

KARTELLRECHT

AUSTRIAN COMPETITION JOURNAL

Februar 2020 / Heft 1, Seiten 1–40 (13. Jahrgang)

Abhandlungen

- 3 Nachruf Dr. Alfred Mair
(Theodor Thanner)
- 4 Recruitment & Antitrust: Between Targeting Workforce and Non-Poaching-Agreements
(Georg Christoph Hanschitz)
- 9 Buchpreisbindung: Des Kaisers neue Kleider
(Johannes Peter Gruber)
- 20 Jedermann ist Jedermann – Aktivlegitimation bei Kartellschadenersatz
(Otis ua C-435/18)
(Isabelle Innerhofer / Sebastian Hinterdorfer)
- 30 Folgen des „Brexit“ auf die Zusammensetzung und Zuständigkeit des EuGH und EUG
(Eduard Paulus)

Entscheidungen

- 31 Rechtsprechungsübersicht
(Johannes Peter Gruber)
- 34 Zwangshaft für Politiker, die beharrlich das Unionsrecht missachten? –
Eine richtungsweisende Vorabentscheidung des EuGH
(Eduard Paulus)

Herausgeber: Theodor Thanner, Alfred Mair (†)

Jedermann ist Jedermann – Aktivlegitimation bei Kartellschadenersatz (Otis ua C-435/18)

Kartellschadenersatzansprüche stehen „Jedermann“ zu. Dies folgt unmittelbar aus Art 101 AEUV. In seiner Grundsatzentscheidung zur Auslegung des Art 101 AEUV im Vorlageverfahren *Otis*¹ aus Österreich hat der EuGH seine bisherige Judikaturlinie in aller Deutlichkeit bestätigt. Wie im Vorlageverfahren explizit entschieden, gehören zum „Jedermann“-Personenkreis auch nicht unmittelbar bzw mittelbar am Markt auftretende Anbieter oder Nachfrager, sofern ihnen ein Schaden in ursächlichem Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV entstanden ist. Jeder durch ein Kartell verursachte Schaden muss nach dem nationalen Recht ersatzfähig sein. Der Ersatz von erlittenen Schäden darf dabei auch nicht von einem spezifischen Zusammenhang mit dem von Art 101 AEUV verfolgten Schutzzweck abhängig gemacht werden. Vielmehr müssen Kartellteilnehmer zur Gewährleistung der vollen und praktischen Wirksamkeit zum Ersatz aller von ihnen möglicherweise verursachten Schäden verpflichtet sein.

Deskriptoren: Kartellschadenersatz, Jedermann-Anspruch, private enforcement, Aktivlegitimation, volle Wirksamkeit, Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz, ursächlicher Zusammenhang, Kausalität, Kompetenzverteilung, Durchsetzungsmodalitäten, Schutzzweck des Kartellverbotes, Aufrechterhaltung eines wirksamen unverfälschten Wettbewerbs, Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln der Union, Abschreckungswirkung.

Normen: Art 101 AEUV; Art 267 AEUV; RL 2014/104/EU; § 1295 ABGB; § 1311 ABGB; § 37c Abs 1 KartG.

EuGH, 12.12.2019, C-435/18, „*Otis ua*“

Von Isabelle Innerhofer / Sebastian Hinterdorfer²

I. Zusammenfassung des Verfahrens

1.1 Sachverhalt³

Nach Aufdeckung des sog Aufzugskartells und Verhängung von Geldbußen in der EU und Österreich im Jahr 2007⁴ wurden Anfang 2010 vor österreichischen Gerichten gegen die österreichischen Liftgesellschaften, darunter ua Otis GmbH, Schindler Liegenschaftsverwal-

tung GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Kone AG und ThyssenKrupp Aufzüge GmbH (im Folgenden die „Liftgesellschaften“ oder „Kartellteilnehmer“) rund 20 Schadenersatzverfahren initiiert. Davon sind die der Höhe nach wichtigsten Schadenersatzverfahren nach wie vor gerichtsanhängig. In Österreich sind im Zuge dessen bereits zahlreiche höchstgerichtliche Entscheidungen ergangen.⁵

Dem Vorlageverfahren *Otis* ging ein langjähriger Rechtsstreit über Schadenersatzansprüche aus der Vergabe von kartellbedingt überhöhten Wohnbauförderdarlehen des Landes Oberösterreich gegen die Kartellteilnehmer voraus. Durch die gesetzliche Abhängigkeit der Fördervolumina von den Gesamtbaukosten, zu denen auch die Errichtungskosten von Aufzugsanlagen zählten, kam es in der Folge zur Ausbezahlung höherer Förderbeträge an die Fördernehmer (als Erwerber der Aufzugsanlagen). Mit zu viel ausbezahlten Beträgen konnte der Fördergeber Land Oberösterreich statt eines marktüblichen Zinssatzes nur den unter den marktüblichen Bedingungen liegenden Förderzinssatz generieren. Die Schadenersatzansprüche des Landes Oberösterreich betrafen demnach die Zinsdifferenz zwischen dem erzielten Förderzinssatz und einer alternativen marktüblichen gewinnbringenderen Verwendungsmöglichkeit.

1 EuGH 12.12.2019, C-435/18, *Otis ua*.

2 Die Autoren sind am gegenständlichen Verfahren als Rechtsvertreter des Landes Oberösterreich beteiligt.

3 Der Sachverhalt wird soweit für das Vorlageverfahren relevant (und öffentlich bekannt) in verkürzter Form wiedergegeben. Für eine ausführliche Darstellung des Sachverhalts siehe Schlussanträge der Generalanwältin Kokott 29.7.2019, C-435/18, *Otis ua* („SA der GA Kokott“) Rn 9 bis 19.

4 Europäische Kommission 21.2.2007, COMP/E-1/38.823; BWB 14.12.2007, BWB/K-128; OLG Wien als KG 14.12.2007, 25 Kt 12/07; bestätigt durch OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 8/08.

5 OGH als KOG 22.6.2010, 16 Ok 3/10; OGH 15.5.2012, 3 Ob 1/12m; OGH 17.10.2012, 7 Ob 48/12b; OGH 12.2.2013, 4 Ob 168/12b; OGH 26.5.2014, 8 Ob 81/13i.

1.2 Nationales Verfahren

Im Anschluss an die Verhängung von Rekordbußgeldern durch die Europäische Kommission (für Deutschland und die Benelux-Länder)⁶ und dem Obersten Gerichtshof („OGH“)⁷ gegen die Kartellteilnehmer wegen langjähriger Zuwiderhandlung gegen nationales Kartellrecht und Art 81 EG (Art 101 AEUV), beehrte das Land Oberösterreich Anfang 2010 gerichtlich Schadenersatz für den durch Fördervergaben entstandenen Schaden.⁸ Von den Liftgesellschaften wurden Schadenersatzansprüche des Landes Oberösterreich (neben anderen Einwendungen) unter Berufung auf dessen Eigenschaft als öffentlicher Fördergeber und damit als nicht unmittelbarer Marktteilnehmer wegen fehlendem Rechtswidrigkeitszusammenhang abgelehnt.⁹

Vom Handelsgericht Wien als Erstgericht wurde der Schadenersatzanspruch des Landes Oberösterreich aufgrund fehlender Marktteilnehmereigenschaft als außerhalb des Schutzzwecks der Norm gelegener mittelbarer Schaden (bloßer Vermögensschaden) gewertet und daher als nicht ersatzfähig abgewiesen.¹⁰

In zweiter Instanz wurde die erstinstanzliche E durch das Oberlandesgericht Wien aufgehoben und an das Erstgericht zurückverwiesen. Nach Ansicht des Berufungsgerichtes diene das Kartellverbot auch dem Schutz finanzieller Interessen derjenigen, die durch die Verzerrung der Marktverhältnisse einen zusätzlichen Aufwand zu tragen hätten. Dazu seien insbesondere Körperschaften zu zählen, die durch Bereitstellung von Fördermitteln die Durchführung von Bauvorhaben erst ermöglichen.¹¹

Gegen diesen Beschluss legten die beklagten Liftgesellschaften Rekurs an den OGH ein.¹² Der OGH stellte fest, dass nach österreichischem Schadenersatzrecht kein ausreichender Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten Anspruch und dem Schutzzweck des nationalen oder europäischen Kartellverbots bestehe.¹³ Reine Vermögensschäden seien außerhalb einer Vertragsbeziehung nur eingeschränkt geschützt, wie zB bei einer Schutzgesetzverletzung. Schutzgesetze, wozu auch das Kartellverbot des Art 101 AEUV zähle¹⁴, würden aber als abstrakte Gefährdungsverbote als Ziel nur den Schutz eines bestimmten Personenkreises vor bestimmten Schäden haben. Haftungsvoraussetzung bei Schutz-

gesetzen sei, dass sich der Schaden in Verwirklichung jener Gefahr manifestiere, deretwegen ein bestimmtes Verhalten gefordert bzw untersagt sei. Mittelbare Schäden, die infolge einer Seitenwirkung in nicht vom übertretenen Schutzgesetz geschützten Interessensphären eintreten würden, seien nicht ersatzfähig.¹⁵ Nach stRsp des OGH sei der Schutzzweck des Art 101 AEUV die Aufrechterhaltung eines wirksamen unverfälschten Wettbewerbs sowie die Preisfestsetzung in freiem Wettbewerb. Danach umfasse der persönliche Schutzbereich des Kartellverbots lediglich Anbieter und Nachfrager, die auf dem vom Kartell sachlich und räumlich betroffenen Markt auftreten. Öffentlich-rechtliche Institute, die als Fördergeber auftreten, seien hingegen gerade keine Marktteilnehmer, auch wenn durch ihre Subventionen erst ein wesentlicher Teil des Marktgeschehens ermöglicht werde.

Entsprechend stRsp des EuGH erkannte der OGH, dass jedermann das Recht habe, für aus Zuwiderhandlungen gegen Art 101 AEUV entstandene Schäden Schadenersatz geltend zu machen, sofern ein ursächlicher Zusammenhang gegeben sei. In diesem Kontext stellte sich dem OGH die Frage, ob die volle Wirksamkeit des unionsrechtlichen Jedermann-Schadenersatzanspruches und der Schutzzweck der Norm Art 101 AEUV auch eine Ersatzfähigkeit der Schadenersatzansprüche von Nichtmarktteilnehmern, wie *in casu* Fördergebern, verlange.

1.3 Vorabentscheidungsersuchen

Demgemäß legte der OGH gem Art 267 AEUV dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vor: *Sind Art. 85 EG-Vertrag, Art. 81 EG bzw. Art. 101 AEUV dahin auszulegen, dass es zum Erhalt der vollen Wirksamkeit dieser Bestimmungen und der praktischen Wirksamkeit des sich aus diesen Bestimmungen ergebenden Verbots erforderlich ist, dass auch jene Personen von Kartellanten den Ersatz von Schäden verlangen können, die nicht auf dem von einem Kartell betroffenen sachlich und räumlich relevanten Markt als Anbieter oder Nachfrager tätig sind, sondern die im Rahmen gesetzlicher Vorschriften als Fördergeber zu begünstigten Bedingungen Darlehen an Abnehmer der auf dem vom Kartell betroffenen Markt angebotenen Produkte*

6 Europäische Kommission 21.2.2007, COMP/E-1/38.823.

7 OGH als KOG 8.10.2008, 15 Ok 5/08; OLG Wien als KG 14.12.2007, 25 Kt 12/07.

8 EuGH *Otis* Rn 5 f.

9 EuGH *Otis* Rn 29.

10 EuGH *Otis* Rn 11.

11 EuGH *Otis* Rn 12.

12 Vgl den Vorlagebeschluss OGH 17.5.2018, 9 Ob 44/17m.

13 EuGH *Otis* Rn 14 f; OGH 17.5.2018, 9 Ob 44/17m Rn 5.2 und 5.3.

14 Vgl OGH 2.8.2012, 4 Ob 46/12m Rn 4.3 ff.

15 EuGH *Otis* Rn 15.

gewähren, und deren Schaden darin liegt, dass die in einem Prozentsatz der Produktkosten gewährte Darlehenssumme höher war, als sie ohne die Kartellabsprache gewesen wäre, weshalb sie diese Beträge nicht gewinnbringend anlegen konnten?

II. Gegenständliche Entscheidung C-435/18

2.1 Tenor

In Auslegung des Art 101 AEUV bejahte der EuGH die Vorlagefrage und führte aus, dass auch Personen, die nicht als Anbieter oder Nachfrager am kartellbetroffenen Markt auftreten, sondern Subventionen in der Form von Förderdarlehen gewähren, berechtigt sind, Schadenersatz für ihnen durch die Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV entstandenen Schaden, konkret den Differenzbetrag entsprechend dem Verlust einer gewinnbringenderen Verwendungsmöglichkeit, zu fordern.¹⁶

2.2 Rechtliche Würdigung durch den Europäischen Gerichtshof

Mit der expliziten Bestätigung der Aktivlegitimation für die Geltendmachung aller, in ursächlichem Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV stehenden Schäden, bleibt der EuGH seiner bisherigen Linie treu¹⁷ und folgt iW den SA der GA *Kokott*.¹⁸

a) Unmittelbarer Schadenersatzanspruch gem Art 101 AEUV

Zu Beginn der rechtlichen Würdigung ruft der EuGH seine stRsp zum unionsunmittelbaren Kartellschadenersatzanspruch gem Art 101 AEUV in Erinnerung und zitiert dabei auch seine jüngst ergangene E *Skanska*.¹⁹ Art 101 AEUV erzeuge danach zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen und lasse in deren Person Rechte entstehen, die nationale Gerichte zu wahren hätten.²⁰

b) Ohne Jedermann-Anspruch wären die volle Wirksamkeit, Durchsetzungskraft und Abschreckungswirkung von Art 101 AEUV beeinträchtigt

Die volle Wirksamkeit des Schadenersatzanspruches wäre im Widerspruch zur Jedermann-Formel beeinträchtigt,

wenn nicht jedermann den Ersatz des Schadens verlangen könnte, der durch eine Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV entstanden sei, sofern ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Kartell und dem Schaden bestehe.²¹ Dies erhöhe die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln der EU und sei geeignet, Unternehmen von Zuwiderhandlungen abzuhalten.²² Der EuGH formuliert sodann negativ unter Berufung auf die Rs *Kone*, dass nationale Bestimmungen über die Ausübungsmodalitäten des Schadenersatzrechts die wirksame Anwendung von Unionsrecht nicht beeinträchtigen dürften.

c) Nationales Zivilrecht muss Schutzzweck des wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt von Art 101 AEUV in persönlicher und sachlicher Hinsicht Rechnung tragen

Zur Aktivlegitimation (dh der persönlichen Komponente des Schutzzwecks) äußert sich der EuGH dahingehend, dass mitgliedstaatliches Recht im Lichte der Zielsetzung des Art 101 AEUV, namentlich der Aufrechterhaltung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt, darunter insbesondere die Preisfestsetzung unter freien Wettbewerbsbedingungen, ausgelegt werden müsse.²³ Zur effektiven Sicherstellung dieser Zielsetzung habe der EuGH, wie ua in der Rs *Kone*, eben entschieden, dass nach nationalen Vorschriften jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen können muss.²⁴ Konkret sei nach Ansicht des EuGH, unter Verweis auf die entsprechenden Ausführungen der GA *Kokott* in ihren SA, hervorzuheben, dass die durch den OGH im Ausgangsverfahren angedachte Beschränkung des Schadenersatzanspruches auf die Anbieter und Nachfrager am kartellierten Markt einem unzulässigen pauschalen kategorischen Ausschluss potenziell Geschädigter von der Erlangung von Schadenersatz gleichkomme.²⁵

d) Kein spezifischer Zusammenhang mit Schutzzweck erforderlich

Auf den Einwand der Kartellteilnehmer hin, dass der Schaden des Landes Oberösterreich als Fördergeber in keinem ausreichenden Zusammenhang mit dem Schutzzweck von Art 101 AEUV stünde und damit nicht er-

16 EuGH *Otis* Rn 34.

17 EuGH 20.9.2001, C-453/99, *Courage und Crehan*; 13.7.2006, C-295/04, *Manfredi*; 5.6.2014, C-557/12, *Kone* und 14.3.2019, C-724/17, *Skanska*.

18 Ausführlich zu den SA siehe Punkt 2.2.

19 EuGH 14.3.2019, C-724/17, *Skanska* ua.

20 EuGH *Otis* Rn 21.

21 EuGH *Otis* Rn 22.

22 EuGH *Otis* Rn 24.

23 EuGH *Otis* Rn 25 f.

24 EuGH *Otis* Rn 26.

25 EuGH *Otis* Rn 27.

satzfähig sei, nimmt der EuGH auch zur sachlichen Komponente des Schutzzwecks von Art 101 AEUV Stellung.²⁶ Dieser Argumentation hält der EuGH explizit entgegen, dass zur wirksamen Anwendung und praktischen Wirksamkeit des Art 101 AEUV aber gerade jeder in einem ursächlichen Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung entstandene Schaden ersatzfähig sein müsse.²⁷ In Anlehnung an die Ausführungen in den SA der GA *Kokott* stellt der EuGH in einer zentralen Aussage der Entscheidung sodann fest, dass für eine Ersatzfähigkeit kein spezifischer Zusammenhang zwischen dem erlittenen Schaden und dem Schutzzweck erforderlich sei, weil andernfalls Kartellanten nicht zum Ersatz aller von ihnen möglicherweise verursachten Schäden verpflichtet wären.²⁸ Die Prüfung, ob der geltend gemachte Schaden anhand der Umstände des konkreten Falls tatsächlich entstanden sei, obliegt gem EuGH naturgemäß den nationalen Gerichten.²⁹

2.3 Schlussanträge der GA *Kokott*

Zuvor sprach sich bereits GA *Kokott* in ihren SA mit gewohntem Tiefgang und Gründlichkeit dafür aus, dass Kartellanten auch zum Ersatz jedes aus einem Kartell entstandenen Schadens, darunter auch in Umsetzung politischer Aufgaben erlittene Schäden öffentlicher Einrichtungen bzw Schäden der Allgemeinheit, zu verurteilen sind.³⁰ Thematisch verortete GA *Kokott* den Verfahrensgegenstand bei der Kausalität.³¹

Einleitend setzt sich GA *Kokott* in den SA ausführlich mit der Trennlinie zwischen durch Unionsrecht und durch nationales Recht bestimmten verschiedenen Komponenten des ursächlichen Zusammenhangs im Kartellschadenersatzanspruch nach Art 101 AEUV unter Berücksichtigung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes auseinander.³² Aus ihren SA in der Rs *Kone* und der bisherigen EuGH Rsp lasse sich entnehmen, dass die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten im Bereich des Kartellschadenersatzes zwischen materiellem Anspruch und prozessualer Durchsetzung verlaufe.³³ Das Bestehen eines Schadenersatzanspruches, dh die Frage „Ob“ Schadenersatz

zu gewähren ist, sei unionsrechtlich bestimmt.³⁴ Nur die Einzelheiten der Anwendung/Modalitäten der konkreten Durchsetzung, dh die Frage „Wie“ Schadenersatz zu gewähren ist, würden dem nationalen Recht obliegen.³⁵ GA *Kokott* zieht auch Parallelen zur Rs *Skanska* und den dortigen SA von GA *Wahl*, wonach nur die Anwendungsvoraussetzungen durch mitgliedstaatliches Recht zu bestimmen seien, nicht aber die Tatbestandsmerkmale als eigentliche Grundlage des Schadenersatzanspruches. Die Frage der Anspruchsberechtigung, dh „wer auf Grundlage von Art 101 AEUV berechtigt ist, Ersatz für welche Schäden zu verlangen“, sei in unmittelbarer Anwendung des Unionsrechts zu prüfen.³⁶ Eine unionsweit autonome und einheitliche Auslegung sei überdies nach stRsp des EuGH geboten, um den Erfordernissen der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitssatzes zu entsprechen.³⁷ Konsequenterweise seien daher die in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bestehenden dogmatischen Zurechnungsschranken, wie die Lehre vom Schutzzweck der Norm sowie die Adäquanz der Kausalbeziehung zwischen Rechtsverletzung und Schaden, für die Bestimmung der Tragweite des Art 101 AEUV obsolet.³⁸

Die Aufgabenverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten beschreibt GA *Kokott* wie folgt: Das Unionsrecht stecke den rechtlichen Maßstab für Kartellschadenersatzansprüche ab. Es sei demnach Aufgabe des EuGH, generell-abstrakt zu prüfen, ob die unionsrechtlichen Voraussetzungen für einen solchen Anspruch vorliegen. Anschließend sei es dann Aufgabe des nationalen Gerichts zu prüfen, ob diese Voraussetzungen im konkreten Einzelfall auch tatsächlich vorliegen.³⁹

Zum Schutzzweck des Kartellschadenersatzanspruches führt GA *Kokott* aus, dass kategorische Ausschlüsse vom Kartellschadenersatz gerade nicht dem Schutzzweck von Art 101 AEUV entsprechen.⁴⁰ Schutzzweck von Art 101 AEUV sei zwar die Aufrechterhaltung unverfälschten Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt, daraus lasse sich aber im Umkehrschluss nicht ableiten, dass Schadenersatz nur Personen zustünde, die als Teilnehmer am kartellierten Markt bzw einem dessen vor/nachgelagerten Markt auftreten.⁴¹ Sowohl die Gewähr-

26 EuGH *Otis* Rn 29 f.

27 EuGH *Otis* Rn 30.

28 EuGH *Otis* Rn 31.

29 EuGH *Otis* Rn 33.

30 SA der GA *Kokott* Rn 87 ff.

31 SA der GA *Kokott* Rn 47 ff und 84.

32 SA der GA *Kokott* Rn 40 ff.

33 SA der GA *Kokott* Rn 44; SA der GA *Kokott* 30.1.2014, C-557/12, *Kone ua* Rn 23; weiters zitiert *Kokott* beispielhaft für Durchsetzungsmodalitäten die Rs EuGH 28.3.2019, C-637/17, *Cogeco Communications* Rn 42 ff und 56 ff und die SA der GA *Kokott*

17.1.2019, C-637/17, *Cogeco Communications* Rn 75 ff und 87 ff.

34 SA der GA *Kokott* Rn 44, 51 ff und 60 ff.

35 SA der GA *Kokott* Rn 44 und 57 ff.

36 SA der GA *Kokott* Rn 60.

37 SA der GA *Kokott* Rn 53 ff.

38 SA der GA *Kokott* Rn 54.

39 SA der GA *Kokott* Rn 68 und 126.

40 SA der GA *Kokott* Rn 75.

41 SA der GA *Kokott* Rn 76.

leistung voller und praktischer Wirksamkeit des Art 101 AEUV als auch der Schutz vor nachteiligen Folgen von Kartellverstößen wären nach Ansicht von GA Kokott in hohem Maße beeinträchtigt, würde Kartellschadenersatz nur Marktteilnehmern zukommen. Damit wäre eine Vielzahl an potenziellen Klägern von vornherein pauschal von der Geltendmachung von Schadenersatz ausgeschlossen.⁴² Zwar treten kartellbedingte Schäden typischerweise auf dem kartellbetroffenen Markt auf, was aber nicht bedeute, dass ein Kartell auch andere (weitere) Schäden verursachen könne. Im Gegenteil veranschauliche nach Ansicht von GA Kokott gerade der vorliegende Fall die Vielfalt und Unterschiedlichkeit von Kartellschäden, die auch außerhalb solcher Märkte auftreten können.⁴³ Der Verhinderung solcher Einschränkungen habe der EuGH eben durch den Jedermann-Schadenersatzanspruch Rechnung getragen.⁴⁴

Entgegen der Ansicht der Kartellteilnehmer drohe nach GA Kokott keine Uferlosigkeit der Haftung bei der Kartellschadenersatzverpflichtung für alle faktisch (entsprechend dem Grundsatz *conditio sine qua non*) verursachten Schäden, denn eine Schadenersatzpflicht bestehe nur bei vorhersehbaren Schäden in hinreichend unmittelbarem Zusammenhang.⁴⁵

Insbesondere gebe es iZm dem verfahrensgegenständlichen Förderschaden keinen erkennbaren Grund, warum nur privaten, gewinnorientierten Akteuren Schadenersatz zustehen solle. Dies vor allem nicht, wenn öffentliche Organisationen überhaupt erst einen Teil der Nachfrage ermöglichen und damit als tragende Säule des kartellierten Absatzmarktes in Form einer selbständigen Wirtschaftseinheit am Markt teilnehmen würden.⁴⁶ Weiters betont GA Kokott die Wichtigkeit von staatlichen Institutionen bei der Kartellrechtsdurchsetzung von Streuschäden, darunter insb Schäden aus geförderter Darlehensvergabe, die ansonsten mangels ausreichendem finanziellem Interesse Einzelner nicht durchgesetzt würden.⁴⁷

In einer unionsunmittelbaren Bestimmung der materiellrechtlichen Komponenten sieht GA Kokott auch keinen Widerspruch zur Schadenersatzrichtlinie RL 2014/104/EU⁴⁸ gegeben. Aus den ErwG 3 und 13 der RL 2014/104/EU lasse sich nicht ableiten, dass nur eine Ersatzpflicht für Schäden privatwirtschaftlich auftretender Personen

bestehe und nicht auch eine solche für durch öffentliche Einrichtungen in Vollziehung hoheitlicher Tätigkeiten erlittene Schäden.⁴⁹ Vielmehr sei in Art 3 der RL 2014/104/EU ausdrücklich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten festgeschrieben, dass jede natürliche oder juristische Person, die durch Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht einen Schaden erlitten hat, den vollständigen Ersatz dafür verlangen könne.⁵⁰

Abschließend erachtet GA Kokott beim verfahrensgegenständlichen Förderschaden einer öffentlichen Institution die Ersatzfähigkeit wegen bestehenden unmittelbaren Zusammenhangs und auch Vorhersehbarkeit⁵¹ für gegeben, denn die Fördervergabe in der Baubranche sei gesetzlich determiniert⁵² sowie allgemein bekannt und üblich.⁵³ Ein konkreter Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung ergebe sich aus der Koppelung der Förderhöhe an die Baukosten. Erhöhte Errichtungskosten von Liftanlagen würden damit direkt auch erhöhte Fördersummen verursachen.⁵⁴ Ersatz für Zinsschäden durch Verlust einer Anlagemöglichkeit von zu viel ausbezahlten Geldern bzw der Möglichkeit der Verwendung zur Schuldentilgung sei überdies in Rechtsordnungen allgemein, wie zB auch bei Rückzahlung von unionsrechtswidrigen Beihilfen, anerkannt.⁵⁵

III. Würdigung

Nach Analyse der wesentlichen Aussagen der gegenständlichen Entscheidung im Kontext der bisherigen Rsp sowie der RL 2014/104/EU unter Punkt 3.1 widmen sich die Autoren in Punkt 3.2 den daraus resultierenden Auswirkungen auf das Kartellschadenersatzrecht der Mitgliedstaaten, sowie in Punkt 3.3 auf das österr Schadenersatzrecht.

3.1 Wesentliche Aussagen

a) Jedermann ist Jedermann

Zentrales „take away“ von *Otis* ist die eindeutige Botschaft des EuGH an alle nationalen Gerichte, dass mit „Jedermann“ tatsächlich jedermann gemeint ist und damit grundsätzlich jeder Schadenersatzkläger vom persönlichen

42 SA der GA Kokott Rn 78.

43 SA der GA Kokott Rn 79.

44 SA der GA Kokott Rn 80 f.

45 SA der GA Kokott Rn 82 f.

46 SA der GA Kokott Rn 88 ff.

47 SA der GA Kokott Rn 88.

48 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten

und der Europäischen Union, ABl L 2014/349, 1 ff („RL 2014/104/EU“).

49 SA der GA Kokott Rn 73–75.

50 SA der GA Kokott Rn 95 ff.

51 SA der GA Kokott Rn 142 ff.

52 SA der GA Kokott Rn 134 ff.

53 SA der GA Kokott Rn 148 f.

54 Vgl zB SA der GA Kokott Rn 141.

55 SA der GA Kokott Rn 114 f und 120.

Schutzzweck von Art 101 AEUV umfasst ist. In den Worten von GA *Kokott* ist dies mit der Allgemeinheit gleichzusetzen, denn die Vielfalt der Arten von Schäden, die durch wettbewerbswidrige Verhaltensweisen verursacht werden können, beschränken sich weder auf Schäden auf dem von einem Kartell betroffenen oder einem benachbarten Markt, noch auf Schäden, die im Rahmen der Ausübung einer gewinnorientierten Tätigkeit auftreten.⁵⁶ Den gegenteiligen Lit-Meinungen, insb in Deutschland, dass nur Marktteilnehmern eine Schadenersatzberechtigung zukomme, erteilt GA *Kokott* eine eindeutige Absage.⁵⁷

Wegen der Komplexität des Marktgeschehens und immer weiter voranschreitender Verflechtungen von wirtschaftlichen Sachverhalten (insb durch die Digitalisierung) sind die denkbaren Entstehungskonstellationen von Kartellschäden vielfältig und halten sich naturgemäß auch nicht an Marktdefinitionen. Dies führt konsequenterweise auch zu einer Vielfalt von möglichen Geschädigten.

b) Kompetenzverteilung bei Kartellschadenersatz

Anders als GA *Kokott*⁵⁸, die sich in ihren SA unter Berufung auf Rs *Skanska* ausführlich mit der Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Union auseinandersetzt, erachtet es der EuGH in seiner rechtlichen Beurteilung (anders als in seiner E in *Skanska*⁵⁹) für nicht erforderlich, die Vorlagefrage auch kompetenzrechtlich spezifisch einzuordnen.

Im Gegensatz zur Frage der haftenden Rechtseinheit (Passivlegitimation) in der Rs *Skanska* war in *Otis* die Definition des Schutzzwecks von Art 101 AEUV in persönlicher und sachlicher Hinsicht zentrales Thema. Als eine Auslegungsfrage des Unionsrechts fällt diese Aufgabe in die originäre und eindeutige exklusive Kompetenz des EuGH. Damit war auch die unmittelbare Anwendung von EU-Wettbewerbsrecht ohne weitere Auseinandersetzung mit der Kompetenzfrage zwischen EU- und nationalem Recht klar.

Im Lichte der durch die Jedermann-Jud vorgegebenen hohen Mindestvoraussetzungen für Kartellschadenersatzansprüche hätte freilich auch ein Umweg über die Anwendung von nationalem Recht unter Beachtung von

Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz wohl zu keinem anderen Ergebnis geführt.⁶⁰ Bedauerlicherweise enthält *Otis* damit wiederum keine Definition der konkret der Kompetenz der Mitgliedstaaten zuzuordnenden Einheiten bzw Modalitäten. In Rn 33 der E wird durch den EuGH lediglich abschließend ausgeführt, dass dem vorlegenden Gericht die Feststellung des konkreten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und dem Kartell obliegt.⁶¹

Naturgemäß konnte durch *Otis* nicht für alle denkbaren Anwendungsfälle geklärt werden, welche Komponenten einer kartellrechtlichen Schadenersatzklage nun konkret dem Unionsrecht unterfallen und welche Komponenten einer solchen Klage durch das nationale Recht der Mitgliedstaaten zu regeln sind. Ausgeräumt erscheinen solche Zweifel allerdings im Kontext von Aktiv- und Passivlegitimation unionsrechtlicher Kartellschadenersatzansprüche, die nun generell gem der *Otis* und *Skanska* originär nach dem Unionsrecht zu beantworten sind und nicht auf der Grundlage des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes.⁶² Ob dies rechtspolitisch erwünscht ist, mag dahin gestellt bleiben, die Beurteilung von konkreten Anwendungsfällen durch nationale Gerichte dürfte dadurch aber wohl erleichtert werden und dbzgl Vorlageverfahren künftig wegen der Existenz bereits geklärter Rechtsfragen entbehrlich sein. Für nationale Gerichte in Kartellschadenersatzverfahren dürfte es aber nun auch schwieriger sein, Ansprüche kategorisch und unabhängig von den Umständen des konkreten Falls schon aus Rechtsgründen auszuschließen. Die Ablehnung von Kartellschadenersatz wird wohl vielmehr erst nach Durchführung von entsprechenden Beweisverfahren und nach Prüfung, ob die Voraussetzungen für Schadenersatz im Einzelfall konkret vorliegen, rechtlich zulässig sein.

c) Ursächlicher Zusammenhang und Vorhersehbarkeit

Aufgrund der Lösung der Problematik unmittelbar über den Schutzzweck des Art 101 AEUV musste sich der EuGH in der gegenständlichen Entscheidung nicht näher mit der Bedeutung des Begriffes „ursächlicher Zu-

56 SA der GA *Kokott* Rn 79 und 130; gem Ausführungen in Rn 94 bleibt höchstens unklar, ob nach Ansicht von GA *Kokott* auch Gesellschaftern, Geschäftsführern, Arbeitnehmern oder Investoren eines durch ein Kartell geschädigten Unternehmens eine Kartellschadenersatzberechtigung zukomme, weil diese idR keine selbständigen Teilnehmer am Wirtschaftsleben sind.

57 SA der GA *Kokott* Rn 93 und die in FN 66 zitierten Quellen.

58 Vgl SA der GA *Kokott* Rn 40 ff.

59 EuGH 14.3.2019, C-724/17, *Skanska ua* Rn 28.

60 Vgl dazu die Überlegungen zur Einschränkung der mitgliedstaatlichen Autonomie durch den Äquivalenz-/Effektivitätsgrundsatz in *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadenersatz, 99 ff.

61 Vgl auch die Schlussüberlegungen in den SA der GA *Kokott* 30.1.2014, C-557/12, *Kone ua* Rn 84 ff, daraus insb „Eine Verlagerung der Preisschirmproblematik von der rein theoretischen Ebene auf die Ebene der Beweisführung erscheint mir am besten geeignet, zu einer wirksamen Durchsetzung der Europäischen Wettbewerbsregeln unter gebührender Berücksichtigung der Interessen aller Marktteilnehmer beizutragen“; so auch *Maier-Rigaud*, Auf dem Holzweg: Zu Streuschäden, Betroffenheit und Zurechnung im Rahmen von Schadenersatzklagen, WuW 2019 (WuW1321727), 2.

62 SA der GA *Kokott* Rn 62.

sammenhang“ beschäftigen. Aus den kurzen und eindeutigen Aussagen des EuGH lässt sich ableiten, dass aus unionsrechtlicher Sicht in derart gelagerten Sachverhaltskonstellationen, namentlich bei Förderschäden, der ursächliche Zusammenhang und die Vorhersehbarkeit zumindest generell-abstrakt gegeben sein dürften.

d) Auswirkungen auf die Schadenersatzrichtlinie RL 2014/104/EU

Die Schadenersatzberechtigung stellt ein unmittelbar primärrechtlich verankertes Recht dar und kann bei etwaigen Widersprüchen nicht durch Sekundärrecht, wie insb die RL 2014/104, eingeschränkt werden. Ganz im Gegenteil könnten die neuesten Weiterentwicklungen im EU-Kartellschadenersatzrecht durch die E *Skanska* und *Otis* sogar zur Folge haben, dass einige Bestimmungen der RL 2014/104/EU und deren Umsetzung in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch eine unionsunmittelbare Bestimmung ersetzt werden. Dies betrifft insbesondere Regelungen zur Haftungs begründung, Privilegierung von Kronzeugen und KMU, Schadensabwälzung, Verschulden sowie auch Vermutungsregeln.⁶³ Lit-Meinungen orten hier bereits eine potenzielle Gefahr der weiteren Verdrängung mitgliedstaatlichen Rechts und bezeichnen eine Lösung über das mitgliedstaatliche Recht als erstrebenswert.⁶⁴ Dies solle insb dazu dienen, den Anwendungsbereich des Primärrechtes nicht zu weit zu ziehen. Vielmehr würden bereits durch den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz hinreichende Einflussmöglichkeiten bestehen.⁶⁵ Wie auch schon von GA *Kokott* ausgeführt, steht zumindest die in *Otis* nun klargestellte Jedermann-Jud in keinem Widerspruch zur RL 2014/104/EU, weil dieser Grundsatz auch aus den Artt 3 und 12 RL 2014/104/EU resultiert.

3.2 EU Recht verdrängt nationales Schadenersatzrecht

Die Regelungszuständigkeit bezüglich Schadenersatzrecht liegt grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten.⁶⁶ Nichtsdestotrotz unterliegt der Kartellschadenersatz als Sonderzivilrecht durch die Auslegungshoheit des EuGH über Art 101 AEUV immer tiefgreifenderen Änderungen. Nun gehören auch etwaige eigenständige Schutzzwecküberlegungen (insb Rechtswidrigkeitszusammenhang) als Zurechnungsbeschränkungen, *in concreto* (va in persönlicher Hinsicht) bezogen auf die Aktivlegitimation, gem *Otis* bei der Kartellrechtsdurchsetzung durch nationale Gerichte (nahezu) der Vergangenheit an. Dies trifft auch auf die Anforderung nach einem spezifischen Zusammenhang zwischen entstandenem Schaden und dem (allgemeinen) Schutzzweck von Art 101 AEUV, auf den es gem *Otis* gerade nicht ankommt, zu.⁶⁷ Schließlich dürfen auch Schadenskategorisierungen, wie etwa gem österr Schadenersatzrecht „mittelbarer Schaden“ oder „bloßer Vermögensschaden“, im Kontext des unionsrechtlichen Kartellschadenersatzrechts nicht mehr zur Anspruchsabweisung führen.⁶⁸

Nationalstaatliche Prüfungsschemata für Kartellschadenersatz aus Zuwiderhandlungen gegen Art 101 AEUV dürfen demnach Zurechnungseinschränkungen weiterhin wohl nur hinsichtlich der faktischen (dh sachverhaltsbasierten) Kausalität (*conditio sine qua non*)⁶⁹, Vorhersehbarkeit und auch Verschulden (bei Kartellverstößen meist unstrittig gegeben⁷⁰) vorsehen. Sofern ein Schaden bezifferbar und im Rahmen eines Beweisverfahrens konkret nachweisbar ist, ist eine Ersatzpflicht der Kartellteilnehmer dagegen idR unionsrechtlich geboten.

Damit beschränkt sich die mitgliedstaatliche Regelungskompetenz im Kartellschadenersatzrecht iW auf die

63 Vgl §§ 37a-37m KartG; §§ 33-34a dGWB.

64 *Kersting*, Schienenkartell: Internationale Zuständigkeit wegen Haftung der Mutter für die Tochter, WuW 2019, 600 (603); *Kersting* merkt überdies an, dass eine unmittelbare Ableitung des Schadenersatzrechtes aus dem Primärrecht überdies eine Versteinerung des Kartellschadenersatzrechtes zur Folge haben würde, denn Kartellschadenersatzrecht ließe sich nur durch eine Vertragsänderung modifizieren.

65 *Kersting*, Schienenkartell: Internationale Zuständigkeit wegen Haftung der Mutter für die Tochter, WuW 2019, 600 (603); *Kersting*, Kartellrechtliche Haftung des Unternehmens nach Art. 101 AEUV, WuW 2019, 290 (293).

66 Nach den Bestimmungen zur Kompetenzverteilung besteht gem Art 4 Abs 2 AEUV für die Regelung des Zivilrechts eine geteilte Zuständigkeit (Art 2 Abs 2 AEUV) zwischen EU und den Mitgliedstaaten. Der EU kommen dabei aus verschiedenen Vertragsbestimmungen abgeleitete spezifische Zuständigkeiten zu. Diese leiten sich aus den in der (nicht abschließenden) Aufzählung des Art 4 Abs 2 AEUV angeführten Bereichen Binnenmarkt, Verbraucherschutz, Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ab. Für den Bereich Kartellschadenersatz bestehen gem Art 114 AEUV

eine Regelungskompetenz der EU zur Erlassung von Angleichungsmaßnahmen bezüglich Rechtsvorschriften, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben sowie gem Art 103 AEUV eine Regelungskompetenz zur Verwirklichung der in Artt 101 und 102 niedergelegten Grundsätze. Die RL 2014/104/EU wurde auf Basis von Artt 103 und 114 AEUV erlassen; vgl dazu *Manko*, Zuständigkeit der EU im Bereich des Privatrechts; *Jaeger*, in *Mayer*, EUV/AEUV, Art 4 AEUV Rz 11 ff.

67 Siehe dazu oben unter Punkt 2.2 c).

68 Vgl dazu bereits EuGH 13.7.2006, C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi* Rn 89 ff, wonach Kartellschadenersatz sowohl für Vermögensschäden (*damnum emergens*) als auch für entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*) und Zinsen zu gewähren ist.

69 Nach *Kone* dürfen aber zB auch Unterbrechungen in der Kausalkette nicht ohne Weiteres zu einem Haftungsausschluss sowie damit kategorischen Ausschluss vom Schadenersatz führen. Bloße Mitursächlichkeit ist bereits ausreichend; EuGH 5.6.2014, C-557/12, *Kone ua* Rn 32; SA der GA *Kokott* 30.1.2014, C-557/12, *Kone ua* Rn 35 f.

70 Zu Österreich siehe unter Punkt 3.3.

Ausgestaltung der Einzelheiten der Anwendung sowie Durchsetzungsmodalitäten, darunter vor allem verfahrensrechtliche Komponenten, wie insb Zuständigkeiten, Verfahren, Fristen und Beweisverfahren und -führung. Insofern wurde mit gegenständlicher E das unionseinheitliche System des Kartellschadenersatzes gestärkt sowie zur Schaffung eines „level playing field“ innerhalb der EU weiter beigetragen.

3.3 Auswirkungen auf österreichisches Schadenersatzrecht

De lege ferenda besteht nach Ansicht der Autoren in Österreich durch *Otis* kein unmittelbarer Handlungsbedarf, weil die gegenwärtigen Bestimmungen in KartG und ABGB ihrem Wortlaut nach einer unionskonformen Interpretation zugänglich sind. Mit §§ 37a iVm 37c KartG wurde in Umsetzung der RL 2014/104/EU bereits eine eigene Anspruchsgrundlage für Kartellschadenersatz in der Form eines Sonderzivilrechts geschaffen. Diese Anspruchsgrundlagen beinhalten keine Einschränkungen hinsichtlich des Personenkreises der Anspruchsteller⁷¹ und bieten den entsprechenden Raum für die Anwendung der Jedermann-Jud. Der in Umsetzung des Art 3 RL 2014/104/EU kodifizierte § 37c KartG erwähnt den Anspruchsberechtigten (anders als Art 3 RL 2014/104/EU) in seinem Wortlaut erst gar nicht, sondern schreibt vor, dass „wer schuldhaft eine Wettbewerbsverletzung begeht, zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens verpflichtet ist“. Allerdings wird es erforderlich sein, (nicht kodifizierte) in stRsp etablierte allgemeine rechtliche Prüfungsschemata für Schadenersatzansprüche bei unionsrechtlichem Kartellschadenersatz zu adaptieren. In Deutschland besteht durch *Otis* dagegen wohl uU ein derartiger Anpassungsbedarf, insb der in § 33 GWB kodifizierten Anspruchsgrundlage, weil der anspruchsbere-

rechtigte Personenkreis danach nur „Mitbewerber und sonstige Marktbeteiligte“ umfasst.⁷²

Einschränkungen verschiedener Prüfungskriterien sind dem österreichischen sowie wohl auch anderen mitgliedstaatlichen Schadenersatzrechtssystemen immanent. In Bezug auf Kartellschadenersatz kann künftig wohl die Prüfung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs (insb als Kriterium zur Begrenzung ausufernder Kausalitätszurechnung⁷³) unterbleiben, weil zur Erreichung des Schutzzwecks von Art 101 AEUV für jedweden Schaden ohne Einschränkungen hinsichtlich des Personenkreises sowie Schadensart Schadenersatz verlangt werden können muss, sofern nur ein ursächlicher Zusammenhang zur Zuwiderhandlung besteht.

Für Kartellschadenersatzrecht besteht in Österreich bereits gegenwärtig durch die Qualifizierung als Schutzgesetz⁷⁴ ein von der allgemeinen deliktischen Schadenersatzhaftung⁷⁵ abweichendes spezielles Haftungsregime gem § 1311 S 2 ABGB mit besonderen Haftungsvoraussetzungen.⁷⁶ Zum einen gilt nach stRsp und hL bei Schutzgesetzverletzungen hinsichtlich der Kausalität ein Anscheinsbeweis.⁷⁷ Bei Eintritt eines Schadens, den das Schutzgesetz nach seiner Intention gerade verhindern will, spricht der Beweis des ersten Anscheins für eine Verursachung durch die Zuwiderhandlung. Es obliegt dem Anspruchsgegner, den Kausalzusammenhang ernstlich in Zweifel zu ziehen. Zum anderen kommt die Verschuldensvermutung analog zu § 1298 ABGB zur Anwendung.⁷⁸ Verschulden bzw Sorgfaltswidrigkeit des Schädigers müssen überdies nur hinsichtlich der Schutzgesetzübertretung bestehen, sich aber nicht auch auf den konkreten eingetretenen Schaden erstrecken.⁷⁹ Bloße Vermögensschäden sowie Folgeschäden gelten als ersatzfähig, sofern das Schutzgesetz den Schutz vor derartigen Schäden zumindest mitbezweckt.⁸⁰ Ist ein Scha-

71 Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht³ Bd II, 276 und 280 (Rz 15).

72 In § 33 Abs 3 dGWB wurde der Kreis der Ersatzberechtigten umfassend mit dem Betroffenenbegriff, wonach „betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist“ definiert; ausführlich zur Betroffenheit zuletzt *Lahmel/Ruster*, Das ungeschriebene Merkmal der Kartellbefangenheit, NZKart 2019, 196.

73 Vgl dazu RIS-Justiz RS0022638, wonach „jedermann“ gem § 1295 ABGB im Schadenersatz nicht wörtlich zu nehmen ist und nur ein unmittelbar durch die rechtswidrige Handlung Verletzter Schadenersatz begehren.

74 In Österreich kommt nach stRsp kartellrechtlichen Vorschriften (auch unionsrechtlicher Natur) in ihrer Eigenschaft als abstrakte Gefährdungsverbote Schutzgesetzcharakter zu; vgl dazu OGH 14.2.2012, 5 Ob 39/11p mwN; OGH 2.8.2012, 4 Ob 46/12m Rz 4.3 mwN.

75 Entsprechend dem generellen Prüfungsschema in Österreich steht gemäß § 1295 ABGB jedermann ein deliktischer Schadenersatzanspruch zu, sofern ein konkreter Schaden rechtswidrig, adäquat,

kausal und schuldhaft verursacht wurde; vgl *Kodek*, in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 1 ff (Stand 1.1.2018, rdb.at).

76 Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht³ Bd II S 277 f (Rz 12).

77 Vgl *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1311 Rz 50 (Stand 1.3.2019, rdb.at); *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht³ Bd II, 281 (Rz 17); *Schoditsch*, Beweislast bei Schutzgesetzverletzung, *ecolex* 2014, 1049.

78 *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht¹⁴ Bd II Rz 1425; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1311 Rz 49 ff.

79 *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht¹⁴ Bd II Rz 1392 f; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1311 ABGB Rz 4a (Stand 1.1.2007, rdb.at); *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht³ Bd II, 277 (Rz 12).

80 *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht¹⁴ Bd II Rz 1398 mwN; anderer Ansicht *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2009) Rz 6/47 ff; vgl weiters die zehn Grundregeln für die Haftung für reine Vermögensschäden *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2009) Rz 6/62 ff; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht³ Bd II, 66 (Rz 96), 76 (Rz 115 ff), 273 ff (Rz 8 f).

den vom Schutzzweck umfasst, kann schließlich damit auch die Adäquanz idR angenommen werden.⁸¹

In der stRsp des EuGH wurde ein Teil der materiellen Anspruchsvoraussetzungen von Kartellschadenersatz nach Art 101 AEUV definiert: In *Kone* wurde entschieden, dass bei der Kausalität eine bloße Mitursächlichkeit ausreichend ist, in *Skanska*, dass die kartellbeteiligte wirtschaftliche Einheit passivlegitimiert ist. *Otis* gibt nunmehr vor, dass der Kreis der Ersatzberechtigten jedermann ohne Einschränkung durch Schutzzwecküberlegungen umfasst, dem ein Schaden in ursächlichem Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung entsteht. MaW sollen Kriterien zur Begrenzung ausufernder Kausalitätszurechnung im Kartellschadenersatz nicht zur Anwendung kommen.

Verbindet man die unionsrechtlichen Vorgaben mit den Besonderheiten der österr Schutzgesetzhaftung, ergibt sich, dass in Österreich bei der gerichtlichen Prüfung von Kartellschadenersatzansprüchen nach Artt 101 und 102 AEUV wohl nur mehr die rein faktische Kausalität, die Adäquanz⁸² sowie das Verschulden als beschränkende Zurechnungskriterien prüfungsrelevant sind. Zumal kategorischen Zurechnungsbeschränkungen durch *Otis* erneut eine Absage erteilt wurde, rückt damit bei der Entscheidung, ob Kartellschadenersatz zusteht, das Beweisverfahren in den Vordergrund. Mit anderen Worten: Gelingt der Nachweis eines konkreten kartellbedingten Schadens, ist von einer Ersatzpflicht auszugehen.

Fazit & Ausblick

Mit der jüngsten E des EuGH zum private enforcement in der Rs *Otis* ist ein weiterer Schritt zu einer (Voll-)Harmonisierung des Kartellschadenersatzrechtes erfolgt. Aus normativer Sicht beschränkende Zurechnungskriterien (insb Normzweck), die potenziell zu unzulässigen kategorischen Ausschlüssen gewisser Schäden bzw Klägergruppen führen, hat der EuGH mit der Bekräftigung, dass „*jedermann*“ auch wortwörtlich als jedermann zu verstehen ist, abgelehnt. Die Antwort des EuGH fiel, wie bereits zuvor in seiner stRsp zum Kartellschadenersatz, eindeutig zu Gunsten der Kartellgeschädigten aus.⁸³ Eine umfassende Haftung für Kartellschäden ist unionsrechtlich gewünscht und wird entsprechend durch den EuGH forciert. *Otis* führt insgesamt entscheidend zur weiteren Stärkung des Standpunktes von Klägern und der Abschreckungswirkung des Art 101 AEUV.

Die starke Rechtsfortbildungstätigkeit des EuGH könnte jedoch zu einer gewissen Unschärfe mit den Zielen der sekundärrechtlichen Rechtsakten, darunter insb der RL 2014/104/EU, führen. Letztere sollte in ursprünglicher Intention lediglich eine Teilharmonisierung bewirken.⁸⁴ Insbesondere impliziert der EuGH mit *Otis* einen Abgang von seiner restriktiven Haltung, dass beschränkende Zurechnungskriterien zur Vermeidung der Uferlosigkeit von Schadenersatzansprüchen erforderlich wären.⁸⁵ Mit Blick auf die klägerfreundliche Ausgestaltung und die Abschreckungswirkung ist die Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung durch den EuGH zu begrüßen. Andererseits könnte so mancher darin auch eine schleichende Ausdehnung der unionsrechtlichen Kompetenzen auf das Zivilrecht der Mitgliedstaaten verorten. In den Vordergrund für die Gewährung von Kartellschadenersatz rückt somit letztlich der

81 *Koziol* vertritt in Fortschreibung der Meinung *F. Bydliński*, dass bei Schutzgesetzverletzungen (§ 1311 ABGB) stets auch für untypische, nicht adäquat verursachte Schäden gehaftet werden soll, falls die Verhaltensnorm jegliche zusätzliche Möglichkeit einer Schädigung, sei sie auch noch so entfernt, vermeiden will; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechtes (2009) Rz 7/9 ff.

82 Adäquanz beschränkt die Haftung auf objektiv vorhersehbare, nach allgemeiner Lebenserfahrung typische Schäden. Nicht mehr adäquat verursacht und ersatzfähig sind atypische Schäden, die durch eine Verkettung außergewöhnlicher Umstände zustande kamen.

83 EuGH 20.9.2001, C-453/99, *Courage/Crehan*; EuGH 13.7.2006, C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*; EuGH 5.6.2014, C-557/12, *Kone*; EuGH 14.3.2019, C-724/17, *Skanska*.

84 SA der GA *Kokott* 30.1.2014, C-557/12, *Kone* ua Rn 88 und dortige FN 51, wonach „*Jener Richtlinienworschlag* (erg gemeint Schadenersatzrichtlinie) zielt nicht etwa auf eine abschließende Harmonisierung der Materie ab, sondern hat schon ausweislich seines Titels nur den Erlass „bestimmter Vorschriften für Schadenersatzklagen“ zum Gegenstand und erkennt ausdrücklich an, dass es andere, „in dieser Richtlinie nicht behandelte Aspekte“ gibt“.

85 In gegenständlicher Entscheidung des EuGH wird das Problem der Uferlosigkeit nicht behandelt; vgl dazu *Maier-Rigaud*, Auf dem Holzweg: Zu Streuschäden, Betroffenheit und Zurechnung im Rahmen von Schadenersatzklagen, WuW 2019 (WUW1321727), 2 f.

Nachweis des konkreten Schadens und dessen Höhe im Rahmen des Beweisverfahrens. Dieser Nachweis erweist sich in der Praxis nicht immer als einfach zu erbringen, sodass gerichtliche Zuerkennungen von Kartellschadenersatz noch selten sind. Bedenken hinsichtlich der Uferlosigkeit von Schadenersatzpflichten sind daher zumindest aus derzeitiger Sicht noch weitgehend unberechtigt.

In Österreich bestehen für Kartellschadenersatz durch die in der Schutzgesetzhaftung geltenden Beweiserleichterungen hinsichtlich Kausalität und Verschulden sowie Erleichterungen bei Adäquanz besonders klägerfreundliche Bedingungen. Dies macht Österreich zu einer potenziellen *forum shopping*-Destination.

Offen bleibt, ob sich Mitgliedstaaten generell⁸⁶ dazu entscheiden werden, Schadenersatzansprüche aufgrund von Verletzung gegen nationales Kartellrecht nach denselben Voraussetzungen wie nach Artt 101 und 102 AEUV zu beurteilen. Bei rein nationalen Schadenersatzansprüchen besteht keine Verpflichtung zur Anwendung der unionsrechtlich vorgegebenen

weiteren Auslegung des Schutzzweckes; bisher bestehende Zurechnungskriterien kämen uneingeschränkt zur Anwendung.⁸⁷ Eine Anwendung der weiteren unionsrechtlichen Auslegung steht den Mitgliedstaaten aber offen. Dies wäre vor allem mit Blick auf die volle Wirksamkeit sowie Einheitlichkeit der Kartellrechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten wünschenswert. Vieles spricht dafür, dass Mitgliedstaaten die unionsrechtlichen Grundsätze zur Vermeidung von Inkonsistenz und Diskriminierung auch auf Inlandssachverhalte anwenden. Dies gilt im Besonderen, wenn sich Gesetzgeber – wie in Österreich der Fall – zur Schaffung eines einheitlichen Sonderzivilrechtes für Kartellschadenersatz ohne Differenzierung zwischen Unions- und Inlandssachverhalten entschieden haben.

Korrespondenz:

Dr. Isabelle Innerhofer, LL.M.,
innerhofer@bindergroesswang.at
Mag. Sebastian Hinterdorfer,
hinterdorfer@bindergroesswang.at

86 Wie in Österreich bezogen auf die Umsetzung der RL 2014/104/EU in § 37a KartG iZm der Begriffsdefinition der „Wettbewerbsrechtsverletzung“ in § 37b Z 1 KartG erfolgt.

87 Brand, Schadenersatz im Kartellrecht, 160.