

ABHANDLUNGEN

Also sprach der EuGH zu „Umbrella Claims“

Der EuGH behandelt in der Entscheidung in der Rs *Kone* (C-557/12) das Thema „Umbrella Claims“ und nimmt eine differenziertere Position ein als der OGH im Vorlagebeschluss für rein nationale Fälle skizziert hatte. Der vorliegende Beitrag analysiert die EuGH-Entscheidung und ihre Folgen für die österreichische Praxis.

Deskriptoren: Schadenersatz wegen Kartellrechtsverstoß, Umbrella Claims, Preisschirmeffekt.

Normen: § 1295 ABGB, Art 101 AEUV.

Von Isabella Hartung / Maximilian Mertel

I. Einleitung

In seiner Entscheidung vom 5.6.2014 in der Rechtssache *Kone* (C-557/12)¹ hat sich der EuGH erstmals mit dem Thema der schadenersatzrechtlichen Haftung von an einem Kartell beteiligten Unternehmen für sogenannte Preisschirmeffekte und darauf beruhenden Ansprüchen (sog. „umbrella claims“) befasst. Dabei wird davon ausgegangen, dass nicht am Kartell beteiligte Wettbewerber ihre Preise „unter dem Schirm des Kartells“ auf ein Niveau, das ohne Kartell am relevanten Markt nicht durchsetzbar wäre, erhöht haben (sog. „umbrella pricing“). Fraglich ist in einer solchen Situation, ob Kunden dieser Wettbewerber den ihnen aus einer solchen Preiserhöhung allenfalls entstandenen Schaden bei den Kartellbeteiligten geltend machen können, dh in wie weit Kartellbeteiligte für die Preispolitik von Kartellaußenseitern haften.

Der Entscheidung des EuGH liegt ein Vorabentscheidungsersuchen des OGH in einem Zivilverfahren zur Frage zu Grunde, ob die in der Vergangenheit am sog. „Aufzugskartell“ beteiligten Unternehmen auch für Schäden durch Preisschirmeffekte haften. Eine solche Haftung hat der OGH nach österreichischem Schadenersatzrecht verneint, da „der Kausalzusammenhang wegen des Dazwischentretens einer eigenständigen unternehmerischen Entscheidung des Kartellaußenseiters [...]

unterbrochen [ist].“² Zudem liege auch kein Rechtswidrigkeitszusammenhang vor, da der Schaden durch „umbrella pricing“ nur infolge einer Seitenwirkung wegen der selbständigen, aus eigenen unternehmerischen Erwägungen des Kartellaußenseiters motivierten Entscheidung eintrete und als mittelbarer Schaden nicht zu ersetzen sei.³

Da den am Aufzugskartell beteiligten Unternehmen in den Kartellverfahren vor der Europäischen Kommission und dem Kartellgericht ein Verstoß gegen Unionskartellrecht (Art 85 bzw Art 81 EGV, nunmehr Art 101 AEUV) zur Last gelegt worden war, wollte der OGH im nachfolgenden zivilen Schadenersatzverfahren mit seiner Vorlage an den EuGH ergründen, ob dieser Ausschluss eines Schadenersatzanspruches für Preisschirmeffekte mit dem im Unionsrecht geltenden Effektivitätsgrundsatz im Einklang steht.⁴ Konkret stellte der OGH die Frage, ob Art 101 AEUV dahin auszulegen sei, 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.⁵

II. Die Entscheidung des EuGH

2.1 Schadenersatz für Preisschirmeffekt ist keine Frage des Unionsrechts

Anders als noch die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen,⁶ sieht der EuGH die Frage, ob für Preisschirmeffekte Schadenersatz zu gewähren ist (also ob ein Schadenersatzanspruch besteht), nicht als eine Frage des Unionsrechts an.

1 EuGH 5.6.2014, C-557/12, *Kone* (noch nicht in der Slg veröffentlicht).

2 S Vorlagebeschluss des OGH vom 17.10.2012, 7 Ob 48/12b. Vgl zuvor *Hartung*, „Umbrella claims“: Schadenersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen?, *ecolex* 2012, 497.

3 S Vorlagebeschluss des OGH vom 17.10.2012, 7 Ob 48/12b.

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 Vgl Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 30.1.2014, C-557/12, *Kone*, Rn 28.

Der Gerichtshof verweist zwar auf seine bisherige Rsp, wonach jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen kann, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht.⁷ Er betont dabei aber, dass die Regelung der Modalitäten für die Ausübung dieses Rechts – einschließlich der Regeln für die Anwendung des Begriffs „ursächlicher Zusammenhang“ – den innerstaatlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten überlassen sei. Diese müssen dabei den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz beachten.⁸

Damit wird durch den EuGH kein einheitliches EU-Schadenersatzrecht für Wettbewerbsverstöße geschaffen, wie es die Schlussanträge der Generalanwältin vorgezeichnet hätten. Anstelle einer Vollharmonisierung überlässt es der Gerichtshof weiterhin grundsätzlich dem Recht der Mitgliedstaaten, die für einen Schadenersatzspruch erforderlichen Kausalitäts- und Zurechnungsregeln vorzusehen.

2.2 Zurechnung kann im Einzelfall auch aus Rechtsgründen ausgeschlossen sein

In der Folge prüft der EuGH, ob die Zurechnungsregeln des österreichischen Schadenersatzrechts dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz entsprechen und beantwortet die Vorlagefrage differenziert dahingehend, dass zwar Art 101 AEUV einer Auslegung und Anwendung innerstaatlichen Rechts entgegensteht, wonach es aus Rechtsgründen „kategorisch ausgeschlossen“ ist, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für Preisschirmeffekt-Schäden haften.⁹ Allerdings verstößt aus Sicht des EuGH nicht jeglicher im nationalen Recht vorgesehene Ausschluss der Haftung für Preisschirmeffekte aus Rechtsgründen gegen den Effektivitätsgrundsatz, sondern nur ein solcher, der „kategorisch und unabhängig von den speziellen Umständen des konkreten Falls“ erfolgt.¹⁰

Der EuGH gibt auch konkrete Punkte vor, anhand derer im Einzelfall zu beurteilen ist, ob eine Haftung für Preisschirmeffekt-Schäden grundsätzlich rechtlich möglich ist: Ein durch „umbrella pricing“ Geschädigter kann laut EuGH 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 Falles und insbesondere 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.¹¹

Der EuGH hat also die Vorlagefrage in der Formulierung des OGH nicht vollinhaltlich bejaht – er ist offensichtlich *nicht* der Meinung, 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. Vielmehr kommt es stets auf die speziellen Umstände des konkreten Falles an.

Mit seiner differenzierenden Betrachtung untergräbt der EuGH auch keineswegs die dogmatischen Grundsätze des österreichischen Schadenersatzrechts, die für die haftungsrechtliche Zurechnung gelten: Die vom EuGH entwickelten und oben dargestellten Kriterien stellen bei genauer Betrachtung nämlich lediglich eine Präzisierung der Adäquanztheorie dar, wonach – zur Vermeidung einer uferlosen Schadenersatzpflicht – der Schädiger für unvorhersehbare Schäden nicht zu haften braucht.¹² Der EuGH lässt also insofern „die Kirche im Dorf“.

Das vom OGH in der Begründung des Vorlagebeschlusses diskutierte Thema des (mangelnden) Rechtswidrigkeitszusammenhangs wird vom EuGH nicht explizit beleuchtet (lediglich die Generalanwältin geht in ihren Schlussanträgen auch auf den Rechtswidrigkeitszusammenhang ein und bejaht einen solchen bei Preisschirmeffekt-Schäden¹³). Aus der Beantwortung der Vorlagefrage durch den EuGH kann aber geschlossen werden, dass der Ersatz von Schäden, die aus dem Preisschirmeffekt resultieren, im Rahmen des nationalen Zivilrechts nicht von vornherein wegen fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs ausgeschlossen sein darf. Dies käme nämlich einem kategorischen Haftungsausschluss gleich, der vom EuGH abgelehnt wurde. Ob der Rechtswidrigkeitszusammenhang unter bestimmten Umständen ausgeschlossen sein kann (und wie diese Umstände im Detail beschaffen sein müssten), spricht der EuGH nicht speziell an. Womöglich betrachtet der EuGH die Zurechnungskriterien „Rechtswidrigkeitszusammen-

7 EuGH 5.6.2014, C-557/12, *Kone*, Rn 22.

8 EuGH 5.6.2014, C-557/12, *Kone*, Rn 24.

9 EuGH 5.6.2014, C-557/12, *Kone*, Rn 37.

10 Vgl EuGH 5.6.2014, C-557/12, *Kone*, Rn 33.

11 EuGH 5.6.2014, C-557/12, *Kone*, Rn 34.

12 Vgl *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁴, § 1295 Rz 6f mwN.

13 Nach Ansicht der Generalanwältin entspricht die Wiedergutmachung von Schäden, die auf Preisschirmeffekten beruhen, dem Schutzzweck von Art 101 AEUV, dessen Ziel es ist, ein System unverfälschten Wettbewerbs zu schaffen und aufrechtzuerhalten; vgl Schlussanträge der Generalanwältin vom 30.1.2014, C-557/12, *Kone*, Rn 56 ff.

hang“, „Verursachung“ und „Adäquanz“, die in der österreichischen Dogmatik fein säuberlich getrennt werden, als Teil eines einheitlichen rechtlichen Kriteriums, nämlich der Kausalität. Dieses Kriterium ist – immer unter Beachtung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes – von den Mitgliedstaaten „mit Leben zu füllen“.

III. Folgen der Entscheidung für die österreichische Praxis

Durch die Entscheidung des EuGH haben sich bei Verstößen gegen Art 101 AEUV lediglich die Kriterien geändert, anhand derer in einem nachfolgenden Schadenersatzprozess wegen „umbrella claims“ die Kausalität und insbesondere der Adäquanzzusammenhang zu beurteilen sind: Ein Ausschluss des Kausalzusammenhangs allein mit der allgemeinen Begründung des Dazwischentretens einer eigenständigen unternehmerischen Entscheidung des Kartellaußenseiters ist ohne Prüfung der Umstände des Einzelfalles im sachlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Unionsrechts nicht mehr möglich, weil es sich dabei um einen kategorischen Haftungsausschluss handeln würde.¹⁴

Eine Haftung für Preisschirmeffekte kann im Einzelfall aber, wie gesagt, sehr wohl aus Rechtsgründen ausgeschlossen sein. Damit nämlich Preisschirmeffekt-Schäden den Kartellbeteiligten (rechtlich) zugerechnet werden können, muss im Einzelfall nachgewiesen werden, dass (i) die Umstände des konkreten Falls, insbesondere die Charakteristika des Kartells und des relevanten Marktes, geeignet waren, als Folge des (konkreten) Kartells ein „umbrella pricing“ hervorzurufen, und (ii) diese Umstände und Besonderheiten des relevanten Marktes den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben konnten (maW die Eignung der konkreten Umstände, als Folge des Kartells einen Preisschirmeffekt auszulösen, für die Kartellbeteiligten erkennbar war).¹⁵

Wenn also entweder (i) die Umstände des konkreten Falls nicht dafür geeignet waren, dass das betreffende Kartell einen Preisschirmeffekt nach sich zieht, oder (ii)

die Eignung zwar vorlag, die ihr zugrunde liegenden Umstände den Kartellbeteiligten aber nicht bewusst sein mussten (zB weil es sich zumindest teilweise um Umstände auf Seiten der nicht am Kartell beteiligten Wettbewerber handelt), ist eine Haftung für Preisschirmeffekt-Schäden im konkreten Fall weiterhin aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen.

Um die Frage der Zurechnung beantworten zu können, müssen vom Gericht Feststellungen insbesondere zu den Besonderheiten des betreffenden Marktes getroffen werden – insofern handelt es sich dabei um eine Tatfrage. Ob diese festzustellenden Besonderheiten die oben zu (i) genannte Eignung des Marktes begründen, ist aber als Rechtsfrage einzustufen. Ob diese Besonderheiten den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben konnten, ist ebenfalls eine Rechtsfrage.

Es sind jedenfalls mehrere Fallkonstellationen denkbar, in denen im Einzelfall eine Haftung für Preisschirmeffekt-Schäden zu verneinen ist:

- Die Umstände des Kartells bzw der betreffende konkrete Markt waren schon ihrer Art nach nicht dafür geeignet, einen Preisschirmeffekt entstehen zu lassen.
- Die Umstände bzw der betreffende konkrete Markt waren zwar ihrer Art nach dafür geeignet, aufgrund des konkreten Kartells einen Preisschirmeffekt entstehen zu lassen. Den Kartellbeteiligten mussten diese Umstände und Besonderheiten jedoch nicht erkennbar sein. Ein allenfalls tatsächlich eingetretener Preisschirmeffekt ist den Kartellbeteiligten daher rechtlich nicht zurechenbar.

In beiden gerade genannten Fällen brauchen also die Kartellbeteiligten für solche unvorhersehbaren Folgen im Sinne der Adäquanztheorie schon aus Rechtsgründen nicht einzustehen. Abgesehen davon ist aber immer auch noch folgender Fall denkbar, in dem die Kartellbeteiligten nicht zur Haftung herangezogen werden können:

- Die Umstände bzw der betreffende konkrete Markt waren zwar ihrer Art nach dafür geeignet, einen Preisschirmeffekt entstehen zu lassen. Den Kartellbeteiligten mussten diese Umstände und Besonder-

14 Zur Haftung für „umbrella pricing“ bei Verstößen nur gegen § 1 KartG (und nicht auch Art 101 AEUV) hat sich der EuGH naturgemäß nicht geäußert. Zumindest für Verstöße in Zeiträumen vor dem EU-Beitritt Österreichs wird der OGH diesbezüglich wohl bei der in seinem Vorlagebeschluss vom 17.10.2012, 7 Ob 48/12b, vorgezeichneten Verneinung einer Haftung bleiben.

15 Der EuGH sagt in Rn 34 seiner *Kone*-Entscheidung nichts darüber aus, welcher Partei die Beweislast für diese Umstände obliegt, sondern meint lediglich, es sei „Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind“. Demgemäß wird es beim allgemeinen Grundsatz bleiben, dass jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat. Auch bei Verletzung eines Schutzgesetzes wie Art 101 AEUV bzw § 1 KartG kommt es zu keiner Umkehr der Beweislast

für den Kausalzusammenhang, die diesbezügliche Beweislast bleibt also beim Kläger – selbst wenn die Rsp bei Verletzung eines Schutzgesetzes keinen strengen Beweis des Kausalzusammenhangs fordert, sondern der Beweis des ersten Anscheins dafür spricht, dass der von der Norm zu verhindernde Schaden durch das verbotene Verhalten verursacht wurde. Ein solcher Anscheinsbeweis ist überdies nur zulässig, wenn eine typische formelhafte Verknüpfung zwischen der tatsächlich bewiesenen Tatsache und dem gesetzlich geforderten Tatbestandselement besteht (vgl zu all dem OGH 28.3.2014, 2 Ob 213/13g, mwN). Laut Entscheidung des EuGH iS *Kone* ist jedoch auf die Umstände des konkreten Falls abzustellen, sodass ein Anscheinsbeweis für die in Rn 34 festgeschriebenen Kriterien wohl nicht in Frage kommt.

16 Schlussanträge vom 30.1.2014, C-557/12, *Kone*, Rn 48.

heiten auch erkennbar sein. Es gelingt jedoch dem Schadenersatz begehrenden Kläger (der die Beweislast für Schaden und Kausalität der rechtswidrigen Handlung für den Schaden trägt) nicht, zu beweisen, dass auch tatsächlich ein Preisschirmeffekt und ein Schaden eingetreten sind.

IV. Anwendung der Kriterien des EuGH im Ausgangsfall

In dem der EuGH-Entscheidung zugrunde liegenden Ausgangsfall scheinen die Umstände und Besonderheiten des betreffenden Marktes (soweit sie aus den veröffentlichten Entscheidungen ablesbar sind) eher dagegen zu sprechen, dass das konkrete (Aufzugs-)Kartell ein „umbrella pricing“ eines Dritten zur Folge haben konnte (und somit gar nicht mehr zu prüfen wäre, ob diese Umstände und Besonderheiten den Kartellbeteiligten verborgen bleiben konnten):

- Generalanwältin Kokott hat zwar richtig festgehalten, dass es für einen Kartellaußenseiter umso leichter ist, sich bei seiner eigenen Preisbildung am Geschäftsgebaren der Kartellbeteiligten zu orientieren, je homogener und transparenter der sachlich relevante Markt ist.¹⁶ Bei Aufzügen und Fahrtreppen handelt es sich jedoch offenbar um sehr heterogene Produkte, bei denen die Anforderungen an die konkrete Leistung des Lieferanten abhängig von den Kundenwünschen und den Umständen der Errichtung stark variieren.¹⁷
- Aufträge betreffend Aufzüge und Fahrtreppen werden oft im Wege von Ausschreibungen vergeben; auch die Klägerin im Ausgangsverfahren hat die verfahrensgegenständlichen Aufträge im Rahmen von Ausschreibungs- bzw Vergabeverfahren an einen Kartellaußenseiter vergeben. Ob ein Ausschreibungsmarkt überhaupt geeignet ist, einen Preisschirmeffekt hervorzurufen, scheint durchaus fraglich – kann doch bei einer Ausschreibung ein Kartellaußenseiter (wie auch ein Kartellteilnehmer) ex ante gar nicht wissen, welche seiner Wettbewerber überhaupt und zu welchen Preisen anbieten werden. Dass die Ergebnisse des Vergabeverfahrens ex post für die Bieter

verlesen werden¹⁸ und somit bei künftigen Aufträgen für diese Bieter der konkreten Ausschreibung als Anhaltspunkt für zukünftige Preise der konkreten Mitbewerber dienen können, mag bei homogenen Produkten stimmen, nicht aber bei heterogenen, auf Kundenanforderungen zugeschnittenen Produkten.¹⁹

- Das Aufzugskartell umfasste nur ca ein Drittel des Marktvolumens, wobei von den im Rahmen des Kartells abgestimmten Projekten wiederum ein Drittel nicht wie geplant zustande kamen, ua da sich die Kartellbeteiligten nicht immer an die Absprachen hielten und/oder Kartellaußenseiter den Zuschlag bekamen.²⁰ Dh in der großen Mehrzahl der Fälle (ca 78%) gab es keine bzw keine wirksame Absprache. Dies konnte den Kartellaußenseitern zwar ebenso wenig bekannt sein wie wahrscheinlich die Existenz des Kartells an sich, müsste aber – Kartellwirkungen vorausgesetzt – zu einer verstärkten Preisvarianz zwischen einzelnen Projekten geführt und damit die Erwartungssicherheit aller Ausschreibungsteilnehmer über die von anderen angebotenen Preise weiter reduziert haben.
- Zu berücksichtigen ist auch, dass das Aufzugskartell keine Preisabsprachen, sondern Absprachen zur Marktaufteilung bzw zu „preferred customers“ zum Gegenstand hatte;²¹ solche zielen – anders als Preisabsprachen – idR primär darauf ab, den Kartellbeteiligten eine Mindestanzahl an Abnehmern zu garantieren (nicht aber darauf, das Preisniveau hoch zu halten).²² Würde der Ausgangsfall mit seinen konkreten Umständen als „umbrella pricing“ auslösend eingestuft, scheint fraglich, in welchen Fällen die Haftung von Kartellbeteiligten für das Verhalten von Dritten überhaupt verneint werden könnte. Am ehesten wäre eine Zurechnung möglicher Preiserhöhungen von Drittlieferanten nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien zu bejahen im Fall transparenter Märkte mit homogenen Produkten, auf denen das Kartell eine marktbeherrschende Stellung einnimmt und die Kartellaußenseiter nur über geringe Marktanteile sowie über eine geringe Angebotselastizität verfügen.²³ Dabei wäre wohl in erster Linie an Rohstoffmärkte mit hoher Preistransparenz oder zumindest mit öffentlich verfügbarer Preisinformation zu denken.

17 Sind die Produkte der Kartellaußenseiter mit den Produkten der Kartellbeteiligten nicht hinreichend substituierbar, wird die Preisentwicklung bei den kartellverfangenen Projekten kaum Auswirkungen auf die Preisentwicklung bei mit diesen nicht im Wettbewerb stehenden Projekten von Kartellaußenseitern haben können.

18 Vgl §§ 118, 121 BVergG; Geheimhaltung bei Verhandlungsverfahren.

19 Die Formulierung in den Schlussanträgen vom 30.1.2014, C-557/12, *Kone*, Rn 49, dass die Ergebnisse von Vergabeverfahren „den anderen Marktteilnehmern keineswegs verborgen“ bleiben, greift daher in mehrfacher Hinsicht zu weit.

20 Laut Entscheidung des OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 5/08, im Geldbußen-Verfahren; vgl auch Schlussanträge vom 30.1.2014, C-557/12, *Kone*, Rn 8.

21 OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 5/08.

22 Dass Preisschirmeffekte nicht auftreten können, wenn das Kartell nicht einmal eine Auswirkung auf die Preise der am Kartell beteiligten Unternehmen hatte, versteht sich von selbst.

23 Vgl *Beth/Pinter*, Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadenersatzverfahren, WuW 2013, 228.

Schlussfolgerung

Insgesamt wird die EuGH-Entscheidung in Sachen *Kone* keine tiefgreifenden Umwälzungen im österreichischen Schadenersatzrecht nach sich ziehen – wenngleich die Zivilgerichte in zukünftigen „umbrella claims“-Fällen im Anwendungsbereich von Art 101 AEUV differenzierter vorgehen werden müssen, als es dem vom OGH im Vorlagebeschluss vom 17.10.2012 dargestellten Stand der Lehre für Fälle ohne EU-rechtlichen Bezug entsprach. Die *Kone*-Entscheidung des EuGH fügt sich damit gut in die bereits in anderen Zusam-

menhängen etablierten schadenersatzrechtlichen Zurechnungskriterien – Stichwort: Adäquanzzusammenhang – ein. Auch der nationale Ausgangsfall, der dem Verfahren vor dem EuGH zugrunde lag, und die vom EuGH vorgezeichneten Kriterien für die Prüfung der konkreten Umstände des Einzelfalles lassen nicht erwarten, dass einer ausufernden Haftung von Kartellbeteiligten für die Preispolitik von nicht am Kartell beteiligten Konkurrenten Tür und Tor geöffnet wird. Die Kirche bleibt also in jeder Hinsicht im Dorf.