

KARTELLSCHADENERSATZ IN ÖSTERREICH

Behördlicher Kartellrechtsvollzug

Der Vollzug des Kartellrechts obliegt in Europa in erster Linie den zuständigen Wettbewerbsbehörden („**public enforcement**“). Dies sind die **Europäische Kommission** (Kom) einerseits und die nationalen Wettbewerbsbehörden andererseits, in Österreich die **Bundswettbewerbsbehörde** (BWB) und das **Kartellgericht** (KG). Erfolgt ein Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 101 AEUV bzw des § 1 KartG oder gegen das Marktmachtmissbrauchsverbot des Art 102 AEUV bzw des § 5 KartG, so sind zuerst die Wettbewerbsbehörden berufen, den Fall nach eigenem Ermessen aufzugreifen, den Wettbewerbsverstoß festzustellen, abzustellen und gegebenenfalls weitergehende Abhilfemaßnahmen wie Bußgelder oder Verpflichtungszusagen zu veranlassen. Dem *Telos* der europäischen und nationalen Wettbewerbsregeln entsprechend soll so die Institution Wettbewerb vor Verzerrungen geschützt werden.

Der EuGH zum Kartellschadenersatz

Während die behördliche Durchsetzung des Kartellrechts auf europäischer Ebene bereits seit über 50 Jahren zu einem wichtigen Aufgabenbereich der Kom und der nationalen Behörden gehört, hat der EuGH erst vor 15 Jahren explizit zur (**zivilgerichtlichen Durchsetzung des europäischen Kartellrechts**) Stellung bezogen. In der wegweisenden Rs *Courage/Crehan* hat der Gerichtshof auf Vorlage eines britischen Gerichts unter Verweis auf Grundsatzjudikate wie *van Gend en Loos* und *Costa/ENEL* ausgeführt, dass aus der unmittelbaren Anwendbarkeit der Kartellvorschriften in den MS und aus dem Effektivitätsgebot folge, dass **jedermann Ersatz des Schadens verlangen könne, der ihm durch ein kartellrechtswidriges Verhalten entstanden ist**. Dies diene nicht nur dem Schutz der Verbraucher, sondern primär der **wirksamen Durchsetzung des Kartellrechts**. Schon auf Grundlage des primären Unionsrechts ist somit die Gewährleistung einer effektiven gerichtlichen Durchsetzungsmöglichkeit von Schadenersatzansprüchen wegen

Kartellrechtsverstößen auf mitgliedstaatlicher Ebene geboten. Dabei kann der Schaden zB im traditionellen „Kartellaufschlag“, in der Zahlung überhöhter Preise an einen Lieferanten, der seine Marktmacht missbraucht, oder in der Verdrängung eines Mitbewerbers vom Markt durch eine kartellrechtswidrige Vereinbarung liegen. Neben dieser, dem allg Schadenersatzrecht inhärenten, Ausgleichs- und Präventionsfunktion kommt dem Schadenersatzanspruch aber im Bereich des Kartellrechts eine zusätzliche Durchsetzungsfunktion zu („**private enforcement**“).

Kartellschadenersatz in Österreich

Wie dieser Zweck erreicht wird, obliegt im System des Unionsrechts den MS, welche dabei die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität zu beachten haben. In Österreich gab es zwar bis vor Kurzem kein spezielles „Kartellschadenersatzrecht“, der OGH ging jedoch davon aus, dass das **Kartellverbot des Art 101 AEUV bzw des § 1 KartG als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB wirkt**. Übervorteilungen von Marktteilnehmern durch Kartellabsprachen sollen iS der Jud des OGH durch die Geltendmachung von Ansprüchen auf Schadenersatz hintangehalten werden (4 Ob 46/12m). Zunächst kam somit – in Kombination mit einer kartellrechtlichen Anspruchsgrundlage – allein das allg öst Schadenersatzrecht nach ABGB zur Anwendung. Diese Situation führte für Geschädigte zu einer Reihe von prozeduralen Problemen (zB hinsichtlich der Akteneinsicht und iwF der Beweislast) die eine breite Berufung auf die kartellrechtlichen Anspruchsgrundlagen vor den Zivilgerichten hemmten. In diesem Zusammenhang stellte sich (nicht nur in Österreich) die Frage, ob die geltende Rechtslage die gerichtliche Durchsetzung des Kartellrechts nicht übermäßig erschwere, zumal in zahlreichen anderen Bereichen (vgl etwa Produkthaftung, Eisenbahnen, KFZ) Sonderregelungen bestehen.

Sonderregelungen im KartG – status quo

Vor diesem Hintergrund wurde in der letzten Novelle des Kartellgesetzes mit dem KaWeRÄG 2012 Sondervorschriften für Schadenersatz nach Kartellverstößen eingeführt. § 37a KartG sieht schon heute einige **Vereinfachungen der gerichtlichen Durchsetzung von**

Schadenersatzansprüchen aus Kartellverstößen vor, ohne jedoch Grundsätzliches an der Durchsetzung schadenersatzrechtlicher Ansprüche unter Rückgriff auf §§ 1294 ff ABGB zu ändern.

§ 37a Abs 1 Satz 1 KartG normiert, dass **jeder, der schuldhaft eine Kartellrechtsverstoß begeht, zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet** ist. Dies schließt Verstöße gegen das Kartellverbot gem Art 101 AEUV bzw § 1 KartG, gegen das Marktmachtmissbrauchsverbot gem Art 102 AEUV bzw § 5 KartG, gegen verbindlich erklärte Verpflichtungszusagen gem § 27 KartG und Verstöße gegen das in § 17 KartG normierte Durchführungsverbot ein. Da sich § 37a KartG darüber hinaus zur Aktivlegitimation nicht äußert, ist diese nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regelungen zu bestimmen. Aktivlegitimiert ist somit derjenige, der einen Schaden erlitten hat, welcher im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der übertretenen Norm steht und vom Täter kausal und adäquat verursacht wurde. Zur Aktivlegitimation mittelbarer Abnehmer ohne direkter Vertragsbeziehung zu einem oder mehreren Kartellanten hat der EuGH in der Rs *Kone* einen weiten Ansatz verfolgt, nach dem der mittelbar Geschädigte von den Kartellanten Schadenersatz aufgrund überhöhter Preise auch dann verlangen kann, wenn durch ein Kartell die Preise auch von unabhängigen Dritten steigen (Preisschirmeffekt, „*umbrella pricing*“).

Gem § 37a Abs 1 Satz 2 KartG ist ein Anspruch auf Schadenersatz durch den Bezug einer Ware oder Dienstleistung zu überhöhten Preisen nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Ein Kartellant kann sich angesichts einer Schadenersatzklage des unmittelbaren Abnehmers somit nicht darauf berufen, dass dem Kläger aufgrund der Weitergabe des überhöhten Preises kein Schaden entstanden sei („*passing-on defence*“). Hier kommt jedoch ein **Vorteilsausgleich** in Betracht. Nach § 37a Abs 1 Satz 3 KartG kann der Vorteil, den ein Unternehmen durch einen Wettbewerbsverstoß erlangt hat, bei der Festsetzung des Schadens durch das Zivilgericht bei Beweisschwierigkeiten gem § 273 ZPO berücksichtigt werden. Darüber hinaus normiert

§ 37a Abs 1 Satz 4 KartG, dass die **Schadenersatzforderung zu verzinsen** ist. Unionsrechtlich ist zudem auch der **Ersatz des entgangenen Gewinns** geboten ist (EuGH Rs *Manfredi*).

In § 37a KartG sind schon heute weitere wichtige Erleichterungen für den durch einen Wettbewerbsverstoß Geschädigten vorgesehen. So sieht Abs 3 leg cit die **Bindung der Zivilgerichte an die Feststellung der rechtswidrigen und schuldhaften Rechtsverletzung durch ein Unternehmen** vor. Diese Feststellung kann durch das KG, durch die Kom oder durch eine Wettbewerbsbehörde eines anderen MS erfolgen. Dadurch wird der Geschädigte von der Erbringung des Beweises der rechtswidrigen und schuldhaften Rechtsverletzung befreit, was somit bei Schadenersatzklagen, die auf behördliche Entscheidungen folgen („*follow-on-Klagen*“), wesentliche Vorteile mit sich bringt. Das Zivilgericht kann das Schadenersatzverfahren nach § 37a Abs 2 KartG unterbrechen, bis ein entsprechendes Verfahren erledigt ist. Ein laufendes Verfahren vor dem KG, der Kom oder den Wettbewerbsbehörden anderer MS führt darüber hinaus nach Abs 4 leg cit zur Hemmung der Verjährung.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch das „Schicksal“ der österreichischen Regeln zur **Einsicht in Akten des Kartellgerichts**. Diese Frage ist besonders für Kronzeugen in Kartellverfahren von großer Bedeutung, stellt die Gefahr im Nachgang eines Kartellbußgeldverfahren trotz Bußgeldbefreiung mit erheblichen Schadenersatzzahlungen rechnen zu müssen, doch ein schwer wiegendes Argument gegen die Inanspruchnahme der Kronzeugenregeln dar. Sie sieht § 29 Abs 2 KartG zwar vor, dass – zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – nicht am (Kartell-) Verfahren Beteiligte nur mit Zustimmung aller Parteien Akteneinsicht nehmen können. Diese starre Regel ist allerdings nach Ansicht des EuGH in der österr Rs *Donau Chemie*, der dabei den kartellrechtlichen Schadenersatzkläger im Blick hatte, unionsrechtswidrig und muss derzeit einer Einzelfallentscheidung des Kartellgerichts weichen.

Allgemeine Bestimmungen des ABGB

Neben den spezifisch auf das Kartellrecht zugeschnittenen Bestimmungen spielen in Verfahren vor öst Zivilgerichten aufgrund eines Schadenersatzanspruchs aus Kartellrechtsverstößen nach wie vor die schadenersatzrechtlichen Regelungen des ABGB (§§ 1294 ff) eine tragende Rolle. Der OGH hatte in mehreren Verfahren Gelegenheit, sich zur Anwendung bestimmter Vorschriften auf Schadenersatzklagen aufgrund von Kartellverstößen zu äußern: Handeln etwa mehrere Täter mit gemeinsamem Vorsatz, einen Wettbewerbsverstoß zu begehen (wie dies typischerweise der Fall ist), so besteht eine **solidarische Haftung gem § 1302 ABGB**. Der Vorsatz muss sich dabei nicht auf den vollen Schadenserfolg erstrecken. Einvernehmen zwischen den Tätern über die Begehung der Handlung ist ausreichend. Der Geschädigte hat den Schadenseintritt und die Rechtsverletzung zu beweisen, bezgl des Verschuldens gilt die **Beweislastumkehr gem § 1298 ABGB**. Hinsichtlich der **Verjährung** eines Schadenersatzanspruchs ist § 1489 ABGB anzuwenden, wonach die dreijährige Frist beginnt, sobald der Geschädigte Kenntnis von Schaden und Schädiger hat.

Die SchadenersatzRL und die KartG-Novelle

Zur **Harmonisierung der nationalstaatlichen Kartellschadenersatzvorschriften** und zur Kodifizierung des einschlägigen Jud des EuGH hat der Europäische Parlament gemeinsam mit dem Rat Ende 2014 eine RL verabschiedet, die bis Ende 2016 durch die MS umzusetzen ist (die allermeisten MS – wohl inklusive Österreich – werden diese Umsetzungsfrist allerdings nicht einhalten können). Die RL soll wesentliche Vereinfachungen für den Kläger bringen. Zur Umsetzung der RL **in Ö ist eine umfassende Erweiterung der** skizzierten **schadenersatzrechtlichen Bestimmungen** des KartG vorgesehen. Erstmals wird systematisch ein „Sonderschadenersatzrecht“ für Kartellrechtsverstöße eingeführt. So werden die oben besprochenen, bislang in § 37a KartG geregelten Themen aufgespalten (ua § 37c Abs 1, § 37d Abs 2, § 37e Abs 1 und § 37i leg cit), und um **Begriffsbestimmungen** und **zahlreichen Neuerungen**

ergänzt. Der österr Gesetzgeber geht dabei teilweise durchaus eigenständigen Weg:

Wie schon vom bislang geltenden allgemeinen Schadenersatzrecht (§ 1294ff ABGB) gefordert, sieht auch der kartellrechtliche Schadenersatz nach dem neuen § 37 c Abs 1 KartG nun explizit (und über die RL hinausgehend) ein Verschuldenserfordernis vor. Zentral und neu ist allerdings der geplante § 37c Abs 2 KartG, wonach eine **widerlegbare Vermutung der Schadensverursachung durch ein Kartell zwischen Wettbewerbern** eingeführt werden soll. Ein Kartellant hätte also gem § 270 ZPO nun den Beweis des Gegenteils zu erbringen. In der Praxis hätte ein Kartellant also zu beweisen, dass ein Kartell keinen Preisaufschlag verursacht hat oder eine Preiserhöhung auf andere Faktoren zurückzuführen war. Zur **Schätzung der Schadenshöhe** wäre vom Gericht hier schon jetzt ggf § 273 ZPO heranzuziehen, was – wie die Praxis zeigt – den Gerichten allerdings durchaus nicht leicht fällt. Gem § 37d Abs 1 KartG soll der Schaden explizit auch den **entgangenen Gewinn** umfassen (wie vom EuGH in der Rs *Manfredi* gefordert). Entgegen dem bislang geltenden § 37a Abs 1 dritter Satz KartG soll bei der Schadensschätzung in Zukunft allerdings der Vorteil, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, nicht mehr berücksichtigt werden können um Überkompensationen zu vermeiden. § 37d Abs 2 sieht eine **Verzinsung ab Eintritt des Schadens** in sinngemäßer Anwendung des § 1333 ABGB vor.

Darüber hinaus sollen **Haftungsprivilegierungen** für KMU und Unternehmen, die zur Aufdeckung eines Kartells beitragen (Kronzeugen), eingeführt werden. Dies geschieht im Wesentlichen in Form von Ausnahmen von der **allgemeinen Regel einer solidarischen Haftung** der Kartellteilnehmer, die in einem neuen § 37e KartG geregelt werden soll. KMUs, kleinere und wirtschaftlich gefährdete Unternehmen sowie Kronzeugen sollen demnach im Regelfall **nur ihren unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten haften** (§ 37e Abs 2f). Der **Innenregress** soll sich nach der relativen Verantwortung eines jeden Kartellanten für den verursachten Schaden bestimmen (§ 37e Abs 4). Auch hier soll es allerdings Privilegien für Kronzeugen geben.

Wesentlich umfangreicher als bisher soll die Frage der **Schadensüberwälzung** geregelt werden (§ 37f). Demnach kann sich ein beklagtes Unternehmen, unbeschadet der Schadenersatzansprüche wegen entgangenen Gewinns, auf ein „**passing-on**“ berufen, es trägt jedoch die Beweislast. Ansprüche auf entgangenen Gewinn bleiben unberührt. Auch **mittelbare Abnehmer sollen im Falle der Schadensüberwälzung klagslegitimiert** sein, ihnen obliegt jedoch der Beweis, wobei die Überwälzung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen *ex lege* vermutet wird. Die in Abs 4 leg cit explizit behandelte Möglichkeit der **Streitverkündung** soll verhindern, dass es beim Beweis der Schadensverlagerung durch den Kartellanten zu einem *non-liquet* kommt und dadurch einerseits der Rechtsverletzer ev zweimal in Anspruch genommen wird, oder es andererseits zu gar keiner Haftung des Rechtsverletzers kommt.

Im Falle eines **Vergleichs** zwischen Rechtsverletzer und Geschädigtem soll sich der **Ersatzanspruch** gegenüber den übrigen Rechtsverletzern **verringern** (§ 37g). Rückerersatzansprüche sollen im Regelfall entfallen.

Völlig neu geregelt ist die **Verjährung** von Schadenersatzansprüchen (§ 37h). Die **relative Frist** soll **fünf Jahre** ab Kenntnis von Schaden, Schädiger, des verursachenden Verhaltens und der Tatsache, dass dieses Verhalten eine Wettbewerbsrechtsverletzung darstellt, betragen. Alternativ endet die Frist fünf Jahre ab dem Zeitpunkt, an dem diese Kenntnis vom Geschädigten vernünftigerweise erwartet werden kann. Die **absolute Frist** soll – in Analogie zur behördlichen Verfolgungsverjährung – **zehn Jahre** betragen. Die Fristen beginnen nicht, bevor die Wettbewerbsrechtsverletzung beendet ist und sollen durch wettbewerbsbehördliche Entscheidungs- und Untersuchungsverfahren sowie Vergleichsverhandlungen (in den ersten beiden Fällen auf ein Jahr) **gehemmt** werden (§ 37h Abs 2). Auch hier soll es Privilegien für Kronzeugen geben.

Den problematischen Zugang potentieller Kläger zu Beweismitteln (vgl das oben zum aktuellen § 39 Abs 2 KartG Gesagte) adressiert der Entwurf in § 37 j und § 37k. So soll mit § 37j eine Art „**discovery**“-Verfahren eingeführt werden, wonach

das Gericht – im Rahmen einer umfassenden **Verhältnismäßigkeitsabwägung** – die Offenlegung bestimmter und vorab möglichst präzise zu bezeichnender Beweismittel anordnen kann. Das Interesse von Unternehmen, Schadenersatzklagen wegen Wettbewerbsrechtsverletzungen zu vermeiden, soll dabei nicht schutzwürdig sein.

Eine umfassende und detailreiche spezielle Regelung erfährt auch die **Offenlegung von aktenkundigen Beweismitteln**. Hier ist hervorzuheben, dass **Kronzeugenerklärungen** und die **Vergleichsausführungen** vor Offenlegung geschützt werden (§ 37k Abs 4). Im Zusammenhang dazu sind auch die hier einschlägigen, **vorgeschlagenen Änderungen des WettbG** betreffen die Neufassung der Kronzeugenregelung im neu gefassten § 11b WettbG und die Offenlegung von Beweismitteln der BWB in Schadenersatzverfahren in § 13a Abs 1 WettbG zu sehen. Sie sollen die Funktionsfähigkeit der Kronzeugenregelung und der Vergleichsverhandlungen sicherstellen. Grundsätzlich ist die dem Kronzeugen für die Kooperation mit der BWB gewährte Bußgeldreduktion bzw -immunität ja von der schadenersatzrechtlichen Haftung (auch des Kronzeugen!) für Schäden aus dem Kartellverstoß unabhängig. Dieses Spannungsverhältnis versucht die Novelle durch die Beschränkung des Zugangs potentieller Kläger zu Informationen über den Kronzeugen etwas auszugleichen.

So hat die BWB die Identität des Kronzeugen zwar grundsätzlich dadurch preisgegeben, dass sie gem § 11b Abs 1 Z 4 Satz 2 WettbG für die jeweiligen Kronzeugen einen Feststellungsantrag nach § 28 Abs 1a KartG zu stellen hat, wenn sie gegen andere Kartellteilnehmer eine Geldbuße beantragt. Bei der Offenlegung von Beweismitteln sind jedoch Einschränkungen zum Schutz des Kronzeugen vorgesehen. Gem § 13a Abs 1 WettbG legt auch die BWB zu **keinem Zeitpunkt Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen offen**. Nur in bestimmten Fällen ist die BWB zur Offenlegung von speziell bezeichneten Informationen berechtigt, zB von zurückgezogenen Vergleichsausführungen. Darüber hinaus kann die BWB nun gem § 13b WettbG einem nationalen Gericht bei der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes behilflich sein (vgl auch den Vorschlag eines § 37l KartG).



Ausblick

Wie erwähnt sind die **genaue Art der Umsetzung** der Vorgaben der Schadenersatz-RL in der anstehenden Novelle des KartG und des WettbG, wie auch der **Zeitpunkt** der Umsetzung, nach wie vor **offen**. Hier bleibt der Ausgang des parlamentarischen Prozesses abzuwarten. Eine Umsetzung innerhalb der Umsetzungsfrist soll dem Vernehmen nach in Österreich nur mehr schwer möglich sein, sodass punktuell mit einer **unmittelbaren Anwendbarkeit** der Bestimmungen der RL (soweit diese dafür hinreichend konkret formuliert sind) zu rechnen sein wird (vgl etwa EuGH Rs *Becker, Kolpinghuis Nijmegen*). Dabei wird aber jedenfalls zwischen jenen Bestimmungen der RL, die **zwischen Privaten gelten** und jenen, die den **Staat gegenüber Privaten verpflichten, zu unterscheiden** sein (vgl etwa EuGH Rs *Marshall, Pfeiffer, Unilever*).

Grundsätzlich bleibt abzuwarten, ob und inwieweit der EuGH im Rahmen seiner Rsp zum **effet-utile** auch nach Umsetzung der RL in den MS noch **Spielräume für (unions-)richterliche Rechtsgestaltung** finden wird. Zu allererst wird es aber an den **nationalen Zivilgerichten** liegen, die gegenständlichen Bestimmungen mit Leben zu erfüllen und so dem Anspruch des Unions- und zuletzt auch nationalen Gesetzgebers nach „mehr“ *private enforcement* im Kartellrechtsvollzug Rechnung zu tragen.

Wien, 28. November 2016