

Die Entwicklung des europäischen Kartellschadensersatzrechtes 2019

Thiede, Thomas

Veröffentlichungsversion / Published Version
Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Thiede, T. (2020). Die Entwicklung des europäischen Kartellschadensersatzrechtes 2019. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 10, 403-406. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-85814-1>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC Licence (Attribution-NonCommercial). For more information see: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>

de-minimis-Grenze an. Das in Art. 2 Buchst. c InfoSoc-RL zugunsten des Tonträgerherstellers gewährte Vervielfältigungsrecht ist mit dem Argument des Investitionsschutzes auch dann verletzt, wenn ein nur sehr kurzes Audiofragment von einem Tonträger entnommen wird.¹³² An einer „teilweisen Vervielfältigung“ fehlt es jedoch, wenn ein Nutzer „in Ausübung der Kunstfreiheit einem Tonträger ein Audiofragment [entnimmt], um es in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form in einem neuen Werk zu nutzen“.¹³³ Sowohl das Argument der Kunstfreiheit als auch die fehlende ökonomische Relevanz derartiger Sekundärverwertungen werden damit vom *EuGH* zumindest im Ansatz aufgenommen,¹³⁴ auch wenn eine derartige „Hörbarkeitschwelle“¹³⁵ im Grunde ein „Totalverblasen“ voraussetzt.¹³⁶ Das Verbreitungsrecht aus Art. 9 I Buchst. b Vermiet- und Verleih-RL (RL 2006/115/EG) hält der *EuGH* nicht für einschlägig. Kleinste Ausschnitte sind keine „Kopien“ im Sinne dieser Bestimmung.¹³⁷ Nur ein Gegenstand, der alle oder einen wesentlichen Teil der in einem Tonträger festgelegten Töne übernimmt, kann eine „Kopie“ begründen.¹³⁸ Alles in allem wird das *Sampling* vor allem über das die Kunstfreiheit hinreichend berücksichtigende Zitatrecht zu lösen sein (o. V. 3.).¹³⁹ § 24 UrhG wurde vom *EuGH* als Ausweg explizit versperrt.¹⁴⁰

3. Ausübende Künstler

Das Unionsrecht steht nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegen, in denen für die Verwertung audiovisueller Archive durch eine hierzu bestimmte Einrichtung die widerlegbare Vermutung aufgestellt wird, dass der ausübende Künstler die Aufzeichnung und Verwertung seiner Darbietung erlaubt, wenn er an der zur Ausstrahlung bestimmten Aufnahme eines audiovisuellen Werkes mitwirkt.¹⁴¹

VII. Rechtsdurchsetzung

„Filesharing“ beschäftigt nach wie vor die Gerichte. Während die Störerhaftung für Internetanschlussinhaber in § 7 IV TMG (die Norm ist wegen Art. 8 III InfoSoc-RL unionsrechtskonform auszulegen)¹⁴² aufgegangen ist,¹⁴³ hat der *BGH* (gestützt auf sekundäre Darlegungslasten) ein ausdifferenziertes System für die unmittelbare Haftung des Anschlussinhabers entwickelt.¹⁴⁴ Dass jener dabei verpflichtet sein kann, auch Namen von „verdächtigen“ Familienangehörigen preiszugeben,¹⁴⁵ steht nicht nur im Einklang mit

dem Verfassungsrecht,¹⁴⁶ sondern auch mit dem Unionsrecht.¹⁴⁷ Das Bestehen vertraglicher Ansprüche (Verletzung einer Klausel aus einem Lizenzvertrag) verdrängt nicht die Geltendmachung softwareurheberrechtlicher Ansprüche (kein *non cummul*).¹⁴⁸ Auch wenn bei den konkreten Rechtsbehelfen nationaler Spielraum besteht, müssen die Vorgaben der Enforcement-RL im Ergebnis zwingend eingehalten werden.¹⁴⁹

VIII. Ausblick

Die Konturen des digitalen Urheberrechts sind trotz der regen Entscheidungstätigkeit des *EuGH* mitnichten abschließend geformt. Es besteht nach wie vor ein erheblicher Klärungsbedarf.¹⁵⁰ Spannend wird aber vor allem auch die konkrete Umsetzung der DSM-RL ins deutsche Urheberrecht.¹⁵¹ ■

132 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:624 = NJW 2019, 2913 Rn. 29 f. – Pelham/Hütter ua [Metall auf Metall III].

133 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:624 = NJW 2019, 2913 Rn. 31 – Pelham/Hütter ua [Metall auf Metall III].

134 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:624 = NJW 2019, 2913 Rn. 38 – Pelham/Hütter ua [Metall auf Metall III].

135 *Apel*, MMR 2019, 601 (602).

136 *Leistner*, GRUR 2019, 1008 (1010).

137 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:624 = NJW 2019, 2913 Rn. 40 ff. – Pelham/Hütter ua [Metall auf Metall III].

138 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:624 = NJW 2019, 2913 Rn. 46 – Pelham/Hütter ua [Metall auf Metall III].

139 *Leistner*, GRUR 2019, 1008 (1013 f.); vgl. *Homar*, ZUM 2019, 731 (736 f.).

140 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:624 = NJW 2019, 2913 Rn. 56 ff. – Pelham/Hütter ua [Metall auf Metall III]; *Homar*, ZUM 2019, 731 (735 f.).

141 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:970 = GRUR 2019, 1286 Rn. 41 ff. – Spedidam ua/INA (C-484/18); zustimmend *Grünberger*, ZUM 2020, 50; strenger vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:878 = EuZW 2017, 238 – Marc Soulier/Premier ministre.

142 *BGH*, *BGHZ* 219, 276 = NJW 2018, 3779 Rn. 40 ff.

143 *Spindler*, GRUR 2018, 16 (19).

144 Vgl. nur *BGH*, *BGHZ* 210, 224 = NJW 2017, 333; *BGH*, NJW 2018, 65.

145 *BGH*, NJW 2018, 65.

146 *BVerfG*, NJW 2019, 1510.

147 *EuGH*, ECLI:EU:C:2018:841 = NJW 2019, 33 – Bastei Lübbe/Strotzer (C-149/17); kritisch *Köhler*, ZUM 2018, 861.

148 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:1099 = GRUR 2020, 186 Rn. 33 ff. – IP Development/Free Mobile (C-666/18).

149 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:1099 = GRUR 2020, 186 Rn. 43 ff. – IP Development/Free Mobile; vgl. *Grützmacher*, ZUM 2020, 245 (247).

150 Nur *BGH*, GRUR 2019, 725.

151 Vgl. zudem die Vorlagebeschlüsse *BGH*, GRUR 2018, 1132; *BGH*, GRUR 2018, 1239.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Thiede, LL.B., LL.M.*

Die Entwicklung des europäischen Kartellschadensersatzrechtes 2019

Der vorliegende Beitrag erörtert die wesentlichen Entwicklungen im Bereich des europäischen Kartellschadensersatzrechtes im Berichtszeitraum. Nach einem einleitenden Überblick werden zunächst die gesetzgeberischen Entwicklungen und sodann ausgewählte Urteile des *EuGH* in chronologischer Reihenfolge vorgestellt und kommentiert.

I. Hinführung

Man darf sich das Haftpflichtrecht und damit natürlich auch das Kartellschadensersatzrecht gleichsam als sorgsam gewebten Teppich verbildlichen. Die jeweiligen Tatbestands-

This report reports and comments on selected recent developments in the field of European litigation in antitrust claims for damages. After an introductory overview, the recent developments in legislation and judgments of the *EuGH* are presented and discussed in chronological order.

* Der Autor ist Rechtsanwalt bei Spieker & Jaeger Partnerschaftsgesellschaft mbB, Dortmund, Universitätslektor an der Karl-Franzens-Universität Graz u. Lehrbeauftragter an der Ruhr-Universität Bochum. Der Autor dankt Herrn Univ.-Prof. Dr. Bernhard A. Koch, LL.M. und VorsRiLG Dr. Gerhard Klumpe für lebhaftige Diskussion sowie Frau Anna Heinrich und RRef. Julia Maria Vollmer für die umsichtige Hilfe bei der Erstellung des Manuskripts.

merkmale – Kartellrechtsverstoß, Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden – sind fest miteinander gleichsam als Knoten verwoben. Ebenso wie für Teppiche gilt für das Kartellschadensersatzrecht, dass je höher die Knotenanzahl und je stabiler das Garn ist, desto besser der Teppich den Wandel der Zeiten überstehen wird.

Die Webmuster des Kartellschadensersatzrechtes sind dabei verhältnismäßig jung: Erst 2001 bejahten die Luxemburger Richter des *EuGH* in der Rs. *Courage* (C-453/99),¹ dass „jedermann“ unmittelbar aus Art. 101 AEUV Ersatz für den aus einem Kartellrechtsverstoß erlittenen Schaden fordern könne. In der Rs. *Manfredi* (C-295/04) hielt der *EuGH* darauf aufbauend fest, dass sich die Modalitäten für die Ausübung des Rechtes auf Schadensersatz nach den mitgliedstaatlichen Rechten richteten, die Anspruchsvoraussetzungen jedoch nicht weniger günstig ausgestaltet sein dürften als bei Schadensersatzansprüchen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung des Rechtes auf Schadensersatz nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert werden dürfe (Effektivitätsgrundsatz).² Zwischenzeitlich hat auch der Europäische Richtlinienggeber die vorgenannten Webmuster aufgegriffen, leicht abgewandelt und in der Kartellschadensersatzrichtlinie³ festgehalten.

Im vorliegenden Berichtszeitraum, mehr als 20 Jahre nach der Rs. *Courage* hat der *EuGH* nun intensiv am Muster des Kartellschadensersatzteppichs gearbeitet. Der nachfolgende Beitrag stellt – neben einer kurzen Erwähnung der gesetzgeberischen Entwicklung – die einschlägigen Entscheidungen vor.

II. Gesetzgeberische Entwicklungen

Stark vereinfacht haben Kartellanten nach Art. 5 der Kartellschadensersatzrichtlinie Klägern diejenigen Beweismittel zur Verfügung zu stellen, die einen Kartellschadensersatzanspruch begründen könnten. Während dies in anderen europäischen Mitgliedstaaten als prozessualer Anspruch ausgestaltet ist,⁴ setzte der deutsche Umsetzungsgesetzgeber einen eigenständigen materiell-rechtlichen Herausgabeanspruch in § 33 g GWB nF um. Hierin dürfte ein erheblicher Webfehler deutschen Rechtes liegen: Der deutsche Gesetzgeber hat sich wohl schlicht der Aufgabe der Legistik entziehen wollen, im Normtext die Beweislastverteilung für die eigentlichen materiell-rechtlichen Ansprüche auf Schadensersatz oder Unterlassung zu regeln.

Da die praktischen Probleme bei der Umsetzung eines materiell-rechtlichen Herausgabeanspruches ebenfalls nicht vorhergesehen worden sein könnten, bot nun auf europäischer Ebene eine Konsultation wohl willkommenen Anlass,⁵ die Lösungen für die Probleme hinsichtlich des berechtigten Geheimnisschutzes der Beklagten und übermäßiger Befassung der Gerichte mit der Bewertung der herausverlangten Dokumente ausarbeiten zu lassen. Die im Berichtszeitraum durchgeführte Konsultation führte indes nur zu wenigen Stellungnahmen. Die Vorschläge der sich im Entwurfsstadium befindlichen Mitteilung der Europäischen Kommission wären größtenteils nach deutschem Prozessrecht nicht umsetzbar.⁶ Die einzig verbliebene Option, die Auswertung durch einen Sachverständigen, wird nunmehr in der 10. GWB-Novelle aufgegriffen.

III. Rechtsprechung des EuGH

Die treibende Kraft im europäischen Kartellschadensersatzrecht war im Berichtszeitraum der *EuGH*. Mit gleich vier

nachfolgend chronologisch vorgestellten Entscheidungen haben die Luxemburger Richter für erhebliche Veränderungen im Kartellschadensersatzrecht gesorgt. Diese Dynamik strahlte auch auf die Mitgliedstaaten aus: In Deutschland wurde etwa das Merkmal der Kartellbetroffenheit aufgegeben.

1. Passivlegitimation: Skanska (C-724/17)⁷

Kartelle werden oft erst nach einer langen Zeit aufgedeckt. Behörden brauchen Zeit. Unternehmensstrukturen ändern sich in der Zwischenzeit. Damit stellt sich die Frage, wen die Geschädigten in Anspruch nehmen sollen, wenn sich die entsprechenden Gesellschaftsstrukturen in der Zwischenzeit ändern. Zu jener Frage der Zurechnung der kartellrechtlichen Verantwortlichkeit im Konzern war insbesondere ein ausdrückliches Bekenntnis des deutschen Gesetzgebers zur Passivlegitimation von Konzerngesellschaften untereinander ausgeblieben, was zu einer intensiven Kontroverse im deutschen Schrifttum führte.⁸

a) Sachverhalt

Ausgangspunkt der Rs. *Skanska* ist ein Kartell auf dem finnischen Asphaltmarkt in den Jahren 1994-2002. Drei der am Kartell beteiligten Gesellschaften wurden noch im Kartellzeitraum von den Beklagten des Ausgangsverfahrens erworben und später liquidiert. Die Erwerberinnen führten die Geschäftstätigkeit fort und wurden nach finnischem Bußgeldrecht für die Verstöße der liquidierten Kartellantinnen bebußt. Die von der Stadt Vantaa vor dem zuständigen Gericht der ersten Instanz in Helsinki erhobene Klage auf Kartellschadensersatz wegen überhöhter Asphaltierungskosten richtete sich gegen diese Erwerberinnen. Die Erwerberinnen verwiesen auf die finnische Entsprechung des deutschen gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips, wonach sie als formal unabhängige Unternehmen nicht für die (liquidierten) Kartellantinnen verantwortlich gemacht werden könnten.

Das Instanzgericht rechnete den Erwerberinnen das Verhalten der Kartellantinnen unter Verweis auf den Effektivitätsgrundsatz zu, weil es widrigenfalls für Kartellgeschädigte

1 *EuGH*, ECLI:EU:C:2001:465 = *EuZW* 2001, 715 (mAnm *Nowak*) – *Courage* (C-453/99).

2 *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:461 = *EuZW* 2006, 529 (mAnm *Lübbing*) – *Manfredi* (C-295/04).

3 RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349, 1, nachfolgend RL.

4 Vgl. exemplarisch *Thiede/Klumpe*, *ÖZK* 2018, 50.

5 Online unter (https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_private_enforcement/index_en.html) (Datum des letzten Abrufes: 11.4.2020); vgl. zur Konsultation ausführlich *Dietrich/Nowak*, *NZKart* 2020, 15.

6 *Dietrich/Nowak*, *NZKart* 2020, 15.

7 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:204 = *EuZW* 2019, 374 (mAnm *Harms/Kirst*) = *NJW* 2019, 1197 (mAnm *Thiede*) = *GWR* 2019, 166 (mAnm *York von Wartenburg*) = *Newsdienst Compliance* 2019, 22008 (mAnm *Schaper*) = *IR* 2019, 164 (mAnm *Lesinska-Adamson*) = *WuW* 2019, 253 (mAnm *Hutschneider*) – *Skanska* (C-724/17); vgl. ferner *Bauermeister*, *NZKart* 2019, 252; *Hildebrandt*, *NZKart* 2019, 468; *Lieb-scher*, *ZIP* 2019, 1837; *Montag/von Bonin*, *NJW* 2019, 3758; *Mörsdorf*, *ZIP* 2020, 489; *Völcker/Benditz*, *EuZW* 2020, 259; *Wagener*, *NZKart* 2019, 535; *Weitbrecht*, *NZKart* 2020, 106.

8 Vgl. zum Streitstand etwa *de Bronett*, *NZKart* 2017, 46; *Kahlenberg/Heim*, *BB* 2016, 1863 (1870); *Kersting*, *WuW* 2016, 329; *ders.*, *WuW* 2014, 564; *ders.*, *VersR* 2017, 581 (585); *ders.*, *FIW Jahrbuch* 2018, 113; *Klumpe/Thiede*, *ÖZK* 2016, 137 (140); *dies.*, *BB* 2016, 3011 (3011), *dies.*, *NZKart* 2017, 332 (333); *König*, *EuZW* 2017, 241; *Mäger*, *NZKart* 2015, 329 (330); *Makatsch/Mir*, *EuZW* 2015, 7 (8); *Petrasinu*, *WuW* 2016, 330; *Stauber/Schaper*, *NZKart* 2014, 346; *dies.*, *NZKart* 2017, 279; *Thomas/Legner*, *NZKart* 2016, 155 (157).

unmöglich sei, Kartellschadensersatz zu erhalten. Es sei, so das Gericht, naheliegend, dass die Haftungszuweisung für Bußgeldentscheidungen und für Kartellschadensersatz denselben Prinzipien folgen sollte. Das Rechtsmittelgericht folgte dem nicht und wies die Klage ab. Auf die Kassationsbeschwerde der Klägerin hielt der *finnische Oberste Gerichtshof* zwar zunächst fest, dass grundsätzlich allein das Rechtssubjekt auf Ersatz hafte, welches den Schaden unmittelbar verursacht habe. Eine Ausnahme sei nur für juristische Personen dann vorgesehen, wenn Umstrukturierungen mit dem Ziel der Haftungsvermeidung vorgenommen würden. Trotzdem legte der *finnische Oberste Gerichtshof* dem *EuGH* die Frage vor, ob sich der Anspruchsgegner einer kartelldeliktsrechtlichen Schadensersatzklage aus dem Unionsrecht oder nationalen Regelungen ergebe und inwieweit der durch das EU-Bußgeldrecht geprägte Unternehmensbegriff als Maßstab gelte.

b) Entscheidung

Der *EuGH* geht davon aus, dass die Passivlegitimation nicht erst aus nationalem Recht, sondern bereits aus der direkten Anwendung des Unionsrechtes resultiere.⁹ Schon aus dem Wortlaut des Art. 101 AEUV ergebe sich, dass ein Unternehmen für einen durch seine Tätigkeiten verursachten Schaden hafte.¹⁰ Eine Differenzierung zwischen einem Einzelunternehmen und einer Gruppe von mehreren juristischen Personen sei nicht angezeigt, sofern letztere, und dies ist zu betonen, eine wirtschaftliche Einheit bildeten. Der Begriff des „Unternehmens“ sei als autonomer Begriff des Unionsrechtes im Bußgeld- und Schadensersatzrecht gleich auszulegen.¹¹ Mit dieser Anleihe aus dem Bußgeldrecht gehe einher, dass Umstrukturierungen wie im vorliegenden Verfahren nicht zu einer Haftungsbefreiung führten, weil das gleichsam neue Unternehmen aus wirtschaftlicher Sicht mit dem untergegangenen hinreichend verwandt, wenn nicht sogar identisch sei.¹² Ohnedies, so der *EuGH*, hätten die beklagten Unternehmen die Geschäftstätigkeiten der untergegangenen Unternehmen weitergeführt und seien schon deshalb für den Ersatz des durch die Beteiligung dieser Firmen am Kartell entstandenen Schadens verantwortlich.¹³

c) Bewertung

Der Inhalt der Entscheidung des *EuGH* vermag mit Blick auf den zugrundeliegenden Sachverhalt nicht zu überraschen. Es stand nicht zu erwarten, dass die Luxemburger Richter tatenlos zusehen würden, wenn sich Kartellanten durch Umstrukturierungen ihres Konzerns ihrer Schadensersatzpflicht entziehen wollten. Da die nationalen Rechtsordnungen sich bei der Richtlinienumsetzung auch nicht veranlasst sahen, die Schutzlücke zu schließen, lag es wohl auch nahe, gerade nicht die Berücksichtigung des Effektivitätsgrundsatzes bei der Anwendung des nationalen Rechtes zu betonen, sondern Art. 101 AEUV direkt anzuwenden. Da die zugrundeliegende Problematik der Haftungsentziehung durch Umstrukturierung ebenso beim Bußgeldrecht besteht, war sogar einigermaßen vorhersehbar, dass der *EuGH* diese Grundsätze nun auch auf Kartellschadensersatzansprüche anwenden würde.

Die Entscheidung dürfte insgesamt eine deutliche Ausweitung der haftenden Rechtssubjekte nach sich ziehen. Ein „Unternehmen“ im vorgenannten europäischen Sinne entsteht bereits dann, wenn einzelne Gesellschaften zu einer „wirtschaftlichen Einheit“ zusammengefasst sind, so etwa, wenn wirtschaftliche, organisatorische oder rechtliche Bindungen bestehen. Zur Beurteilung dieser Bindungen wird ein

einheitliches Marktverhalten nach außen herangezogen.¹⁴ Mit Blick auf diese Ausformung als wirtschaftliche Einheit dürfte nunmehr auch gelten, dass Töchter für ihre Muttergesellschaften und vice versa einstehen müssen.

Eine Einschränkung auf diejenigen Fälle, in denen es ohne die Passivlegitimation der weiteren Konzerngesellschaften zu keinem Haftungsausfall käme, ist mE abzulehnen. Der Fortbestand der gegen das Kartellverbot verstößenden Konzerngesellschaft kann nicht verdecken, dass mit dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip eine Bevorzugung von Konzernunternehmen einhergeht, welche die allermeisten anderen europäischen Rechtsordnungen nicht teilen.¹⁵ Stattdessen wird ganz überwiegend darauf abgestellt, dass ein Einheitsunternehmen gegenüber einem Konzernunternehmen nicht zu benachteiligen sei. Dies deckt sich etwa mit dem zugrundeliegenden Prinzip des Haftpflichtrechtes, wonach durch den Ausgleich von Schäden auch eine Verhaltenssteuerung erreicht wird. Diese Verhaltenssteuerung sollte gerade nicht dadurch unterlaufen werden, dass sich der Unternehmensteil, der sich das schuldhaft und rechtswidrige Verhalten eines anderen Unternehmensteiles zurechnen lassen müsste, durch den Hinweis auf fehlendes Eigenverschulden der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit entzieht. Gerade die durch den *EuGH* entschiedene Fallgestaltung verdeutlicht, dass es den Kartellanten kaum zugutekommen sollte, sich mittels eines durch Liquidierungen oder Konzernumstrukturierungen geschaffenen recht undurchsichtigen Geflechts von Unternehmen mit Verweis auf die im konkreten Fall gleichsam unbefleckte Tochter- oder Muttergesellschaft gleichsam aus der Affäre zu ziehen.

Schließlich dürfte das Urteil Auswirkungen auf die *due diligence* bei Unternehmenskäufen haben. Da die Erwerber für den verursachten Kartellschaden auch bei den zum Teil streitgegenständlichen *asset deals*¹⁶ aufzukommen haben, wird sich zukünftig die Prüfung auf die Risiken einer Erwerberhaftung für etwaige Kartellschadensersatzansprüche gegen den Verkäufer der jeweiligen Wirtschaftsgüter erstrecken müssen.

2. Verjährung und Verhältnis von Bußgeld- und Schadensersatzverfahren: Cogeco (C-637/17)¹⁷

In nahezu jedem Kartellschadensersatzverfahren werden durch die Beklagten die Einrede der Verjährung¹⁸ und die (fehlende) Bindungswirkung eines Bußgeldbescheides thema-

9 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:204 = EuZW 2019, 374 Rn. 28 – Skanska (C-724/17).

10 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:204 = EuZW 2019, 374 Rn. 29, 30 – Skanska.

11 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:204 = EuZW 2019, 374 Rn. 47 – Skanska.

12 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:204 = EuZW 2019, 374 Rn. 38 – Skanska.

13 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:204 = EuZW 2019, 374 Rn. 50 – Skanska.

14 Vgl. etwa *EuGH*, ECLI:EU:C:2009:536 = EuZW 2009, 816 Rn. 54 ff. – Akzo Nobel (C-97/08 P) und Nachweise in Fn. 8.

15 Vgl. etwa OGH, 2.8.2012 – 4 Ob 46/12 m = SZ 2012/78 = EvBl 2013/17 (mAnm Brenni/Csoklich).

16 Vgl. *Wahl*, ECLI:EU:C:2019:100 = BeckRS 2019, 891 Rn. 10 – Schlussanträge Skanska (C-724/17).

17 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = EuZW 2019, 332 (mAnm von Graevenitz) = BB 2019, 973 (mAnm Wagener) = IR 2019, 187 (mAnm Lesinka-Adamson) = WuW 2019, 258 – Cogeco (C-637/17). Vgl. Hildebrandt, NZKart 2019, 468; Holzwarth/Bock, WuW 2019, 342; Montag/von Bonin, NJW 2019, 3758; Weitbrecht, NZKart 2020, 106; zur Bedeutung der Verjährungshemmung für eine effektive Rechtsdurchsetzung jüngst Pohlmann, NZKart 2020, 55.

18 Rechtsvergleichend zu den Grundlagen der Verjährung statt aller Zimmermann/Kleinschmidt in H. Koziol/Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2007, 2008 (26).

tiert. Der *EuGH* hatte im Berichtszeitraum in der Rs. *Cogeco* (C-637/17) die Möglichkeit zu diesen Fragen Stellung zu beziehen. Zudem betrifft das Verfahren die dogmatisch spannenden Punkte der vorgreiflichen Geltung der Kartellschadensrichtlinie sowie des Vorlageverfahrens ohne festgestellte Verletzung des Unionsrechtes.

a) Sachverhalt

Die im Vorlageverfahren einschlägigen portugiesischen nationalen Verjährungsregeln sahen vor, dass der Anspruch auf Schadensersatz nach einer Frist von drei Jahren ab dem Zeitpunkt verjährte, in dem der Geschädigte von dem ihm zustehenden Anspruch Kenntnis erlangte. Diese Frist begann selbst dann zu laufen, wenn dem Geschädigten die Person des Haftenden und das gesamte Ausmaß der Schäden nicht bekannt waren. Zudem war der Fristlauf nicht durch ein Verfahren vor der nationalen Wettbewerbsbehörde gehemmt bzw. unterbrochen.

Der Ausgangsrechtsstreit selbst betraf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Im Juli 2009 legte *Cogeco* bei der portugiesischen Wettbewerbsbehörde gegen *Sport TV Portugal* formell Beschwerden wegen Marktmachtmissbrauchs ein. Nach der im Jahr 2013 ergangenen Bußgeldentscheidung hatte *Sport TV Portugal* sowohl gegen Art. 102 AEUV als auch nationale Vorschriften verstoßen und seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt. Das von *Sport TV* angerufene Wettbewerbsgericht entschied 2014 indes, dass kein Verstoß gegen Art. 102 AEUV gegeben sei, weil der zwischenstaatliche Handel durch *Sport TV* nicht beeinträchtigt wurde. Kurz vor der Bestätigung in der Bußgeldsache durch das Rechtsmittelgericht erhob *Cogeco* gegen *Sport TV Portugal* eine Kartellschadensersatzklage, gegen die sich die Beklagte mit der Verjährungseinrede verteidigte. Das Instanzgericht bat den *EuGH* um Klärung, ob die Kartellschadensersatzrichtlinie und insbesondere ihre Verjährungsvorschriften auf den Fall anwendbar wären und ob und inwieweit sich aus allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätzen Vorgaben für die Anwendbarkeit und Auslegung der nationalen portugiesischen Verjährungsregeln ergäben.

b) Entscheidung

Da die Schadensersatzklage sowohl vor Ablauf der Umsetzungsfrist als auch vor der tatsächlichen Umsetzung in das portugiesische Recht erhoben wurde¹⁹ und die sodann umgesetzten portugiesischen Regeln keine Rückwirkung vorsahen,²⁰ waren nach Ansicht des *EuGH* die „neuen“ Verjährungsregeln auf das Vorlageverfahren nicht anwendbar. Somit prüften die Luxemburger Richter die nationalen Verjährungsvorschriften anhand des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes:²¹ Die „Jedermann-Formel“ und die diesbezügliche Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV gelte entsprechend für Art. 102 AEUV;²² nationale Regelungen dürften die Wirksamkeit des Art. 102 AEUV nicht beeinträchtigen.²³ Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die praktische Komplexität einer Schadensersatzklage,²⁴ der Kürze der Verjährungsfrist,²⁵ des Fristbeginns²⁶ und der fehlenden Hemmung bei behördlicher Ermittlung,²⁷ ging der *EuGH* davon aus, dass die Modalitäten der Verjährung des portugiesischen Rechtes mit Art. 102 AEUV unvereinbar seien.

Eine Auswirkung der Feststellung der Verletzung von Art. 102 AEUV durch die Behörde, nicht aber durch die Gerichte, vermochte der *EuGH* schließlich nicht zu erkennen.²⁸ Es handele sich, so der *EuGH* wörtlich, um „keine Schadensersatzklage, die in Folge einer von einer nationalen

Wettbewerbsbehörde oder einer Rechtsmittelinstanz getroffenen bestandskräftigen Entscheidung ergangen ist, mit der ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV festgestellt wurde“.²⁹ Die entsprechende Vorlagefrage stünde daher in keinem Zusammenhang mit dem Gegenstand des Rechtsstreites.³⁰

c) Bewertung

Es liegt auf der Hand, dass die Rs. jene europäischen Rechtsordnungen ungleich mehr betrifft, die (vor der Richtlinienumsetzung) ein eher restriktives Verjährungsregime vorsahen.³¹ Für die deutsche Rechtsordnung sollte freilich nicht verkannt werden, dass gerade die Frage des Beginns der Verjährungsfrist aufgrund eines Kennenmüssens des Anspruchs ebenfalls durchaus unterschiedlich bewertet wurde: Bekanntlich sollte nach dem *OLG Düsseldorf* eine besonders intensive Presseberichterstattung genügen,³² während das *OLG Karlsruhe* darauf abstellte, dass es auf die Möglichkeit des Geschädigten ankommen müsse,³³ Einsicht in die Akten des Bußgeldverfahrens bzw. den Bußgeldbescheid zu erlangen.³⁴ Eine Presseberichterstattung, so die vom *BGH* gebilligte Ansicht³⁵ des *OLG Karlsruhe*, genüge nicht.

Ausführungen zu den Vorwirkungen der RL wären zwar erfreulich gewesen; mit der Herleitung des *EuGH* über die unmittelbare Wirkung des Art. 101 AEUV waren sie tatsächlich nicht erforderlich: Das Primärrecht ist autonom ausulegen. Ohnedies wird allgemein angenommen, dass Richtlinien jedenfalls keine horizontale (Vor-)Wirkung entfalten.³⁶ Jenseits der Dogmatik legt eine unbefangene Lektü-

19 Zum Zeitpunkt der Klageerhebung war die Kartellschadensersatzrichtlinie weder in nationales portugiesisches Recht umgesetzt noch war die Umsetzungsfrist für die Richtlinie abgelaufen. Die Umsetzung in portugiesisches Recht erfolgte (erst) mit Gesetz n. 23/2018 vom 6.6.2018.

20 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 34 – *Cogeco*: Nach Art. 22 II RL bestand ein Ermessen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf verfahrensrechtliche Vorschriften eine Rückwirkung für Schadensersatzklagen anzuordnen, die nach dem 26.12.2014 erhoben wurden, vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 28–29 – *Cogeco*. Hinsichtlich verfahrensrechtlicher Regelungen mussten so der *EuGH*, im Umkehrschluss aus Art. 22 II RL keine rückwirkenden Anwendung vorgesehen werden; Art. 22 I RL verbiete Rückwirkung für materiell-rechtliche Regelungen ganz, vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 11, 24–33 – *Cogeco*.

21 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 42 – *Cogeco*.

22 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 28 ff. – *Cogeco*.

23 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 44 – *Cogeco*.

24 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 46 – *Cogeco*.

25 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 48 – *Cogeco*.

26 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 49 – *Cogeco*.

27 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 50, 51 – *Cogeco*.

28 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 56–61 – *Cogeco*.

29 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 59 – *Cogeco*.

30 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:263 = *EuZW* 2019, 332 Rn. 60 – *Cogeco*. Vergleichbar für das deutsche Zivilrecht wären die Rechtsfiguren der unschädlichen Hilfsbegründung bzw. der Hilfsstatsachen, wobei es bei letzteren einer Reihung bedürfte. Zwar ist es praktisch womöglich ungleich günstiger anzunehmen, dass es sich um eine *follow on*-Klage handele, aber es ist dem Gericht in diesem Punkt unbenommen, auf eine *stand alone*-Klage abzustellen.

31 Vgl. Nachweise bei *Zimmermann/Kleinschmidt* in *H. Koziol/Steininger* (Hrsg.), *European Tort Law* 2007, 2008 (26).

32 Vgl. *OLG Düsseldorf*, NZKart 2015, 201 Rn. 38 ff.

33 Vgl. *OLG Karlsruhe*, NZKart 2016, 595 Rn. 76, 79.

34 Vgl. *OLG Karlsruhe*, NZKart 2016, 595 Rn. 79.

35 Vgl. *BGH*, *EuZW* 2018, 824 Rn. 57–60.

36 Vgl. etwa *EuGH*, ECLI:EU:C:1986:84 = *NJW* 1986, 2178 Rn. 48 – *Marshall I* (152/84).

re rechtstatsächlich nahe, dass sich der *EuGH* an den Entscheidungen des Richtliniengabers erheblich orientierte und somit die Kartellschadensersatzrichtlinie primärrechtlich absichert.

Eine ausdrückliche Aussage zur Diskrepanz zwischen negativer gerichtlicher Feststellung der Verletzung des Art. 102 AEUV im Bußgeldverfahren und (tatsachengleichem) *follow on*-Verfahren enthält das Urteil nicht. Dies wäre jedoch wünschenswert gewesen, weil deutsche Gerichte zuweilen die positive Bindungswirkung des § 33 b GWB bzw. § 33 IV GWB aF mit einer negativen Bindungswirkung gleichzusetzen scheinen und Verfahren gegen mehrere Beteiligte eines Kartells für diejenigen Beteiligten abtrennen und aussetzen,³⁷ die sich gegen das Bußgeld verteidigen, weil es abweichender Tatsachenfeststellungen bedürfe.³⁸ Die Ausführungen des *EuGH* können freilich nur so verstanden werden, dass – jedenfalls aus primärrechtlicher Sicht – eine Klage auf Schadensersatz als unabhängig vom Bußgeldverfahren zu betrachten ist.³⁹ Ein nationales Gericht in einem *follow on*-Verfahren muss sich daher nur positiv (und eben nicht negativ) an der Rechtsauffassung der nationalen Wettbewerbsbehörde bzw. der entsprechenden Rechtsmittelinstanz orientieren.

3. Internationale Zuständigkeit am Erfolgsort: Tibor Trans (C-451/18)⁴⁰

Wenig Beachtung fand das ungarische Vorlageverfahren in der Rs. Tibor-Trans. Eine nur oberflächliche Betrachtung lässt eine gewisse Unbedarftheit des ungarischen Gerichts in Fragen der Europäischen Zuständigkeitsregeln vermuten. Eine genauere Analyse offenbart jedoch, dass das Rechtsmittelgericht sehr gut daran tat, seine Fragen vorzulegen, weil es so dringend notwendige Klarstellungen des *EuGH* veranlasste: So ergibt sich eine besondere Dichte der metaphorischen Teppichknoten.

a) Sachverhalt

Das Vorlageverfahren betrifft das LKW-Kartell. Bekanntlich verhängte die Europäische Kommission Geldbußen in Höhe von knapp 3 Mrd. Euro wegen Hardcore-Verstößen in Form von Preisabsprachen. Die klagende Spedition, Tibor Trans, nahm im vorliegenden Fall eine Kartellantin in Anspruch, deren LKW sie von deren ungarischen Vertragshändlern erworben hatte. Die klägerischen Erwerbe waren als Finanzierungsleasing ausgestaltet; am Laufzeitende erwarb die Klägerin das Eigentum an den LKW. Da die Klägerin zwischenzeitlich weitere Gesellschaften im Wege des *share deals* erwarb, die ebenfalls kartellbefangene Lkw im Wege des Finanzierungsleasing von der Vertragshändlerin erworben hatten, begehrte die Klägerin neben den eigenen auch diese Schäden.

Das ungarische Instanzgericht verneinte seine internationale Zuständigkeit für die geltend gemachten Ansprüche aus außervertraglicher Haftung und folgte damit der Beklagten, die darauf verwiesen hatte, dass die Kartellabsprachen in Deutschland stattgefunden hätten und sie nicht habe vorhersehen können, in Ungarn in Anspruch genommen zu werden. Das Rechtsmittelgericht hegte an dieser Herleitung Zweifel und legte dem *EuGH* die Rechtsfrage vor.

b) Entscheidung

In ihrer Entscheidung referieren die Luxemburger Richter zunächst die bisherige Rechtsprechung zu Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO, also die Doppelung der Gerichtsstände durch die Anknüpfung sowohl am Handlungs- als auch Erfolgsort

(Ubiquitätsprinzip).⁴¹ Bekanntlich ist die Rechtsprechung des *EuGH* hinsichtlich der Anknüpfung nur mittelbarer Schäden an den Erfolgsort unübersichtlich,⁴² so dass der *EuGH* eine Klärung dahingehend vornahm, dass der kartellbedingte Preisaufschlag einen unmittelbaren Schaden der Klägerin iSd Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO darstelle, obgleich die LKW nicht von der beklagten Kartellantin direkt erworben worden waren.⁴³ Diese Schäden seien zudem auf dem kartellierten Markt in Ungarn eingetreten, so dass die dortigen Gerichte als die Gerichte am Erfolgsort international zuständig seien.⁴⁴

c) Bewertung

Die Argumentation der Beklagten, die wohl eine alleinige Zuständigkeit der Gerichte am Handlungsort nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO begründen sollte, hätte ihr Prozessrisiko als Beklagte aus zwei Gründen ganz erheblich reduziert. Die Anknüpfung an den Handlungsort läuft bei horizontalen Kartellabsprachen ins Leere. In diesen Fällen wird sich nämlich in aller Regel nicht ein einziger, klar bestimmbarer Ort der schädigenden Absprache ergeben. Ein solcher Absprache- und damit Handlungsort besteht nur bei organisatorisch gefestigten Kartellen, so etwa, wenn die Kartellanten im Rahmen einer Messe u.ä. zwecks wettbewerbswidriger Handlung zusammenkommen.⁴⁵ Dies war beim LKW-Kartell jedoch nicht der Fall. Wie aber zu verfahren ist, wenn es sich nicht um ein organisatorisch gefestigtes Kartell handelt, ist ungeklärt. Diskutiert wird, dass die Entscheidung über die Durchführung des wettbewerbswidrigen Verhaltens am Sitz des Kartellanten für die Bestimmung des Handlungsortes heranzuziehen sei.⁴⁶ Dies führte dazu, dass der Wahlgerichtsstand am Handlungsort weitestgehend leerlaufen würde, schließlich sind die Gerichte am Sitz der Beklagten ohnedies international zuständig.⁴⁷ Womöglich ist es sachgerechter, schlicht anzuerkennen, dass der Ort des ursächlichen Geschehens bei horizontalen Kartellabsprachen kaum präzise zu lokalisieren und nachzuweisen

37 Vgl. (gleichsam zwischen den Zeilen) *OLG München*, NZKart 2020, 144 Rn. 13 f.

38 Zur Problematik *Thiede/Floren*, EuZW 2019, 75.

39 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2018:854 = EuZW 2019, 79 Rn. 35 – *Apple* (C-595/17).

40 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:635 = EuZW 2019, 752 (mAnm *Grothaus/Haas*) = NZKart 2019, 483 = WuW 2019, 462 = IWRZ 2019, 272 (mAnm *Horstkottel/Palatzke*) – *Tibor Trans* (C-451/18). Vgl. auch *Brüggermann/Patzer*, NZKart 2019, 538; *Hildebrandt*, NZKart 2019, 468; *Weitbrecht*, NZKart 2020, 106; grundlegend *Thiede/Lorscheider*, EuZW 2019, 274.

41 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:635 = EuZW 2019, 792 Rn. 25 – *Tibor Trans* (C-451/18); *EuGH*, ECLI:EU:C:1976:166 = NJW 1977, 493 – *Bier/Mines de potasse d'Alsace* (C-21/76).

42 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:635 = EuZW 2019, 752 Rn. 27 – *Tibor Trans*; vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2004:634 = EuZW 2004, 477 – *Kronhofer* (C-168/02); *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:37 = EuZW 2015, 218 – *Kolassa/Barclays* (C-375/13); *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:449 = EuZW 2016, 583 – *Universal Music* (C-12/15); *EuGH*, ECLI:EU:C:2018:701 = EuZW 2018, 998 Rn. 32 – *Löber/Barclays* (C-304/17) und hierzu *B. A. Koch/Thiede* in *Karner/Steiniger* (Hrsg.), *European Tort Law* 2016, 664.

43 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:635 = EuZW 2019, 752 Rn. 30, 31 – *Tibor Trans*.

44 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:635 = EuZW 2019, 752 Rn. 32, 33 – *Tibor Trans*.

45 Vgl. *Basedow*, in *FS 50 Jahre FiW*, 2011, 129; *Mankowski*, WuW 2012, 797 (801); *W.-H. Roth*, in *Festschr. f. Schilken*, 2015, 427 (432 f.); *Wurmnest*, EuZW 2012, 933 (934 f.).

46 Vgl. zum Streitstand *Bulst*, EWS 2004, 403 (405); *Mankowski*, WuW 2012, 797 (802); *Mäsch*, IPRax 2005, 509 (515).

47 Zu diesem Grundsatz statt aller *F. Bydlinski* *Methodenlehre*, 2. Aufl. 1991, 444: „Führte eine bestimmte Interpretation ... dazu, dass (die) Bestimmung ... zweck- und funktionslos wird, so ist diese Auslegung nicht anzunehmen.“ Vgl. auch *Basedow*, in *FS 50 Jahre FiW*, 2011, 129 (137); *Mankowski*, WuW 2012, 797 (803).

ist und der Abspracheort, so er denn nicht eindeutig bestimmt werden kann, für die Zuständigkeit letztlich irrelevant sein dürfte.

Die internationale Zuständigkeit am Erfolgsort wird bekanntlich grundsätzlich dergestalt eingeschränkt, dass nur der Ort eines unmittelbaren Schadens, nicht jedoch eines Folgeschadens zuständigkeitsbegründend ist.⁴⁸ Das Urteil nimmt daher die Entscheidung in der nachfolgenden Rs. Otis zum Teil vorweg, weil der *EuGH* die Zuständigkeit der ungarische Gerichte bejaht. Es wird schon hier erkennbar, dass die Luxemburger Richter kartellbedingte Preisaufschläge bei gestuften Erwerben als unmittelbare Schäden einordnen⁴⁹ und somit der bisher in Deutschland geübten Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Erwerb⁵⁰ nicht zu folgen scheinen.

Da die *EuGH*-Rechtsprechung in der Rs. CDC (C-352/13) zur Erstreckung der internationalen Zuständigkeit am Ort des Ankerbeklagten auf die weiteren Kartellanten intensiv diskutiert wurde, droht eine andere Passage aus dem Urteil in Vergessenheit zu geraten. Grundsätzlich sind die Gerichte an den Erfolgsorten in ihrer internationalen Kognitionsbefugnis auf den in diesem Forumsstaat eingetretenen Schaden beschränkt (Mosaikprinzip). In der Rs. CDC formulierte der *EuGH* jedoch eine spezifische Bereichsausnahme zu diesem Mosaikprinzip im Fall der *follow on*-Klagen bei horizontalen Kartellverstößen;⁵¹ in diesen Fällen sind die Gerichte am Erfolgsort „für die Entscheidung über den gesamten Schaden zuständig, der dem mutmaßlich geschädigten Unternehmen aufgrund der Mehrkosten für den Bezug der von dem Kartell betroffenen Produkte entstanden ist“.⁵²

4. Schadensbegriff und Aufgabe der Kartellbetroffenheit: Otis (C-435/18)⁵³

a) Hintergrund

Das wohl wirkmächtigste Urteil des Berichtszeitraumes ist die Rs. Otis (C-435/18). Die Entscheidung dürfte zu einem nachhaltigen Umdenken des *BGH* und der Aufgabe des Tatbestandsmerkmals der Kartellbetroffenheit geführt haben,⁵⁴ obgleich die vorgelegte Rechtsfrage nicht einmal das deutsche, sondern das österreichische Recht betraf. Die österreichische Zivilrechtswissenschaft hat aufgrund des Alters der Zivilrechtskodifikation und der damit notwendigen formellen Unbefangenheit der Praktiker und Wissenschaftler im Umgang mit dem ABGB einen sehr hohen Durchdringungsgrad des Haftpflicht- und Schadensersatzrechtes erreicht und weicht (oft zutreffend!) in entscheidenden Punkten von der deutschen Rechtslage ab.⁵⁵ Insbesondere wird der Rechtswidrigkeitszusammenhang vertieft dahingehend geprüft, ob die übertretene Norm gerade den Schaden bei der Person verhindern sollte, bei der er eingetreten ist. Für fernliegende, mittelbare Schäden, deren Ersatz gerade nicht vom Schutzzweck der übertretenen Norm erfasst wird, besteht dementsprechend keine Ausgleichspflicht. Um das eingangs bemühte Bild zu verwenden, wird mit jedem kausalen Zwischenschritt zwischen rechtswidrig schuldhafter Handlung und erlittenem Schaden der Faden dünner, bis er schließlich reißt und der Teppich seinen Zusammenhalt verliert.

b) Sachverhalt

Der Sachverhalt des Vorlageverfahrens spielt im Aufzugskartell. Zwischen 1995 und 2004 legten mehrere Unternehmen der Aufzugs- und Fahrtreppenbranche Preise fest, teilten Märkte auf, manipulierten Gebote für Beschaffungsaufträge und tauschten Informationen aus. Im Jahr 2007 verhängte

die Europäische Kommission gegen die beteiligten Unternehmen eine Geldbuße von insgesamt 992 Mio. Euro

Im Februar 2010 brachte das Bundesland Oberösterreich gegen eine Kartellantin Klage ein und begehrte den Ersatz des entstandenen Zinsschadens („*sunk costs*“): Das österreichische Bundesland vergibt Wohnbaudarlehen zu niedrigeren oder marktüblichen Prozentsätzen. Aufgrund der kartellierten Aufzüge seien die Darlehen höher ausgefallen. Den Differenzbetrag zwischen Darlehen für Wohnbauvorhaben mit unkartellierten Aufzügen und den tatsächlich gewährten Darlehen hätte das Bundesland zum durchschnittlichen Zinssatz von Bundesanleihen anlegen können.

Das Instanzgericht wies die Klage mit der Begründung ab, dass das Bundesland Oberösterreich kein Marktteilnehmer sei und allenfalls einen nicht ersatzfähigen, mittelbaren Schaden erlitten habe. Das Rechtsmittelgericht sah demgegenüber auch mittelbare Schäden als vom Schutzbereich des Art. 101 AEUV umfasst an und hob daher die Entscheidung des Instanzgerichtes auf. Der *OGH* legte schließlich dem *EuGH* im Kern die Frage vor,⁵⁶ ob auch die Schäden derjenigen zu erfassen seien, die nicht auf dem von einem Kartell betroffenen sachlich und räumlich relevanten Markt als Anbieter oder Nachfrager erlitten worden seien.

c) Entscheidung

Wie gehabt, verweist der *EuGH* auf die unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV⁵⁷ und die „Jedermann“-Rechtsprechung.⁵⁸ Da es „jedermann“ möglich sein müsse, Ersatz des Schadens verlangen zu können, der ihm durch einen Kartellrechtsverstoß entstanden sei, bedürfe es zwar grundsätzlich eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem erlittenen Schaden und des nach Art. 101 AEUV verbotenen Verhaltens.⁵⁹ Da eine möglichst umfassende Haftung auch für fernliegende Schäden Unternehmen von kartellrechtswidrigen Handlungen abhielten,⁶⁰ seien nationale Regelungen, wie die österreichischen, die eine Schadenshaftung für mittelbare Schäden begrenzten, nicht anzuwenden, weil widrigenfalls die effektive Umsetzung des

48 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:1990:8 = NJW 1991, 631 – Dumez France (C-220/88); *EuGH*, ECLI:EU:C:1995:289, Tz. 14 f., 20 = EuZW 1995, 765 – Marinari (C-364/93); *EuGH*, ECLI:EU:C:2004:364, Tz. 19 = EuZW 2004, 477 – Kronhofer (C-168/02); *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:37 = EuZW 2015, 218 – Kolassa/Barclays (C-375/13); *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:449 = EuZW 2016, 583 – Universal Music (C-12/15); *EuGH*, ECLI:EU:C:2018:701 = EuZW 2018, 998, Tz. 32 – Löber/Barclays (C-304/17) und hierzu B. A. Koch/Thiede, in: Karner/Steininger (Hrsg.), *European Tort Law* 2018, 698.

49 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:335 = EuZW 2015, 584 – CDC (C-352/13).

50 Vgl. exemplarisch *OLG Düsseldorf*, NZKart 2019, 286.

51 Zutreffend W.-H. Roth, in: *Festschr. f. Schilken*, 2015, 427 (442).

52 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:335 = EuZW 2015, 584 Rn. 54 (mAnm Harms/Sanner/Schmidt) – CDC und hierzu B. A. Koch/Thiede in: *Karner/Steininger* (Hrsg.), *European Tort Law* 2015, 647.

53 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:1069 = EuZW 2020, 198 (mAnm Thiede) = BB 2020, 267 (mAnm Weinert) – Otis (C-435/18). Vgl. auch Klumpe/Thiede, NZKart 2020, 104; Weitbrecht, NZKart 2020, 106.

54 Vgl. *BGH*, NZKart 2020, 136 und hierzu Hutschneider/Stieglitz, NZKart 2020, 180; Klumpe/Thiede, NZKart 2020, 104; Petzold/Steinle, NZKart 2020, 176. Zur Unterscheidung zwischen Kartellbetroffenheit und -befangenheit vgl. Fn. 69.

55 Statt aller H. Koziol, AcP 212 (2012), 1.

56 *OGH*, ECLI:AT:OGH0002:2018:0090OB00044.17 M.0517001 (9 Ob 44/17 m) = RdW 2018, 704 = ÖZK 2018, 152 – Aufzugs- und Fahrtreppenkartell X.

57 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:1069 = EuZW 2020, 198 Rn. 21 – Otis (C-435/18).

58 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:1069 = EuZW 2020, 198 Rn. 22 – Otis.

59 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:1069 = EuZW 2020, 198 Rn. 23 – Otis.

60 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:1069 = EuZW 2020, 198 Rn. 24 – Otis.

Art. 101 AEUV gefährdet sei.⁶¹ Es seien nicht nur Schäden ersatzfähig, die aus einer direkten Marktteilnahme des Geschädigten resultierten, sondern auch mittelbare Schäden.⁶² Ein spezifischer Zusammenhang mit dem von Art. 101 AEUV verfolgten Schutzzweck sei für das Bestehen eines Schadensersatzanspruches nicht notwendig.⁶³

d) Bewertung

Aus rechtsvergleichender Perspektive ist das Urteil einigermaßen erstaunlich. Die grundlegende österreichische haftpflichtrechtliche Norm des § 1295 ABGB entspricht – jedenfalls dem Wortlaut nach – der „Jedermann“-Rechtsprechung.⁶⁴ Anders als die vorliegende *EuGH*-Rechtsprechung hat die österreichische Rechtsordnung jedoch über einen Zeitraum von mehr als 200 Jahren (!) herausgearbeitet,⁶⁵ dass die Wortwahl „Jedermann“ deutlich zu weit ist, die oben vorgestellten Restriktionen sorgsam hergeleitet und insbesondere erkannt, dass allein die Abschreckungswirkung, auf die sich der *EuGH* entscheidungserheblich stützt, mit Blick auf die Präventions- und Ausgleichsfunktion und, mehr noch, der Vorhersehbarkeit der Haftung für den Schädiger gewissen Einschränkungen unterliegen muss. Eine Haftung ist nur dann mit den rechtsstaatlichen Grundprinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit vereinbar,⁶⁶ wenn die Zurechnungskriterien, die eine Überwälzung des Schadens rechtfertigen, für den Ausgleichsverpflichteten hinreichend erkennbar sind: Der Täter muss somit die relevanten Zurechnungskriterien erkennen können, auch um den als abschreckend intendierten Normappell zu empfangen.⁶⁷ Dies scheint jedoch bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot für Schäden nicht gegeben, die nicht auf dem kartellierten Markt, ja sogar nicht einmal auf einem diesen angeschlossenen Markt (vorliegend: Bau- und Werkleistungen) erlitten wurden, sondern auf dem Markt für Finanzierungen von Bauvorhaben in Form eines Zinsschadens der öffentlichen Hand. Der dünne Faden, der einen Kartellrechtsverstoß mit dem erlittenen Schaden verbindet, dürfte gerissen sein.

Die Entscheidung verdeutlicht, dass in *follow on*-Verfahren allein die Existenz des Schadens, die Schadenshöhe und die Kausalität streitentscheidend sein dürften. Für den deutschen Sonderweg einer Kartellbetroffenheit bleibt angesichts der vorliegenden Entscheidung, obgleich sie zur österreichischen Rechtslage erging, kein Raum.⁶⁸ Eine Kartellbetroffenheit des Bundeslandes Oberösterreich – wie sie von zahlreichen Gerichten und in der Praxis in Deutschland gefordert würde – lag nicht vor.

Knapp sechs Wochen nach der Entscheidung gab der *BGH* seine bis dahin vertretene Auffassung auf,⁶⁹ dass Kläger vortragen und gegebenenfalls unter dem Maßstab des § 286 ZPO beweisen müssen, dass die konkrete Transaktion, aufgrund derer Schadensersatz verlangt wird, kartellbetroffen gewesen sei. Als Kartellbetroffenheit im Rahmen eines Kartellschadensersatzanspruches ist nunmehr nach zutreffender Ansicht allein der kausale Eintritt des Schadens selbst zu qualifizieren, der im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität zu prüfen ist, so dass diesbezüglich der Maßstab des § 287 ZPO gilt.

IV. Resümee

Die rechtsvergleichende Wissenschaft bemüht sich seit etwas mehr als zwei Jahrzehnten, einen Teppich in Form eines Europäischen Haftpflichtrechts zu knüpfen.⁷⁰ Für das

Grundgewebe, für Kette und Schuss dieses Teppichs wurden umfassende Untersuchungen durchgeführt und uA auch erkannt, dass die Rechtsprechung des *EuGH* berücksichtigt werden muss.⁷¹ Während man dabei annahm, dass insbesondere die Impulse der Luxemburger Richter im Produkthaftpflicht-,⁷² Staatshaftungsrecht⁷³ oder mit Blick auf die *KH*-Richtlinien⁷⁴ zu berücksichtigen seien, dürfte sich – neben den eingangs ausgeführten Urteilen der Vergangenheit⁷⁵ und etwa der Rs. *KONE*⁷⁶ – für den Berichtszeitraum ergeben, dass auch das Kartellschadensersatzrecht zahlreiche Schuss- und Kettfäden und, mehr noch, Knoten bietet, die berücksichtigt werden sollten.

Jenseits dieser Erkenntnisse für akademische Weber ist die Praxis aufgefordert, die vorgestellten Entscheidungen zu berücksichtigen, weil sich erhebliche Änderungen auf dem nationalen Rechtsmarkt ergeben. Dies gilt sowohl für die *due diligence* bei Unternehmenskäufen als auch für Kartellschadensersatzklagen. Mit Blick auf Letztere ist festzuhalten, dass die vorgestellten Urteile insgesamt recht klägerfreundlich wirken. Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass es Klägern wohl nach wie vor obliegt, einen konkreten Schaden und den Kausalzusammenhang zwischen diesem Schaden und dem fraglichen Kartell darzulegen.⁷⁷ Es gilt, auf dem Teppich zu bleiben. ■

61 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:1069 = *EuZW* 2020, 198 Rn. 25 – Otis.

62 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:1069 = *EuZW* 2020, 198 Rn. 27 – Otis.

63 *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:1069 = *EuZW* 2020, 198 Rn. 31 – Otis.

64 In § 1295 ABGB heißt es: „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädigten den Ersatz des Schadens, ... zu fordern.“

65 Das Schadensersatzrecht hat in Österreich eine wissenschaftliche Durchdringung erfahren, die international Beachtung gefunden hat. Hinzuweisen ist va auf die Arbeiten von *Wilburg*, der sein methodisches Konzept eines beweglichen Systems gerade im Schadensersatzrecht entwickelt hat. Weitergeführt und methodisch vertieft wurde dieser Ansatz von *F. Bydliński* und *H. Koziol*, die nicht nur die Lehre, sondern auch die österreichische und deutsche Rechtsprechung maßgeblich beeinflusst haben, vgl. *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1950; *ders.*, *AcP* 163 (1964), 346; *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991; *H. Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, 2010, *ders.*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I-III, 2014-2020.

66 Statt aller *F. Bydliński*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988, 293.

67 In diesem Umstand liegt der mE wesentliche Unterschied zu *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:204 = *EuZW* 2019, 374 Rn. 28 – *Skanska* (C-724/17): Dort kannten die Erwerber die Kartellrechtsverstöße in der Vergangenheit und führten die Gesellschaften in Kenntnis dieser Verstöße fort.

68 Vgl. *Hutschneider/Stieglitz*, *NZKart* 2020, 180; *Klumpe/Thiede*, *NZKart* 2020, 104; *Lahme/Ruster*, *NZKart* 2019, 196; *Otto*, *ZWeR* 2019, 354; *Petzold/Steinle*, *NZKart* 2020, 176.

69 Vgl. *BGH*, *NZKart* 2020, 136. M.E. besteht zwischen Kartellbetroffen- und Kartellbefangenheit kein Unterschied; der Eintritt eines kausalen Schadens bedeutet, dass das streitgegenständliche Geschäft kartellbefangen und der Geschädigte kartellbetroffen war.

70 Hervorzuheben sind dabei insbesondere die Arbeiten der European Group on Tort Law, vgl. *Principles on European Tort Law*, 2005 und die Arbeiten der Study Group on a European Civil Code, vgl. *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, 2009.

71 Vgl. etwa *H. Koziol/R. Schulze* (Hrsg.), *Tort Law of the European Community*, 2008.

72 Vgl. etwa *EGTL*, *European Product Liability*, 2016.

73 Vgl. etwa *EGTL*, *The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective*, 2016.

74 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2146 = *NJW* 2014, 3631 – *Vnuk* (C-162/13); *EuGH*, ECLI:EU:C:2017:908 = *NJW* 2018, 1155 = *EuZW* 2018, 48 Ls. – *Rodrigues de Andrade* (C-514/16) und *EuGH*, ECLI:EU:C:2017:1007 = *NJW* 2018, 285 = *EuZW* 2018, 135 Ls. – *Núñez Torreiro* (C-334/16).

75 Vgl. Nachweise in Fn. 1 und 2.

76 *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:1317 = *EuZW* 2014, 586 (*mAnm Zöttl*) – *KONE* (C-557/12).

77 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2019:1069 = *EuZW* 2020, 198 Rn. 33 – Otis.