

RAA Ass.-Prof. Dr. Peter Stockenhuber, LL.M., Wien, RAA MMag. Rita Wittmann, Wien

„Private enforcement“ jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?

Nahezu zeitgleich zu den Initiativen der Europäischen Kommission zur Verstärkung der privaten Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen bei Kartellverstößen wurden in Österreich von mehreren kartellgeschädigten Unternehmen medienwirksam Schadenersatzansprüche gegen mutmaßliche Teilnehmer an einem mehrere EU-Mitgliedstaaten betreffenden Kartell angekündigt¹⁾. Mit deren erfolgreicher Geltendmachung würden in der österreichischen Kartellrechtspraxis erstmals privatrechtliche Schadenersatzansprüche neben die verwaltungsrechtliche Verhängung von Geldbußen treten. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die möglichen Sanktionen bei Kartellverstößen und beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der Möglichkeit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen.

Deskriptoren: Aufzugskartell, Bundeswettbewerbsbehörde, EU-Kommission, Geldbußen, Gemeinschaftsrecht, Grünbuch der Kommission, Haftungsgrundlage, Haftungsvoraussetzungen, Kartellgericht, Kartellrecht, Kartellstrafrecht, Kartellverstoß, Kronzeugenregelung, Preisabsprache, private enforcement, Schadenersatz(anspruch), Wettbewerbsbeschränkung, Wettbewerbsverstoß, zivilrechtliche Nichtigkeit;

§§ 1295 ff, § 1298, § 1311, § 1331 ABGB; § 84 AktG; § 25 GmbH; § 1 Abs 1–3, § 2 Abs 1, § 29 Z 1, § 30, § 36 Abs 2 KartG 2005; § 142 Z 1 lit a und d KartG 1988; § 146 StGB; § 1 UWG; § 11 Abs 2 WettbG; § 273 ZPO; Art 81, Art 82 Abs 1 EG-V; Art 23 V (EG) Nr 1/2003 des Rates.

Übersicht

A. Einleitung

B. Überblick über mögliche Sanktionen

- I. Sanktionen gegen kartellbeteiligte Unternehmen
 1. Zivilrechtliche Sanktionen
 2. Geldbußen
- II. Sanktionen gegen kartellverantwortliche Unternehmensvertreter und Organträger
 1. Zivilrechtliche Sanktionen
 2. Geldbußen
 3. Strafrecht

C. Schadenersatz

- I. Verstoß gegen Art 81 EG-V
 1. Die europäische Rechtsgrundlage des Schadenersatzanspruchs
 - a) Bestrebungen der Europäischen Kommission in der Vergangenheit
 - b) Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zu individuellen Schadenersatzansprüchen
 2. Die europäische Rechtsgrundlage des Schadenersatzanspruches im Zusammenwirken mit der österreichischen Blankettnorm des § 1311 ABGB
 3. Die Anspruchsvoraussetzungen gem §§ 1295 ff ABGB
 - a) Schaden
 - b) Schadenshöhe und Kausalität
 - c) Rechtswidrigkeit
 - d) Verschulden, Beweislastumkehr
- II. Verstoß gegen § 1 Kartellgesetz
- III. Das Grünbuch der Kommission

A. Einleitung

Im Februar 2007 hat die Europäische Kommission die bisher höchste Gesamtstrafe gegen vier der Absprache von wettbewerbsbeschränkenden Geschäftspraktiken im Zusammenhang mit dem Einbau und der Wartung von Aufzügen und Fahrstufen verdächtige Unternehmensgruppen ausgesprochen²⁾. Der erhobene Vorwurf lautet, die Unternehmen hätten über einen Zeitraum von nahezu 10 Jahren (1995–2004) in vier Mitgliedstaaten der Europäischen Union (B, BRD, Lux, NL) im Rahmen der Beteiligung an öffentlichen und privaten Auftragsvergaben und Ausschreibungen Preis- und Quotenabsprachen getroffen und dadurch gegen Art 81 Abs 1 EG-V verstoßen. Insbesondere seien im Einklang mit zuvor vereinbarten Kartellquoten Gebote zwischen den Kartellbeteiligten abgesprochen worden und habe man durch Abgabe von künstlich erhöhten Angeboten (Scheinangebote) die Zuteilung der Aufträge durch die Auftraggeber manipuliert bzw gesteuert. Die verhängte Geldbuße betrug insgesamt € 992.312.200. Die Kommission nahm den Fall auch zum Anlass, die höchste, aus Anlass eines Kartellverstoßes gegen ein einzelnes Unternehmen bisher verhängte Geldbuße auszusprechen; das deutsche kartellbeteiligte Unternehmen, das aufgrund früherer Kartellverstöße als Wiederholungstäter eingestuft wurde und daher eine 50%-ige Erhöhung der Geldbuße zu gewärtigen hatte, wurde demnach

¹⁾ Vgl nur Salzburger Nachrichten vom 27. 11. 2007: „Klage gegen Aufzugskartell“.

²⁾ Pressemitteilung der Kommission, IP/07/209.

zur Bezahlung eines Betrages in der Höhe von € 479.669.850 verhalten.

Der Fall beschäftigt auch die österreichischen Kartellbehörden. Ende Jänner 2007 hatte die Bundeswettbewerbsbehörde beim Kartellgericht gegen „führende Unternehmen der österreichischen Aufzugs- und Fahrtreppenindustrie“ wegen mutmaßlicher Kartellabsprachen Geldbußenanträge gem § 142 Z 1 lit a und d KartG 1988 eingebracht³⁾. Im Oktober 2007 wurden von ihr schließlich die höchsten bisher in Österreich verhängten Geldbußen gem § 36 (1) Abs 2 iVm § 29 Z 1 KartG 2005 im Gesamtausmaß von € 88 Mio beantragt. Es bestand der begründete Verdacht, dass die Unternehmen seit den 80er Jahren bis zumindest 2004 geheime Absprachen über die Zuteilung von Projekten, Preise und sonstige vertrauliche marktsensitive Informationen getroffen hatten.

Im folgenden Beitrag soll zunächst ein kurzer Überblick über mögliche Sanktionen für Kartellverstöße gewährt werden und im Anschluss daran die Möglichkeit zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen erörtert werden.

B. Überblick über mögliche Sanktionen

I. Sanktionen gegen kartellbeteiligte Unternehmen

1. Zivilrechtliche Sanktionen

Im Bereich des Europarechts ist im Zusammenhang mit Sanktionen für kartellbeteiligte Unternehmen neben der Verhängung von Geldbußen⁴⁾ vor allem an die zivilrechtliche Nichtigkeitssanktion des Art 81 Abs 2 EG-V zu denken. Danach sind alle wettbewerbsbeschränkenden Vertragsabreden und die untrennbar mit ihnen verbundenen Vertragsbestandteile zivilrechtlich nichtig. Daneben stellt sich die Frage, inwieweit eine Verletzung der europäischen Kartellvorschriften die Geschädigten zu Schadenersatzansprüchen gegen die Kartellpartner berechtigen kann (dazu unten Pkt C.I).

Ähnlich dazu führt auch der Verstoß gegen österreichisches Kartellrecht im Zusammenhang mit Kartellverträgen zur Nichtigkeit der entsprechenden Klauseln und sind auch hier Schadenersatzansprüche zu erwägen (dazu unten Pkt C.II).

2. Geldbußen

Geldbußen gegen die kartellbeteiligten Unternehmen sind in Art 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates⁵⁾ vorgesehen. Demnach kann die Kommission bei Verstößen gegen Art 81 oder 82 EG-V gegen das betreffende Unternehmen Geldbußen im Ausmaß von maximal 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahres erzielten Gesamtumsatzes verhängen (Art 23 Abs 2 lit a leg cit). Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße sind sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch die Dauer zu berücksichtigen. In Ausführung die-

ser Grundsätze hat die Kommission Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen⁶⁾ veröffentlicht. Danach wird zunächst ein Grundbetrag festgesetzt, der unter Berücksichtigung der Umsatzhöhe sowie der Schwere und der Dauer des Verstoßes festgelegt wird, und der im Anschluss daran unter Berücksichtigung erschwerender oder mildernder Umstände angepasst, dh erhöht oder gesenkt wird. In Ergänzung dazu hat die Kommission auch eine Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen⁷⁾ veröffentlicht, wonach einem als so genannte Kronzeugen oder „whistleblower“ auftretenden kartellbeteiligten Unternehmen, das als erstes Informationen und Beweismittel vorlegt, die der Kommission gezielte Nachprüfungen oder die Feststellung einer Zuwiderhandlung ermöglichen, die Geldbuße gänzlich erlassen wird⁸⁾.

Nach Europäischem Vorbild enthält auch das österreichische KartellG 2005 die Möglichkeit der Bestrafung von kartellbeteiligten Unternehmern bzw Unternehmen im Ausmaß von maximal 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes (§ 29 Z 1 leg cit). Die durch das Kartellgericht auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde oder des Kartellanwaltes festzusetzende Höhe der Geldbuße richtet sich gem § 30 KartG ähnlich wie nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zunächst nach der Schwere und Dauer des Verstoßes. Daneben sind aber auch das Bereicherungsausmaß, der Verschuldensgrad und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen sowie deren Mitwirkung an der Aufklärung des Kartells zu berücksichtigen. Der Belohnungsgedanke aus Anlass geleisteter Aufklärung findet auch in der Kronzeugenregelung des § 11 Abs 2 WettbG seinen Niederschlag, wonach die Bundeswettbewerbsbehörde unter Berücksichtigung ähnlicher Überlegungen, wie sie nach der Europäischen Kronzeugenregelung zwingend zur Straffreiheit führen, von der Beantragung einer Geldbußenverhängung durch das Kartellgericht Abstand nehmen kann⁹⁾.

II. Sanktionen gegen kartellverantwortliche Unternehmensvertreter und Organträger

Aus dem Blickwinkel der Kartellprävention sind auch Sanktionen gegen die unmittelbar für die Vereinbarung und Durchführung der Kartellab-

⁶⁾ ABl C 210/2, 2006; zur Bemessung *Gruber*, Strengere Strafen im europäischen Kartellrecht, *ecolx* 2006, 669 f.

⁷⁾ ABl C 298/17, 2006.

⁸⁾ Dazu *Hummer*, Kronzeugen – ein neues Zeitalter der Kartellbekämpfung, *ecolx* 2006, 11 ff; *Gruber*, Kartellrecht: Handbuch zur Kronzeugenregelung, RdW 2006, 261 ff; *Öhlberger*, Die österreichische Kronzeugenregelung in einer vergleichenden Analyse, ÖBl 2006/23; zur Bemessung *Gruber*, Strengere Strafen im europäischen Kartellrecht, *ecolx* 2006, 669 f.

⁹⁾ Siehe hierzu auch das Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde („leniency programme“), veröffentlicht unter www.bwb.gv.at.

³⁾ Stellungnahme der BWB v 5. 2. 2007.

⁴⁾ Dazu siehe sogleich Pkt B.I.2.

⁵⁾ ABl L 1/1, 2003.

sprachen verantwortlichen Unternehmensvertreter und Organträger von Bedeutung.

1. Zivilrechtliche Sanktionen

In zivilrechtlicher Sicht kommt eine Verantwortlichkeit und Haftung der unmittelbar Kartellverantwortlichen für Kartellverstöße in Betracht. Hier ist vor allem an den Schaden zu denken, der kartellbeteiligten Unternehmen selbst durch die Verhängung von Geldbußen und durch die mit der Brandmarkung als „Kartellsünder“ verbundenen Imageverluste und daraus möglicherweise resultierenden wirtschaftlichen Nachteile entsteht. Als Anspruchsgrundlagen gegen Geschäftsführer und Vorstände kämen hier insb § 25 GmbH und § 84 AktG in Betracht, steht die Verabredung von gesetzlich verbotenen Kartellabsprachen doch im Widerspruch zu der gebotenen Sorgfalt ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter. In der Praxis stehen mit der möglichen Geltendmachung allfälliger Ersatzansprüche befasste Geschäftsführungsorgane, Aufsichtsräte und auch Gesellschafter jedoch vor der Aufgabe, die Vorteile aus der Hereinbringung allfälliger Ersatzansprüche gegen die Nachteile aus einer wochenlangen medialen Berichterstattung über einen unter Umständen publikumswirksamen Haftungsprozess abzuwägen. Nicht selten gibt hier das Interesse, das Unternehmen aus den Schlagzeilen fernzuhalten, den Ausschlag. Überdies wäre bei Abwägung des Prozessrisikos unter Umständen auch der Aufrechnungseinrede eines beklagten Geschäftsleiters zu begegnen, die sich möglicherweise aus der mit der Kartellteilnahme verbundenen Bereicherung des Unternehmens ableiten ließe, für die freilich der Geschäftsleiter beweispflichtig wäre.

2. Geldbußen

Im Bereich der als Verwaltungsstrafen einzustufenden Geldbußen kommen die kartellverantwortlichen Unternehmensvertreter und Organträger weder auf europäischer Ebene noch im nationalen Recht als Normadressaten in Betracht.

3. Strafrecht

Mit der Kartellrechtsreform (1998) kam das österreichische Kartellstrafrecht zu einem Ende¹⁰⁾. Lediglich für den Bereich von – auch im Kontext des Aufzugskartells höchst relevanten – Absprachen im Zusammenhang mit der Vergabe von privaten oder öffentlichen Aufträgen blieb die gerichtliche Strafbarkeit erhalten. Für diese so genannten Submissionskartelle sieht § 168b StGB Freiheitsstrafen von bis zu drei Jahren vor.

In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die gerichtliche Strafbarkeit von Kartellverstößen in den letzten Jahren in mehreren

Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (wieder) eingeführt wurde. Dieser primär auf das Vorbild und den Einfluss der Vereinigten Staaten von Amerika zurückzuführende Trend könnte dazu führen, dass vor allem so genannte hard core-Kartelle wie Preis-, Mengen- und Marktabsprachen künftig in immer mehr Ländern unter die Strafgerichtsbarkeit fallen könnten. Dies würde auch zu einer vermehrten und besonders von den Vereinigten Staaten von Amerika angestrebten Auslieferung von kartellverantwortlichen Unternehmensverantwortlichen führen, die in der Vergangenheit mitunter an der mangelnden gerichtlichen Strafbarkeit von Kartellabsprachen scheiterte. Die damit verbundene außerordentliche Abschreckungswirkung ist offensichtlich.

C. Schadenersatz

I. Verstoß gegen Art 81 EG-V

1. Die europäische Rechtsgrundlage des Schadenersatzanspruchs

a) Bestrebungen der Europäischen Kommission in der Vergangenheit

Die Europäische Kommission ist seit vielen Jahren bestrebt, die Durchsetzung des europäischen Kartellrechts (auch) auf zivilrechtlichem Wege („private enforcement“) zu verstärken. Sie vertritt die Auffassung, dass die private Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche ein gewichtiges Mittel darstellen sollte, um Unternehmen von Wettbewerbsverstößen abzuschrecken.

b) Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zu individuellen Schadenersatzansprüchen

Seit der Entscheidung des EuGH in *Franco-vich*¹¹⁾ steht fest, dass Pflichtverletzungen durch Mitgliedstaaten zu unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründeten Schadenersatzansprüchen gegen diesen Mitgliedstaat führen können, da nur so die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gewährleistet ist. Dieses Argument, das der EuGH in dieser Entscheidung zur Begründung des Grundsatzes der Staatshaftung verwendete, wurde daraufhin in der Lehre¹²⁾ dazu verwendet, um auch Schadenersatzansprüche einzelner bei Verletzung des Kartellverbots zu begründen: Art 85 Abs 1 (nunmehr Art 81 EG-V) enthalte ausdrückliche Verpflichtungen einzelner, aus denen nach der Rsp des EuGH anderen Personen Rechte erwachsen, welche wiederum verletzt würden, wenn Unternehmen gegen das Kartellverbot verstoßen. Für die vom EuGH als Grund für die Anerkennung eines gemeinschaftsrechtlichen Schadenersatzanspruchs genannte „volle Wirksamkeit“ des Gemeinschafts-

¹⁰⁾ Die Anwendung allgemeiner Straftatbestände wie zB Betrug (§ 146 StGB) auf Kartellsachverhalte wurde dadurch freilich nicht abgeschafft; siehe *Rosbaud*, Das Kartellstrafrecht ist tot! Lang Lebe das „Kartellstrafrecht“! JBl 2003, 907 ff.

¹¹⁾ EuGH verb Rs C-6/90 und C-9/90, *Andrea Franco-vich ua/Italienische Republik*, Slg 1991, I-5357; s weiters EuGH Rs C-334/92, *Wagner Miret/Fondo de Garantia Salarial*, Slg 1993, I-6911.

¹²⁾ Siehe dazu ausführlich *Stillfried/Stockenhuber*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 85 EG-V (Teil II), wbl 1995, 345 ff.

rechts könne es nicht auf den Adressaten der Verpflichtung ankommen.

In *Banks*¹³⁾ trat Generalanwalt *van Gerven* in seinen Schlussanträgen¹⁴⁾ für die Entwicklung einheitlicher Haftungsvoraussetzungen bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht und konkret für einen Schadenersatzanspruch gegen Unternehmen bei einem Verstoß gegen Art 85 EG-V ein. Der EuGH nahm jedoch zu dieser Frage in seiner Entscheidung nicht Stellung.

In der Rechtssache *Crehan*¹⁵⁾ stellte er aber schließlich klar, dass es nicht im Belieben des nationalen Gesetzgebers steht, bei Kartellverstoß einen Schadenersatzanspruch vorzusehen, sondern dass diesbezüglich eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung besteht. So hält er in Rnr 26 der Entscheidung fest: „Die volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 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.“ Der EuGH äußerte sich nicht explizit zu der Frage, ob Art 85 (nunmehr Art 81 EG-V) selbst eine unmittelbare und abschließende Haftungsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch darstellt oder die Mitgliedstaaten lediglich dazu verpflichtet, nach ihrem nationalen Recht eine Möglichkeit für derartige Schadenersatzansprüche zu schaffen, dh eine entsprechende nationale Haftungsgrundlage zu normieren, doch sprechen gewichtige Argumente, insb die Begründungsparallele zu *Francovich*, für die Annahme eines unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründeten Schadenersatzanspruchs¹⁶⁾. Die Unterscheidung ist freilich von geringer praktischer Bedeutung¹⁷⁾. Es bestehen nämlich weitere Anforderungen an das nationale Recht: Die materiellen und formellen Voraussetzungen der Schadenersatzklage dürfen nicht ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die nur das nationale Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz); die Voraussetzungen dürfen auch nicht so gestaltet sein, dass sie es nahezu unmöglich machen oder übermäßig erschweren, die Entschädigung zu verlangen (Effektivitätsgrundsatz). Außerdem kennen alle Mitgliedstaaten grundsätzlich Schadenersatzansprüche bei Verstoß gegen das Kartellverbot.

Hinsichtlich des Kreises der schadenersatzberechtigten Personen ist es nach Auffassung des EuGH nicht zulässig, nach nationalem Recht Kar-

tellbeteiligten generell Schadenersatzansprüche zu verwehren; hingegen ist es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, wenn der Schadenersatzanspruch unter dem Vorbehalt des in der Mehrheit der Mitgliedstaaten anerkannten Grundsatzes steht, dass ein einzelner aus seinem eigenen rechtswidrigen Verhalten keinen Nutzen ziehen darf. Allerdings darf weder der Grundsatz der Äquivalenz noch jener der Effektivität verletzt werden. Demzufolge kann ein Beteiligter keinen Schadenersatz verlangen, wenn ihm *erhebliche Verantwortung* für die Wettbewerbsverzerrung zukommt. Wann dies der Fall ist, ist anhand der Stärke der Verhandlungsposition und des jeweiligen Verhaltens der beiden Vertragsparteien zu beurteilen. Abgesehen von dieser doch recht speziellen Fragestellung hinsichtlich Schadenersatzansprüchen von Kartellbeteiligten liegt die zentrale Bedeutung der Entscheidung *Crehan* zweifellos in der Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht.

Diese Judikaturlinie führt der EuGH in der Entscheidung *Lloyd Adriatico Assicurazioni*¹⁸⁾ fort: Er wiederholt dort die in *Crehan* aufgestellten Grundsätze, dass jedermann den Ersatz des ihm entstandenen Schadens fordern kann, sofern ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem wettbewerbswidrigen Verhalten besteht, sowie dass bei Ausgestaltung des Verfahrens und Bestimmung der Gerichtszuständigkeit nach nationalem Recht der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind¹⁹⁾. Hinsichtlich der Kriterien zur Bestimmung des Umfangs des Schadenersatzes führt er aus, dass diese Sache des nationalen Rechts seien, wobei auch hier der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind (Rnr 92 ff). Neben dem Ersatz des Vermögensschadens muss auch der entgangene Gewinn und die Zahlung von Zinsen verlangt werden können²⁰⁾. Ein exemplarischer oder Strafschadenersatz allerdings nur dann, wenn ein solcher in ähnlichen auf nationalem Recht begründeten Klagen gewährt wird und er nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Klägers führt²¹⁾.

¹⁸⁾ EuGH verb Rs C-295/04 bis 298/04, *Vincenzo Manfredi u. a. gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA ua*, Slg 2006, I-6619; zu dieser Entscheidung *Gruber*, Versicherungskartelle und Schadenersatz – Neues vom EuGH, RdW 2007, 16.

¹⁹⁾ EuGH verb Rs C-295/04 bis 298/04, *Vincenzo Manfredi ua gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA ua*, Slg 2006, I-6619 Rnr 60 ff; zu dieser Entscheidung *Gruber*, Versicherungskartelle und Schadenersatz – Neues vom EuGH, RdW 2007, 16.

²⁰⁾ Rnr 95 ff, 100; der Gerichtshof folgert dies aus dem Effektivitätsgrundsatz: Der entgangene Gewinn dürfe bei einem Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht nicht vollständig vom ersatzfähigen Schaden ausgeschlossen werden, da andernfalls insbesondere bei Rechtsstreitigkeiten wirtschaftlicher oder kommerzieller Natur ein Ersatz des Schadens tatsächlich unmöglich sein könnte; Zinsen seien seit der E in der Rechtssache *Marshall* (C-271/91, Slg 1993, I-4367) als unerlässlicher Bestandteil einer Entschädigung anzusehen.

²¹⁾ Siehe Rnr 93; zur E s *Zurkinden/Brück*, Rechtsprechungsbericht zum Europäischen Kartellrecht 2005/06, GPR 3/07, 149 f.

¹³⁾ EuGH Rs C-128/92, *H.J. Banks & Co Ltd/British Coal Corporation*, Slg 1994, I-1209.

¹⁴⁾ I-1249 f Rnr 42 ff.

¹⁵⁾ EuGH Rs C-453/99, *Courage Ltd gegen Bernard Crehan*, Slg 2001, I-06297.

¹⁶⁾ Dazu bereits ausführlich *Stillfried/Stockenhuber*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 85 EG-V (Teil II), wbl 1995, 345 ff.

¹⁷⁾ Ausführlich zur E *Crehan s Hintersteiner*, Gemeinschaftsrechtliche Schadenersatzpflicht bei Verstoß gegen Art 81 EG, wbl 2001, 554 ff.

2. Die europäische Rechtsgrundlage des Schadenersatzanspruches im Zusammenwirken mit der österreichischen Blankettnorm des § 1311 ABGB

Bis zur Anerkennung eines gemeinschaftsrechtlichen Schadenersatzanspruches durch den EuGH in der Rechtssache *Crehan*²²⁾ mussten allfällige Schadenersatzansprüche infolge Verstoßes gegen Art 81 EG-V, da ein solcher zu einem reinen Vermögensschaden führt, auf die Qualifikation des Kartellverbotes als Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB gestützt werden²³⁾.

3. Die Anspruchsvoraussetzungen gem §§ 1295 ff ABGB

Bei der Ausgestaltung der nationalen schadenersatzrechtlichen Normen hat der österreichische Gesetzgeber die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, wie sie von der EuGH-Rsp aufgestellt wurden, zu beachten²⁴⁾.

a) Schaden

Die durch Kartellverstöße herbeigeführten Schäden sind als reine Vermögensschäden zu qualifizieren, die nach österreichischen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen nur unter bestimmten Voraussetzungen, insb bei Schutzgesetzverletzungen, ersatzfähig sind. Dies ist vorliegend der Fall, da Art 81 EG-V als Schutzgesetz anzusehen ist²⁵⁾. So führte der EuGH in *Crehan*²⁶⁾ aus, dass „jedermann den Ersatz des Schadens verlangen [kann], der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist“.

b) Schadenshöhe und Kausalität

Die Ermittlung (und der Beweis) des durch den Kartellverstoß herbeigeführten Schadens stellt den Geschädigten (Kläger) meist vor erhebliche praktische Schwierigkeiten, da oft nicht verlässlich festgestellt werden kann, wie sich etwa die Umsätze der geschädigten Mitbewerber ohne Kartellverstoß entwickelt hätten, oder wie hoch der Preis der Waren ohne Kartellabsprache gewesen wäre. Für solche Fälle bietet die Norm des § 273 ZPO Abhilfe, die den Richter zur Schätzung des Schadens ermächtigt. Hinsichtlich des Kausalitätserfordernisses verweist der EuGH auf die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten und schränkt diese lediglich durch die Notwendigkeit der Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitäts-

grundsatzes ein²⁷⁾. Dies gilt ebenso für die Kriterien hinsichtlich des Umfangs des Schadenersatzes. Aus dem Effektivitätsgrundsatz leitet der Gerichtshof in *Lloyd Adriatico Assicurazioni*²⁸⁾ die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Anerkennung der Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinnes sowie von Zinsen ab. Hingegen ist die Anerkennung von Schadenersatz mit Strafcharakter („*punitive damages*“) nach diesem Grundsatz nicht geboten²⁹⁾.

c) Rechtswidrigkeit

Hinsichtlich des Kreises der durch Art 81 EG-V geschützten Personen, ist auf den Schutzzweck dieser Norm abzustellen. Darunter fallen jedenfalls die Marktgegenseite (vor- oder nachgelagerte Wirtschaftsstufe)³⁰⁾ sowie die Konkurrenten der Kartellteilnehmer. Die Frage, ob auch Kartellbeteiligte selbst anspruchsberechtigt sein können, hat der EuGH in *Crehan* dahingehend beantwortet, dass Kartellbeteiligte nicht kategorisch vom Schutzbereich des Kartellverbots ausgenommen werden dürfen; vielmehr ist nach den Umständen des Einzelfalles dahingehend zu differenzieren, ob den konkreten Beteiligten eine erhebliche Verantwortung an der Wettbewerbsverzerrung trifft³¹⁾ (siehe dazu bereits oben unter Pkt C.I.1).

d) Verschulden, Beweislastumkehr

Im Fall von leichter Fahrlässigkeit kann nach den allgemeinen Regeln (siehe insbesondere §§ 1294, 1331 ABGB) des Schadenersatzrechts der Ersatz des tatsächlichen Schadens verlangt werden, bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zusätzlich ein allfälliger entgangener Gewinn. Wird die Klage auf § 1 UWG gestützt, kann selbst bei bloß leichter Fahrlässigkeit der entgangene Gewinn gefordert werden. Auch nach der Neufassung des § 1 UWG durch die am 12. 12. 2007 in Kraft tretende UWG-Novelle 2007 (BGBl I 79/2007) ist nach wie vor davon auszugehen, dass Verstöße gegen das Kartellverbot allenfalls auch unter diese Norm subsumiert werden können.

Hinsichtlich der Beweislast kommt es im Falle einer Schutzgesetzverletzung gem § 1298 iVm § 1311 ABGB bezüglich des Verschuldens zu einer Beweislastumkehr. Dies bedeutet, dass der Schädiger beweisen muss, dass ihm bei seinem Kartellverstoß weder der Vorwurf des Vorsatzes noch jener der Fahrlässigkeit gemacht werden kann. Anderes gilt jedoch im Anwendungsbereich des UWG³²⁾: Hier trägt der Kläger die Beweislast da-

²²⁾ EuGH Rs C-453/99, *Courage Ltd gegen Bernard Crehan*, Slg 2001, I-06297.

²³⁾ Siehe dazu bereits ausführlich *Stillfried/Stockenhuber*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 85 EG-V (Teil I), wbl 1995, 301 ff.

²⁴⁾ Siehe dazu bereits ausführlich unter Pkt C.I.1.

²⁵⁾ Siehe nur LGZ Graz 2. 4 2004, 30 Cg 145/02a; OGH 16. 12. 2002, 16 Ok 10/02.

²⁶⁾ Rnr 26.

²⁷⁾ Rnr 64.

²⁸⁾ Rnr 92 ff.

²⁹⁾ Sie könnte allenfalls aus dem Äquivalenzgrundsatz abgeleitet werden, wenn das nationale Recht einen solchen Schadenersatz gewährt.

³⁰⁾ Siehe nur *M. Karollus*, Schadenersatz wegen EG-Kartellverstoßes auch für Verbraucher, *ecolex* 2006, 797 ff; *Stifter*, Bewertung von Bietergemeinschaften nach dem Kartellgesetz 2005, *bbl* 2006, 51 ff.

³¹⁾ Rnr 31 ff.

³²⁾ Va § 1 UWG ist hier einschlägig.

für, dass der Beklagte die Wettbewerbsregeln in der Absicht verletzt hat, gegenüber seinen Mitbewerbern einen Wettbewerbsvorteil zu erzielen.

II. Verstoß gegen § 1 Kartellgesetz

Da der Wortlaut des § 1 Abs 1 bis Abs 3 sowie § 2 Abs 1 KartellG nahezu wortident mit Art 81 EG-V ist, kann hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

III. Das Grünbuch der Kommission

Auch wenn die wesentlichen Voraussetzungen für die erfolgreiche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen theoretisch weitgehend geklärt sind, so ist nicht zu übersehen, dass die private Durchsetzung der aus Kartellbestimmungen abzuleitenden zivilrechtlichen Ansprüche vor den Zivilgerichten der Mitgliedstaaten in der Praxis noch sehr unterentwickelt ist³³). Die Europäische Kommission erkennt darin zu Recht eine dringend zu schließende Lücke in dem von ihr angestrebten, auf staatlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung beruhenden System effektiven Wettbewerbschutzes³⁴). Sie hat daher im Dezember 2005 mit der Veröffentlichung des Grünbuches „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“³⁵) einen neuen Anlauf unternommen, um das System der Kartellrechtsdurchsetzung in diesem Bereich zu vervollständigen.

Im Folgenden sollen kurz die wesentlichen Aspekte aufgelistet werden, die nach den Untersuchungen der Kommission Schadenersatzklagen Geschädigter häufig entgegen stehen oder die allgemein im Rahmen eines vereinheitlichenden Sonder-Schadenersatzrechtes.

- Eine wesentliche Schwierigkeit besteht für Kartellgeschädigte darin, die für die Begründung ihrer Ansprüche erforderlichen Beweise beibringen zu können. Schließlich handelt es sich bei den rechtswidrigen Absprachen regelmäßig um Vorgänge, die häufig mit erheblichem Geheimhaltungsaufwand gesetzt werden. Dieser reicht von der Vernichtung von belastenden Dokumenten nach der Durchführung von Probeuntersuchungen durch beauftragte Anwälte (so genannte „*mock inspections*“) über konspirative Treffen der Kar-

tellpartner in Hotel-Hinterzimmern unter dem Deckmantel von Messeveranstaltungen bis zum Einsatz von Wertkarten-Mobiltelefonen, die eine Ermittlung von Gesprächsdaten unmöglich machen.

Mögliche Abhilfemaßnahme könnten hier ua die gerichtliche Anordnung der Offenlegung von Dokumenten durch den beklagten Kartellverdächtigen nach dem amerikanischen Vorbild des „*discovery*“ sein, die Einführung von Sanktionen für die Vernichtung von Beweismittel, der Zugang von Parteien eines Zivilprozesses zu den Dokumenten, die sich im Besitz einer mit dem Verstoß ebenfalls befassten Wettbewerbsbehörde befinden, oder die Verbindlichmachung von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden gegenüber den angerufenen Zivilgerichten.

- Für das in vielen Mitgliedstaaten geltende Verschuldensfordernis wird ua eine Beschränkung auf gravierende Fälle oder ein gänzlicher Entfall erwogen.

- Hinsichtlich der Schadensdefinition kommt nach der Auffassung der Kommission ein kompensatorischer, dh auf den Ersatz des erlittenen Verlustes, oder ein auf Rückforderung unrechtmäßiger Gewinne gerichteter Ansatz in Betracht. Bezogen auf horizontale hard-core Kartelle (insbesondere Preisabsprachen, Markt- und Quotenaufteilungen) wird auch eine europaweite Vereinheitlichung in Richtung Ersatz des erlittenen Schadens in doppelter Höhe („*punitive damages*“) erwogen.

- Völlig offen erscheint die Haltung der Kommission zur Frage, ob der Schädiger dem Geschädigten entgegenhalten können soll, dass er den durch überhöhte Preise erlittenen Schaden an seine Abnehmer überwältzt hat (so genanntes „*passing on defense*“).

- Schließlich stellt die Kommission auch die Frage, ob Verbraucherinteressen durch besondere Maßnahmen zusätzlich geschützt werden sollten und auf das Institut der Sammelklagen oder eigener Klagsansprüche für Verbraucherverbände zurückgegriffen werden sollte.

Derzeit lässt sich noch nicht absehen, welche Vorschläge und Alternativen aus dem Grünbuch der Kommission demnächst in das Weißbuch übernommen werden: Aussagen der zuständigen Kommissarin lassen jedoch den Schluss zu, dass man sich auf Kommissionsseite sehr wohl der teilweise doch beachtlichen Fremdartigkeit mancher im Grünbuch enthaltenen Vorschläge im Vergleich zu den bestehenden europäischen Rechtsordnungen bewusst ist³⁶).

³³) Zur Möglichkeit der Durchsetzung derartiger Ansprüche vor Schiedsgerichten siehe *Thalhammer*, Die Rolle der Schiedsgerichte bei der Durchsetzung von EG-Kartellrecht unter dem Regime der VO 1/2003, wbl 2005, 62 ff.

³⁴) Zum Grünbuch im Vergleich mit der derzeitigen Rechtslage in den USA s *Gruber*, Schadenersatz und Kartellrecht – das Grünbuch der Kommission, MR-Int 2006, 17 ff; zur USA ebenso *Fussenegger*, USA, Land der (un)begrenzten Möglichkeiten – Die Durchsetzung extraterritorialer Schadenersatzansprüche im Kartellrecht in den USA, *ecolex* 2006, 135 ff; zum Grünbuch *Thyri*, Wieviel „Private Enforcement“ braucht die Kartellrechtsdurchsetzung? *ecolex* 2006, 800 ff; *Jaeger*, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“? JBl 2007, 349 ff.

³⁵) KOM (2005) 672 endgültig.

³⁶) Rede der Kommissarin anlässlich der Kommission/IBA Conference on EC Competition Policy, 8 März 2008; abgedruckt auf der Homepage der Kommission. Aus den Stellungnahmen zum Grünbuch vgl die kritische Haltung der *Bundeswettbewerbsbehörde* vom 20. 4. 2006 (abgedruckt auf der Homepage der BWB) sowie die Stellungnahme der *Arbeiterkammer* vom 21. 4. 2006. Aus der Literatur vgl *Gruber*, MR-Int 2006, 16, und *Jaeger*, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“? JBl 2007, 349.

Korrespondenz: RAA Ass.-Prof. Dr. *Peter Stockenhuber*, LL.M., DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH, Schottenring 14, 1010 Wien und Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien; E-Mail: peter.stockenhuber@dlapiper.

com; RAA MMag. *Rita Wittmann*, DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH, Schottenring 14, 1010 Wien und Institut für Zivilverfahrensrecht, Universität Wien, Schenkenstraße 8–10, 1010 Wien; E-Mail: rita.wittmann@dlapiper.com.