

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Gottfried Musger,
Walter Holzer

September 2014

05

197 – 244

Beiträge

Postmortaler Brief- und Bildnisschutz

Joachim Pierer ⌚ 200

„Öffentliche Wiedergabe“ im Wandel

Christian Handig ⌚ 206

Leitsätze

Nr 45 – 52 ⌚ 214

OGH 20. 5. 2014, 4 Ob 31/14h, Rauchfangkehrer

Gottfried Musger ⌚ 214

EuGH 19. 6. 2014, C-345/13, Karen Millen Fashions Ltd/Dunnes Stores,
Dunnes Stores (Limerick) Ltd Guido Donath ⌚ 215

Rechtsprechung

Fahnenmast – Werbung im Nahebereich eines Mitbewerbers
grundsätzlich zulässig David Plasser ⌚ 218

Jimi Hendrix I – Zur Unterscheidungskraft der Marke „Jimi Hendrix“

Katharina Schmid ⌚ 222

Umbrella Pricing – EuGH bejaht Schadenersatzanspruch

Raoul Hoffer ⌚ 225

YouTube-Nutzungsbedingungen – Rechteeinräumung
durch Hochladen auf YouTube Elisabeth Staudegger ⌚ 229

ACI Adam – Zulässige Privatkopie nur bei rechtmäßiger Vorlage

Johannes Burgstaller und Mona Philomena Ladler ⌚ 232

UPC Telekabel II – Sperrverfügungen gegen Access-Provider

Philipp Anzenberger ⌚ 237

→ Umbrella Pricing: EuGH bejaht Schadenersatzanspruch

Art 101 AEUV steht einer Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts entgegen, wonach es aus Rechtsgründen kategorisch ausgeschlossen ist, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für Schäden haften, die daraus

resultieren, dass ein an diesem Kartell nicht beteiligtes Unternehmen in Anbetracht der Machenschaften des Kartells seine Preise höher festgesetzt hat, als es dies ohne das Kartell getan hätte.

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art 101 AEUV.

2. Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Kone AG (im Folgenden: Kone), der Otis GmbH (im Folgenden: Otis), der Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH (im Folgenden: Schindler Aufzüge und Fahrtreppen), der Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH (im Folgenden: Schindler Liegenschaftsverwaltung) und der ThyssenKrupp Aufzüge GmbH (im Folgenden: ThyssenKrupp Aufzüge) – Unternehmen, die sich an Kartellen beim Einbau und bei der Wartung von Aufzügen und Fahrtreppen in mehreren MS beteiligt haben – einerseits und der ÖBB-Infrastruktur AG (im Folgenden: ÖBB-Infrastruktur), einer Tochtergesellschaft der Österreichischen Bundesbahnen, andererseits wegen der Möglichkeit, Ersatz des Schadens zu verlangen, der dadurch entstanden sein soll, dass beim Abschluss von Verträgen mit an diesen Kartellen nicht beteiligten Unternehmen höhere Preise gegolten hätten. [...]

[Sachverhalt und Ausgangsverfahren]

5. Zumindest seit den 80er-Jahren führten Kone, Otis, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen, Schindler Liegenschaftsverwaltung und ThyssenKrupp Aufzüge in großem Umfang ein Übereinkommen in mehreren MS durch, um den Aufzugs- und Fahrtreppenmarkt unter sich aufzuteilen.

6. Am 21. 2. 2007 verhängte die Kom gegen Kone, Otis, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen sowie Schindler Liegenschaftsverwaltung eine Geldbuße von insgesamt 992 Mio Euro wegen ihrer Teilnahme an Kartellen beim Einbau und bei der Wartung von Aufzügen und Fahrtreppen in Belgien, Deutschland, Luxemburg und den Niederlanden.

7. Der OGH bestätigte als KOG am 8. 10. 2008 den Beschluss des Kartellgerichts v 14. 12. 2007, mit dem Geldbußen gegen Kone, Otis und Schindler Aufzüge und Fahrtreppen sowie zwei andere Unternehmen verhängt worden waren. Da ThyssenKrupp Aufzüge einen Kronzeugenantrag ge-

ÖBI 2014/47

Art 101 AEUV;
§ 1295 ABGB

EuGH 5. 6. 2014,
C-557/12,
*Kone AG ua/ÖBB
Infrastruktur AG*

Umbrella Pricing

Der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz führt bei Kartellverstößen zu Modifikationen des nationalen Schadenersatzrechts.

stellt hatte, war sie im Kartellverfahren nicht Antragsgegnerin.

8. Das im Ausgangsverfahren fragliche Kartell (im Folgenden: fragliches Kartell) war darauf gerichtet, dem jeweils bevorzugten Unternehmen einen höheren als den unter normalen Wettbewerbsbedingungen erzielbaren Preis zu sichern. Dadurch wurden der Markt und insb die unter normalen Wettbewerbsbedingungen eintretende Entwicklung der Preise verfälscht.

9. Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts hatten die an diesem Kartell Beteiligten versucht, sich hinsichtlich mehr als der Hälfte des Marktvolumens in ganz Österreich für Neuanlagen zu koordinieren. Bei mehr als der Hälfte der betreffenden Projekte sei eine einvernehmliche Zuteilung erfolgt, sodass mindestens ein Drittel des Marktvolumens abgesprochen worden sei. Ungefähr zwei Drittel der abgestimmten Projekte seien wie geplant zustande gekommen. Bei einem Drittel der Fälle seien entweder dritte Unternehmen (Kartellaußenseiter) zum Zuge gekommen oder einer der Kartellbeteiligten, der sich nicht an die vereinbarte Zuteilung gehalten und billiger angeboten habe. Auch auf bilateraler Ebene seien Projekte einvernehmlich zugeteilt worden. Das Verhalten der an dem fraglichen Kartell Beteiligten habe dazu geführt, dass sich die Marktpreise auch in den letzten Jahren vor 2004 kaum geändert hätten und ihre Marktanteile annähernd gleich geblieben seien.

10. Unter Berufung auf Preisschirmeffekte („umbrella effects“ oder „umbrella pricing“) begehrt ÖBB-Infrastruktur von den RekWerberinnen des Ausgangsverfahrens Ersatz eines auf € 1.839.239,74 bezifferten Schadens, den sie dadurch erlitten habe, dass sie von dritten, nicht am Kartell beteiligten Unternehmen deren Aufzüge und Fahrtreppen zu einem höheren Preis gekauft habe, als es der Marktlage ohne Kartell entsprochen hätte, weil diese Unternehmen im Windschatten des Kartells ihre Preise dem erhöhten Niveau angepasst hätten.

11. Das ErstG wies dieses Begehren von ÖBB-Infrastruktur zurück, das Gericht zweiter Instanz gab ihm jedoch statt.¹⁾

[Vorlagefrage]

12. Der von den RekWerberinnen des Ausgangsverfahrens angerufene OGH wirft die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen die Haftung der an einem Kartell Beteiligten gem Art 101 AEUV und der Rsp des Gerichtshofs, insb der U *Courage und Crehan* (C-453/99 EU:C:2001:465); *Manfredi ua* (C-295/04 bis C-298/04 EU:C:2006:461) und *Pfleiderer* (C-360/09 EU:C:2011:389), eintritt. [...]

17. Der OGH hat daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen: *Ist Art 101 AEUV (Art 81 EG, Art 85 EG-Vertrag) dahin auszulegen, dass jedermann von Kartellanten den Ersatz auch des Schadens verlangen kann, der ihm durch einen Kartellaußenseiter zugefügt wurde, der im Windschatten der erhöhten Marktpreise seine eigenen Preise für seine Produkte mehr anhebt, als er dies ohne das Kartell getan hätte („umbrella pricing“), so dass der vom Gerichtshof postulierte Effektivitätsgrundsatz einen Anspruch nach nationalem Recht verlangt?*

[Erwägungen des EuGH]

18. Da die Art 85 EG-Vertrag; Art 81 EG und Art 101 AEUV inhaltlich weitgehend übereinstimmen, wird nur auf den derzeit geltenden Art 101 AEUV Bezug genommen.

19. Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art 101 AEUV einer Auslegung und Anwendung des Rechts eines MS entgegensteht, wonach es aus Rechtsgründen kategorisch ausgeschlossen ist, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für Schäden haften, die daraus resultieren, dass ein an diesem Kartell nicht beteiligtes Unternehmen in Anbetracht der Machenschaften des Kartells seine Preise höher festgesetzt hat, als es dies ohne das Kartell getan hätte.

[Unmittelbare Anwendbarkeit von Art 101 AEUV im Horizontalverhältnis]

20. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Art 101 Abs 1 und Art 102 AEUV in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen erzeugen und unmittelbar in deren Person Rechte entstehen lassen, die die nationalen Gerichte zu wahren haben (vgl U C-127/73, *BRT und Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, EU:C:1974:25, Rn 16; *Courage und Crehan*, EU:C:2001:465, Rn 23; sowie *Manfredi ua*, EU:C:2006:461, Rn 39).

21. Die volle Wirksamkeit des Art 101 AEUV und insb die praktische Wirksamkeit des in seinem Abs 1 ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist (U *Courage und Crehan*, EU:C:2001:465, Rn 26; *Manfredi ua*, EU:C:2006:461, Rn 60; C-199/11, *Otis ua*, EU:C:2012:684, Rn 41; sowie C-536/11, *Donau Chemie ua*, EU:C:2013:366, Rn 21).

[Schadenersatz bei Kartellverstößen]

22. Daher kann jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht (U *Manfredi ua*, EU:C:2006:461, Rn 61, sowie *Otis ua*, EU:C:2012:684, Rn 43).

23. Das Recht eines jeden, Ersatz eines solchen Schadens zu verlangen, erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln der Union und ist geeignet, Unternehmen von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können; damit trägt es zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der EU bei (U *Courage und Crehan*, EU:C:2001:465, Rn 27; *Manfredi ua*, EU:C:2006:461, Rn 91; *Pfleiderer*, EU:C:2011:389, Rn 29;

1) Tatsächlich hob das BerG das Urteil des ErstG mit der Begründung auf, die Klage könne nicht schon aufgrund des Vorbringens der Kl abgewiesen werden. Rechtswidrigkeitszusammenhang und Adäquanz seien im Fall einer kartellbedingten Preiserhöhung gegeben. Dagegen erhoben die bekl Kartellanten Rek nach § 519 Abs 1 Z 2 ZPO.

Otis ua, EU:C:2012:684, Rn 42; sowie *Donau Chemie ua*, EU:C:2013:366, Rn 23).

[Effektivitätsgrundsatz: unionsrechtliche Vorgaben für das nationale Recht]

24. In Ermangelung einer einschlägigen Unionsregelung ist die Regelung der Modalitäten für die Ausübung dieses Rechts einschließlich derjenigen für die Anwendung des Begriffs „ursächlicher Zusammenhang“ Aufgabe der innerstaatlichen Rechtsordnung des einzelnen MS, wobei der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind (U *Manfredi ua*, EU:C:2006:461, Rn 64).

25. Daher dürfen die Vorschriften über die Rechtsbehelfe, die den Schutz der dem Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nicht weniger günstig sein als bei entsprechenden Rechtsbehelfen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz), und sie dürfen die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz) (vgl U *Courage und Crehan*, EU:C:2001:465, Rn 29; *Manfredi ua*, EU:C:2006:461, Rn 62; *Pfleiderer*, EU:C:2011:389, Rn 24; sowie *Donau Chemie ua*, EU:C:2013:366, Rn 27).

26. Dabei dürfen diese Vorschriften speziell im Bereich des Wettbewerbsrechts nicht die wirksame Anwendung der Art 101 und 102 AEUV beeinträchtigen (vgl U C-439/08, *VEBIC*, EU:C:2010:739, Rn 57; *Pfleiderer*, EU:C:2011:389, Rn 24; sowie *Donau Chemie ua*, EU:C:2013:366, Rn 27).

[Schäden durch Umbrella Pricing sind Folge des Kartellverstößes]

27. Im Ausgangsverfahren trägt ÖBB-Infrastruktur vor, ein Teil des ihr entstandenen Schadens sei durch das fragliche Kartell verursacht worden, das es ermöglicht habe, den Marktpreis so hoch anzusetzen, dass auch nicht am Kartell beteiligte Wettbewerber von diesem Marktpreis, der höher gewesen sei, als er es ohne das Kartell gewesen wäre, hätten profitieren können, sei es in Bezug auf die Gewinnspanne oder auch nur in Bezug auf die Überlebensspanne, wenn sie aufgrund ihrer Kostenstruktur unter normalen Wettbewerbsbedingungen vom Markt hätten verdrängt werden können.

28. Die Beteiligten, die Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht haben, bestreiten nicht, dass eine Erscheinung wie das „umbrella pricing“ unter bestimmten Umständen als mögliche Folge eines Kartells anerkannt sei. Dagegen machen die RekWerberinnen des Ausgangsverfahrens iW geltend, es sei nicht opportun, das Unionsrecht dahin auszulegen, dass es auf das „umbrella pricing“ gestützte Schadenersatzansprüche („umbrella claims“) anerkenne.

29. Hierzu ist festzustellen, dass der Marktpreis einer der wichtigsten Gesichtspunkte ist, die ein Unternehmen bei der Festsetzung des Preises berücksichtigt, zu dem es seine Waren oder Dienstleistungen anbietet. Gelingt es einem Kartell, den Preis für bestimmte Produkte künstlich hoch zu halten, und sind bestimmte Marktbedingungen, insb hinsichtlich der Art des Produkts oder der Größe des von diesem Kartell erfassten

Marktes, erfüllt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich das nicht am Kartell beteiligte konkurrierende Unternehmen entschließt, den Preis für sein Angebot höher festzusetzen, als es dies unter normalen Wettbewerbsbedingungen, dh ohne das Kartell, getan hätte. In einem solchen Kontext ist jedoch festzustellen, dass der Kartellaußenseiter seine Entscheidung über die Festsetzung eines Angebotspreises, auch wenn sie als eine völlig autonome Entscheidung anzusehen ist, unter Bezugnahme auf einen Marktpreis treffen konnte, der durch dieses Kartell verfälscht worden und damit wettbewerbswidrig war.

30. Folglich gehört, anders als Schindler Aufzüge und Fahrtreppen sowie Schindler Liegenschaftsverwaltung vortragen, die Schädigung des Kunden eines nicht an einem Kartell beteiligten, aber von den wirtschaftlichen Bedingungen des „umbrella pricing“ profitierenden Unternehmens durch einen Angebotspreis, der höher ist, als er es ohne dieses Kartell gewesen wäre, zu den möglichen Folgen des Kartells, die den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben können.

[Verneinung des Anspruchs würde volle Wirksamkeit von Art 101 AEUV beeinträchtigen]

31. Bezüglich der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung ergibt sich aus der Vorlageentscheidung, dass das österr Recht einen Schadenersatzanspruch in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens kategorisch ausschließt, weil davon ausgegangen wird, dass der Kausalzusammenhang zwischen dem entstandenen Schaden und dem betreffenden Kartell in Ermangelung einer vertraglichen Beziehung zu einem Kartellbeteiligten durch die eigenständige Entscheidung des Unternehmens, das nicht am Kartell beteiligt ist, aber aufgrund des Kartells einen höheren Preis festgesetzt hat („umbrella pricing“), unterbrochen wurde.

32. Zwar ist, wie in Rn 24 des vorliegenden U ausgeführt, die Bestimmung der Regeln für die Anwendung des Begriffs „ursächlicher Zusammenhang“ grds Aufgabe des innerstaatlichen Rechts des einzelnen MS. Nach der in Rn 26 des vorliegenden U angeführten Rsp des Gerichtshofs müssen diese nationalen Regeln jedoch die volle Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts der Union sicherstellen (vgl idS U *VEBIC*, EU:C:2010:739, Rn 63). Sie müssen daher speziell das mit Art 101 AEUV verfolgte Ziel berücksichtigen, das darin besteht, die Aufrechterhaltung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt zu gewährleisten und damit Preise, die unter den Bedingungen eines freien Wettbewerbs festgesetzt werden. Infolgedessen hat der Gerichtshof, wie in Rn 22 des vorliegenden U ausgeführt, entschieden, dass die nationalen Regeln jedermann das Recht zuerkennen müssen, Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen.

33. Die volle Wirksamkeit von Art 101 AEUV wäre aber in Frage gestellt, wenn das jedem zustehende Recht, Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen, nach dem nationalen Recht kategorisch und unabhängig von den speziellen Umständen des konkreten Falls vom Vorliegen eines unmittelbaren Kausalzusammenhangs abhängig gemacht würde und aufgrund der Tatsache ausgeschlossen wäre, dass der Betroffene vertragliche Beziehungen nicht zu einem Kar-

tellbeteiligten, sondern zu einem Kartellaußenseiter hatte, auch wenn dessen Preispolitik eine Folge des Kartells ist, das zu einer Verfälschung der auf wettbewerbsorientierten Märkten herrschenden Preisgestaltungsprozesse beigetragen hat.

34. Daher kann ein durch das „umbrella pricing“ Geschädigter den Ersatz des ihm durch die Mitglieder eines Kartells entstandenen Schadens verlangen, obwohl er keine vertraglichen Beziehungen zu ihnen hatte, wenn erwiesen ist, dass dieses Kartell nach den Umständen des konkreten Falls und insb den Besonderheiten des betreffenden Marktes ein „umbrella pricing“ durch eigenständig handelnde Dritte zur Folge haben konnte, und wenn diese Umstände und Besonderheiten den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben konnten. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.

[Schadenersatzanspruch setzt keinen Gewinn der Beklagten voraus]

35. Kone und Otis machen geltend, dass mit Klagen auf Ersatz des Schadens, der durch die aufgrund des „umbrella pricing“ erhöhten Preise entstanden sei, ein Strafschadenersatz verlangt werde, da dem Schaden von ÖBB-Infrastruktur keine Bereicherung der Rek-Werberinnen des Ausgangsverfahrens gegenüberstehe. Dazu ist jedoch festzustellen, dass die Regeln über die außervertragliche Haftung die Höhe eines ersatzfähigen Schadens nicht von dem Gewinn abhängig machen, den der Schadensverursacher erzielt hat.

[Irrelevanz der Kronzeugenregelung]

36. Kone und Otis tragen weiter vor, dass ein solcher Schadenersatz geeignet sei, die Bereitschaft der betroffenen Unternehmen zur Unterstützung der Ermittlungshandlungen der Wettbewerbsbehörden zu vermindern, was dem Effektivitätsgrundsatz widerspreche. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Kronzeugenregelung eine von der Kom mit ihrer Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl C 2006/298, 17) eingeführte Regelung ist, die keine Gesetzeskraft besitzt und für die MS nicht verbindlich ist (U *Pfleiderer*, EU:C:2011:389, Rn 21). Folglich kann die Kronzeugenregelung dem Einzelnen nicht das Recht nehmen, vor den nationalen Gerichten den Ersatz des Schadens zu verlangen, der ihm durch einen Verstoß gegen Art 101 AEUV entstanden ist.

[Ergebnis]

37. Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art 101 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts eines MS entgegensteht, wonach es aus Rechtsgründen kategorisch ausgeschlossen ist, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für Schäden haften, die daraus resultieren, dass ein an diesem Kartell nicht beteiligtes Unternehmen in Anbetracht der Machenschaften des Kartells seine Preise höher festgesetzt hat, als es dies ohne das Kartell getan hätte.

Anmerkung:

Die vorliegende E des EuGH wurde mit großer Spannung erwartet. Immerhin ist es das erste Mal, dass der EuGH zu einem der in Österreich anhängigen und wohl wegweisenden „Aufzugskartell-Fälle“ entscheidet. Das U ist über den konkreten Anlassfall hinaus von erheblicher Bedeutung.

Zunächst folgt der EuGH zwar nicht der Meinung von GA *Kokott*, wonach die betreffenden Ansprüche (einschließlich der Frage der Kausalität) insgesamt unionsrechtlicher Natur seien und somit nationales Zivilrecht hier gar nicht zur Anwendung käme (Schlussanträge GA *Kokott*, C-557/12, Rn 24). Vielmehr geht der EuGH von der Anwendung nationalen Zivilrechts aus. Er macht dabei aber gleichzeitig klar, dass es dabei nur um die „Modalitäten für die Ausübung dieses Rechts gehe“. Das Recht selber (dh der grundsätzliche Anspruch auf Schadenersatz) ist somit auch seiner Meinung nach rein unionsrechtlich determiniert. Hier befindet sich der EuGH somit wieder im Einklang mit GA *Kokott*. Das ist insofern von Bedeutung, als die damit fortgesetzte „Jedermann-Rsp“ des EuGH (zB C-295 – 298/04, *Manfredi ua*) nicht nur die Frage betrifft, wer einen Anspruch geltend machen kann; aus ihr ergibt sich auch, dass es sich dabei um eine umfassende Schadenersatzpflicht handelt (die neben entgangenem Gewinn wohl auch Zinsen ab Schadenszufügung erfasst – s Schlussanträge GA *Kokott*, C-557/12, Rn 95 f, mit Verweis auf C-295 – 298/04, *Manfredi ua*).

Um dieses Ziel zu erreichen, sind die innerstaatlichen Regelungen iS des unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatzes und des Effektivitätsgrundsatzes anzuwenden. Letzterer ist dann auch im Fokus der weiteren Ausführungen des EuGH.

Der EuGH setzt in der Folge dieses Verständnis einer unionsrechtlich determinierten „umfassenden Schadenersatzpflicht“ um, indem er das Argument einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs nicht akzeptiert. Soweit nationales Recht entgegensteht, wäre dieses „automatisch“ entsprechend modifiziert.

Der EuGH lässt zwar offen, wer das Umbrella Pricing beweisen muss. Rn 34 des U verlangt aber jedenfalls nur den Nachweis, dass ein solches nach den konkreten Umständen möglich sein konnte. Sollte man daher davon ausgehen, dass die Beweislast für das Umbrella Pricing den Kl trifft, so würde nach dieser Formulierung wohl der Nachweis der grundsätzlichen Möglichkeit genügen, dass auf dem betreffenden Markt Umbrella Pricing stattfinden konnte. Im Gegenzug würde dann den Bekl die Möglichkeit offenstehen zu beweisen, dass es trotzdem konkret nicht zu einem Umbrella Pricing gekommen ist. Weiters setzt das Bestehen des Anspruchs nach Rn 34 voraus, dass die Möglichkeit eines Umbrella Pricings den Kartellanten nicht verborgen bleiben konnte. Insofern besteht ein Spannungsverhältnis zu Rn 30. Dort geht der EuGH nämlich davon aus, dass eine derartige Verfälschung des Marktpreises durch das Kartell mit der Folge, dass



auch Kartellaußenseiter ihre Preise anheben, eine der möglichen Folgen eines Kartells ist, die den Kartellanten nicht verborgen bleiben können. Um dieses Spannungsverhältnis aufzulösen, ist Rn 34 wohl dahingehend zu interpretieren, dass die Kartellanten **auch im konkreten Fall** mit diesem Effekt rechnen mussten.

Der EuGH hält in Rn 34 zusätzlich fest, dass es Aufgabe des vorliegenden Gerichts sei zu prüfen, ob die vorgenannten Kriterien für das Vorliegen eines Umbrella Pricings gegeben sind. Es ist interessant, dass der EuGH hier keine Antrags- oder Beweiserfordernisse des Kl erwähnt. Damit meint er wohl nicht, dass die zivilprozessualen Regelungen zur Behauptungs- und Beweislast zur Gänze ausgehebelt werden (und ein neuer „Untersuchungsgrundsatz“ in den Zivilprozess eingeführt wird). Dennoch wird daraus abzuleiten sein, dass die diesbezüglichen Anforderungen an den Kl nicht zu streng sein dürfen. IdR wird hier ohnedies ein Sachverständigenbeweis zu führen sein, den das Gericht wohl aufzunehmen hat, sofern er beantragt wird und ein Umbrella Pricing nicht aufgrund der besonderen Umstände des Markts von vornherein vollkommen ausgeschlossen ist (es sind allerdings kaum Konstellationen vorstellbar, in denen Letzteres der Fall wäre).

Ganz allgemein wird die Wahrscheinlichkeit des Umbrella Pricings umso höher sein, je größer der Marktanteil der Kartellanten war und je stärker die Signalwirkung der von den Kartellanten verlangten Preise für den Markt ist. Bei einem Kartell mit einem Marktanteil von nahe 80%, das über Jahrzehnte von den we-

sentlichen Unternehmen der betreffenden Branche durchgeführt wurde, liegt Umbrella Pricing daher schon nach allgemeiner Lebenserfahrung sehr nahe.

Für den konkreten Fall ist aber ohnedies bereits in Rn 8 des EuGH-U festgehalten: *„Dadurch wurden der Markt und insb die unter normalen Wettbewerbsbedingungen eintretende Entwicklung der Preise verfälscht.“* Die Verfälschung der Preise wurde daher im konkreten Fall von den österr Gerichten bereits dem Grunde nach festgestellt, sodass es im weiteren Verfahren wohl nur mehr um die Höhe der Marktverfälschung gehen kann.

Über den konkreten Anlassfall des Umbrella Pricings hinaus ist dieses U aber insofern von erheblicher Bedeutung, als es nochmals klarstellt, dass nationales Recht iZm unionsrechtlich motivierten Kartellschadenersatzansprüchen nach den Vorgaben des Äquivalenzgrundsatzes und insb des Effektivitätsgrundsatzes auszulegen ist. Dieser Grundsatz wird ua bei den Anforderungen an die Behauptungs- und Beweislast, beim Beginn des Zinsenlaufs und bei der Feststellung der Schadenshöhe zu beachten sein. Das bedeutet zwar nicht, dass die Kl vollkommen von ihrer Behauptungs- und Beweislast enthoben sind, wohl aber werden die besonderen Umstände und Schwierigkeiten, die der Geltendmachung von Kartellschadenersatzansprüchen eigen sind, zu berücksichtigen sein. Diesen Umständen ist ggf mit der unionsrechtlich gebotenen Anpassung des traditionellen Instrumentariums des Zivil- bzw Zivilprozessrechts zu begegnen.

Raoul Hoffer

