vorgesehen ist. Zudem haften Kronzeugen nicht wie ihre Mitkartellanten uneingeschränkt für den gesamten Schaden gegenüber allen Geschädigten (die anschließend allenfalls die anderen Kartellmitglieder in Regress nehmen können), sondern nur gegenüber ihren eigenen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern und Lieferanten.

Generell schützt die Richtlinie nicht nur direkt Geschädigte, sondern auch indirekte Opfer. Außerdem klärt sie eine bislang höchst umstrittene Frage und bestätigt das in Deutschland seit dem Orwi-Urteil des Bundesgerichtshofs (2011) geltende Recht: Unternehmen, die sich einer Schadenersatzklage wegen eines Kartellverstoßes ausgesetzt sehen, können im Prozess einwenden, dass der kartellbedingte Preisaufschlag an die nächste Marktstufe weitergegeben wurde.

Hat also ein Verstoß eine Preiserhöhung nach sich gezogen und wurde diese in der Vertriebskette etwa durch den Großhändler an seine eigenen Abnehmer weitergereicht, so hat der Großhändler selbst keinen Schaden erlitten. Der Ersatzanspruch steht dann dem Letztgeschädigten in der Kette zu. Damit soll auch vermieden werden, dass Kartellmitglieder doppelt haften, indem sie von mehreren Marktstufen in Anspruch genommen werden.

In der Schadensabwälzung („passing on defense“) werden noch einige Fragen zu klären sein. Kritisiert werden vor allem die geringen Beweishürden, die indirekt geschädigte Kläger überwinden müssen, um ihren Schaden einzuklagen. Die Kommission hat Leitlinien angekündigt, die genauer klären, welcher Schadensanteil abgewälzt wurde bzw. wie dieser quantifiziert werden kann.

Im Ergebnis wird die Richtlinie die private Kartellrechtsdurchsetzung fördern, und zwar nicht nur durch vermehrte Gerichtsprozesse: Allein die Möglichkeit einer glaubwürdigeren Androhung eines Prozesses wird höhere Anreize für außergerichtliche Einigungen schaffen. Am meisten profitieren werden künftige Kläger, aber auch für die Gegenseite sind in Bezug auf den Einwand der Schadensabwälzung Beweiserleichterungen zu erwarten. Dies gilt nicht nur bei Klagen gegen Kartellmitglieder, sondern auch bei Schadenersatzansprüchen gegen marktbeherrschende Unternehmen oder aus sonstigen Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht.

Paradigmenwechsel

Allerdings bedürfen noch viele Fragen der Klärung in der Praxis: Aus kontinentaleuropäischer Sicht stellen vor allem die Beweiszugangsregelungen einen Paradigmenwechsel dar – diese werden zu einer nicht zu unterschätzenden Zusatzbelastung auch für deutsche Gerichte und letztlich zu längeren und deutlich aufwendigeren Verfahren führen, insbesondere dort, wo die beweisbelastete Partei durch entsprechende Anträge zur elektronischen Datendurchsicht verpflichtet wird. In Kartellverfahren hätte besonders der Schutz von Kronzeugen an einzelnen Stellen in der Richtlinie noch deutlicher berücksichtigt werden können. Im Bereich der sogenannten Follow-on-Klagen ist in den nächsten Jahren also noch einiges an Bewegung zu erwarten.

*) Dr. Anna Blume Huttenlauch ist Rechtsanwältin im Berliner Büro von Freshfields Bruckhaus Deringer.

MANDATE & MANDANTEN

Hengeler Mueller hat Opel bei der Schaffung der Opel Group GmbH beraten, die als Single OEM Manufacturer das Geschäft von Opel/Vauxhall in Europa einschließlich Russland verantwortet. Tätig war ein Team um Dr. Ingo Klöcker. wb

CMS Hasche Sigle begleitete mit einer Gruppe um Katja Pohl VR Equitypartner beim Erwerb einer Mehrheit an der Karl Kemper Gruppe. wb

Baker & McKenzie hat die Rheinmetall-Sparte KSPG bei einem Joint Venture mit der mehrheitlich zur chinesischen SAIC gehörenden Huayu Automotive beraten. Die Federführung lag bei Christian Atzler und Dr. Thomas Gilles. **Taylor Wessing** hat mit einem Team um Gustaf-Rudolf Schlieper und Qun Huang der Huayu zur Seite gestanden. wb

Clifford Chance assistierte Carlyle beim Verkauf von Ada Cosmetics an Ardian. Die Leitung hatte Partner Burc Hesse. **Willkie Farr & Gallagher** unterstützte mit Mario Schmidt den Erwerber. **P + P Pöllath + Partners** hat mit Dr. Benedikt Hohaus das Ada-Management beraten. **Ashurst** hat mit Dr. Bernd Egbers DZ Bank und Commerzbank bei der Finanzierung begleitet. wb

Hengeler Mueller vertritt Dong Energy beim Verkauf von 50% am Offshore-Windpark Gode Wind 2 an ein Konsortium dänischer Pensionsfonds mit einem Team um Dr. Nicolas Böhm. wb

King & Wood Mallesons SJ Berwin steht Monotype beim Kauf der deutschen Fontshop zur Seite mit einem Team unter Leitung von Dr. Franz Schaefer. wb

Redaktion:
Sabine Wadewitz (069/2732-212)
Walther Becker (069/2732-264)
recht@boersen-zeitung.de

IM INTERVIEW: PASCAL DI PRIMA

Vorzugsaktien als neues Instrument in der Bankenfinanzierung

Aktienrechtsnovelle schafft mehr Möglichkeiten für hartes Kernkapital

Börsen-Zeitung, 26.7.2014

Herr di Prima, die Aktienrechtsnovelle 2014 hat das Ziel, die Finanzierung zu flexibilisieren. Banken soll es ermöglicht werden, mit der Ausgabe von Vorzugsaktien hartes Kernkapital zu schaffen. Wieso ist das unter altem Recht noch nicht möglich?

Nach den derzeit geltenden aktienrechtlichen Vorschriften sind in einem Jahr nicht gezahlte Vorzüge im Folgejahr zwingend nachzuzahlen. Dieser Zwang verstößt gegen das Bankaufsichtsrecht, wonach es bei hartem Kernkapital keine Ausschüttungspflicht geben darf. Zudem hat der Vorzug in einer Vorabdividende zu bestehen, also einem bestimmbaren, absoluten Betrag. Eine solche Vorabdividende ist allerdings ebenfalls nicht mit den bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben zu vereinbaren, welche einen unverhältnismäßigen Kapitalabfluss vermeiden sollen.

Wie unterscheiden sich diese Vorzugsaktien von den herkömmlichen Papieren dieser Gattung?

Vorzugsaktien, die den Anforderungen an hartes Kernkapital genügen sollen, müssen mit einem nicht nachzahlbaren prozentualen Aufschlag (Mehrdividende) ausgestattet sein – dies soll der nun vorliegende Entwurf künftig ermöglichen. Daneben sind diese Vorzugsaktien sowohl in der Höhe des Vorzugs als auch hinsichtlich des Gesamtverhältnisses zu Stammaktien beschränkt. So darf der Ausschüttungsbetrag auf eine Vorzugsaktie nicht mehr als 125% der Ausschüttung auf eine Stammaktie betragen. Ferner darf der Gesamtausschüttungsbetrag auf Vorzugsaktien und Stammaktien den Gesamtausschüttungsbetrag, der ohne Vorzug auf die gleiche Anzahl an Instrumenten ausgeschüttet worden wäre, um nicht mehr als 5% übersteigen.

Pascal di Prima

Führt es nicht zu Intransparenz bei Anlegern, wenn es Vorzugsaktien mit und ohne zwingenden Nachzahlungsanspruch gibt?

Schon jetzt können die Vorzüge sowohl wirtschaftlich als auch rechtlich unterschiedlich ausgestaltet sein, das betrifft insbesondere die Höhe und Berechnung des Vorzugs als auch die Rechte im Falle einer Liquidation. Es können sogar mehrere Gattungen von Vorzugsaktien mit unterschiedlich ausgestalteten Rechten ausgegeben werden. Insofern ändert sich nichts an der grundsätzlichen Situation, nur der Spielraum bei der Ausgestaltung der Aktien nimmt zu.

Für welche Banken könnten Vorzugsaktien interessant sein?

Insbesondere für Banken in privater Hand oder innerhalb eines Konzernverbunds, die hartes Kernkapital am Aktienmarkt platzieren möchten, ohne dabei die bestehenden Stimmrechtsverhältnisse zu beeinflussen. Hierzu zählen zum Beispiel die Banken der Autokonzerne, bei denen aber aufgrund der aktuell grundsätzlich guten Kapitalausstattung nicht zu erwarten ist, dass diese in naher Zukunft einen erhöhten Bedarf an hartem Kernkapital haben werden. Vorzugsaktien könnten aber auch für Banken interessant werden, für die eine Kapitalisierung durch nachrangige Schuldverschreibungen am Markt schwierig ist, da sie sich zum Beispiel in einem schwierigen Ertragsumfeld befinden und Investoren ein Mitspracherecht haben wollen, wenn sich die Ertragssituation nicht verbessert. Das hätten sie über das bei Ausbleiben des Vorzugs aufl ebende Stimmrecht.

Die meisten Banken konzentrieren sich derzeit bei der Kapitalisierung auf nachrangige Schuldverschreibungen. Wird das auch nach der Aktienrechtsreform die attraktivere Variante bleiben?

Kurz- und mittelfristig ist das für die meisten Banken zu vermuten. Perspektivisch ist aber davon auszugehen, dass die Anforderungen an hartes Kernkapital steigen und damit das zusätzliche Kernkapital und das Ergänzungskapital weiter an Bedeutung verlieren werden. Da nachrangige Schuldverschreibungen lediglich als zusätzliches Kernkapital (AT1) qualifizieren, dürfte der Bedarf der Banken an nachrangigen Schuldverschreibungen sinken, während Stamm- und Vorzugsaktien stärker in den Fokus rücken.

Pascal di Prima ist Partner der Kanzlei Simmons & Simmons und berät Banken und Finanzinstitute zu bankaufsichts-, bilanz- und steuerrechtlichen Fragen. Die Fragen wurden unter Mitarbeit von Dr. Michael Bormann, Partner bei Simmons & Simmons, beantwortet. Das Interview führte Sabine Wadewitz.

Europäische Aktiengesellschaft entwickelt sich zum Erfolgsmodell

Neue Rechtsform nach zehn Jahren fest etabliert – Schleppender Start

Von Ernst-Markus Schuberth und Reimund-Marc von der Höh *)

Börsen-Zeitung, 26.7.2014

Die Reaktionen schwankten von Euphorie bis Skepsis. Nach über drei Jahrzehnten Verhandlungen wurde vor zehn Jahren die Europäische Aktiengesellschaft (SE) eingeführt. Die Gewerkschaften fürchteten einen Generalangriff auf die Mitbestimmung, andere kritisierten die neue Rechtsform als zu komplex und unflexibel. Zehn Jahre danach hat sich die SE mit fast 300 Gründungen in Deutschland endgültig durchgesetzt.

Der Beginn war schleppend. In den ersten Jahren nutzten wenige Unternehmen die Möglichkeit. Erst, als sich mit der Allianz 2006 das erste namhafte Unternehmen für die SE entschied, begann der Siegeszug. Seitdem gründen pro Jahr etwa 40 Gesellschaften in Deutschland eine SE, fünf der Dax-30-Unternehmen (Allianz, BASF, Eon, Fresenius, Fresenius Medical Care) nutzen die neue Rechtsform.

Allerdings: Die Kritik an der zu komplexen rechtlichen Regelung scheint berechtigt. Die SE kann beispielsweise nicht von jedem gegründet werden, nur juristische Personen wie AG oder GmbH kommen in Frage. Auch bedarf es immer eines Bezuges zu einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), und das Verfahren ist aufwendig. Die Praxis bedient sich daher in fast der Hälfte aller SE-Gründungen einer Vorratsgesellschaft, mit der diese Schwierigkeiten jedenfalls teilweise vermieden werden können.

Dabei wird eine SE zunächst als leere Hülle gegründet. Anschließend kauft der eigentliche SE-Gründer dem meist gewerblichen Anbieter die Aktien ab, baut die SE nach seinen Vorstellungen um und aktiviert sie. Dieses erfolgt etwa durch Aufnahme einer originär neuen Geschäftstätigkeit oder Übertragung eines bereits operativ tätigen Unternehmens im Wege eines „asset deal“ oder einer Verschmelzung. Rechtlich nennt man dies „wirtschaftliche Neugründung“.

Ein solches Vorgehen wirft Fragen auf – vor allem im Hinblick auf die Mitbestimmung. Denn eigentlich zwingt die SE bei ihrer Gründung zu Verhandlungen zwischen Arbeitnehmern und Unternehmensleitung über den Umfang der künftigen Mitbestimmung. Rechtlich wird die SE aber bereits mit Gründung der Vorratsgesellschaft gegründet. Diese hat jedoch keine Arbeitnehmer. Soll hier trotzdem verhandelt werden? Die Antwort der Praxis ist: Nein, denn eine Verhandlung ohne Arbeitnehmer macht keinen Sinn.

Wie steht es nun aber mit der wirtschaftlichen Neugründung? Sollen die Verhandlungen dann nachgeholt werden? Hier sind die Einzelheiten umstritten. Letztlich kommt es wohl darauf an, ob die wirtschaftliche Neugründung eine wesentliche strukturelle Änderung der Gesellschaft bedeutet, die zusätzlich geeignet ist, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen.

Gestaltungsspielraum

Es verwundert daher nicht, dass Mitbestimmung in als Vorratsgesellschaft gegründeten SE praktisch nicht stattfindet. Insgesamt sind nur 16% aller SE unternehmerisch mitbestimmt, von den 115 als Vorratsgesellschaften gegründeten nur eine. Hieraus kann man schließen, dass sich in der breiten Masse vor allem kleinere und mittlere Unternehmen für eine SE entscheiden und die vorhandenen Gestaltungsmöglichkeiten konsequent genutzt werden.

Eine weitere Besonderheit der SE: Neben dem in Deutschland üblichen dualistischen System mit Vorstand und Aufsichtsrat kann eine SE auch im monistischen System verfasst sein. Dabei gibt es nur ein als „Verwaltungsrat“ bezeichnetes Organ, das Aufgaben der Geschäftsführung und Aufsicht in sich vereint. Das wird von fast der Hälfte der deutschen SE genutzt. Für mitbestimmte Unternehmen ist diese Variante indes nicht so attraktiv, denn sie führt zur Mitbestimmung in einem Organ, das nicht nur zur Aufsicht, sondern zur operativen Führung berufen ist. Von den namhafteren, mitbestimmten Unternehmen ist nur die Puma SE monistisch verfasst.

Ein weiterer Vorteil: Die SE ermöglicht einen kleineren Aufsichtsrat, als es bei einer deutschen AG möglich wäre. Die kleineren Gesellschaften haben häufig einen Aufsichts- oder Verwaltungsrat aus einem bis drei Mitgliedern. Bei den großen SE hat man sich in der Regel auf ein 12- statt des bei großen AG üblichen 20er-Gremiums geeinigt. Darüber hinaus ist die Arbeitnehmerseite anders zusammengesetzt, da nicht nur deutsche, sondern alle europäischen Mitarbeiter repräsentiert werden.

Grundsätzlich handelt es sich bei der SE um eine attraktive Alternative für alle Gesellschaften, die den Zugang zum Kapitalmarkt suchen, insbesondere, wenn sie eine „Board-Struktur“ bevorzugen und die Gestaltungsmöglichkeiten bezüglich der Mitbestimmung nutzen können. Hinzu kommt bei europaweit agierenden Unternehmen die Möglichkeit der Entwicklung einer European Corporate Identity. Aufgrund der teilweise komplizierten Regelungen sowie der nicht unerheblichen Kosten bedarf es jedoch immer einer sorgfältigen Überprüfung im Einzelfall, ob die Gründung einer SE wirklich das richtige Mittel darstellt.

*) Dr. Ernst-Markus Schuberth und Reimund-Marc von der Höh sind Rechtsanwälte bei CMS Hasche Sigle in Düsseldorf.