

## Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv'** Mediengruppe

Frankfurt am Main

## Editorial: Nadine Schneider und Sascha Kremer

Keine Macht den Plattformen? Zur neuen P2B-Verordnung

### 945 Prof. Dr. Christian Alexander

Anwendungsbereich, Regelungstechnik und einzelne  
Transparenzvorgaben der P2B-Verordnung

### 954 Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M.

Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2019/2020 (Teil 1)

### 962 Prof. Dr. Stefan Ernst

Cookies nach der EuGH-Entscheidung „Verbraucherzentrale  
Bundesverband/Planet49“

### 970 Dr. Patrick Hauser und Jun.-Prof. Dr. Jannik Otto

Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs und normative  
Korrekturen der Kausalität nach EuGH – Otis (Teil 2)

### 978 Sebastian Laoutoumai, LL.M.

Senkung der Umsatzsteuer im Rahmen des Corona-  
Konjunkturpakets

### 982 Dr. Mirko Möller, LL.M.

Das Bundesverfassungsgericht und das einstweilige  
Verfügungsverfahren – Vorhang gefallen?

### 988 Philipp Ess

Wie weit reicht der Geheimnisschutz? Zum rechtsverletzenden  
Produkt i. S. d. § 2 Nr. 4 GeschGehG

### 996 Daniel Timmermann und Bianca Berndt

Werbekennzeichnungspflicht von Influencer-Kommunikation

### 1002 mk advokaten/MBK Rechtsanwälte

EuGH, Urteil vom 02.07.2020 – C-684/19

### 1004 ratiopharm/Novartis Consumer Health

EuGH, Urteil vom 11.06.2020 – C-786/18

### 1009 Cookie-Einwilligung II

BGH, Urteil vom 28.05.2020 – I ZR 7/16

### 1015 Kommentar von Frederike Kollmar, MLE und Dr. Martin Schirmbacher

### 1017 Preisänderungsregelung

BGH, Urteil vom 23.04.2020 – I ZR 85/19

### 1022 Deutscher Balsamico II

BGH, Urteil vom 28.05.2020 – I ZR 253/16

### 1033 Metall auf Metall IV

BGH, Urteil vom 30.04.2020 – I ZR 115/16

### 1041 Kommentar von Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M.

### 1043 Afghanistan Papiere II

BGH, Urteil vom 30.04.2020 – I ZR 139/15

### 1050 Reformistischer Aufbruch II

BGH, Urteil vom 30.04.2020 – I ZR 228/15

ist, dass sie sich gerade auf die betreffende Datenverarbeitung beziehen muss und nicht aus einer Willensbekundung mit anderem Gegenstand abgeleitet werden kann.<sup>74)</sup> Dies spricht eigentlich gegen eine Clusterbildung, die ohnehin das Problem in sich trägt, dass der Nutzer kaum klar und verständlich über die unterschiedlichen Datenverarbeitungen informiert werden kann, sondern dass er zudem nicht differenzieren könnte. Möglich sollte es allerdings dennoch sein, über alle Cookies zu informieren und sie dann gemeinsam „abnicken“ zu lassen. Die Anforderungen an eine hinreichend klare Information mögen dabei je nach Zahl und Art der Cookies variieren.

#### e) Eine oder mehrere Checkboxes

- 68 Grundsätzlich dürfte es – ähnlich wie im UWG – möglich sein, eine Einwilligung auch in mehrere Datenverarbeitungsschritte gleichzeitig zu erteilen. Dies setzt allerdings die Erfüllung der entsprechenden Informationspflichten vor Erteilung für alle Nutzungsarten voraus. Es bedingt zudem, dass der Text dann auch ernsthaft zur Kenntnis genommen wird, was bedeutet, dass zu lange und zu komplizierte Hinweise – so wie manche Anbieter mit ihren viele Seiten langen „Datenschutzbestimmungen“ erfolgreich eine Lektüre durch ihre Nutzer unterbinden – wiederum scheitern müssten.

#### f) Problem Beweisbarkeit

- 69 Kurz mag das Problem der Beweisbarkeit angesprochen werden, dass der Nutzer seine Einwilligung gegeben habe, da sich hier anders als bei der Einwilligung in Werbung eine Speicherung der Erklärung des Nutzers allein in der Tatsache widerspiegelt, dass der Cookie gesetzt wurde. Das Setzen eines „No Consent Cookie“ wäre wiederum natürlich unzulässig.

#### g) Muss das Wort Cookie vorkommen?

- 70 Eine interessante Frage ist, ob das Wort „Cookie“ in den Hinweisen vorkommen muss – die Universität Bochum hatte eine größere Aversion der Nutzer bei Verwendung dieses Begriffs festgestellt.<sup>75)</sup> Um das vom EuGH geforderte klare Verständnis des Nutzers von der relevanten Technik zu schaffen, sollte dies eigentlich bejaht werden.

## VII. Fazit

Das Ergebnis scheint eine Hiobsbotschaft für die Werbeindustrie zu sein, war aber andererseits in keiner Hinsicht überraschend, auch für den unterlegenen Anbieter nicht, der das klar geltende Recht umging. Dass allerdings eine derartige Welle von Irritation durch das Internet schwappen würde, war nicht zu erwarten.

Was wird der anwaltliche Rat an Webseitenbetreiber sein? Vier Schritte sind erforderlich: **72**

- Bestandsaufnahme: Welche Cookies werden im Shop eingesetzt?
- Welche dieser Cookies speichern personenbezogene Daten (ggf. weitere Vorgaben nach DSGVO)?
- Sind diese Cookies notwendig? Dann genügt eine (detaillierte) Information über diese in der Datenschutzerklärung der Webseite.
- Falls sie nicht notwendig sind, ist eine Einwilligung zwingend erforderlich. Diese muss abgefragt werden, bevor die entsprechenden Cookies gesetzt werden. Diese Abfrage darf keinesfalls so gestaltet sein, dass der Nutzer die Seite zuvor gar nicht nutzen kann; insbesondere Impressum und Datenschutzerklärung dürfen von einem „Cookie-Banner“ nicht verdeckt werden. Und der Cookie-Banner darf nicht allein eine Abfrage „Stimme zu“ enthalten, die ohne weitere Informationen angeklickt werden kann.

Abschließend noch eine Warnung vor diversen populären (weil kostenlosen) Unterstützungstools bei der Generierung von Webseiten: Diese sind oftmals so eingerichtet, dass sie Informationen an (amerikanische) Dienstleister weitersenden, ohne dass der Webseitenbetreiber davon beim Einsatz unterrichtet würde. Auch hierfür würde eine entsprechende Einwilligung benötigt. **73**

74) EuGH, 01.10.2019 – C-673/17, WRP 2019, 1455 Rn. 58 – Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49.

75) SZ, 02.10.2019.

Dr. Patrick Hauser und Jun.-Prof. Dr. Jannik Otto, Düsseldorf\*

## Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs und normative Korrekturen der Kausalität nach EuGH – Otis (Teil 2)

Zugleich Besprechung von EuGH, 12.12.2019 – C-435 / 18 – Otis u. a./Land Oberösterreich u. a. **\*\***

### INHALT

#### Teil 1

- I. Einleitung
- II. Die Otis-Entscheidung
- III. Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs

1. Keine Positionierung des EuGH zur Rechtsnatur des Schadensersatzanspruchs
2. Ausgangspunkt: Unmittelbare Anwendung der Art. 101, 102 AEUV
3. Kein unionsrechtlicher Kartellschadensersatzanspruch
  - a) Effektivitätsgrundsatz ist Ergebniskontrolle des gesamten Normkomplexes
  - b) Kein „Recht auf Schadensersatz“ aus Art. 101, 102 AEUV
  - c) Keine Parallele zur Entscheidung Francovich
  - d) Kein unionsrechtlicher Anspruch aus allgemeinem Rechtsgrundsatz
4. Unionsrechtliche Anforderungen an das nationale Recht

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1088.

\*\* Abgedruckt in WRP 2020, 179 ff.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 2)

- a) Unionsrechtlich konturierte Tatbestandsmerkmale
  - aa) Unmittelbare Anwendung der Art. 101, 102 AEUV i. V. m. dem Loyalitätsgebot, Art. 4 Abs. 3 EUV: Verpflichtung des nationalen Richters auf die „volle Wirksamkeit“
  - bb) Anspruchsbegründende Tatbestandsmerkmale
- b) Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz
  - aa) Anforderungen an das nationale Verfahrensrecht
  - bb) Erstreckung auf das materielle Recht
  - cc) Anspruch im Übrigen
- c) Ausblick

## 5. Ergebnis: Unionsrechtliche Prägung als Mindestgehalt

## Teil 2

## IV. Keine Aufgabe normativer Korrekturen der naturwissenschaftlichen Kausalität

## 1. Notwendigkeit normativer Korrekturen

- a) Naturwissenschaftliche Kausalität
- b) Jedenfalls faktische Beweisnot als Eingrenzung
- c) Notwendigkeit der (weiteren) Eingrenzung: Beispiele

## 2. Keine Vorgaben für die mitgliedstaatliche Dogmatik

- a) Effektivitätsgrundsatz ist Ergebniskontrolle
- b) Unionsrechtlich konturierte Tatbestandsmerkmale als Ergebniskontrolle
- c) Zwischenergebnis: Indifferenz zur mitgliedstaatlichen Dogmatik
- d) Mitgliedstaaten können „Schutzzweck der Norm“ als Kriterium (eingeschränkt) aufrechterhalten

## 3. Normative Korrekturen als fester Bestandteil des gemeineuropäischen Deliktsrechts

- a) Mitgliedstaatliche Deliktsrechtsordnungen
- b) Unionsrechtliches Haftungsrecht
- c) EuGH-Rechtsprechung im Kartellrecht, insbesondere Otis

## 4. Fazit

## V. Auswirkungen auf das deutsche Recht und Ausblick

## VI. Ergebnisse

Der Beitrag ist eine Fortsetzung von WRP 2020, 812 ff. Teil 1 findet sich dort.

- 1 Dieser Aufsatz setzt den Beitrag WRP 2020, 812 ff. fort. Darin wurde die Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs untersucht und das Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht bestimmt. Anspruchsgrundlage des Kartellschadensersatzanspruchs ist das nationale Recht. Das Unionsrecht stellt lediglich Mindestvorgaben auf. In der Fortsetzung des Beitrags soll nun das Merkmal der Kausalität näher betrachtet werden, das Gegenstand der Entscheidung EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, WRP 2020, 179 ff. – Otis ist. Es wird gezeigt, dass – anders als verbreitet angenommen wird – normative Korrekturen einer rein naturwissenschaftlich verstandenen Kausalität im Kartellschadensersatzrecht notwendig und möglich bleiben.

## Teil 2

## IV. Keine Aufgabe normativer Korrekturen der naturwissenschaftlichen Kausalität

- 2 Nach *Manfredi* und *Kone* hat sich der EuGH in *Otis* erneut zur Kausalität im Rahmen eines Kartellschadensersatzanspruches geäußert. Während das Urteil *Manfredi* das Kausalitätserfordernis noch den Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes unterstellte und die Regelung der Modalitäten für die Anwendung des

Begriffs „ursächlicher Zusammenhang“ unter diesen Anforderungen als Aufgabe des mitgliedstaatlichen Rechts bezeichnete,<sup>1)</sup> dürfte jedenfalls nach *Otis* klar sein, dass es sich auch bei der Kausalität um ein unionsrechtlich konturiertes Tatbestandsmerkmal handelt (siehe bereits Teil 1, WRP 2020, 812, III. 4. a) bb)).

Der EuGH hat in *Otis* entschieden, dass „jeder in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV stehende Schaden ersatzfähig sein“ muss,<sup>2)</sup> wobei nicht erforderlich sei, dass der erlittene Schaden „einen spezifischen Zusammenhang mit dem von Art. 101 AEUV verfolgten ‚Schutzzweck‘ aufweist.“<sup>3)</sup> Entgegen dem ersten Eindruck liegt darin aber keine Absage an jegliche normative Korrekturen der naturwissenschaftlichen Kausalität. Diese sind vielmehr nach wie vor sachlich geboten (dazu IV. 1.). Zudem kann der EuGH weder über den Effektivitätsgrundsatz noch über ein unionsrechtlich konturiertes Tatbestandsmerkmal eigenständig die mitgliedstaatliche Dogmatik verändern (dazu IV. 2.). Der Effektivitätsgrundsatz und unionsrechtlich konturierte Tatbestandsmerkmale ermöglichen lediglich eine Ergebniskontrolle. Wie das mitgliedstaatliche Recht diese Ergebnisse zu erreichen versucht, kann der EuGH nicht vorgeben. Damit kann auch am Kriterium des „Schutzzwecks der Norm“ festgehalten werden (dazu IV. 2. d)). Schließlich kennt das Unionsrecht selbst normative Korrekturen der naturwissenschaftlichen Kausalität. Bemüht sich das mitgliedstaatliche Recht dieser Mittel, wird es (bei sachgerechter Anwendung) auch die unionsrechtlich verlangten Ergebnisse erzielen (dazu IV. 3.).

## 1. Notwendigkeit normativer Korrekturen

Bevor auf die Zulässigkeit und die Art normativer Korrekturen eingegangen wird, soll deren Funktion und Notwendigkeit in Erinnerung gerufen werden. Dies geschieht anhand von Beispielen (dazu IV. 1. c)). Zunächst werden aber die allgemeinen Voraussetzungen der Kausalität anhand der *Otis*-Entscheidung rekapituliert (dazu IV. 1. a)) und die sich aus dem mitgliedstaatlichen Prozessrecht ergebende faktische Beweisnot als bereits bestehende Eingrenzung der Schadenskausalität dargestellt (dazu IV. 1. b)).

## a) Naturwissenschaftliche Kausalität

Ausgangspunkt aller Kausalitätserwägungen ist das Verursachungsprinzip. Mindestvoraussetzung eines deliktischen Schadensersatzanspruches ist demnach grundsätzlich, dass das Verhalten des Täters ursächlich im Sinne einer *conditio sine qua non* ist (im englischen Sprachkreis häufig auch als *but-for cause* bezeichnet).<sup>4)</sup> Hierfür genügt auch eine Mitverursachung.<sup>5)</sup> Diese naturwissenschaftliche Kausalität ist auch der Ausgangspunkt des EuGH. Er ergänzt, dass bei einer Einschränkung des Schadensersatzanspruches über den Schutzzweckzusammenhang „die Teilnehmer an einem Kartell nicht verpflichtet [wären], alle von ihnen möglicherweise verursachten Schäden zu ersetzen.“<sup>6)</sup> Es ist nicht anzunehmen, dass der EuGH auf eine Ursächlichkeit verzichten wollte und auch nur „möglicherweise“ verursachte Schäden ersatzfähig sein müssen. Maßgeblich muss sein, dass Schäden tatsächlich verursacht wurden, was

2) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 30 – Otis.

3) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 31 – Otis.

4) *Infantino/Zervogianni*, in: *Infantino/Zervogianni* (Hrsg.), *Causation in European Tort Law*, 2017, S. 587, 601; *dies.*, *RabelsZ* 83/3 (2019), 647, 649 f.; *Klöhn*, *ZVglRWiss* 105 (2006), 455; *Spier/Haazen*, in: *Spier* (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Causation*, 2000, S. 127. Siehe zu korrekturbedürftigen Schwächen der *conditio sine qua non*-Formel aber von *Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bd. 2, 1999, S. 440 ff.; *Looschelders*, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, 17. Aufl. 2019, § 45 Rn. 8 ff.

5) *Gain Kokott*, 30.01.2014 – C-557/12, EU:C:2014:45, Rn. 36 ff. – *Kone* m. w. N.

6) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 31 – Otis (*Hervorhebung durch Verf.*).

1) EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 64 – *Manfredi*; EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 830, Rn. 24 – *Kone* u. a./ÖBB-Infrastruktur. In diese Richtung auch noch *Hauser*, *WuW* 2019, 123, 125.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 2)

allerdings nach nationalem Verfahrensrecht vor dem mitgliedstaatlichen Gericht, nicht dem EuGH, dargelegt und bewiesen werden muss. Der vom EuGH formulierte Vorbehalt („möglicherweise“) bezieht sich daher auf die Feststellungen des mitgliedstaatlichen Gerichts.

### b) Jedenfalls faktische Beweisnot als Eingrenzung

- 6 Zur Durchsetzung eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs muss der Geschädigte einen durch das Kartell verursachten Schaden auch vor dem mitgliedstaatlichen Gericht beweisen. Beweislastverteilung und Beweisführung unterliegen dabei als „Regelung der Modalitäten für die Ausübung des Rechts [auf Kartellschadensersatz]“<sup>7)</sup> dem nationalen Recht,<sup>8)</sup> sind aber über den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz unionsrechtlichen Vorgaben unterworfen (siehe Teil 1, WRP 2020, 812, III. 4. b)). Die Prüfung anhand der Vorgaben des Effektivitätsgrundsatzes bezieht sich dabei nicht auf einzelne Regelungen, sondern erfordert eine Gesamtbetrachtung der Vorgaben zur Darlegungs- und Beweislast.<sup>9)</sup> Nur wenn diese insgesamt die Ausübung des Schadensersatzanspruchs praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, können aus dem Effektivitätsgrundsatz weitere Vorgaben folgen. Welche Vorgaben dies im Einzelfall sind, lässt sich vorab und vor allem abstrakt nicht bestimmen. Das Unionsrecht belässt den Mitgliedstaaten jedenfalls genügend Spielraum, dass Anspruchsteller sich einer faktischen Beweisnot ausgesetzt sehen können,<sup>10)</sup> selbst wenn zu Gunsten der Anspruchsteller gesetzliche (vgl. Art. 17 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie) oder tatsächliche Vermutungen bestehen.<sup>11)</sup> Vor allem für entfernte und über verschiedene Märkte weitergereichte Schäden wird der Schadensnachweis zunehmend schwierig. Es werden demnach Konstellationen verbleiben, in denen dem Antragsteller der Nachweis eines kausalen Schadens nicht gelingt, so dass die faktische Beweisnot eine (tatsächliche) Eingrenzung der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen darstellt.

### c) Notwendigkeit der (weiteren) Eingrenzung: Beispiele

- 7 Diese rein faktische Beweisnot genügt allerdings nicht. Es würden noch immer Schäden erfasst, die zwar naturwissenschaftlich kausal und nachweisbar, aber nach dem Rechtsgefühl nicht unbedingt ersatzfähig sind. Die nachfolgenden (fiktiven) Beispiele sollen die potenziell weitreichenden Auswirkungen einer Haftung für alle naturwissenschaftlich kausalen Kartellschäden verdeutlichen.

*Beispielfall 1:* Kartellbedingt steigen die Lebensmittelpreise, sodass auch Restaurants ihre Preise erhöhen. Aufgrund der gestiegenen Restaurantpreise reduziert das Unternehmen U die Anzahl der Geschäftsessen mit wichtigen Kunden. Infolgedessen verzeichnet das Unternehmen U weniger Geschäftsabschlüsse und einen geringeren Gewinn.

*Beispielfall 2:* Kraftfahrer einer Spedition fahren zur Beibehaltung der bisherigen durchschnittlichen Fahrtkosten aufgrund eines Kraftstoffkartells spritsparend langsamer, so dass sich die Auslieferung der Waren

verzögert. Der Abnehmer der Waren A erleidet aufgrund der verzögerten Lieferung einen Schaden.<sup>12)</sup>

*Beispielfall 3:* B konsumiert regelmäßig alkoholische Getränke, insbesondere Bier. Als er aus den Nachrichten erfährt, dass kartellbedingt die Bierpreise überhöht waren, gerät der ansonsten friedfertige B völlig in Rage. Außer sich vor Wut zieht er zum Kiosk der K und zerstört alle dort vorhandenen Bierflaschen.

Allen vorgenannten Beispielfällen ist gemein, dass die Schäden von U, A und K naturwissenschaftlich kausal auf ein Kartell rückführbar sind. Auch ist es nach Lage des Einzelfalles durchaus möglich, dass die Geschädigten nicht in die vorbeschriebene faktische Beweisnot geraten. Demzufolge könnten U, A und K die vorstehend beschriebenen Schäden nicht nur von ihren unmittelbaren Vertragspartnern oder Schädigern, sondern auch von den Kartellmitgliedern ersetzt verlangen, sofern allein die naturwissenschaftliche Kausalität genügt. Allerdings beruhen die Schäden zumindest auch auf einem eigenen Verhalten des Geschädigten (Beispielfall 1) oder dem Verhalten Dritter (Beispielfälle 2 und 3). Dies ist im Bereich des Kartellrechts nicht ungewöhnlich, da jeder Bezug oder Nichtbezug vom Kartellanten eine (abgesehen von unternehmerischen Zwängen) freie Entscheidung darstellt, ebenso wie die Entscheidung des direkten Abnehmers, die erhöhten Preise entweder zu Lasten seiner eigenen Gewinnmarge zu internalisieren oder diese Preiserhöhung auf die mittelbaren Abnehmer weiter abzuwälzen. Anders als im Falle der Weitergabe erhöhter Preise entlang der Lieferkette, die eine geradezu klassische Folge von Kartellabsprachen darstellt, scheint aber zumindest nicht unmittelbar einleuchtend, dass die Kartellanten auch für die vorstehenden Schäden einzustehen haben. Besonders deutlich wird dies in Beispielfall 3, da der Schaden des K in keiner Weise marktvermittelt einen Bezug zum Kartell aufweist und zudem das Verhalten des B einen eigenen deliktischen Tatbestand erfüllt. Aber auch in Beispielfall 2 stellt sich die Frage, ob es nicht zielführender wäre, dass A nur einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen die Spedition geltend machen kann, anstatt Ersatz bei den Kartelltätern zu suchen, wobei sich dann natürlich die Frage stellt, ob die Spedition diesen Schaden wiederum bei den Kartelltätern regressieren kann. Diese Beispiele verdeutlichen, dass zumindest in extremen Fällen eine Eingrenzung der naturwissenschaftlichen Kausalität notwendig ist.

Die faktische Beweisnot kann daher nicht die einzige Korrektur der Ersatzfähigkeit aller naturwissenschaftlich kausalen Kartellschäden darstellen. Es scheint zur Sicherstellung der wirksamen Anwendung von Art. 101 AEUV sowie dessen praktischer Wirksamkeit jedenfalls<sup>13)</sup> im Hinblick auf Beispielfall 3 auch nicht erforderlich, dass über den mitgliedstaatlichen Kartellschadensersatzanspruch die dortigen Schäden ersetzt werden. Eine derart weit verstandene Haftung hätte letztlich eine nicht gebotene<sup>14)</sup> uferlose Schadensersatzhaftung der Mitglieder eines Kartells auch für vorsätzliche, ggf. nur mitveranlasste Handlungen Dritter zur Folge. Demzufolge kann aber weder über die unmittelbare Anwendung von Art. 101 AEUV i. V. m. dem Loyalitätsgebot noch über den Effektivitätsgrundsatz unionsrechtlich begründet werden, dass die mitgliedstaatlichen Schadensersatzansprüche diese Schäden erfassen müssen. Vielmehr bedarf es neben der faktischen Beweisnot auch normativer Korrekturen, um eine uferlose Schadensersatzhaftung zu vermeiden, insbesondere sofern

7) Siehe nur EuGH, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004, 1006 f., Rn. 27 – Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions u. a.

8) Vgl. EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 33 – Otis u. a./Land Oberösterreich u. a. Ebenso *GAin Kokott*, 17.01.2019 – C-637/17, EU:C:2019:32, Rn. 44 – Cogeco; BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, NZKart 2020, 136, 138, Rn. 30 = WRP 2020, 614 = WRP 2020, 614 – Schienenkartell II; *Hauser*, GRUR Int. 2020, 554; *Weitbrecht*, NZKart 2020, 106, 107.

9) Vgl. zur Gesamtbetrachtung bereits oben Teil 1, WRP 2020, 812, III. 3. a) sowie dazu, dass Unionsrecht nicht in mitgliedstaatlichen dogmatischen Kategorien „denken“ kann, unten IV. 2. a).

10) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 386; *Roth*, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann u. a. (Hrsg.), FK Kartellrecht, 92. Lfg. November 2018, § 33a GWB Rn. 29.

11) Vgl. zu tatsächlichen Vermutungen im deutschen Recht BGH, 11.12.2018 – KZR 26/17, WRP 2019, 474 ff. – Schienenkartell; BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, NZKart 2020, 136 ff. = WRP 2020, 614 – Schienenkartell II.

12) Beispiel nach *Otto*, ZWeR 2019, 354, 384.

13) Nach *Otto*, ZWeR 2019, 354, 384 sind die Verzögerungsschäden in Beispielfall 2 nicht im Rahmen des Anspruchs auf Kartellschadensersatz ersatzfähig, da diese Schäden nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst seien. Hieran kann weiterhin im Ergebnis festgehalten werden (siehe sogleich IV. 2.).

14) Vgl. auch *GAin Kokott*, 30.01.2014 – C-557/12, EU:C:2014:45, Rn. 34 – *Kone*; *GAin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 54 – *Otis*.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 2)

Dritte aufgrund eines eigenen Willensentschlusses vorsätzlich und eigenständig andere Parteien schädigen, ohne dass dieses Verhalten durch das Kartell „herausgefordert“ wurde.

## 2. Keine Vorgaben für die mitgliedstaatliche Dogmatik

- 10 Der EuGH lehnt in *Otis*<sup>15)</sup> scheinbar das Kriterium des Schutzzwecks der Norm ab,<sup>16)</sup> das insbesondere im deutschen<sup>17)</sup> und österreichischen<sup>18)</sup> Schadensersatzrecht als normative Einschränkung der naturwissenschaftlichen Kausalität anerkannt ist. Der deliktisch Handelnde soll zur Vermeidung einer ausufernden Haftung nicht für alle Folgen seines Handelns einzustehen habe, sondern nur diejenigen Schäden ersetzen müssen, zu deren Schutz die jeweilige Verhaltenspflicht normiert wurde.<sup>19)</sup> Dieser „Schutzzweck“ der Norm ist durch Auslegung zu ermitteln.<sup>20)</sup>
- 11 Vorliegend geht es nach deutscher und österreichischer Dogmatik um den Schutzzweck des Art. 101 AEUV. Dieser kann nur unionsrechtlich bestimmt werden.<sup>21)</sup> Befugt ist dazu letztverbindlich der EuGH, Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV. Auch wenn der EuGH das Erfordernis eines spezifischen Zusammenhangs zwischen dem Schutzzweck des Art. 101 AEUV und dem eingetretenen Schaden zurückweist, lässt sich seine Argumentation mit der praktischen Wirksamkeit des Art. 101 AEUV hinsichtlich der Kausalität nach deutscher Dogmatik als ebensolche Argumentation mit dem Schutzzweck der Norm verstehen. Er fragt danach, welche Schäden zur Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit des Art. 101 AEUV zu ersetzen sind. Damit bestimmt er den „Schutzzweck der Norm“. Er gibt ihn der Sache nach nicht auf, sondern bestimmt ihn wie die – mit der deutschen Dogmatik vertraute – Generalanwältin<sup>22)</sup> jedenfalls so weit, dass die vom Land Oberösterreich geltend gemachten Schäden erfasst sind.
- 12 Das Vorgehen des EuGH lässt sich demnach mit deutscher Dogmatik beschreiben. Zudem kanalisiert das vorlegende Gericht die dogmatische Verortung durch den EuGH, indem der EuGH die Vorlagefrage beantwortet, die sich auf ein bestimmtes Merkmal nach dem mitgliedstaatlichen Recht bezieht. Dem Unionsrecht können über den Effektivitätsgrundsatz indes keine Vorgaben an die mitgliedstaatliche Dogmatik entnommen werden. Der vom EuGH bemühte Effektivitätsgrundsatz sieht ebenso wie die unionsrechtlichen Tatbestandsmerkmale oder gar ein unionsrechtlicher Anspruch lediglich eine Ergebniskontrolle vor. Das mitgliedstaatliche Recht muss den aufgestellten Standard erreichen. Wie dies geschieht, ist allein Sache des mitgliedstaatlichen Rechts (dazu IV. 2. a) und IV. 2. b)). In der Folge kann am „Schutzzweck der Norm“ festgehalten werden (dazu IV. 2. d)).
- a) **Effektivitätsgrundsatz ist Ergebniskontrolle**
- 13 Der Effektivitätsgrundsatz fordert, dass die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen die „Tragweite und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigen“<sup>23)</sup> dürfen. Der Schutzzweck des Art. 101 AEUV bildet die Basis für den Effektivitätsgrundsatz. Nur soweit der Schutzzweck dies erfordert, können

Anforderungen an das mitgliedstaatliche Recht gestellt werden. Gegenstand der Überprüfung ist der einschlägige Normenkomplex des nationalen Rechts.<sup>24)</sup> Der Effektivitätsgrundsatz überprüft, ob das danach gefundene Ergebnis gemessen an der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts aufrechterhalten werden kann.

Anhand von *Courage* lässt sich zeigen, dass nicht die Terminologie oder die dogmatische Verortung im mitgliedstaatlichen Recht entscheidend sind, sondern das erzielte Ergebnis. Schon in dieser Entscheidung hat sich gezeigt, dass der EuGH zu weit gehende Einschränkungen des Rechts auf Schadensersatz nicht akzeptiert. Der EuGH hat den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen jedoch unter Berücksichtigung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, „einer Partei, die eine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung trägt, das Recht [zu verwehren], von ihrem Vertragspartner Schadensersatz zu verlangen.“<sup>25)</sup>

Dabei kann es aus Sicht des Unionsrechts keinen Unterschied machen, ob das mitgliedstaatliche Recht in diesem Fall beispielsweise (i) eine objektiv zurechenbare schadensverursachende Handlung des Anspruchsgegners verneint, da das anspruchstellende Kartellmitglied aufgrund einer eigenverantwortlichen und nicht „herausgeforderten“ Entscheidung an dem Kartell partizipiert hat, (ii) einen Schadensersatzanspruch aus Rechtsgründen unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien, z. B. Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder anspruchsausschließendem Mitverschulden (§ 254 BGB), versagt<sup>26)</sup> oder (iii) die fehlende Anspruchsberechtigung gesetzlich explizit regelt. Konsequenterweise müssten die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen den Ersatz von Schäden unter gleichberechtigten Kartelltätern aber auch mit dem Hinweis darauf versagen können, dass derartige Schäden (iv) nicht vom „Schutzzweck der Norm“ umfasst seien. Solche Schäden müssen im Ergebnis nicht ersatzfähig sein, weil es die praktische Wirksamkeit des Art. 101 AEUV nicht erfordert.

## b) Unionsrechtlich konturierte Tatbestandsmerkmale als Ergebniskontrolle

Selbst wenn der EuGH – trotz der dagegen vorgebrachten Argumente<sup>27)</sup> – einen unionsrechtlichen Kartellschadensersatzanspruch ausbildete, bliebe der nationale Anspruch daneben anwendbar. Aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts folgte allein, dass der nationale Anspruch nicht hinter dem unionsrechtlichen zurückbleiben darf. Blicke er zurück, wäre er nicht anwendbar. Zudem gäbe dieser unionsrechtliche Anspruch lediglich ein Ergebnis vor, das vom nationalen Anspruch erzielt werden muss. Auf welchem dogmatischen Weg dies geschieht, ist dem mitgliedstaatlichen Recht vorbehalten. Ein derartiger unionsrechtlicher Anspruch würde bis auf das zu erzielende Ergebnis keine Anforderungen an die mitgliedstaatliche Dogmatik stellen. Gleiches gilt freilich für einzelne unionsrechtlich konturierte Tatbestandsmerkmale, soweit der EuGH sie bislang herausgearbeitet hat, namentlich die Kausalität.<sup>28)</sup> Auch sie stellen keine Anforderungen an die mitgliedstaatliche Dogmatik. Selbst wenn der EuGH einen Umstand unionsrechtlich einem Tatbestands-

15) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 31 – *Otis* u. a./Land Oberösterreich u. a.

16) So verstehen den EuGH wohl *Heithecker/Hainz*, WuW 2020, 85 f.; *Weinert*, BB 2020, 270.

17) Ausführlich dazu *Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts, Band 1, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 3 IX.

18) Siehe EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 180, Rn. 14 f. – *Otis* u. a./Land Oberösterreich u. a.

19) *Lange/Schiemann* (Fn. 17), § 3 IX 1, S. 101; *Looschelders* (Fn. 4), § 45 Rn. 19.

20) *Lange/Schiemann* (Fn. 17), § 3 IX 1, S. 101; *Looschelders* (Fn. 4), § 45 Rn. 19.

21) *GAin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 52 – *Otis*; *Otto*, ZWeR 2019, 354, 373.

22) *GAin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 84 – *Otis*.

23) EuGH, 21.09.1983 – 205 bis 215/82, EU:C:1983:233, Rn. 22 – Deutsche Milchkontor. Siehe auch *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 65. Lfg.: August 2018, Art. 4 EUV Rn. 93.

24) Siehe oben Teil 1, WRP 2020, 812, III. 3. a).

25) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 31 – *Courage*. Dazu auch *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 33 GWB Rn. 30 f.

26) Vgl. zu letztgenannten Punkten auch Begr. RegE 7. GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640, S. 53; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker/Körber (Hrsg.), GWB, 5. Aufl. 2014, § 33 GWB Rn. 19; *Stancke*, NZKart 2017, 636, 640; *ders.*, in: *Stancke/Weidenbach/Lahme* (Hrsg.), Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2017, Kap. H Rn. 508.

27) Teil 1 WRP 2020, 812, III. 3. und 4. c).

28) Zur Zuordnung der Kausalität als unionsrechtlich konturiertes Tatbestandsmerkmal siehe Teil 1 WRP 2020, 812, III. 4. a) bb).

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 2)

merkmal zuordnet, kann das nationale Recht denselben Umstand dogmatisch anders verorten. Es muss lediglich das unionsrechtlich gebotene Ergebnis als Mindeststandard erzielt werden. Das mitgliedstaatliche Recht darf auch weitergehende Kartellschadensersatzansprüche vorsehen.<sup>29)</sup>

### c) Zwischenergebnis: Indifferenz zur mitgliedstaatlichen Dogmatik

- 17 Der EuGH nimmt über den Effektivitätsgrundsatz sowie beim Herausbilden unionsrechtlich konturierter Tatbestandsmerkmale letztlich eine Ergebniskontrolle vor, kann den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen aber keine Vorgaben in Bezug auf die Ausgestaltung einzelner Tatbestandsmerkmale machen, sofern *im Ergebnis* die unionsrechtlichen Vorgaben erreicht werden. Es ist Aufgabe der mitgliedstaatlichen Gerichte, basierend auf den jeweils eigenständigen dogmatischen Grundlagen, durch Auslegung – mindestens – ein solches unionsrechtlich gebotenes Ergebnis zu erzielen. Der nationale Kartellschadensersatzanspruch kann über das unionsrechtliche Mindestniveau hinausgehen.<sup>30)</sup> Der Äquivalenzgrundsatz stellt sicher, dass dieser strengere Anspruch neben Verstößen gegen das nationale Kartellrecht auch für Verstöße gegen das Unionsrecht anwendbar ist.

### d) Mitgliedstaaten können „Schutzzweck der Norm“ als Kriterium (eingeschränkt) aufrechterhalten

- 18 Aus vorstehenden Erwägungen folgt zwangsläufig auch, dass der EuGH den mitgliedstaatlichen Gerichten nicht untersagen kann, im Rahmen eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs das Kriterium des Schutzzwecks der Norm anzuwenden, sofern die Ergebnisvorgaben des Unionsrechts eingehalten werden. Auch *Otis* ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Die Anwendung österreichischen Rechts durch das Vorlagegericht in *Otis* drohte jedoch die wirksame Anwendung von Art. 101 AEUV und dessen praktische Wirksamkeit zu gefährden, so dass der EuGH im Rahmen der Ergebniskontrolle korrigierend eingreifen musste. Der OGH führte aus, nach österreichischem Recht seien die vom Land Oberösterreich möglicherweise erlittenen Schäden nicht ersatzfähig, da sich der Schutzzweck des Art. 101 AEUV nur auf Anbieter oder Nachfrager auf dem vom Kartell betroffenen sachlich und räumlich relevanten Markt erstreckte, wozu das Land Oberösterreich nicht gehöre.<sup>31)</sup> Damit wäre aber eine Vielzahl an potenziell durch das Kartell Geschädigter, die nicht am kartellierten Markt tätig sind, von vorneherein nicht zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen berechtigt. Diese (enge) Auslegung des Schutzzwecks des Art. 101 AEUV ist nicht mit der *Jedermann*-Rechtsprechung des EuGH zu vereinbaren und dürfte aus Sicht des EuGH die maßgebliche, mit dem Unionsrecht nicht im Einklang stehende, Einschränkung des österreichischen Rechts gewesen sein.<sup>32)</sup> Dadurch sah sich der EuGH veranlasst, – überschießend – festzustellen, dass es keines „spezifischen Zusammenhangs mit dem von Art. 101 AEUV verfolgten „Schutzzweck““ bedürfe.<sup>33)</sup> Dies belegt aber nur die Indifferenz des Unionsrechts gegenüber der mitgliedstaatlichen Dogmatik. Hätte

der OGH dem Land Oberösterreich bereits die Anspruchsberechtigung untersagt, da es nicht unmittelbar auf dem kartellierten Markt tätig war, wäre der Widerspruch zur *Jedermann*-Rechtsprechung noch deutlicher zu Tage getreten.<sup>34)</sup> Es kann aber nicht sein, dass ein derartiges, unionsrechtlich unzulässiges Ergebnis stattdessen im mitgliedstaatlichen Recht über die Kausalität erreicht wird. Letztlich zeigt sich auch daran, dass die Anspruchstellereigenschaft durch das Vorhandensein eines kausalen Schadens determiniert wird.<sup>35)</sup>

Auch nach Ansicht des BGH entspricht die Erstreckung der Anspruchsberechtigung auf Dritte in *Otis* „der Weite des Schutzbereichs des Art. 101 AEUV“,<sup>36)</sup> sodass dieser das Kriterium des Schutzzwecks der Norm wohl ebenfalls nicht für entbehrlich hält und weiter an ihm festhalten will. Dennoch scheint es angesichts der (vermeintlich) eindeutigen Aussage des EuGH unwahrscheinlich, dass mitgliedstaatliche Gerichte etwaige normative Korrekturen der Kausalität in Zukunft über den „Schutzzweck der Norm“ vornehmen. Stattdessen liegt es näher, etwaige normative Korrekturen einer naturwissenschaftlichen Kausalität anhand der auch im Unionsrecht bekannten Terminologie vorzunehmen. Diese soll im Folgenden untersucht werden.

### 3. Normative Korrekturen als fester Bestandteil des gemeineuropäischen Deliktsrechts

Das Unionsrecht macht den Mitgliedstaaten mittels des Effektivitätsgrundsatzes und unionsrechtlich konturierter Tatbestandsmerkmale im Kartellschadensersatzrecht nicht nur Ergebnisvorgaben, es hat seinerseits eine gewisse Dogmatik der außervertraglichen Haftung herausgebildet. Diese kann für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich sein. Sie dürfen ihre Dogmatik beibehalten, soweit die unionsrechtlichen (Ergebnis-)Vorgaben eingehalten werden. Übernimmt das mitgliedstaatliche Recht jedoch die unionsrechtlichen Kriterien außervertraglicher Haftung, ist bei sachgemäßer Anwendung sichergestellt, dass die unionsrechtlich geforderten Ergebnisse erzielt werden. Dieser unionsrechtlichen Dogmatik einer außervertraglichen Haftung soll im Folgenden für die Kausalität nachgegangen werden.

Den europäischen Deliktsrechtssystemen liegt nicht nur das Verursachungsprinzip zugrunde, sondern sie kennen sämtlich (normative) Korrekturen der rein naturwissenschaftlichen Kausalität, um die Haftung zu begrenzen (dazu IV. 3. a)). Die Beispielfälle<sup>37)</sup> etwa würden mutmaßlich unter diesem Blickwinkel normativer Korrekturen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen diskutiert. Auch das unionsrechtliche Haftungsrecht greift auf normative Korrekturen der naturwissenschaftlichen Kausalität zurück (dazu IV. 3. b)). Dieser allgemeine Grundsatz zeigt sich auch in der Rechtsprechung des EuGH zum Kartellrecht. Es ist nicht ersichtlich, dass der EuGH davon in *Otis* abweichen wollte (dazu IV. 3. c)).

#### a) Mitgliedstaatliche Deliktsrechtsordnungen

Die rein naturwissenschaftliche Kausalität stellt grundsätzlich die notwendige Voraussetzung zur Begründung der Haftung dar, ist aber auch derart weit, dass die mitgliedstaatlichen Deliktsordnungen diese zusätzlich durch Wertungsgesichtspunkte wieder einschränken, wie eine Vielzahl rechtsvergleichender Arbei-

29) Dazu bereits Teil 1 WRP 2020, 812, III. 5.

30) Dazu Teil 1 WRP 2020, 812, III. 5.

31) So zumindest die Wiedergabe der Ausführungen des OGH durch EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 180, Rn. 16 – *Otis* u. a./Land Oberösterreich u. a.

32) Vgl. EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 27 – *Otis* u. a./Land Oberösterreich u. a.

33) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 31 – *Otis* u. a./Land Oberösterreich u. a.

34) Insofern hat der OGH möglicherweise die Anspruchsberechtigung für den Kartellschadensersatzanspruch auf die unmittelbaren Marktbeteiligten beschränken wollen, die auch unmittelbar aus Art. 101 AEUV eine Individualposition vermittelt bekommen. Allerdings ist der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch als Mittel der Durchsetzung der Wettbewerbsordnung von dieser Individualposition entkoppelt (zum Ganzen Teil 1, WRP 2020, 812, III. 3. bb); *Otto*, ZWeR 2019, 354, 371).

35) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 371 ff. Siehe auch *Grothaus/Haas*, EWIR 2020, 61, 62; *Kersting*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* u. a. (Hrsg.), *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, § 33a GWB Rn. 14; *Lombardi*, *Causation in Competition Law Damages*, 2020, S. 50 f.

36) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, NZKart 2020, 136, 137, Rn. 24 = WRP 2020, 614 – *Schienerkartell* II.

37) Oben IV. 1. c).

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 2)

ten belegt.<sup>38)</sup> Die jeweiligen Kriterien zur Einschränkung der Haftung unterscheiden sich zwangsläufig in ihren Einzelheiten, der gewählten Terminologie und auch in den bei ihrer Anwendung erzielten Ergebnissen.<sup>39)</sup> Es herrscht aber grundsätzlich<sup>40)</sup> Einigkeit darüber, dass die vorgenannte naturwissenschaftliche Kausalität allein keine Haftungsfolgen auslöst,<sup>41)</sup> sondern zusätzlich durch Wertungsgesichtspunkte eingeschränkt werden muss und zwar ganz unabhängig davon, ob diese Einschränkungen als Adäquanztheorie, Schutzzweck der Norm, *remoteness of damage*, *foreseeability* oder der Notwendigkeit einer direkten und unmittelbaren Folge bezeichnet werden oder sogar eine Kombination der vorgenannten Einschränkungen angewendet wird.<sup>42)</sup> Auch nach dem Draft Common Frame of Reference (DCFR) zählen – sofern nicht der Ersatz des Schadens durch eine konkret genannte Norm vorgegeben wurde – zu den rechtlich relevanten Schäden nur solche, bei denen „it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention“. Bei der Bewertung, ob ein Schadensersatz „fair and reasonable“ ist, wird auch auf die normativen Kriterien der Mitgliedstaaten rekuriert, da „the ground of accountability, (...) the nature and proximity of the damage or impending damage, (...) the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and (...) considerations of public policy“ Beachtung finden sollen.<sup>43)</sup> Normative Korrekturen der naturwissenschaftlichen Kausalität sind demzufolge in den mitgliedstaatlichen Deliktsrechtsordnungen allgemein anerkannt.

## b) Unionsrechtliches Haftungsrecht

23 Auch im unionsrechtlichen Haftungsrecht genügt weder für die „außervertragliche Haftung von Unionsorganen“ noch für die Haftung von Mitgliedstaaten gegenüber Einzelnen bei Verstößen gegen das Unionsrecht eine reine naturwissenschaftliche Kausalität.<sup>44)</sup> Vielmehr ist anerkannt, dass keine außervertragliche

Haftung für sehr entfernte nachteilige Folgen eines rechtswidrigen Verhaltens besteht. Erforderlich für die außervertragliche Haftung von Unionsorganen ist vielmehr eine „hinreichende Unmittelbarkeit“ des rechtswidrigen Verhaltens für den geltend gemachten Schaden.<sup>45)</sup> Vergleichbar bedarf es für einen gegen einen Mitgliedstaat gerichteten Entschädigungsanspruch wegen Verstößen gegen das Unionsrecht eines „unmittelbare[n] Kausalzusammenhang[s]“,<sup>46)</sup> auch wenn der EuGH in *Franovich* zunächst ohne weitere Präzisierung und Einschränkung einen „Kausalzusammenhang“ forderte.<sup>47)</sup> Da sowohl die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen als auch das unionsrechtliche Haftungsrecht normative Korrekturen der Kausalität vornehmen, scheint es sich sogar um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu handeln, dass allein die naturwissenschaftliche Kausalität zwischen deliktischer Handlung und Schadenseintritt für eine Schadensersatzhaftung nicht genügt.

## c) EuGH-Rechtsprechung im Kartellrecht, insbesondere Otis

Sollte es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handeln, so folgt daraus zwar nicht zwingend, dass dieser allgemeine deliktsrechtliche Grundsatz auch im Kartellrecht Anwendung findet. Allerdings zeigt sich bereits in *Courage*, dass in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sowie in der Rechtsprechung des EuGH anderweitig anerkannte Grundsätze auch im Kartellschadensersatzrecht Berücksichtigung finden können.<sup>48)</sup> Zudem hat der EuGH bei seinen Ausführungen in *Manfredi* auch auf die staatshaftungsrechtliche Rechtsprechung Bezug genommen,<sup>49)</sup> was dafür sprechen mag, dass auch die dort entwickelten Kausalitätsmaßstäbe im Kartellschadensersatzrecht Anwendung finden sollen.<sup>50)</sup> Ferner belegt die weitere kartellrechtliche Rechtsprechung des EuGH, dass auch im Kartellschadensersatzrecht normative Korrekturen zur Anwendung kommen können.

Zunächst hat der EuGH in der ersten Entscheidung in Sachen *Otis* aus 2012 – wie auch die Generalanwältin hervorgehoben hat<sup>51)</sup> – darauf abgestellt, dass der nationale Richter „das Vorliegen eines Schadens und eines unmittelbaren Kausalzusammenhangs zwischen diesem und dem fraglichen Kartell oder Verhalten zu beurteilen“ habe.<sup>52)</sup> Durch die Verwendung des Begriffs „unmittelbarer Kausalzusammenhang“ wird ebenso wie im allgemeinen unionsrechtlichen Haftungsrecht klargestellt, dass nicht jeder beliebige Kausalzusammenhang zwischen Schadenseintritt und dem Kartell genügt. Auch die Vorhersehbarkeit eines Schadenseintritts, die als Adäquanz oder im englischen Sprachgebrauch *foreseeability*<sup>53)</sup> bezeichnet wird, scheint der EuGH im Kartellschadensersatzrecht als normatives Kriterium zur Begrenzung

38) Ausführlich dazu und jeweils m. v. N. von *Bar* (Fn. 4), S. 437 ff.; *Infantino/Zervogianni*, in: *Infantino/Zervogianni* (Fn. 4), S. 587, 597 ff.; *dies.*, *RabelsZ* 83/3 (2019), 647, 649 („all European jurisdictions“); *Klöhn*, *ZVglRWiss* 105 (2006), 455, 458 ff. (Deutschland, England, USA, Frankreich, Schweiz, Österreich); *Lombardi* (Fn. 35), S. 34 ff. (England, Deutschland, Frankreich, Italien, USA); *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2003, S. 159 ff. (Deutschland, England, Frankreich). Siehe auch die Länderberichte bei *Spier* (Fn. 4). Zusammenfassend *Spier/Haazen*, in: *Spier* (Fn. 4), S. 127: „All jurisdictions recognise causation as a requirement of tortious liability and all legal systems consider a *conditio sine qua non* as such a first test. It seems that only in one jurisdiction, viz. Belgium, the *conditio sine qua non* is clearly officially regarded as the sole requirement for causation to be established.“ Allerdings erläutern *Cousy/Vanderspikken*, in: *Spier* (Fn. 4), S. 23, 24 in ihrem Länderbericht zu Belgien, dass zwar grundsätzlich Kausalität nach der Äquivalenztheorie genüge, die Richter aber Möglichkeiten fänden, wertende Einschränkungen auf andere Weise vorzunehmen.

39) *Infantino/Zervogianni*, *RabelsZ* 83/3 (2019), 647, 656 berichten auch von einem Beispielfall, bei dem die dänische Rechtsordnung sogar bei Anwendung der *conditio sine qua non*-Formel zu einem von den anderen Mitgliedstaaten abweichenden Ergebnis kommt. Allgemeiner dazu auch *dies.*, in: *Infantino/Zervogianni* (Fn. 4), S. 587, 590 ff.

40) Siehe allerdings die Erläuterungen zum belgischen Recht in Fn. 38.

41) In Begrifflichkeiten wohl abweichend von *Bar* (Fn. 4), S. 439 f., der die Unterscheidung zw. naturwissenschaftlicher und juristischer Kausalität schon im Ausgangspunkt für „falsch“ hält, da es bei dem, was man Kausalität nenne, immer um Zurechnung gehe, so dass seiner Ansicht nach auch die „faktische“ (oder naturwissenschaftliche) Kausalität eine „juristische“ Kausalität sei. Auch die Adäquanzformel lehnt *dies.*, (Fn. 4), S. 476 im Ergebnis als eigenständige Kategorie ab. Jeder *conditio sine qua non*-Test (und jede Schadensermittlung auf der Basis der Differenzhypothese) beruht auf einem Wahrscheinlichkeitsurteil. Die Adäquanzformel fügt dem *conditio sine qua non*-Test nichts hinzu, was nicht schon für ihn selber unverzichtbar wäre.“

42) Siehe m. v. N. zu den jeweiligen Rechtsordnungen *Infantino/Zervogianni*, in: *Infantino/Zervogianni* (Fn. 4), S. 587, 601 ff.; *dies.*, *RabelsZ* 83/3 (2019), 647, 656 f. In diese Richtung auch *GAin Kokott*, 30.01.2014 – C-557/12, EU:C:2014:45, Rn. 35 – Kone.

43) *Von Bar/Clive/Schulte-Nolke/Beale/Heere et al.*, Principles, definitions and model rules of European private law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009, VI-2: 101 (2), (3). Darauf verweist auch *GAin Kokott*, 30.01.2014 – C-557/12, EU:C:2014:45, Rn. 35 – Kone.

44) Zutreffend *GAin Kokott*, 30.01.2014 – C-557/12, EU:C:2014:45, Rn. 34 – Kone; *GAin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 67 – Otis. Vgl. auch insgesamt *Weitenberg*, Der Begriff der Kausalität in der haftungsrechtlichen Rechtsprechung der Unionsgerichte, 2014.

45) EuGH, 04.10.1979 – 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 und 45/79, EU:C:1979:223, Rn. 21 – Dumortier u. a./Rat. Siehe auch EuGH, 30.04.2009 – C-497/06 P, EU:C:2009:273, Rn. 67 – CAS Succhi di Frutta SpA; EuGH, 18.03.2010 – C-419/08 P, EU:C:2010:147, Rn. 53 – Trubowest Handel GmbH. Darauf verweist auch *GAin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 57 – Otis.

46) EuGH, 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, EU:C:1996:79, Rn. 51, 65 – Brasserie du pêcheur; EuGH, 14.03.2013 – C-420/11, EU:C:2013:166, Rn. 41 – Leth.

47) EuGH, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 40 – *Franovich*.

48) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 31 – *Courage*.

49) EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 84, 89, 93, 96 – *Manfredi*.

50) Vgl. *Lombardi* (Fn. 35), S. 53.

51) *GAin Kokott*, 30.01.2014 – C-557/12, EU:C:2014:45, Rn. 34 – Kone; *GAin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 67 – Otis.

52) EuGH, 06.11.2012 – C-199/11, EU:C:2012:684, WRP 2013, 52, 56, Rn. 65 – *Europese Gemeenschap/Otis u. a. (Hervorhebung durch Verf.)*.

53) Allgemein zum Begriff der *foreseeability* in den unterschiedlichen europäischen Rechtsordnungen *Infantino/Zervogianni*, in: *Infantino/Zervogianni* (Fn. 4), S. 587, 604 f. Vgl. auch *Lombardi* (Fn. 35), S. 29 f. Spezifisch bezogen auf England, wo die *foreseeability* ein zentraler Bestandteil der Überprüfung der *remoteness of damages* als Begrenzung der rein naturwissenschaftlichen Kausalität ist, siehe nur *Rogers*, in: *Spier* (Fn. 4), S. 39, 40 f.; *Wurmnest* (Fn. 38), S. 167 ff.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 2)

der Kausalität heranzuziehen.<sup>54)</sup> So hat der EuGH in *Kone* in Bezug auf Preisschirmschäden darauf abgestellt, dass diese „zu den möglichen Folgen des Kartells [gehörten], die den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben könnten“<sup>55)</sup> und damit zumindest indirekt die Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts geprüft.<sup>56)</sup> Dabei enthält jede Vorhersehbarkeitsprüfung auch normative Elemente, da anhand der gesetzgeberischen Wertungsentscheidung bewertet werden muss, wessen Perspektive und Kenntnis für die Vorhersehbarkeit entscheidend ist und auch die normative Grundlage des Schadensersatzanspruchs dabei Berücksichtigung finden kann.

- 26 Nur vermeintlich gegen eine normative Korrektur spricht eine andere Aussage des EuGH aus der Entscheidung *Kone*. Dort heißt es zwar, 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 Falles vom Vorliegen eines unmittelbaren Kausalzusammenhangs abhängig gemacht würde und aufgrund der Tatsache ausgeschlossen wäre, dass der Betroffene vertragliche Beziehungen nicht zu einem Kartellbeteiligten, 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.“<sup>57)</sup>
- 27 Daraus könnte man folgern, dass nach Ansicht des EuGH ein mitgliedstaatliches Erfordernis eines „unmittelbaren Kausalzusammenhangs“ die praktische Wirksamkeit des Art. 101 AEUV gefährde und damit unionsrechtlich unzulässig wäre. Die Gesamtschau spricht aber gegen diese Interpretation.<sup>58)</sup> Der EuGH hebt zunächst hervor, dass das nationale Recht nicht kategorisch und unabhängig von den Umständen des Einzelfalles bestimmte Anforderungen stellen dürfe und betont damit letztlich, dass jeder Fall individuell betrachtet werden muss. Dies ähnelt der Argumentation in *Courage*, wonach die Mitgliedstaaten zwar nicht pauschal den Mitgliedern des Kartells Schadensersatzansprüche verweigern dürfen, dies im Einzelfall aber dennoch können, sofern die klagende Partei „eine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung trägt.“<sup>59)</sup> Entscheidender erscheint aber vor allem, dass es sich nach Ansicht des EuGH bei den in *Kone* streitgegenständlichen Preisschirmschäden um vorhersehbare und damit zumindest im Ergebnis auch unmittelbare Schäden handelte.<sup>60)</sup> Der EuGH hat das Unmittelbarkeitskriterium damit in *Kone* nicht aufgegeben, sondern vielmehr eine Einschränkung im Vorlagefall basierend auf fehlender unmittelbarer Kausalität versagt, da ein Kartell demnach unmittelbar kausal auch für Preisschirmschäden ist.
- 28 Auch das Urteil *Otis* spricht nur vermeintlich gegen die Zulässigkeit normativer Korrekturen der naturwissenschaftlichen Kausalität, wie in Bezug auf den Schutzzweck der Norm bereits dargelegt wurde (oben IV. 2. d)). Gegenteiliges kann nicht daraus hergeleitet werden, dass der EuGH die Erwägungen der General-

anwältin zur Beschränkung des Schadensersatzanspruchs auf Schäden, die einen „hinreichend unmittelbaren Zusammenhang“ aufweisen und demnach „vorhersehbar waren“,<sup>61)</sup> nicht weiter aufgegriffen hat. Es bedurfte dessen im Rahmen der *Otis*-Entscheidung nicht. Nach Vorstehendem erscheint aber klar, dass die wirksame Anwendung von Art. 101 AEUV keine Haftung für alle naturwissenschaftlich kausalen Schäden erfordert. Nicht alle normativen Korrekturen der naturwissenschaftlichen Kausalität führen zwangsläufig dazu, dass die wirksame Anwendung von Art. 101 AEUV und dessen praktische Wirksamkeit gefährdet ist. Dieses Verständnis liegt auch der Kartellschadensersatzrichtlinie zugrunde. Dort heißt es in Erwägungsgrund 11, dass die Mitgliedstaaten weitere Voraussetzungen für Schadensersatz, „wie etwa Zurechenbarkeit, Adäquanz (...) beibehalten können, sofern sie mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dem Effektivitäts- und dem Äquivalenzgrundsatz und den Bestimmungen dieser Richtlinie im Einklang stehen“. Die vom EuGH selbstgeschaffenen Begriffe des „ursächliche[n] Zusammenhangs“<sup>62)</sup> bzw. „unmittelbaren Kausalzusammenhangs“<sup>63)</sup> sind konkretisierungsbedürftig und ermöglichen es, normative Korrekturen der naturwissenschaftlichen Kausalität in Fortsetzung der Rechtsprechung zu berücksichtigen.<sup>64)</sup>

#### 4. Fazit

Welche normativen Korrekturen im Ergebnis unionsrechtlich zulässig sind, kann nur der EuGH entscheiden. Auch diese normativen Korrekturen wird der EuGH wiederum aus dem Schutzzweck der Norm gewinnen. Demnach verbleibt auch hier eine Unsicherheit für die mitgliedstaatlichen Gerichte. Diese können sich aber an den bereits etablierten Kriterien „unmittelbarer“ Zusammenhang und Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts orientieren.<sup>65)</sup> Da normative Korrekturen der naturwissenschaftlichen Kausalität eine Beschränkung des Rechts auf Schadensersatz darstellen, gibt das Unionsrecht ein Höchstmaß der zulässigen Einschränkung vor (siehe Teil 1, WRP 2020, 812, III. 5.). Die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen könnten indes auf normative Korrekturen der Kausalität auch verzichten.

#### V. Auswirkungen auf das deutsche Recht und Ausblick

Die Anspruchsgrundlage für Kartellschadensersatzansprüche ist 30 in Deutschland auch weiterhin § 33a Abs. 1 GWB. Das Unionsrecht stellt lediglich Ergebnisvorgaben auf. Auch die Kartellschadensersatzrichtlinie bleibt vollumfänglich wirksam.<sup>66)</sup> Die mitgliedstaatliche Dogmatik wird in der Sache nicht berührt. Entsprechend kann auch das deutsche Recht weiter am Schutzzweck der Norm als normative Korrektur der Kausalität festhalten. Hiervon scheint auch der BGH im Urteil *Schienenkartell II* auszugehen.<sup>67)</sup> Die Rechtsprechung des EuGH steht damit auch – entgegen anders 31 lautender Behauptungen<sup>68)</sup> – nicht einem mitgliedstaatlichen anspruchsbegründenden Merkmal wie der „Betroffenheit“

54) Auch *Gain Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 83 – *Otis* hält die Vorhersehbarkeit für maßgeblich. A. A. *Heithecker/Hainz*, WuW 2020, 85, 86, die das Kriterium der Vorhersehbarkeit für untauglich zur Begrenzung der Haftung empfinden, da aufgrund der Steuerungswirkung von Preisen in einer Marktwirtschaft „alle Folgen einer kartellbedingten Preiserhöhung vorhersehbar“ seien. Kritisch zur Vorhersehbarkeit mit Blick auf die Abschreckungswirkung *Freund*, GRUR Int. 2020, 496, 499.

55) EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 831 Rn. 30, 34 – *Kone* u. a./ÖBB-Infrastruktur.

56) Ähnlich *Lombardi* (Fn. 35), S. 27 („loosely referring to the concept of foreseeability“).

57) EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 831, Rn. 33 – *Kone* u. a./ÖBB-Infrastruktur.

58) *Hauser*, GRUR Int. 2020, 554 Fn. 8.

59) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 26, 28, 31 – *Courage*.

60) EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 831, Rn. 29 ff. – *Kone* u. a./ÖBB-Infrastruktur.

61) *Gain Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 83 – *Otis*. Das Kriterium der Vorhersehbarkeit in kartellschadensersatzrechtlichen Zusammenhängen für nicht tauglich haltend hingegen *Heithecker/Hainz*, WuW 2020, 85, 86.

62) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 30 – *Otis* u. a./Land Oberösterreich u. a.

63) EuGH, 06.11.2012 – C-199/11, EU:C:2012:684, WRP 2013, 52, 56, Rn. 65 – Europäische Gemeinschaft/Otis u. a.

64) So wohl auch *Cullen*, JECLaP 10/10 (2020), 618, 619; *Heithecker/Hainz*, WuW 2020, 85, 86. A. A. womöglich *Lombardi* (Fn. 35), S. 67, der davon ausgeht, dass aus der EuGH-Rechtsprechung kein Erfordernis eines „direct causal link“ folgt. Dieses entomme vielmehr dem mitgliedstaatlichen Recht.

65) A. A. bzgl. des Vorhersehbarkeitskriteriums *Heithecker/Hainz*, WuW 2020, 85, 86.

66) Siehe dazu Teil 1 WRP 2020, 812, III. 4. c).

67) BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, NZKart 2020, 136, 137, Rn. 24 = WRP 2020, 614 – *Schienenkartell II*.

68) *Grothaus/Haas*, EWIR 2020, 61 f.; *Heithecker/Hainz*, WuW 2020, 85 f.; *Maijer-Rigaud*, WuW 2020, 62 f., der freilich ohnehin für einen „more economic approach“ im Schadensersatzrecht plädiert.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 2)

entgegen, sofern dieses nicht Ansprüche ausschließt, die nach dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz bzw. den unionsrechtlich konturierten Tatbestandsmerkmalen zu gewähren sind. Die Betroffenheit ist aber bereits – wie sich u. a. aus der Gesetzessystematik ergibt – nach deutschem Recht kein Merkmal der Anspruchsberechtigung.<sup>69)</sup> Auch im Übrigen kann an der deutschen Dogmatik festgehalten werden, soweit die erzielten Ergebnisse im Einzelfall der unionsrechtlichen Ergebniskontrolle standhalten. Etwa bleiben unter den Voraussetzungen des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes Schutzzweckerwägungen spiegelbildlich zur normativen Einschränkung des naturwissenschaftlich kausalen Schadens auch bei der Beurteilung einer Vorteilsausgleichung zulässig.<sup>70)</sup>

**32** Das weite Verständnis des Kartellschadensersatzanspruchs durch den EuGH entspricht einer Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung.<sup>71)</sup> Es überrascht daher nicht, dass der EuGH dem Erfordernis einer Marktbeteiligung für den Kartellschadensersatzanspruch eine Absage erteilt hat. Auf dieser Grundlage spricht viel dafür, dass nach Ansicht des EuGH das Unionsrecht auch verlangt, dass Gesellschafter einer kartellgeschädigten Gesellschaft über deren Schaden hinausgehende eigene Schäden ersetzt verlangen können müssen.<sup>72)</sup> Ebenso könnten demnach vermutlich auch die Gläubiger einer (kartellbedingt) insolventen Gesellschaft ihre nicht über die Insolvenzquote befriedigten Ansprüche einklagen, sofern der Nachweis gelingt, dass ohne das wettbewerbswidrige Verhalten die Ansprüche vollständig erfüllt worden wären. Denkbar wären bei Fortsetzung der großzügigen Rechtsprechung des EuGH auch Ansprüche von Arbeitnehmern, die (rückführbar auf das Kartell) ihren Arbeitsplatz verloren haben.<sup>73)</sup> Demzufolge werden Kartellanten zukünftig vermutlich nicht mehr nur mit Schäden konfrontiert, die über die Absatz- oder Beschaffungsmärkte vermittelt eingetreten sind. Derartigen Schäden dürften häufig keine spiegelbildlich korrespondierenden Vorteile der Kartellanten gegenüberstehen, wie auch *Otis* belegt.<sup>74)</sup> Die vom Land Oberösterreich geltend gemachten Zinsschäden sind (anders als die von den Bauherren gezahlten höheren Preise für die Aufzüge) nicht im Wege der Preiserhöhung von den Kartellanten zunächst als Einnahmen realisiert worden. Dies ist auch nicht notwendig, betrachtet das Schadensersatzrecht doch beim Geschädigten verursachte Schäden und nicht die beim Schädiger eingetretene Bereicherung.<sup>75)</sup> Zwangsläufig wird es für die Kartellanten dadurch aber auch weniger vorhersehbar,

welchen Klägergruppen sie später gegenüberstehen.<sup>76)</sup> Hinzu kommt, dass gegenüber diesen Klägergruppen (Aktionäre, Insolvenzgläubiger etc.) die Kartellanten vermutlich häufig keinen durchgreifenden Einwand des Vorteilsausgleichs geltend machen können, da derartige Schäden wohl oft nicht „weitergewälzt“ werden können oder auf sonstige Weise kompensiert werden. Möglicherweise profitieren sonstige Dritte anderweitig, dies müssen sich die Geschädigten aber nicht anspruchsmindernd entgegenhalten lassen. Dadurch dürfte sich die Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung der einzelnen Schäden erhöhen.

Durch den Verzicht auf einen Marktbezug als Anspruchsberechtigung steigt ferner die Anzahl potenzieller Kläger,<sup>77)</sup> die möglicherweise auch substantielle eigene Schäden erlitten haben. Die letzten Jahre haben gezeigt, dass insbesondere institutionelle Anleger ihre im Zusammenhang mit (vorgeblichen) Marktmanipulationen entstandenen Schäden gerichtlich geltend machen. Eine derartige Anspruchsdurchsetzung scheint auch im Zusammenhang mit Kartellschäden nicht ausgeschlossen. Maßgebliche Bedeutung wird demnach weiterhin der Frage zukommen, ob den Klägern vor Gericht der Nachweis gelingt, dass die geltend gemachten Schäden in einem „ursächlichen Zusammenhang“ mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten stehen. Die Nachweisbarkeit eines in diesem Sinne kausalen Schadens determiniert damit im Ergebnis die Anspruchsberechtigung.<sup>78)</sup>

Insgesamt dürfte *Otis* die Effektivität des Wettbewerbsregimes weiter steigern.<sup>79)</sup> Die größere Zahl potenzieller Kläger führt zu größeren potenziell durch ein Kartell verursachten Schäden, so dass die im Zusammenhang mit Kartellverstößen möglichen Schadensersatzforderungen kaum mehr kalkulierbar sein dürften. Dadurch scheint zumindest auf dem Papier weniger wahrscheinlich, dass wettbewerbswidrige Absprachen getroffen werden. Zwar können bestehende Kartelle möglicherweise durch die von Schadensersatzklagen ausgehende hohe Abschreckungswirkung stabilisiert werden,<sup>80)</sup> dennoch lässt sich wohl zumindest experimentell belegen, dass in Folge von Kartellschadensersatzklagen weniger Kartelle gebildet werden und dadurch insgesamt die Effektivität des Wettbewerbsystems erhöht wird.<sup>81)</sup>

## VI. Ergebnisse

**1. Die Anspruchsgrundlage für Kartellschadensersatzansprüche** ist dem mitgliedstaatlichen Recht zu entnehmen. Das Unionsrecht stellt an das nationale Recht über zwei verschiedene Einwirkungsmechanismen Ergebnisvorgaben auf. Zum einen verlangt die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV i. V. m. dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV, dass der nationale Richter die „volle Wirksamkeit“ der Art. 101, 102 AEUV gewährleistet. Auf diesem Weg hat der EuGH die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale des Kartellschadensersatzanspruchs unionsrechtlich konturiert. Im Übrigen unterliegt der nationale Anspruch den weniger weitreichenden Anforderungen des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes. Als bloße

69) *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, S. 113; *Kersting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf u. a. (Fn. 35), § 33a GWB Rn. 13; *Otto*, ZWeR 2019, 354, 374 ff.; *Roth*, in: FK Kartellrecht (Fn. 10), § 33a GWB Rn. 24. A. A. die (noch) h. M., siehe nur *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte (Fn. 25), § 33a GWB Rn. 6; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 53 f., 122; *Lahme/Ruster*, NZKart 2019, 196, 201; *Mäsch*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), Kartellrecht, 3. Aufl. 2018, § 33a GWB Rn. 23.

70) Vgl. *Otto*, ZWeR 2019, 354, 385 f.; vgl. auch LG Dortmund, 27.06.2018 – 8 O 13/17 (Kart), NZKart 2018, 382, 388, Rn. 159 ff. – LKW-Kartell; nur für Kausalitätserwägungen hingegen *Grothaus/Haas*, EWIR 2020, 61, 62.

71) So auch *Grothaus/Haas*, EWIR 2020, 61, 62; *Weinert*, BB 2020, 270; in größerem Zusammenhang *Cullen*, JECLaP 10/10 (2020), 618, 619.

72) *Grothaus/Haas*, EWIR 2020, 61, 62; *Hauser*, GRUR Int. 2020, 554. Einen solchen Anspruch bejahend *Engelhoven/Müller*, WuW 2018, 602; *Zetsche*, WuW 2016, 65; A. A. OLG Düsseldorf, 02.07.2014 – VI-U (Kart) 22/13, juris, Rn. 40 ff.; *Fuchs*, in: *Fuchs/Weitbrecht* (Hrsg.), Handbuch private Kartellrechtsdurchsetzung, 2019, § 4 Rn. 8c; *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 191 f.; offen lassend *GAin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 93 f. – *Otis*; *Otto*, ZWeR 2019, 354, 384.

73) *Grothaus/Haas*, EWIR 2020, 61, 62. A. A. *Fuchs*, in: *Fuchs/Weitbrecht* (Hrsg.), Handbuch private Kartellrechtsdurchsetzung, 2019, § 4 Rn. 8c; *Heinze* (Fn. 72), S. 191 f.; offen lassend *Freund*, GRUR Int. 2020, 496, 500.

74) Vgl. auch (ohne Bezug zu *Otis*) *Lombardi* (Fn. 35), S. 26: „The sheer number of different persons connected to a specific market – such as buyers, sellers, service providers and counterfactual buyers – exponentially multiplies the number economic harms that may occur.“

75) Vgl. auch EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 831, Rn. 35 – *Kone* u. a./ÖBB-Infrastruktur.

76) A. A. wohl *Heithecker/Hainz*, WuW 2020, 85, 86.

77) *Hauser*, GRUR Int. 2020, 554; *Heithecker/Hainz*, WuW 2020, 85, 86.

78) Dazu, dass sich die Anspruchsberechtigung nach dem Eintritt eines eigenen Schadens richtet, bereits oben in und bei Fn. 35.

79) Dies offenlassend *Cullen*, JECLaP 10/10 (2020), 618, 619 f. („it remains to be seen whether this expansion of Article 101 TFEU tips the balance unfavourably from a public enforcement perspective“). A. A. *Heithecker/Hainz*, WuW 2020, 85, 86 (enorme Schwächung der Abschreckungswirkung).

80) In diese Richtung wohl *Heithecker/Hainz*, WuW 2020, 85, 86, die insbesondere kritisieren, dass der EuGH auf die Kronzeugenregelung nicht eingehe und deren enorme Bedeutung zur Destabilisierung von Kartellen verkenne. Ähnlich *Cullen*, JECLaP 10/10 (2020), 618, 619 f.

81) *Bodnar/Fremerey/Normann/Schad*, The effects of private damage claims on cartel stability: Experimental evidence, DICE Discussion Paper No 315, 2019.

## Laoutoumai, Senkung der Umsatzsteuer im Rahmen des Corona-Konjunkturpakets

Ergebnisvorgabe verlangt das Unionsrecht lediglich einen Mindestgehalt der mitgliedstaatlichen Kartellschadensersatzansprüche und lässt die mitgliedstaatliche Dogmatik unberührt.

- 36 2. Das *Otis*-Urteil steht einer normativen Einschränkung der naturwissenschaftlichen Kausalität nicht entgegen. Eine solche Einschränkung ist auch weiterhin geboten. Da sowohl der Effektivitätsgrundsatz als auch die über die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV i. V. m. dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV konturierten Tatbestandsmerkmale lediglich eine Ergebniskontrolle begründen, kann darüber nicht in die mitgliedstaatliche Dogmatik eingegriffen werden. Demzufolge kann an dem Schutzzweck der Norm als normative Einschränkung nach nationalem Recht festgehalten werden, sofern die unionsrechtlichen (Ergebnis-)Vorgaben gewahrt bleiben. Auch in der Sache sind im Unionsrecht normative Einschränkungen

der Kausalität fest etabliert. Freilich ist es für mitgliedstaatliche Gerichte einfacher, diese unionsrechtlichen Reserven einer normativen Korrektur zu aktivieren, als sich auf Besonderheiten ihres nationalen Rechts zu berufen.

- 37 3. Das *Otis*-Urteil hat nur geringe Auswirkungen auf das deutsche Recht. An deutscher Dogmatik kann festgehalten werden, sofern die Ergebnisvorgaben des Unionsrechts eingehalten werden. Das *Otis*-Urteil setzt die Rechtsprechung für eine weite Anspruchsberichtigung fort. Es hat die (unionsrechtliche) Tür für weitere Kläger mit neuartigen Schadenspositionen geöffnet.

**Anm. der Redaktion:**

Der Beitrag ist eine Fortsetzung von WRP 2020, 812 ff. Teil 1 findet sich dort.

RA Sebastian Laoutoumai, LL.M., Düsseldorf\*

## Senkung der Umsatzsteuer im Rahmen des Corona-Konjunkturpakets

Auswirkungen auf die Preisdarstellung im Handel

### INHALT

- I. **Pflicht zur Angabe eines Gesamtpreises**
  1. Überblick der gesetzlichen Regelungen
  2. Vorgaben nach der Preisangabenverordnung
- II. **Ausnahmen von der Pflicht zur Angabe eines Gesamtpreises**
  1. Wortlaut von § 9 Abs. 2 PAngV
  2. Kein Preisnachlass im Sinne von § 9 Abs. 2 PAngV bei Absenkung der Umsatzsteuer
  3. Keine Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Ausnahmevorschrift
- III. **Spürbarkeit bzw. wettbewerbsrechtliche Relevanz**
- IV. **Ausblick**

- 1 Die Corona-Krise hat die Wirtschaft hart getroffen und die tatsächlichen Auswirkungen werden erst in den nächsten Jahren sichtbar werden. Zur Bewältigung dieser Krise und um die Wirtschaft nach dem ersten Lockdown wieder anzukurbeln, wurde ein umfangreiches Konjunktur- und Zukunftspaket beschlossen. Neben zahlreichen weiteren Maßnahmen beinhaltet dieses Paket auch die zeitweise Absenkung der Umsatzsteuersätze von 19% auf 16% bzw. von 7% auf 5%. Diese reduzierten Umsatzsteuersätze gelten in der Zeit vom 01.07.2020 bis zum 31.12.2020 und haben als Ziel, die Binnennachfrage zu stärken.
- 2 Dieses an und für sich positive Signal der Bundesregierung an den Handel führt in der Praxis allerdings auch zu einem nicht ganz unerheblichen Umstellungsaufwand für die Unternehmen, welche die Absenkung der Umsatzsteuer auch an ihre Kunden weiterreichen wollen. Nicht nur Kassensysteme müssen angepasst werden, auch die physische Preisauszeichnung an der Wa-

re muss den neuen Gegebenheiten angepasst werden. Das ist insbesondere dort mit einem Mehraufwand verbunden, wo das Warensortiment sehr umfangreich und kleinteilig ist. Aufgrund der gesetzlichen Pflicht zur Angabe des richtigen Gesamtpreises befürchten viele nun wettbewerbsrechtliche Abmahnungen wegen eines Verstoßes gegen die Preisangabenverordnung (PAngV). Diese Befürchtung ist allerdings aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht begründet.

### I. Pflicht zur Angabe eines Gesamtpreises

#### 1. Überblick der gesetzlichen Regelungen

Die Pflicht zur Angabe eines Gesamtpreises ist gesetzlich in verschiedenen Vorschriften geregelt. So finden sich hierzu unter anderem Regelungen in § 1 Abs. 1 PAngV, in § 5a Abs. 2, Abs. 3 UWG sowie in Art. 246 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB bzw. Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB. Diese Vorschriften basieren jeweils auf unterschiedlichen europäischen Richtlinien. So dient die Preisangabenverordnung der Umsetzung der Preisangabenrichtlinie 98/6/EG. § 5a Abs. 2 UWG dient hingegen der Umsetzung der UGP-Richtlinie 2005/29/EG und Art. 246 ff. EGBGB wiederum der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU. Relevant wird dieser europarechtliche Hintergrund, wenn man sich vor Augen führt, dass die Regelungen jeweils zum Teil vollharmonisierend sind.<sup>1)</sup> Der nationale Gesetzgeber darf also nicht von den Schutzstandards der jeweiligen Richtlinie abweichen.

Gemeinsam haben diese Vorschriften vor allem allerdings, dass es sich in den behandelten Fallkonstellationen um Verbraucherverträge handelt, also um Rechtsgeschäfte zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher. Während in diesem Kontext die Regelungen in § 1 Abs. 1 PAngV, § 5a Abs. 2, Abs. 3 UWG und in Art. 246 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB generell gelten, ist der An-

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1088.

1) Art. 10 RL 98/6/EG: Mindestharmonisierung; Art. 4 RL 2005/29/EG: Vollharmonisierung; Art. 4 RL 2011/83/EU: Vollharmonisierung.