



Franz Jürgen Sahn

FS 1/PC 4630 SA 27. 2021

SELBSTVERANTWORTETE FREIHEIT UND RECHT

FESTSCHRIFT FÜR
FRANZ JÜRGEN SÄCKER
ZUM 80. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

Detlev Joost

Hartmut Oetker

Marian Paschke

2021



Reg 2021/0113


C.H. BECK

Zitiervorschlag: Autor FS Säcker, 2021, ...

www.beck.de

ISBN 938 3 406 77810 0

© 2021 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH,
Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza
Satz: Jung Crossmedia Publishing GmbH
Gewerbestraße 17, 35633 Lahnau



chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Die Europäisierung des Kartelldeliktsrechts: Anspruchsberechtigung, Kausalität, Schaden

I. Einleitung

Bekanntlich ist ein Gedanke, dessen Zeit gekommen ist, sehr mächtig. Einen solchen Grundsatz hat der Europäische Gerichtshof im Jahre 2001 im Fall *Courage* aufgestellt, also zu einer Zeit, in der die Europäische Kommission die Dezentralisierung der Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln vorantrieb,¹ die schließlich in der Verordnung 1/2003² mündete. Die „volle Wirksamkeit“ des europäischen Kartellverbots (Art. 101 AEUV) „wäre beeinträchtigt“, urteilte der Gerichtshof, „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. Ein solcher Schadensersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.“³ Dieser Rechtssatz, der mittlerweile in einer ständigen Rechtsprechung aufgegangen ist,⁴ gilt ebenso für Verstöße gegen Art. 102 AEUV.⁵ Er wurde auch in der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104 verankert, die den gemeinschaftlichen Besitzstand insofern nicht ändert.⁶

Der Gedanke der *Courage*-Judikatur ist nicht ganz neu, hat aber in seiner Weite und Konsequenz erheblichen Einfluss auf das Recht entfaltet: aus den primärrechtlich veranker-

* Ich danke meinem Mitarbeiter Herrn *Julian Kimmerle* für die Formatierung und Durchsicht der Fußnoten.

¹ Vgl. etwa Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. 1999 C 132/1, sowie zur damaligen Debatte *Kominos*, EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts, 2008, 45ff.; vgl. auch *Basedow* EBOR 2 (2001), 443ff.

² Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1. Dazu *Möschel* JZ 2000, 61ff.; *K. Schmidt* ZEuP 2004, 881ff.

³ EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. 2001, I-6297 Rn. 26f. – *Courage/Crehan*.

⁴ Vgl. nur EuGH 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 Rn. 90f. – *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni*; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 23 – *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*; EuGH 5.6.2014 – C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 21, 23 – *Kone/ÖBB-Infrastruktur*; EuGH 14.3.2019 – C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 43f. – *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy*.

⁵ Die Anwendung auf Art. 102 AEUV wurde kürzlich ausdrücklich vom EuGH bestätigt (EuGH 28.3.2019 – C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, Rn. 39 – *Cogeco Communications/Sport TV Portugal*), war aber zuvor schon allgemein anerkannt.

⁶ Vgl. Art. 3 und Erwägungsgrund 12 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349, 1 (folgend: *KartellschadensersatzRL*).

ten Wettbewerbsregeln der Europäischen Union kann abgeleitet werden, dass umfassende privatrechtliche Ausgleichsansprüche einen zentralen Baustein des Instrumentariums zur Durchsetzung des Kartellrechts bilden. Das Kartelldeliktsrecht muss daher so ausgestaltet sein, dass es einen wirksamen Beitrag zum Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt leistet. Eine funktionierende private Rechtsdurchsetzung („*private enforcement*“) wird somit als im öffentlichen Interesse der Union liegend begriffen.⁷

Die *Courage*-Entscheidung war der Startschuss zu einer fulminanten Europäisierung zentraler Fragen des Kartellschadensersatzrechts durch den Europäischen Gerichtshof, mit dem Ziel die Rechtsdurchsetzung zu effektivieren. Diese Entwicklung soll hier für die Anspruchsberechtigung, die Kausalität sowie Grundfragen des Schadensrechts nachgezeichnet werden.⁸ Damit soll an das wissenschaftliche Wirken des Jubilars angeknüpft werden, dem der Beitrag in kollegialer Verbundenheit gewidmet ist. Er hat stets daran erinnert, dass eine funktionierende Marktwirtschaft und eine darauf basierende freie Zivilgesellschaft ein effizientes Instrumentarium zum Schutz des Wettbewerbs benötigt, damit dieser seine wohltätigen Wirkungen entfalten kann.⁹ Zu diesem Instrumentarium zählt auch ein funktionierendes System der privaten Rechtsdurchsetzung. Mit Fragen der privaten Rechtsdurchsetzung hat sich der Jubilare nicht nur in dem von ihm mitherausgebenden „Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht“ befasst,¹⁰ sondern in dieser Teildisziplin des Kartellrechts auch eine Reihe von Dissertationen betreut.¹¹

II. Rückblende

In Deutschland ist das Kartelldeliktsrecht ein relativ junges Rechtsgebiet. Dies hängt damit zusammen, dass der deutsche Gesetzgeber erst mit dem GWB ein modernes Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, einschließlich einer Vorschrift zum Kartellschadensersatz geschaffen hat, das – auch aufgrund des Einflusses der USA¹² – mit der zuvor stark ausgeprägten „Kartelltradition“ brach.

Vor dem Zweiten Weltkrieg wurden Kartellverbände in Deutschland, wie in anderen Staaten Europas auch,¹³ als legitimes und ökonomisch oftmals probates Mittel zur Ordnung der Wirtschaft angesehen. Die Gerichte begrenzten daher die Spielräume wirtschaftlicher Machtstellungen im Wettbewerbskampf auf Grundlage der allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Rechts nur marginal. Das Reichsgericht urteilte in seiner frühen Rechtsprechung,

⁷ Roth FS Hopt, 2020, 1072 (1075).

⁸ Aus Platzgründen ausgeblendet wird die Frage, welche Personen für den Kartellrechtsverstoß haftbar gemacht werden können, obgleich auch die Frage der Passivlegitimation auf Grundlage des Unionsrechts bestimmt wird und diesbezüglich die Rechtsfigur der wirtschaftlichen Einheit maßgeblich ist, vgl. EuGH 14.3.2019 – C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 28 ff. – Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy; näher dazu Kersting WuW 2019, 290 (292 ff.); Wurmnest CMLRev 57 (2020), 915 (921 ff.).

⁹ Zuletzt: MüKo WettbR./Säcker, 3. Aufl. 2020, Grdl. Rn. 2.

¹⁰ MüKo WettbR./Säcker, 3. Aufl. 2020, AEUV Art. 101 Rn. 901 ff.

¹¹ Leib, Kartellrechtliche Durchsetzungsstrategien in der Europäischen Union, den USA und Deutschland: Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2012; Triantafyllidis, Die Einordnung der Passing-On-Defense in das allgemeine Schadensersatzrecht: Eine rechtsvergleichende, dogmatische Studie, 2015; Zhang, Passivlegitimation bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen nach dem chinesischen Recht: Gleichzeitig ein Vergleich mit dem deutschen Recht, 2018.

¹² Murach-Brand, Antitrust auf deutsch: Der Einfluss der amerikanischen Alliierten auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) nach 1945, 2004, 169 ff.

¹³ Dazu Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch: Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, 2. Aufl. 2012, 60 ff. (zur Rechtslage in Frankreich, Italien, Belgien und den Niederlanden).

dass Kartellabsprachen grundsätzlich durchsetzbar seien, da sie weder die allgemeine Gewerbefreiheit verletzten,¹⁴ noch ein sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB¹⁵. „Vertragsuntreue“ Kartellanten konnten daher mit den Mitteln des Rechts diszipliniert und Außen-seiter bzw. Abnehmer oder Zulieferer – innerhalb der Schranken von § 826 BGB – bekämpft werden. Die Kartellverordnung von 1923¹⁶, die in politisch und wirtschaftlich unruhigen Zeiten gewissermaßen als Notstandsgesetzgebung erlassen wurde,¹⁷ änderte dies nicht grundsätzlich, da sie wettbewerbsbeschränkende Absprachen nicht verbieten, sondern lediglich die größten Auswüchse des Kartellzwangs beschneiden sollte.¹⁸ Immerhin konnte Rechtsschutz gegen Sperrmaßnahmen auf Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB iVm § 9 Abs. 1 KartellVO erlangt werden¹⁹ und das Reichsgericht unterband auf Grundlage von § 826 BGB etwa den Einsatz wettbewerbswidriger Kampffpreise, mit denen Kartellaußenseiter zum Anschluss an das Kartell gezwungen werden sollten.²⁰ Unter den Nationalsozialisten, die die Kartellierung zur besseren Kontrolle der Wirtschaft verstärkten, spielte die private Rechtsdurchsetzung keine besondere Rolle und im Rahmen der Dekonzentrationsregime, die die Westalliierten nach dem Krieg in Deutschland installierten, war eine solche nicht vorgesehen.

Die im GWB verankerte Vorschrift zum Schadensersatz (§ 35 GWB 1958) war somit ein Novum. Erstmals wurde eine spezielle Vorschrift zum Kartelldeliktsrecht geschaffen. Diese wurde freilich in die allgemeinen Strukturen des deutschen Deliktsrechts eingebettet. In Anlehnung an § 823 Abs. 2 BGB verpflichtete die Norm lediglich diejenigen Personen zum Schadensersatz, die schuldhaft eine Schutznorm des GWB verletzen.²¹ Später wurden auf dieser Basis auch der Unterlassungs- und der Beseitigungsanspruch spezialgesetzlich ausgeformt.²²

Nach Erlass des GWB zeigte sich allerdings, dass der Einsatz des Kartellrechts „als Schwert“ nur einen Ausschnitt des Verbotsrechts betraf. Es wurden lediglich vereinzelt Klagen gegen Unternehmen mit Marktmacht wegen des Einsatzes missbräuchlicher Verhaltens-

¹⁴ RG 25.6.1890 – I 96/90, RGZ 28, 238 (244) – Rabattkartell Buchhandel; RG 4.2.1897 – VI 307/96, RGZ 38, 155 (158) – Sächsisches Holzstoffkartell.

¹⁵ RG 14.12.1902 – VI 167/03, RGZ 56, 271 (275f.) – Börsenverein der Deutschen Buchhändler.

¹⁶ Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, RGBL. 1923 I 1067 u. 1090 (Korrektur) (folgend: KartellVO).

¹⁷ Zum Hintergrund der Verordnung siehe etwa *Roth* Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 1962, 11 (16ff.) („Notanker Kartellgesetz“); *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1994, 49ff., 54 („politische Notstandsmaßnahme[]“); vgl. auch *N. Caro*, Die Kartellgerichtspraxis und ihre Auswirkungen, 1926, 4 („Kind der Not“).

¹⁸ So wurde das Recht von Kartellmitgliedern zur Kündigung des Kartellvertrags aus wichtigem Grund gesetzlich festgeschrieben, bestimmte Sperrmaßnahmen untersagt und eine staatliche Aufsicht über Preise und Konditionen der Verbände eingeführt, vgl. §§ 8–10 KartellVO 1923.

¹⁹ RG 27.6.1929 – VI 679/28, RGZ 125, 166 (170) – Verein der rein natürlichen Heilquellen e.V.

²⁰ RG 18.12.1931 – II 514/30, RGZ 134, 342ff. – Benrather Tankstelle.

²¹ Entsprechendes galt bei einer Verletzung einer kartellbehördlichen oder gerichtlichen Verfügung, die den Schutz eines anderen bezweckt.

²² Zuvor waren diese Ansprüche allerdings nach den allgemeinen Regeln anerkannt. Der Gesetzgeber sah bei Erlass des GWB 1958 davon ab, den Unterlassungsanspruch gesondert zu normieren, da er sich aus den allgemeinen Regeln (§ 1004 BGB analog) ergab, vgl. Regierungsbegründung zum GWB-Entwurf, BT-Drs. 2/1158, 44. Erst durch die 6. GWB-Novelle wurde dieser Anspruch zur Stärkung der Rechtsklarheit im GWB verankert. Anerkannt war auch der Beseitigungsanspruch, der erst mit der 7. GWB-Novelle im GWB normiert wurde, vgl. Immenga/Mestmäcker/Franck, 6. Aufl. 2020, Vorbemerkung zu §§ 33–34a GWB Rn. 5f.

weisen (heute: §§ 19, 20 GWB 2021) vor Zivilgerichten erhoben.²³ Dagegen kam das Kartellverbot vornehmlich „als Schild“ vor deutschen Gerichten zur Anwendung, da der Nichtigkeitseinwand erhoben wurde.²⁴ Der offensive Einsatz des Kartellrechts gegen wettbewerbsbeschränkende Absprachen betraf vornehmlich den Vertikalbereich.²⁵ Im Horizontalbereich war er auf sehr spezielle Konstellationen beschränkt.²⁶ Schadensersatzklagen gegen „Hard-core“-Kartelle sind deshalb eine deutlich neuere Entwicklung, die maßgeblich durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs angestoßen wurde. Dieser Prozess hat auch zu einer Neujustierung des deutschen Kartelldeliktsrechts geführt.

III. Anspruchsberechtigung

Nimmt man den Europäischen Gerichtshof beim Wort, so steht „jedermann“, der aus einer Verletzung der europäischen Wettbewerbsregeln geschädigt wird, ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den bzw. die Rechtsverletzer zu. Die Durchsetzung dieses Rechtssatzes traf in Deutschland allerdings auf erhebliche Probleme.

1. Das Schutzgesetzfordernis als Sackgasse

Die erste Hürde stellte dabei das Schutzgesetzfordernis dar, das in § 35 GWB 1958 (§ 33 GWB 1998) für Verstöße gegen deutsches Kartellrecht normiert war. Dieses Kriterium war auch bei Verletzungen der europäischen Wettbewerbsregeln von Relevanz, bei denen sich ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm Art. 85, 86 EWG-Vertrag ergab. Im Deliktsrecht kommt dem Schutzgesetzfordernis die Aufgabe zu, den Kreis der Personen einzugrenzen, die gesetzlich angeordnete Verhaltensstandards mittels Schadensersatzansprüchen durchsetzen dürfen.²⁷ Sicherlich auch geprägt von der alten Kontroverse, ob und inwieweit kartellrechtliche Verbote überhaupt subjektive Rechtspositionen begründen können,²⁸ war die Rechtsprechung eher zögerlich, den Kreis der Anspruchsberechtigten im Kartellschadensersatzrecht weit auszulegen. An dieser Entwicklung war der Bundesgerichtshof – wie der ehemalige Vorsitzende des Kartellsenats selbst einräumte – „nicht ganz unschuldig“.²⁹ In älteren Entscheidungen hatte das deutsche Höchstgericht das Schutznormerfordernis nämlich maßgeblich unter Rückgriff auf die Zielrichtung des Rechtsverstoßes konkretisiert, so dass jedenfalls solche Personen anspruchsberechtigt waren, die gezielt und unmittelbar durch den Rechtsverstoß getroffen wurden. Dies waren etwa Unternehmen, denen mit Boykott gedroht,³⁰ deren Marktzugang durch die kartellrechtswidrige Absprache verhindert werden sollte,³¹ oder die von marktstarken Unternehmen unbillig behindert oder diskriminiert wurden.³²

²³ *Bornkamm* GRUR 2010, 501; v. *Dietze/Brödermann* in *Foer/Cuneo*, *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, 2010, 330; *Franck* in *Wollenschläger/Wurmnest/Möllers*, *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law: Current Challenges and the Way Forward*, 2020, 77 (80).

²⁴ Vgl. nur *Mäsch* EuR 2003, 825 (828); *K. Schmidt* ZWeR 2007, 394 (398).

²⁵ Vgl. nur *Roth* in *Basedow*, *Private Enforcement of EC Competition Law*, 2007, 61 (66f.) mwN.

²⁶ Vgl. etwa BGH 25.1.1983 – KZR 12/81, NJW 1984, 2819 (2822) – Familienzeitschrift; BGH 4.4.1975 – KZR 6/74, GRUR 1976, 153 (156) – Krankenhauszusatzversicherung.

²⁷ Vgl. allg. *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 14. Aufl. 2021, Kapitel 5 Rn. 113ff.

²⁸ Zu dem mittlerweile überkommenden Streit (Institutionenschutz vs. Individualschutz) s. *K. Schmidt* FS *Canaris*, Bd. 1, 2007, 1175 (1180f.).

²⁹ *Bornkamm* GRUR 2010, 501.

³⁰ BGH 2.7.1996 – KZR 20/91, NJW 1996, 3212 (3213f.) – Fremdleasingboykott II.

³¹ BGH 25.1.1983 – KZR 12/81, NJW 1984, 2819 (2822) – Familienzeitschrift; ähnlich schon BGH 4.4.1975 – KZR 6/74, GRUR 1976, 153 (156) – Krankenhauszusatzversicherung.

³² BGH 6.10.1992 – KZR 10/91, NJW 1993, 396 (398) – Stromeinspeisung; BGH 4.4.1995 – KZR 5/94, NJW-RR 1995, 1381 – Einspeisungsvergütung (zum Beseitigungsanspruch).

Bei Schadensersatzklagen wegen Preisabsprachen folgerten einige Untergerichte aus dieser Rechtsprechung eine extrem restriktive Auslegung des Schutzgesetzfordernisses. Sie verneinten bei Klagen gegen Mitglieder des Vitamin-Kartells sogar die Anspruchsberechtigung direkter Abnehmer, da sich die Preisabsprache nicht gezielt gegen sie richtete.³³ Würde man in diesem Fall Deliktsansprüche „der gesamten Marktgegenseite ohne weitere Einschränkungen [zulassen],“ befand etwa das LG Mannheim noch im Jahre 2003, würde dies „zu einer unübersehbaren und weitgehend vom Zufall abhängigen Anzahl von Anspruchsberechtigten führen“.³⁴ Diese Auslegung, deren Absurdität heute offensichtlich ist, weil das Kartell bei breiter Marktabdeckung dann praktisch überhaupt nicht haftbar gemacht werden kann (indirekte Abnehmer hatten nach dieser Logik nämlich auch keine Ansprüche), war schon damals nicht durch die BGH-Rechtsprechung gedeckt. Der BGH hatte nämlich lediglich ausgeführt, dass § 1 GWB „jedenfalls dann“ (aber eben nicht: nur dann) als Schutzgesetz anzusehen sei, wenn die Absprache sich gezielt gegen einzelne Personen richtete.³⁵ Zudem verstieß die Auslegung des LG Mannheim gegen den eingangs referierten Rechtsgedanken der *Courage*-Entscheidung, der – obgleich dem Fall eine Klage im Vertikalverhältnis zugrunde lag – auch im Horizontalverhältnis Geltung beansprucht.³⁶

Wenngleich die restriktive Auslegung einzelner Instanzgerichte vom BGH sicherlich nicht bestätigt worden wäre,³⁷ gab der Gesetzgeber das Schutzgesetzfordernis in der 7. GWB-Novelle von 2005 auf. Zwar sah der Regierungsentwurf lediglich eine Abmilderung des Schutzgesetzkriteriums vor,³⁸ in den Beratungen des Bundestags sprach sich der Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit mit Blick auf die *Courage*-Entscheidung dann allerdings für eine Aufgabe des Schutzgesetzfordernisses aus.³⁹ Diese Entscheidung war rückblickend richtig, da der Individualschutzzweck der verletzten Norm bei Verstößen gegen Art. 101,

³³ OLG Frankfurt 17.11.2015 – 11 U 73/11 (Kart), NJOZ 2017, 319 (320) (bezogen auf Ansprüche wegen der Verletzung von § 1 GWB, anders bei einem Verstoß gegen EU-Kartellrecht); LG Mannheim 11.7.2003 – 7 O 326/02, GRUR 2004, 182 (183) – Vitaminkartell; LG Mainz 15.1.2004 – 12 HK O 52/02, NJW-RR 2004, 478 (479f.) – Vitaminpreise (die beiden letztgenannten Urteile beziehen sich sowohl auf Ansprüche wegen Verletzungen von § 1 GWB als auch des EU-Kartellrechts).

³⁴ LG Mannheim 11.7.2003 – 7 O 326/02, GRUR 2004, 182 (183) – Vitaminkartell; ähnlich LG Mainz 15.1.2004 – 12 HK O 52/02, NJW-RR 2004, 478 (479) – Vitaminpreise. Die Berufung gegen das Urteil des LG Mannheim scheiterte, da das OLG Karlsruhe mangels Feststellungsinteresse die Klage als unzulässig abwies, ohne die Frage der Anspruchsberechtigung zu entscheiden, OLG Karlsruhe 28.1.2004 – 6 U 183/03, GRUR 2004, 883; aA zur Anspruchsberechtigung: LG Dortmund 1.4.2004 – 13 O 55/02, BeckRS 2004, 154093 Rn. 15 – Vitaminpreise.

³⁵ *Bornkamm* GRUR 2010, 501 (m. Fn. 1); *Langen/Bunte/Tölkemitt/Bornkamm*, 13. Aufl. 2018, GWB § 33 Rn. 25. Vgl. etwa BGH 25.1.1983 – KZR 12/81, NJW 1984, 2819 (2822) – Familienzeitschrift; BGH 23.10.1979 – KZR 21/78, NJW 1980, 1224 (1225) – BMW-Importe; BGH 10.11.1987 – KZR 15/86, GRUR 1988, 327 (330) – Cartier-Uhren.

³⁶ So schon *Lettl* ZHR 167 (2003), 473 (492); vgl. auch *Köhler* GRUR 2004, 99 (100).

³⁷ In seiner späteren ORWI-Entscheidung hat der BGH für Verstöße gegen Art. 101 AEUV klargestellt, dass trotz des Tatbestandsmerkmals des Schutzgesetzfordernisses nicht nur direkte Abnehmer, sondern auch indirekte Abnehmer in den Schutzbereich des Kartellverbots einbezogen werden können, selbst wenn sich der Kartellverstoß nicht gezielt gegen diese Marktteilnehmer richtet, vgl. BGH 28.6.2011 – KZR 75/10, NJW 2012, 928 Rn. 16ff.

³⁸ Vgl. § 33 Abs. 1 S. 3 idF des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 15/3640, 11. Das Schutzgesetzfordernis sollte beibehalten, aber um den Zusatz ergänzt werden, dass Normen des Kartellrechts auch dann dem Schutz anderer Marktbeteiligter dienen können, wenn sich der Verstoß nicht gezielt gegen diese richtet.

³⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drs. 15/5049, 49.

102 AEUV keine entscheidende Rolle spielt,⁴⁰ wie der Gerichtshof unlängst in *Otis* noch einmal sehr deutlich gemacht hat.⁴¹

2. Die Kartellbetroffenheit als neuer Filter

Mit der 7. GWB-Novelle von 2005 waren die Friktionen mit dem europäischen Recht allerdings nicht vollumfänglich beseitigt. Zwar wurde die Reform zu einer sinnvollen Systematisierung der Anspruchsgrundlagen genutzt. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB 2005 normierte die Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung. Der aufgewertete Schadensersatzanspruch, der nun auch Verstöße gegen das europäische Kartellrecht erfasste, wurde in § 33 Abs. 3 GWB 2005 niedergelegt, wobei zur Ausformung des Tatbestands auf Abs. 1 verwiesen wurde. Später wurde der Anspruch auf Schadensersatz im Zuge der Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle in § 33a Abs. 1 GWB 2017 (heute: GWB 2021) verschoben.

Problematisch war, dass das Schutzgesetzerfordernis nicht einfach gestrichen wurde. Vielmehr wurde das Kriterium der Kartellbetroffenheit eingeführt, um den Kreis der Personen zu umschreiben, die Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung gegen den Rechtsverletzer geltend machen können. Nach der Legaldefinition des § 33 Abs. 1 S. 3 GWB 2005/§ 33 Abs. 3 GWB 2017/2021 ist betroffen, „wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.“ Die herrschende Ansicht bezieht das so umschriebene Betroffenheitskriterium auch auf den Schadensersatzanspruch,⁴² wodurch die Bühne für die nächste große Debatte um die Europarechtskonformität des deutschen Kartellschadensrechts bereitet wurde. Wer mit der herrschenden Ansicht die Betroffenheit als anspruchübergreifendes Kriterium ansieht, muss nämlich die Frage beantworten, in welcher Weise dieses Kriterium als Filter dienen kann, ohne mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu kollidieren.

a) Keine Begrenzung auf marktvermittelte Schäden

Zunächst stellte sich die Frage, ob aufgrund der Legaldefinition in § 33 Abs. 1 S. 3 GWB 2005/§ 33 Abs. 3 GWB 2017/2021 für den Schadensersatzanspruch eine Begrenzung auf marktvermittelte Schäden angezeigt ist. Eine solche Begrenzung führt zu einem kategorischen Ausschluss von Kartellopfern, die nur sehr mittelbar durch einen Kartellrechtsverstoß geschädigt werden. Deutlich wird dies an einer Entscheidung des OLG Düsseldorf, das die Anspruchsberechtigung eines Aktionärs verneinte. In diesem Fall hatte ein Gründungsaktionär einer Aktiengesellschaft geklagt, die einen Telefonauskunftsdiens betrieb und Teilnehmerdaten bei dem beklagten Marktbeherrscher einkaufte. Die dafür fälligen Entgelte waren in missbräuchlicher Weise überhöht und mussten – wie im Vorprozess entschieden wurde – an den Auskunftsdienst zurückgezahlt werden.⁴³ Im anschließenden Schadensersatzverfahren machte der Kläger geltend, dass die überhöhten Entgelte durch Kapitalerhöhungen finanziert werden mussten, so dass ihm durch den Kartellverstoß ein Verwässerungs- und ein

⁴⁰ MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 540f.

⁴¹ EuGH 19.12.2019 – C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn. 31 – *Otis/Land Oberösterreich*.

⁴² BGH 28.1.2020 – KZR 24/17, NJW 2020, 1430 Rn. 25 – *Schienenkartell II*; OLG Düsseldorf 2.7.2014 – VI U (Kart) 22/13, BeckRS 2015, 8592 Rn. 37; *Bechtold/Bosch*, GWB, 9. Aufl. 2018, § 33 Rn. 10f.; *Langen/Bunte/Bornkamm/Tolkemitt*, 13. Aufl. 2018, GWB § 33a Rn. 6; *Krohs* in *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, 2017, GWB § 33 Rn. 193f.; *Berg/Mäsch/Mäsch*, 3. Aufl. 2018, GWB § 33a Rn. 23; *Meessen*, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?*, 2011, 171; *K. Schmidt FS Canaris*, Bd. 1, 2007, 1175 (1185f.); *Stancke* NZKart 2017, 636 (637ff.); aA insb. *Roth FS Dirk Schroeder*, 2018, 709 (714f.) sowie die in Fn. 66 genannten Autoren.

⁴³ OLG Düsseldorf 20.6.2007 – VI-U (Kart) 4/02, BeckRS 2007, 14822; OLG Düsseldorf 8.6.2011 – VI-U (Kart) 2/11, BeckRS 2012, 4895 – *Telefondaten I*.

Unterbewertungsschaden entstanden sei. Das OLG Düsseldorf urteilte, dass Aktionäre nicht vom Schutzbereich des Kartellverbots erfasst seien (der Fall beurteilte sich noch nach dem „Altrecht“ vor 2005), doch führte es dabei obiter aus, dass auch unter Geltung der 7. GWB-Novelle allein die am Markt agierende Gesellschaft von dem Kartellverstoß „betroffen“ i. S. d. § 33 Abs. 3 GWB 2005 sei, nicht aber deren Aktionäre, die nicht eigenständig auf dem relevanten Markt agierten.⁴⁴ Nach dieser Logik wären auch Schäden von Arbeitnehmern, Geschäftsführern oder Investoren eines betroffenen Unternehmens nicht ersatzfähig.⁴⁵

Diese Einschränkung hat schon damals mit Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Courage* und *Manfredi* Kritik auf sich gezogen.⁴⁶ Dessen *Otis*-Entscheidung⁴⁷ hat dann einer generellen Einschränkung auf marktvermittelte Schäden, wie sie in § 33 Abs. 1 S. 3 GWB 2005/§ 33 Abs. 3 GWB 2017/2021 zum Ausdruck kommt, endgültig den Boden entzogen.⁴⁸ Auf Vorlage des österreichischen OGH entschied der Gerichtshof nämlich, dass auch die öffentliche Hand, die Bauförderdarlehen an Kartellopfer zu vergünstigten Konditionen ausgab, Schadensersatz von Kartellmitgliedern verlangen kann. Im Fall *Otis* lag der Schaden der öffentlichen Hand darin, dass durch die kartellbedingt erhöhten Preise der geförderten Bauvorhaben (in die Aufzüge eingebaut wurden, deren Preise abgestimmt waren) erhöhte Förderdarlehen ausgeschüttet wurden und der kartellbedingte Aufschlag nicht zu marktüblichen Zinsen hätte angelegt werden können. Da nach österreichischem Recht reine Vermögensschäden, wie der geltend gemachte Zinsverlust, auf Grundlage des Deliktsrechts nur dann ersatzfähig sind, wenn sie in einem hinreichenden Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der verletzten Rechtsnorm stehen, bezweifelte der OGH, dass Schäden, die mittelbar durch die finanzielle Unterstützung von Abnehmern kartellierter Produkte entstehen, auszugleichen seien. Der Gerichtshof bejahte dies dagegen ohne Umschweife, da die volle Wirksamkeit des europäischen Kartellverbots nicht gewährleistet sei, „wenn nur die Anbieter oder Nachfrager auf dem von einem Kartell betroffenen Markt die Möglichkeit hätten, den durch das Kartell entstandenen Schaden ersetzt zu verlangen. Denn damit würden potenziell Geschädigte von vornherein pauschal von der Möglichkeit, Schadensersatz zu verlangen, ausgeschlossen.“⁴⁹ Dass der Europäische Gerichtshof die von Generalanwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen ins Spiel gebrachte Differenzierung zwischen Einheiten, die selbstständig am Markt auftreten (wie das klagende Land Oberösterreich) und unselbständigen Einheiten (Arbeitnehmer, Geschäftsführer, Investoren),⁵⁰ noch nicht einmal im Ansatz aufgriff, kann ein Fingerzeig dafür sein, dass er auch solche Personen als anspruchsberechtigt einstuft, sofern deren Schaden sich von dem Schaden der unmittelbar geschädigten Gesellschaft unterscheidet.⁵¹

⁴⁴ OLG Düsseldorf 2.7.2014 – VI-U (Kart) 22/13, BeckRS 2015, 8592 Rn. 37f.

⁴⁵ So *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz: Die zivilrechtliche Haftung bei Verstößen gegen das deutsche und europäische Kartellrecht nach Ergehen der VO (EG) Nr. 1/2003 und der 7. GWB-Novelle, 2009, 243f.; *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 191f.; *Stancke* NZKart 2017, 636 (641).

⁴⁶ *Zetzsche* WuW 2016, 65 (67ff.); für eine Anwendung der Drittschadensliquidation *Engelhoven/B. Müller* WuW 2018, 602 (603ff.).

⁴⁷ EuGH 19.12.2019 – C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 – *Otis/Land Oberösterreich*.

⁴⁸ So auch *Thiede* EuZW 2020, 403 (409); vgl. allg. auch *Weitbrecht* NZKart 2020, 106 (107) (Urteil erteilt Versuchen eine Absage, den Kreis der potenziell Anspruchsberechtigten einzuschränken).

⁴⁹ EuGH 19.12.2019 – C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn. 27 – *Otis/Land Oberösterreich*.

⁵⁰ Letztendlich hat die Generalanwältin allerdings die Frage, ob auch nicht selbstständig am Markt auftretende Einheiten anspruchsberechtigt sind, nicht entschieden, vgl. Schlussanträge *GAin Kokott* 29.7.2019 – C-435/18, ECLI:EU:C:2019:651 Rn. 93f. – *Otis/Land Oberösterreich*.

⁵¹ So im Ergebnis auch *Roth* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 92. EL 11/2018, GWB § 33a Rn. 25.

Vor diesem Hintergrund hat der BGH in der *Schienenkartell II*-Entscheidung klargestellt, dass bei Verletzungen des Unionsrechts nicht nur Marktteilnehmer, sondern auch sonstige Dritte, die durch den Verstoß geschädigt werden, Ansprüche geltend machen können, da dies der Weite des Schutzbereichs des Art. 101 AEUV entspricht.⁵² Diesen Gedanken muss man auch auf Verstöße gegen das deutsche Kartellrecht übertragen.

b) Personenbezug, keine Umsatzbetroffenheit

Der BGH nutzte die *Schienenkartell II*-Entscheidung ferner zur Korrektur einer weiteren Fehlentwicklung, an der er ebenfalls nicht ganz unschuldig war. In der Praxis hatte sich das Betroffenheitskriterium als hohe Hürde erwiesen, da oftmals die Fragen der Anspruchsberechtigung und des Schadens vermengt wurden.

In seiner ersten relevanten Entscheidung zum GWB 2005 (*Lottoblock II*) wurde die Betroffenheit des Anspruchstellers, die nach § 286 ZPO zu beweisen ist, personenbezogen definiert und in einem Satz bejaht.⁵³ Dieser Fall war insofern unproblematisch, als dass ein gewerblicher Spielevermittler, der eine terrestrische Vermittlung für Spieleinsätze bei Lottogesellschaften aufbauen wollte, eine Lottogesellschaft in Anspruch nahm, die sich – wie das Bundeskartellamt rechtskräftig festgestellt hatte – in unzulässiger Weise mit anderen Lottogesellschaften abgestimmt hatte, solche Spieleinsätze nicht anzunehmen. Insofern lag in der Tat auf der Hand, dass der Kläger zu dem Personenkreis gehörte, der von der wettbewerbsbeschränkenden Absprache betroffen war.

Für Missverständnisse sorgte die Entscheidung *Schienenkartell I*, in der der BGH die Betroffenheit der Person des Klägers und die Befangtheit des Umsatzgeschäftes durch das Kartell nicht scharf voneinander trennte.⁵⁴ So wurde zunächst knapp festgestellt, dass ein unmittelbarer Abnehmer vom Kartellverbot geschützt⁵⁵ und insofern kartellbetroffen ist. In der Folge führt der BGH dann aber aus, dass auch eine Kartellbefangtheit der dem Anspruch zugrundeliegenden Umsatzgeschäfte, also die Frage, ob der Wettbewerb für die bezogenen Waren verfälscht wurde, nach Maßgabe des § 286 ZPO festzustellen sei.⁵⁶ Zur Begründung wurde auf die *Lottoblock II*-Entscheidung verwiesen, obgleich darin allein die Personenbezogenheit thematisiert wurde. Da der BGH in dieser Entscheidung zugleich der verbreiteten Praxis der Instanzgerichte⁵⁷ – zumindest für Quoten- und Kundenschutzkartelle – eine Absage erteilte, in großzügigem Umfang Anscheinsbeweise zum Nachweis der Kartellbetroffenheit der Umsatzgeschäfte sowie des Kartellschadens ablehnte, verschärfte die Unterinstanzen in der Folge die Anforderungen an das Betroffenheitskriterium – und schossen dabei zum Teil über das Ziel hinaus. Exemplarisch hierfür steht eine Entscheidung des OLG Nürnberg bezogen auf einen kartellrechtswidrigen Informationsaustausch über Nahrungs- und Genussmittel. Das Gericht hielt es zum Nachweis der Kartellbetroffenheit nicht für ausreichend, dass allgemeine Angaben darüber gemacht wurden, dass Waren von einem Kartellteilnehmer im relevanten Zeitraum bezogen wurden.⁵⁸ Hierzu verlangte es,

⁵² BGH 28.1.2020 – KZR 24/17, NJW 2020, 1430 Rn. 24 – *Schienenkartell II*.

⁵³ BGH 12.7.2016 – KZR 25/14, NJW 2016, 3527 Rn. 47 – *Lottoblock II*.

⁵⁴ Sehr deutlich herausgearbeitet wurde diese Kritik von *Lahme/Ruster* NZKart 2019, 196 (197 ff.); vgl. auch *Klumpe/Thiede* NZKart 2020, 104f.

⁵⁵ BGH 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661 Rn. 44 – *Schienenkartell I*.

⁵⁶ BGH 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661 Rn. 59 – *Schienenkartell I*.

⁵⁷ Vgl. nur OLG Karlsruhe 10.3.2017 – 6 U 132/15 (Kart.), BeckRS 2017, 149111 Rn. 67 – *Schienenkartell*; OLG München 8.3.2018 – U 3497/16 Kart, NZKart 2018, 230 (232) – *Schienenkartell*; OLG Celle 14.8.2018 – 13 U 105/16 (Kart), NZKart 2018, 583f. – *Schienenkartell*.

⁵⁸ OLG Nürnberg 8.7.2019 – 3 U 1876/18, BeckRS 2019, 26965 Rn. 59 (Hinweisbeschluss); die Klageabweisung erfolgte später durch OLG Nürnberg 14.10.2019 – 3 U 1876/18, BeckRS 2019, 26910 – HEMA-Vertriebskreis.

dass sich etwa „dem Klägervortrag oder dem in Bezug genommenen Bußgeldbescheid hinreichend substantiiert entnehmen lasse[]“, dass die konkret vom Kartellanten bezogenen Produkte Gegenstand der Absprache der Kartellanten bildeten⁵⁹ – eine Hürde die in der Praxis nur selten übersprungen werden kann.⁶⁰

Diese Verschärfung war vom BGH sicherlich nicht intendiert. Das Höchstgericht nutzte daher im *Schienenkartell II*-Fall die Gelegenheit, die Dinge wieder ins rechte Lot zu rücken. Vor dem Hintergrund der *Otis*-Entscheidung, aus der klar hervorgeht, dass der Kreis der Anspruchsteller normativ nur über den zurechenbaren Schaden eingeschränkt werden darf (→ III. 2. a), führte der BGH aus, dass das Merkmal der Kartellbetroffenheit bei der Prüfung des haftungsbegründenden Tatbestands nur für die Frage Bedeutung habe, „ob dem Anspruchsgegner ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anzulasten ist, das – vermittelt durch den Abschluss von Umsatzgeschäften oder in anderer Weise – geeignet ist, einen Schaden des Anspruchstellers mittelbar oder unmittelbar zu begründen“.⁶¹ Künftig werden Kläger also nur zur vollen Überzeugung des Gerichts darzulegen und zu beweisen haben, dass der Kartellverstoß (abstrakt) geeignet ist, einen Schaden bei ihnen zu begründen, weil die streitgegenständlichen Umsatzgeschäfte Gegenstand des Kartells bildeten. Bei Klagen von unmittelbaren Abnehmern ist dieser Beweis im Regelfall einfach zu führen, wenn dargelegt werden kann, dass der Kläger mit einem Kartellanten während des Kartellzeitraums auf den räumlich und sachlich relevanten Märkten über ein von der Absprache betroffenes Produkt kontrahiert hat.⁶² Nicht im Rahmen der Betroffenheit geprüft werden muss hingegen, ob das Umsatzgeschäft, auf das der Anspruch gestützt wird, konkret durch die Absprache verfälscht wurde. Dies ist, wie der BGH korrekt ausführt, eine Frage des haftungsausfüllenden Tatbestands, nämlich eine Frage der haftungsausfüllenden Kausalität,⁶³ so dass der Maßstab von § 287 ZPO greift.⁶⁴

3. Fazit

In der Gesamtschau zeigt sich, dass der Gesetzgeber mit dem Betroffenheitskriterium „auf das falsche Pferd“⁶⁵ gesetzt hat. Die *Otis*-Entscheidung hat sehr deutlich gemacht, dass eine pauschale Begrenzung auf marktvermittelte Schäden nicht im Einklang mit dem EU-Recht steht. Die herrschende Ansicht, die das Betroffenheitskriterium auf den Schadensersatzanspruch anwendet, muss daher die Legaldefinition des § 33 Abs. 1 S. 3 GWB 2005/§ 33 Abs. 3 GWB 2017/2021 faktisch aufgeben. Dann stellt sich aber die Frage, wie das Betroffenheitskriterium über den Schaden und den Kausalzusammenhang hinaus in europarechtskonformer Weise als Filter dienen kann. In der Literatur mehren sich daher die Stimmen, die für Schadensersatzansprüche eine Aufgabe des Betroffenheitskriteriums fordern.⁶⁶ Dieser Weg kann rechtstechnisch damit begründet werden, dass § 33 Abs. 3 GWB 2005/§ 33a Abs. 1 GWB 2017/2021 lediglich auf den Tatbestand des § 33 Abs. 1 GWB 2005/§ 33 Abs. 1 GWB 2017/2021, also auf die dort genannten Verbotsnormen, verweist, und eben

⁵⁹ OLG Nürnberg 8.7.2019 – 3 U 1876/18, BeckRS 2019, 26965 Rn. 60 – HEMA-Vertriebskreis (Hinweisbeschluss). Abgewiesen wurde auch folgende Klage LG Nürnberg-Fürth 17.10.2019 – 19 O 9543/16, BeckRS 2019, 30133 – KWR-Arbeitskreis.

⁶⁰ Krit. auch *Klumpe/Thiede* NZKart 2020, 104f.

⁶¹ BGH 28.1.2020 – KZR 24/17, NJW 2020, 1430 Rn. 25 – Schienenkartell II.

⁶² OLG Frankfurt a. M. 12.5.2020 – 11 U 98/18 (Kart), BeckRS 2020, 8252 Rn. 87 – Schlecker.

⁶³ BGH 28.1.2020 – KZR 24/17, NJW 2020, 1430 Rn. 27 – Schienenkartell II.

⁶⁴ *Petzold/Steinle* NZKart 2020, 176.

⁶⁵ In Anlehnung an *Klumpe/Thiede* NZKart 2020, 104.

⁶⁶ *Roth* FS Schroeder, 2018, 709 (714f.); *Otto* ZWeR 2019, 354 (374ff.); *Immenga/Mestmäcker/Franck*, 6. Aufl. 2020, GWB § 33a Rn. 20; *Kersting* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 33a Rn. 13.

gerade nicht auf das Betroffenheitskriterium.⁶⁷ Damit wird keinesfalls einer „Popularklage“ die Tür geöffnet,⁶⁸ da nur derjenige einen Anspruch hat, der einen durch den Kartellrechtsverstoß vermittelten Schaden erlitten hat. Es bleibt also Raum für Eingrenzungen.

IV. Kausalität

Während die europäische Konturierung der Anspruchsberechtigung schon länger anerkannt ist, stellt die europäische Prägung der Kausalität eine deutlich neuere Entwicklung dar.

1. Ausgangspunkt

Zwar wurde schon in der Rechtssache *Courage* betont, dass lediglich ein kausal durch einen Kartellrechtsverstoß vermittelter Schaden zu ersetzen ist. Allerdings hat der Gerichtshof in diesem Fall, wie auch in späteren Urteilen, darauf verwiesen, dass die verfahrensrechtlichen Regelungen des Ersatzanspruchs mangels einer einschlägigen Vorschrift des Unionsrechts durch das nationale Recht zu bestimmen seien, sofern das Äquivalenzgebot und der Effektivitätsgrundsatz eingehalten werden.⁶⁹ Die Kartellschadensersatzrichtlinie, die maßgeblich auf Grundlage dieser frühen Rechtsprechung des Gerichtshofs erarbeitet wurde, liegt auf der gleichen Linie. Sie gestattet den Mitgliedstaaten, in ihrem nationalen Recht besondere „Voraussetzungen für Schadensersatz vor[z]usehen, wie etwa Zurechenbarkeit, Adäquanz oder Verschulden,“ sofern diese Kriterien dem Effektivitäts- und dem Äquivalenzgrundsatz genügen.⁷⁰

Im Fall *Kone* hat es der Gerichtshof – anknüpfend an die Rechtssache *Manfredi*⁷¹ – noch den nationalen Gerichten überlassen, den Begriff des ursächlichen Zusammenhangs grundsätzlich auf Basis des innerstaatlichen Rechts zu konkretisieren, sofern Äquivalenz- und Effektivitätsgebot eingehalten werden.⁷² Gleichwohl kann das *Kone*-Urteil als ein zaghafter (und nicht klar kommunizierter) Schritt in Richtung einer stärkeren Europäisierung des Kausalitätserfordernisses eingeordnet werden,⁷³ da der Gerichtshof darin auch unterstrichen hat, dass die volle Wirksamkeit des europäischen Kartellverbots in Frage gestellt wird, wenn das nationale Recht „kategorisch und unabhängig von den speziellen Umständen des konkreten Falles“ den Kausalzusammenhang zwischen der Kartellabsprache und Preiserhöhungen von Kartellaußenseitern verneint.⁷⁴ Daher können auch Abnehmer, die durch einen Preisschirmeffekt („*umbrella pricing*“) geschädigt wurden, Schadensersatz vom Kartell verlangen, wenn die Kartellabsprache nach den Besonderheiten des betreffenden Marktes zu erhöhten Preisen von Kartellaußenseitern führen konnten und dies für die Kartellmitglieder

⁶⁷ Roth in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 92. EL 11/2018, GWB § 33a Rn. 24; Kersting in Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kapitel 7 Rn. 21.

⁶⁸ So die Befürchtung von Petzold/Steinle NZKart 2020, 176 (177).

⁶⁹ EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29 – *Courage/Crehan*; EuGH 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 Rn. 62 – *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni*; EuGH 14.6.2011 – C-3600/09, Slg. 2011, I-5161 Rn. 23f. – *Pfleiderer/Bundeskartellamt*; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 26f. – *Bundeswettbewerbserbehörde/Donau Chemie*.

⁷⁰ Erwägungsgrund 11 KartellschadensersatzRL.

⁷¹ EuGH 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 Rn. 64 – *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni*.

⁷² EuGH 5.6.2014 – C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 24 – *Kone/ÖBB-Infrastruktur*.

⁷³ Ähnlich Hauser/Otto WRP 2020, 812 (817).

⁷⁴ EuGH 5.6.2014 – C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 33 – *Kone/ÖBB-Infrastruktur*.

vorhersehbar war.⁷⁵ Somit ordnete der Gerichtshof die Kausalität zwar grundsätzlich als nationales Konzept ein, leitete aus dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit aber Schranken ab, die über das Effektivitätsgebot hinausreichen.

2. Europäische Konturierung

Neuen Auftrieb erhielt die Debatte über die Europäisierung des Kausalitätskriteriums durch die Verfahren *Skanska* und *Otis*. Generalanwalt *Wahl* argumentierte in seinen Schlussanträgen zur Rechtsache *Skanska*, dass sämtliche gesetzliche Tatbestandsmerkmale des Schadensersatzanspruchs, einschließlich des Kausalzusammenhangs, unmittelbar aus dem Unionsrecht abgeleitet werden müssten, wohingegen das innerstaatliche Recht – kontrolliert durch das Äquivalenzkriterium und den Effektivitätsgrundsatz – nur für Fragen relevant sei, die die Anwendung des Schadensersatzanspruchs vor einem nationalen Gericht betreffen.⁷⁶ Ein Paukenschlag, den der Generalanwalt wohlorchestriert mit einem einleitenden Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts *van Gerven* setzte.⁷⁷ Generalanwalt *van Gerven* hatte nämlich in der Rechtssache *Banks* für das EGKSV-Kartellrecht gefordert, dass das Unionsrecht zur Remedur von Kartellrechtsverletzungen einen Schadensersatzanspruch bereitstellen und dessen Grundstrukturen vorgeben müsse.⁷⁸ Ein Postulat, das Generalwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen zur Rechtssache *Otis* für das EU-Kartellrecht bekräftigte, in dem sie ausführte, dass das Unionsrecht die „Frage nach dem Bestehen von Schadensersatzansprüchen“ regele, wohingegen das innerstaatliche Recht „die Einzelheiten der Anwendung und die Modalitäten der konkreten Durchsetzung solcher Ansprüche (d. h. die Frage, wie Schadensersatz zu gewähren ist), also insbesondere Zuständigkeiten, Verfahren, Fristen und Beweisführung“ bestimme.⁷⁹

Der Gerichtshof musste sich allerdings in der Rechtssache *Banks* mangels unmittelbarer Anwendbarkeit der streitigen Regelung nicht mit *van Gervens* Vorschlag auseinandersetzen und auch die Auslegung der Generalanwältin *Kokott* und *Wahl* ist in dieser Weite vom EuGH nicht aufgenommen worden. Allerdings ist der Gerichtshof in seinem *Otis*-Urteil deutlich weitergegangen als im Fall *Kone*, da im *Otis*-Urteil die grundsätzliche Maßgeblichkeit des innerstaatlichen Rechts zur Bestimmung des Kausalzusammenhangs nicht mehr die Rede ist. Vielmehr wird mit Blick auf die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts darauf verwiesen, dass „jeder in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV stehende Schaden ersatzfähig sein [muss], um die wirksame Anwendung von Art. 101 AEUV sicherzustellen“,⁸⁰ wobei es bei der Analyse auch nicht auf einen Schutzzweckzusammenhang ankommen dürfe.⁸¹ Mit dieser Argumentation konturiert der Gerichtshof die Voraussetzung der Kausalität auf Grundlage des Unionsrechts,⁸² wie auch der BGH⁸³ jüngst anerkannte.

⁷⁵ EuGH 5. 6. 2014 – C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 34 – *Kone/ÖBB-Infrastruktur*.

⁷⁶ Schlussanträge GA *Wahl* 6. 2. 2019 – C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100, Rn. 40ff. – *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy*.

⁷⁷ Schlussanträge GA *Wahl* 6. 2. 2019 – C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100, Rn. 1 – *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy*.

⁷⁸ Schlussanträge GA *van Gerven* 27. 10. 1993 – C-128/92, Slg. 1993, I-1212 Rn. 36ff. – *Banks/British Coal*.

⁷⁹ Schlussanträge GA *Kokott* 29. 7. 2019 – C-435/18, ECLI:EU:C:2019:651, Rn. 44 – *Otis/Land Oberösterreich (Hervorhebungen entfernt)*, unter Verweis auf ihre Schlussanträge v. 30. 1. 2014 – C-557/12, EU:C:2014:45, Rn. 23 – *Kone/ÖBB-Infrastruktur*.

⁸⁰ EuGH 19. 12. 2019 – C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn. 30 – *Otis/Land Oberösterreich*.

⁸¹ EuGH 19. 12. 2019 – C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn. 31 – *Otis/Land Oberösterreich*.

⁸² So im Ergebnis auch *Hauser/Otto* WRP 2020, 812 (817).

⁸³ BGH 28. 1. 2020 – KZR 24/17, NJW 2020, 1430 Rn. 23 – *Schienerkartell II*.

3. Schranken der Zurechnung

Eine ausbalancierte und ausdifferenzierte unionsrechtliche Kausalitätsdogmatik muss sich für das Kartelldeliktsrecht allerdings noch herausbilden. Hierzu bedarf es weiterer Vorlageverfahren durch nationale Gerichte. Bislang hat der Europäische Gerichtshof nämlich vornehmlich nationale Schranken eingerissen.

Im Fall *Otis* wurde allerdings ausgeführt, dass „jeder in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV stehende Schaden“ unabhängig vom Schutzzweck des Kartellverbots ersetzt werden müsse.⁸⁴ Diese Passage wird man aber nicht so verstehen dürfen, dass die Kausalität im Kartellschadensrecht allein auf Grundlage einer faktischen („naturwissenschaftlichen“) Betrachtungsweise (*conditio sine qua non*) erfolgen darf. Vielmehr muss es normative Grenzen geben, damit die Haftung nicht ausufernd wird. Die Annahme eines hinreichenden Kausalzusammenhangs basiert nämlich stets auf einer normativen Zurechnung, auch weil die Grenzen zwischen „naturwissenschaftlicher“ und „rechtlicher“ Kausalität fließend sind.⁸⁵ Dass ein „naturwissenschaftlicher“ Zusammenhang zur Etablierung einer Haftung nicht ausreichen kann, ist sowohl in den nationalen Rechtsordnungen,⁸⁶ als auch im europäischen Recht⁸⁷ anerkannt.

Normative Zurechnungskriterien sind europarechtlich somit durchaus geboten. So hat der Gerichtshof nämlich selbst in der *Kone*-Entscheidung einschränkend ausgeführt, dass eine Haftung für Preisschirmeffekte eine Vorhersehbarkeit solcher Schäden voraussetzt.⁸⁸ Was vorhersehbar ist, wird aber aus einer normativen Perspektive bestimmt. Vor diesem Hintergrund wird man auch den im deutschen Recht verankerten Gedanken des Rechtswidrigkeitszusammenhangs nicht ganz ausmustern dürfen, sofern es um die Ersatzfähigkeit bestimmter Schadenspositionen geht. So kann etwa ein unmittelbarer Zusammenhang verneint werden, wenn ein Kartellaußenseiter seine Preise denen der Kartellanten anpasst und hierdurch einen Nachfragerückgang erleidet. So ein Umsatzschaden ist zwar äquivalent und sicherlich auch in vorhersehbarer Weise durch das Kartell verursacht, aber das Kartellverbot schützt einen Marktteilnehmer nicht vor solchen wirtschaftlichen Nachteilen, die sie durch eine eigene Entscheidung selbst herbeigeführt haben.⁸⁹

In der Praxis wird die Geltendmachung von sehr entfernten Schäden zudem durch den Umstand eingeschränkt, dass ein unmittelbarer Zusammenhang umso schwerer zu beweisen ist, je entfernter und flüchtiger der eingeforderte Schaden ist. Insofern stellt die Beweisnot eine praktische Grenze dar, die auch nicht den Effektivitätsgrundsatz verletzt.⁹⁰

⁸⁴ EuGH 19.12.2019 – C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn. 30f. – *Otis/Land Oberösterreich*.

⁸⁵ v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bd. 2, 1999, § 4 Rn. 414; vgl. auch *Infantino/Zervogianni* *RabelsZ* 83 (2019), 647 (663f.).

⁸⁶ *Spier/Haazen* in *Spier*, *Unification of Tort Law: Causation*, 2000, 127 (130ff.); *Infantino/Zervogianni* in *Infantino/Zervogianni*, *Causation in European Tort Law*, 2017, 587 (590ff.).

⁸⁷ Schlussanträge GA in *Kokott*, 30.1.2014 – C-557/12, ECLI:EU:C:2014:45, Rn. 33, 35 – *Kone/ÖBB-Infrastruktur*; *Weitenberg*, *Der Begriff der Kausalität in der haftungsrechtlichen Rechtsprechung der Unionsgerichte: Zugleich ein Beitrag zur Kohärenz der EU-Haftungssysteme*, 2014, 579ff.

⁸⁸ EuGH 5.6.2014 – C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 34 – *Kone/ÖBB-Infrastruktur* („[...] wenn diese Umstände und Besonderheiten den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben konnten.“).

⁸⁹ *Roth* in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 92. EL 11/2018, *GWb* § 33a Rn. 93.

⁹⁰ *Otto ZWeR* 2019, 354 (386).

4. Fazit

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, den Kreis der Anspruchsteller nicht pauschal einzugrenzen, führt in der Praxis zu einer Verschiebung der Probleme auf die Ebene der Kausalität. Zu klären ist nämlich, welche Schäden normativ zugerechnet werden können. Anerkannt ist, dass dies nur für solche Schäden der Fall ist, die vorhersehbar sind. Darüber hinaus wird man aber auch Aspekte, die in der deutschen Dogmatik als Rechtswidrigkeitszusammenhang diskutiert werden, zur normativen Eingrenzung des Kausalzusammenhangs heranziehen dürfen. Das Credo „jedermann kann Schadensersatz verlangen“ bedeutet nämlich nicht, dass ein Kartell für sämtliche Schäden haftet, die äquivalent kausal durch die wettbewerbsbeschränkende Absprache verursacht werden.

V. Schaden

Die Rezeption der europäischen Vorgaben für das Haftungsfolgenrecht verlief bislang ohne größere Verwerfungen, da sich das EU-Recht passabel in die tradierten Strukturen des deutschen Rechts einbetten ließen.

1. Ausgangspunkt

Bereits in der *Manfredi*-Entscheidung von 2006 hat der Gerichtshof klargestellt, dass ein Anspruch auf Zahlung von Strafschadensersatz nicht aus dem Unionsrecht abgeleitet werden kann.⁹¹ Aus dem Effektivitätsgrundsatz folge jedoch, dass ein Geschädigter nicht nur Ersatz von Vermögenseinbußen (*damnum emergens*), sondern auch des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) sowie – als integraler Bestandteil des Ausgleichs – die Zahlung von Zinsen verlangen können muss.⁹² Die Kartellschadensersatzrichtlinie nimmt diese Vorgaben auf (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 KartellschadensersatzRL sowie Erwägungsgrund 12).

Diese Vorgaben waren im Grundsatz auch zuvor schon im deutschen Recht anerkannt. Wenngleich das Haftungsrecht, auch wegen der unionsrechtlichen Einflüsse, nicht mehr ohne suprakompensatorische Elemente auskommt,⁹³ sind Strafschäden oder *treble damages* U.S.-amerikanischer Prägung in dieser Form im allgemeinen deutschen Zivilrecht nicht anerkannt und auch im Schadensrecht herrscht der Grundsatz vor, dass der Schädiger nicht bestraft werden soll.⁹⁴

Damit ist freilich nicht gesagt, dass in besonders gelagerten Fällen, in denen ein Abnehmer die überhöhten Preise teilweise auf die nachfolgende Marktstufe weitergewälzt hat, dem Kartell nicht doch der Einwand der Vorteilsausgleichung verwehrt werden kann. Fehlt es der nachfolgenden Marktstufe nämlich vollständig an Anreizen, ihre sehr geringfügigen und schwer zu quantifizierenden Schäden einzufordern, würde andernfalls der Schädiger unbillig entlastet.⁹⁵ Dies muss auch bei Anwendung der Regeln der Kartellschadensersatzrichtlinie gelten. Das in der Richtlinie verankerte allgemeine Verbot der Überkompensation muss nor-

⁹¹ EuGH 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 Rn. 92 – *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni*.

⁹² EuGH 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 Rn. 95, 97 – *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni*.

⁹³ *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht: Eine Studie zu Effektivität und Durchsetzung des Europäischen Privatrechts am Beispiel des Haftungsrechts, 2017, 602f.; *Wurmnest* in *Bariatti/Fumagalli/Crespi Reghizzi*, Punitive Damages in Private International Law: State of the Art and Future Developments, 2019, 253 (263ff.); vgl. auch *Magnus* in *Magnus*, Unification of Tort Law: Damages, 2001, 186 (bezogen auf immaterielle Einbußen).

⁹⁴ Vgl. nur *MiKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 249 Rn. 8 mwN.

⁹⁵ BGH 23.9.2020 – KZR 4/19, BeckRS 2020, 33556 Rn. 49ff. – *Schienenkartell V*.

mativ begrenzt werden können, um eine Freistellung des Kartells von der Haftung zu verhindern, da andernfalls der Grundsatz der effektiven Rechtsdurchsetzung unterlaufen würde.⁹⁶

2. Zinsen

Problematisch war der Nachvollzug der europäischen Vorgaben in Bezug auf die Frage der Zinsen. Seit der 7. GWB-Novelle, die am 1. Juli 2005 in Kraft trat, sind Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz ab dem Zeitpunkt des Schadenseintritts zu zahlen (§ 33 Abs. 3 S. 4, 5 GWB 2005/§ 33a Abs. 4 GWB 2017). Diese Zinsregelung greift allerdings nicht rückwirkend für Kartellrechtsverletzungen vor Inkrafttreten der Novelle.⁹⁷ Stattdessen beurteilen sich Altansprüche nach den allgemeinen Regeln des Deliktsrechts, die nur in besonders gelagerten Fällen eine Verzinsung von Schäden ab Entstehung vorsehen. In der *Grauzementkartell II*-Entscheidung hat der BGH allerdings für das Kartelldeliktsrecht eine europafreundliche Lösung gefunden, obgleich es in diesem Fall allein um einen Verstoß gegen § 1 GWB des deutschen Kartellverbots ging. Unter Verweis auf die Urteile *Manfredi* und *Marshall II* hat der BGH betont, dass die Zahlung von Zinsen ab Schadenseintritt einen unerlässlichen Bestandteil der Ersatzleistung darstellt. Um eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsregeln zu gewährleisten, hat er § 849 BGB entsprechend angewendet und Zinsen in Höhe von 4% (vgl. § 246 BGB) ab dem Zeitpunkt des Schadenseintritts zuerkannt.⁹⁸

3. Fazit

Im Bereich der Haftungsfolgen hat der Europäische Gerichtshof bislang lediglich sehr allgemeine Vorgaben gemacht, die sich gut in das deutsche Haftungsrecht einbetten lassen. Für sog. Altfälle hat der BGH in der *Grauzement II*-Entscheidung für die Zuerkennung von Zinsen eine sachgerechte Lösung gefunden.

VI. Schluss

Die *Courage*-Entscheidung hat eine sehr starke Dynamik entfaltet und zu einer erheblichen Europäisierung des Kartelldeliktsrechts geführt. Unabhängig von der Kartellschadensersatzrichtlinie werden die Anspruchsberechtigung, der Kausalzusammenhang sowie die Haftungsfolgen unionsrechtlich konturiert, wenngleich in unterschiedlich starkem Umfang. Am stärksten ist die Anspruchsberechtigung europäisch aufgeladen. Als Folge musste in Deutschland das Schutzgesetzfordernis im Kartelldeliktsrecht aus dem Gesetz gestrichen werden. Ferner hat der BGH den Betroffenheitsfilter immerhin schon gelockert. Besser wäre es allerdings, auch dieses Kriterium aufzugeben. Die Europäisierung der Kausalität ist dagegen eine jüngere Entwicklung. Eine ausgewogene Dogmatik muss sich noch herausbilden. Die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs darf daher nicht so verstanden werden, dass alle Schäden zu ersetzen sind, die äquivalent kausal durch die Kartellabsprache hervorgerufen wurden. Vielmehr ist die Zurechnung normativ zu begrenzen. Daher können Begrenzungen, die in der deutschen Dogmatik unter dem Schlagwort Rechtswidrigkeitszusammenhang diskutiert werden, von Relevanz bleiben. Die Überlagerung des Schadensrechts steht noch ganz am Anfang, wird aber sicherlich zunehmen, wenn künftig Gerichte verstärkt über die Schadenshöhe judizieren und die Regeln der Kartellschadensersatzrichtlinie Anwendung finden.

⁹⁶ In diese Richtung auch BGH 23.9.2020 – KZR 4/19, BeckRS 2020, 33556 Rn. 53 – Schienenkartell V (ohne Festlegung).

⁹⁷ BGH 12.6.2018 – KZR 56/16, NJW 2018, 2479 Rn. 49 – Grauzementkartell II.

⁹⁸ BGH 12.6.2018 – KZR 56/16, NJW 2018, 2479 Rn. 46f. – Grauzementkartell II.