

Selbstverteidigung hält einer rechtlichen Prüfung nicht Stand.<sup>21</sup> Vielmehr ist das vermeintliche Argument der

<sup>21</sup> Peters, The Turkish Operation in Afrin (Syria) and the Silence of the Lambs, EJILVölkerrechtsblog vom 30.01.2018, <http://www.ejiltalk.org/the-turkish-operation-in-afrin-syria-and-the-silence-of-the-lambs/> (30.08.2018); Talmon, Difficulties in assessing the illegality of the Turkish intervention in Syria, German Practice in International Law (GPIL-blog) vom 26.01.2018, <http://gpil.jura.uni-bonn.de/2018/01/difficulties-assessingillegality-turkish-intervention-syria/> (30.08.2018).

Selbstverteidigung Ausdruck einer politischen Agenda gegen Kurd/innen, die sich nicht nur in der Türkei selbst findet.

Das Gewaltverbot hat sich als Konsequenz nach 1945 zur tragenden Säule des Völkerrechts entwickelt. Die türkische Militäroffensive auf Afrin ist ein massiver Verstoß dagegen. Die Konsequenzen treffen uns alle.

Julius Adler\*

## Preisschirmschäden im Kartellschadensersatzrecht – Grundlage für einen Schadensersatzanspruch?

*Dieser Beitrag untersucht die Erfassung und damit auch Haftung von an Kartellen beteiligten Unternehmen für sog. Preisschirmschäden. Zunächst wird die relevante Rechtsprechung des EuGH dargestellt, bevor die Rechtslage nach deutschem Recht einer Untersuchung zugeführt wird. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Möglichkeit der Aktivlegitimation von Preisschirmkläger/innen sowie auf der Zurechnung von Preisschirmschäden zu den Kartellant/innen.*

### I. Einleitung

Grundsätzlich haften Angehörige eines Preiskartells (sog. Preiskartellant/innen) gem. § 33 a I GWB den Betroffenen für die entstandenen Schäden. Dazu müssen die Kartellant/innen vorsätzlich oder fahrlässig einen Verstoß gegen § 33 I GWB begangen haben; sprich, die Kartellant/innen müssen einer GWB-Norm, den Art. 101 oder 102 AEUV oder der Verfügung einer Kartellbehörde zuwidergehandelt haben. Solche Preiskartelle ziehen regelmäßig sog. Preisschirmeffekte (auch *umbrella effects*) nach sich: Nicht zum Preiskartell gehörende Wettbewerber/innen (sog. Kartellaußenseiter/innen) heben – bewusst oder unbewusst – ihre Preise im Schatten des Kartells an, ohne dass dies bei ordnungsgemäßigem Wettbewerb (wirtschaftlich) möglich wäre.<sup>1</sup> Dies führt dazu, dass die Abnehmer/innen der Kartellaußenseiter/innen einen überhöhten Preis zahlen – folglich einen Schaden erleiden. Können auch diese Abnehmer/innen von Kar-

tellaußenseiter/innen (sog. Preisschirmgeschädigte) von den Kartellant/innen gem. § 33 a I GWB Ersatz ihres Schadens verlangen?

### II. Das Kone-Urteil des EuGH<sup>2</sup>

Ende 2012 rief der Oberste Gerichtshof Österreichs den EuGH an, in einem Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV zu entscheiden, ob Art. 101 AEUV dahingehend auszulegen ist, dass dieser „einer Auslegung und Anwendung des Rechts eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach es aus Rechtsgründen kategorisch ausgeschlossen ist, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für Schäden haften, die daraus resultieren, dass ein an diesem Kartell nicht beteiligtes Unternehmen in Anbetracht der Machenschaften des Kartells seine Preise höher festgesetzt hat, als es dies ohne das Kartell getan hätte.“<sup>3</sup>

Grundlage der Vorlagefrage war ein Rechtsstreit zwischen der Kone AG, der Otis GmbH, der Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, der Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH sowie der ThyssenKrupp Aufzüge GmbH einerseits und der ÖBB-Infrastruktur AG andererseits. Die erstgenannten Unternehmen hatten sich zumindest seit den 80er-Jahren an Kartellen beteiligt, die eine Marktaufteilung im Bereich des Einbaus und der Wartung von Aufzügen und Fahrtreppen zum Gegenstand hatten. Die Europäische Kommission verhängte ein Bußgeld in Höhe von 992 Mrd. € gegen die Kartellant/innen. Die ÖBB-Infrastruktur AG verlangte – unter Verweis auf den Preisschirmeffekt – Schadensersatz von den Kartellant/innen, weil sie überhöhte Preise

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer im Seminar „Europäisches und Deutsches Kartellrecht“ bei Professor Dr. Reinhard Ellger eingereichten Seminararbeit.

<sup>1</sup> Coppik/Haucap, Die Behandlung von Preisschirmeffekten bei der Bestimmung von Kartellschäden und Mehrerlösen, WuW 2016, 50 (50); Zöttl, Kartellrecht: Umbrella Pricing – Kone, EuZW 2014, 586 (589).

<sup>2</sup> EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a.

<sup>3</sup> EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 19.

an Kartellaußenseiter/innen gezahlt hatte. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage ab, das zweitinstanzliche Gericht gab der Klage statt.<sup>4</sup> Der daraufhin angerufene Oberste Gerichtshof legte die Frage zunächst dem EuGH vor, welcher die Vorlagefrage bejahte: Ein kategorischer Ausschluss von Schadensersatzansprüchen Preisschirmgeschädigter verstoße gegen den Effektivitätsgrundsatz und sei demnach nicht mit dem Unionsrecht vereinbar.<sup>5</sup> Um die volle Wirksamkeit des Art. 101 AEUV zu gewährleisten stehe dieser einem nationalen Recht entgegen, dass Schadensersatzansprüche Preisschirmgeschädigter per se ausschließt.<sup>6</sup>

### III. Haftung nach deutschem Recht

Auch bei Preisschirmgeschädigten (keine direkten oder mittelbaren Abnehmer/innen der Kartellant/innen) kann durch das Preiskartell ein Schaden entstehen. Diese Überlegungen beruhen auf der sog. *Preisschirmtheorie*.<sup>7</sup> An einem gem. Art. 101 AEUV, § 1 GWB verbotenen Kartell nehmen nicht notwendigerweise alle Anbieter/innen eines Marktes teil, da die Nichtteilnahme für Kartellaußenseiter/innen Vorteile mit sich bringen kann.<sup>8</sup> Die Preisabsprache und darauffolgende Preisanhebung der Kartellant/innen führt regelmäßig zu einer gesteigerten Nachfrage nach den (günstigeren) Produkten der Kartellaußenseiter/innen.<sup>9</sup> Diese werden demgemäß regelmäßig ihre Produktmenge erhöhen, womit (zumeist) gesteigerte Produktionskosten einhergehen.<sup>10</sup> Um dennoch kostendeckend zu wirtschaften und die gesteigerten Kosten zu decken, bedarf es einer Preiserhöhung seitens der Kartellaußenseiter/innen.<sup>11</sup> Damit ist zumindest aus ökonomischer Sicht die Ursächlichkeit der Kartellabsprache für das Anheben der Preise seitens der Kartellaußenseiter/innen bzw. den Preisschirmeffekt bereits dargelegt.

Aus juristischer Sicht ist die Frage der Ersatzfähigkeit von Preisschirmschäden nicht so einfach zu beantworten. Ob infolge von Preisschirmeffekten entstandene Schäden von § 33 a I GWB erfasst werden, ist anhand zweier Punkte – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH – zu erläutern: Zunächst ist die Aktiv-

legitimation Preisschirmgeschädigter zu untersuchen.<sup>12</sup> Daran anknüpfend stellt sich die Frage, inwieweit Preisschirmschäden kausal auf einem Verstoß gegen ein Kartellverbot beruhen sowie inwiefern diese Schäden den Kartellanten/innen zurechenbar sein können.<sup>13</sup>

#### 1. Aktivlegitimation

Die Aktivlegitimation der Anspruchsinhaber/innen von Schadensersatzansprüchen gem. § 33 a I GWB ergibt sich aus § 33 I GWB: Demnach sind die „Betroffenen“ aktivlegitimiert. Gem. § 33 III GWB ist betroffen, wer als Mitbewerber/in oder sonstige/r Marktbeteiligte/r durch den Verstoß beeinträchtigt ist. Darunter ist ein/e jede/r zu verstehen, die/der durch den Verstoß i. S. v. § 33 I GWB in ihren/seinen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt bzw. deren/dessen Wettbewerbsfreiheit beschränkt ist.<sup>14</sup> Der Wortlaut begrenzt die Aktivlegitimation allerdings nicht auf Konkurrenten/innen der Kartellant/innen; zumal nicht klargestellt wird, welche Anforderungen an die Betroffenheit zu stellen sind. Inwieweit besteht also die (grundsätzliche) Möglichkeit, dass Preisschirmgeschädigte betroffen und damit schadensersatzanspruchsberechtigt sind?

##### a) Wortlaut

Gemäß §§ 33 a I, 33 I, III GWB sind von dem Verstoß „Betroffene“ aktivlegitimiert. Die Begriffe „betroffen“ sowie „Mitbewerber/in und Marktbeteiligte/r“ sind weit und unbestimmt. Somit lassen sich auch Preisschirmgeschädigte darunter subsumieren, sofern diese von kartellrechtswidrigem Verhalten betroffen sind.<sup>15</sup> Wie oben dargestellt, ziehen Preiskartelle regelmäßig Preisanhebungen einer/s Kartellaußenseiter/in nach sich. Deren/dessen Abnehmer/innen, die einen angehobenen Preis zahlen, werden von kartellrechtswidrigem Verhalten tangiert, könnten also wie die Abnehmer/innen der Kartellant/innen zu behandeln sein.<sup>16</sup> Preisschirmgeschädigte aufgrund des Wortlautes der §§ 33 a I, 33 I, III GWB per se vom Kreis der Aktivlegitimierten auszuschließen, ist demnach zu kurz gegriffen – der Wortlaut lässt die Anspruchsberechtigung zumindest zu.

##### b) Sinn und Zweck

Der Schadensersatzanspruch gem. § 33 a I GWB dient – wie die Bezeichnung schon sagt – nicht der Abschöpfung von Gewinnen oder dem Bereicherungsausgleich, sondern dem Ersatz von Schäden. Neben der kartell-

4 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 11; s. Handelsgericht Wien vom 19.09.2011 – 19 Cg 21/10z-57; Oberlandesgericht Wien vom 21.12.2011 – 1 R 272/11v-65.

5 Vgl. EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 5 ff.; Zöttl, EuZW 2014, 586 (568).

6 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 38.

7 Pauer, Schadensersatzansprüche aufgrund von „Preisschirmeffekten“ bei Kartellverstößen, WuW 2015, 14 (16 f.); Blair/Maurer, Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis, ULR 1982, 763 (763).

8 Beth/Pinter, Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren, WuW 2013, 228 (230 f.); Pauer, WuW 2015, 14 (16).

9 Beth/Pinter, WuW 2013, 228 (230 f.); Pauer, WuW 2015, 14 (16).

10 Beth/Pinter, WuW 2013, 228 (230 f.); Pauer, WuW 2015, 14 (16).

11 Beth/Pinter, WuW 2013, 228 (230 f.); Pauer, WuW 2015, 14 (16).

12 Fuchs, Unter dem Schirm und im Schatten des Kartells, in: Büscher (Hg.), Festschrift für Joachim Bornkamm, 2014, 159 (165).

13 Vgl. Lettl, Haftungsausfüllende Kausalität für einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB, insbesondere beim sog. „umbrella pricing“, WuW 2014, 1032 (1032).

14 Vgl. BGHZ 141, 214 (224); Lübbig, in: MüKo GWB, 2. Aufl. 2015, § 33 Rn. 37.

15 Vgl. Lübbig, in: MüKo GWB, 2. Aufl. 2015, § 33 Rn. 37; Grossmann, Die kartellrechtliche Haftung für Preisschirmschäden, Diss., Bucerius Law School 2017, S. 40.

16 Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 40.

behördlichen Aufsicht ist dieser das zweite Instrument, um die Kartellrechtskonformität respektive das Wettbewerbsverhalten von Unternehmen zu überwachen. Dies wird primär über den privaten Rechtsschutz Marktbeiträger (sog. *private enforcement*) gewährleistet<sup>17</sup>, womit der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch zunächst der Kompensation dient<sup>18</sup>. Sekundär fördert dieser die Prävention – insbesondere die Verhinderung sog. *Hard-core*-Kartelle.<sup>19</sup> Dabei gilt: Je extensiver die Kompensationsfunktion ausgestaltet ist, desto wirksamer ist die Prävention. Schließlich zieht eine höhere Anzahl Aktivlegitimierter ein höheres wirtschaftliches Risiko nach sich.<sup>20</sup> Eine durch die Aktivlegitimierung Preisschirmgeschädigter heterogen strukturierte Gruppe Anspruchsberechtigter ist der Präventionswirkung zuträglich: Eine Begrenzung auf Abnehmer/innen der Kartellant/innen könnte die Präventionswirkung verhindern, sofern diese abhängig von ihren Zuliefer/innen sind.<sup>21</sup> Demnach gebietet sich die Aktivlegitimierung Preisschirmgeschädigter, um die private Durchsetzung des Kartellrechts und die damit einhergehende Präventionswirkung zu gewährleisten.

### c) Historie

Das Kriterium der Betroffenheit ist im Rahmen der 7. GWB-Novelle eingeführt worden und diente der Ablösung der Schutzgesetzkonzeption: Bis dahin diente ein Schutzgesetzfordernis der Eingrenzung der Anspruchsberechtigung; wobei anspruchsberechtigt war, wer gezieltes Opfer einer Wettbewerbsabsprache wurde, was zumindest auf Direktabnehmer/innen zutrifft.<sup>22</sup> Während die Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer/innen noch diskutiert wurde, waren Preisschirmgeschädigte grundsätzlich nicht schadensersatzberechtigt.<sup>23</sup> Der EuGH entwickelte im Rahmen der Verfahren *Courage und Crehan* sowie *Manfredi* die sog. *Jedermann-Formel*: Danach muss jedermann, der durch eine Kartellabsprache einen Schaden erleidet, Ersatz für diesen verlangen können.<sup>24</sup> Daraufhin wurde im Rahmen der 7. GWB-Novelle die „Betroffenheit“ zur Bestimmung der Anspruchsberechtigung eingeführt, wobei das der Schutzgesetzkonzeption inhärente Erfordernis des gezielten Angriffes zwar gestrichen wurde, das Schutz-

gesetzkriterium als solches zunächst noch übernommen werden sollte.<sup>25</sup> Spätestens infolge der sog. ORWI-Entscheidung des BGH wurde das Schutzgesetzkriterium endgültig aufgegeben.<sup>26</sup> Im Zuge dessen wurde zudem die Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer/innen abschließend bejaht.<sup>27</sup> Die 8. GWB-Novelle hatte keinen nennbaren Einfluss auf das Kartellschadensersatzrecht.<sup>28</sup>

Die unlängst in Kraft getretene 9. GWB-Novelle regelt zwar auch nicht ausdrücklich die Ersatzfähigkeit von Preisschirmschäden, erleichtert aber mittels anderweitiger Änderungen durchaus die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts.<sup>29</sup> Insgesamt betrachtet zeichnet sich jedenfalls eine stetig steigende Bedeutung des *private enforcement* ab.<sup>30</sup> Die Aktivlegitimierung Preisschirmgeschädigter wäre eine passende Fortsetzung dieser Entwicklung.<sup>31</sup> Aus historischer Sicht verbietet sich demnach eine restriktive Auslegung des Kriteriums „betroffen“, wonach Preisschirmgeschädigte vom Kreis der Anspruchsberechtigten ausgenommen sind.<sup>32</sup>

### d) Zusammenfassung

Die verschiedenen Auslegungskriterien indizieren die Aktivlegitimation Preisschirmgeschädigter. Dagegen spricht auch nicht, dass die Kartellant/innen durch die Preisanhebung der Kartellaußenleiter/innen keinen Gewinn erzielen, da es primär um den Ausgleich der Schäden der Abnehmer/innen geht.<sup>33</sup> Zudem ist die Gefahr einer multiplen Haftung für denselben Schaden – anders als bei der *Passing-On Defence*<sup>34</sup> – bei Preisschirmschäden schlichtweg nicht vorhanden.

Allerdings könnte die Aktivlegitimation Preisschirmgeschädigter respektive die inhärente Haftungserweiterung die Bereitschaft zur Kooperation mit den Behörden verringern, womit sich die Effektivität des Kronzeugenprogrammes reduzieren könnte.<sup>35</sup> Die Erweiterung des

17 Vgl. Lübbig, in: MüKo GWB, 2. Aufl. 2015, § 33 Rn. 1; Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 40; Kahlenberg/Heim, Das deutsche Kartellrecht in der Reform: Überblick über die 9. GWB-Novelle, BB 2017, 1155 (1163).

18 Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (166); a. A.: vgl. Reich, Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen, WuW 2008, 1046 (1048).

19 Reich, WuW 2008, 1046 (1048); Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 41.

20 Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (166).

21 Vgl. Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 44.

22 Eilmansberger, in: EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV Rn. 129.

23 Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 35.

24 EuGH vom 20.09.2001, Rs. C-453/99 – Courage und Crehan, Rn. 26 ff.; EuGH vom 13.07.2006, Rs. 295/04 bis 298/04 – Manfredi, Rn. 56 ff., 89 ff.

25 Vgl. Eilmansberger, in: EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV Rn. 129 ff.; Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 35 f.

26 BGH NJW 2012, 928 (928 ff.).

27 BGH NJW 2012, 928 (928 ff.).

28 Vgl. Bechtold, Die 8. GWB-Novelle, NZKart 2013, 263 (263 ff.).

29 Vgl. Kahlenberg/Heim, BB 2017, 1155 (1163).

30 Vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2016, 20025; Städtaus/Wiedeck, Quotenkartell: Beweis des ersten Anscheins für Umbrella-Effekt, WuW 2017, 43 (47); Bechtold, in: Bechtold/Bosch, GWB (§§ 1–96, 130, 131), 8. Aufl. 2015, § 33 Rn. 27.

31 Vgl. Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 45; Kahlenberg/Heim, BB 2017, 1155 (1163).

32 Vgl. Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (165).

33 Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (166).

34 Vgl. Reich, WuW 2008, 1046 (1046 f.); Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (167); Kersting, Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, WuW 2014, 564 (569).

35 Hartmann-Rüppel/Schrader, Es regnet Preiserhöhungen – Wie Preisschirme auch Unbeteiligte beschädigen können, ZWeR 2014, 300 (309); vgl. Kersting, Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, ZWeR 2008, 252 (263 f.).

Haftungsrisikos steht jedoch vollkommen außer Verhältnis zur möglichen Privilegierung durch das Kronzeugenprogramm: Der Fall *Kone* lässt vermuten, dass die von Kartellbehörden verhängten Bußgelder regelmäßig um ein vielfaches höher als Schadensersatzansprüche Preisschirmgeschädigter sind.<sup>36</sup> Dies gilt insbesondere, wenn man für Preisschirmeffekte einen oligopolistisch strukturierten Markt voraussetzt: Eine überschaubare Anzahl an Preiskartellant/innen beherrscht den Großteil des Marktes, während vergleichsweise kleine Kartellaußenseiter/innen im Schatten des Kartells ihre Preise anheben.<sup>37</sup> Die Aktivlegitimierung Preisschirmgeschädigter wird die Effektivität des Kronzeugenprogrammes also wohl kaum beeinflussen – zumal die Haftung durch den Umfang des relevanten Marktes begrenzt ist.<sup>38</sup>

#### e) Richtlinienkonforme Auslegung

Zuletzt ist die Anspruchsberechtigung anhand der 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 (sog. Schadensersatz-RL) zu beurteilen, die §§ 33 a I, 33 I, III GWB sind demnach richtlinienkonform auszulegen. Auch wenn die Schadensersatz-RL die Probleme betreffend Preisschirmschäden nicht ausdrücklich aufgreift<sup>39</sup>, werden schon im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie die Art. 101, 102 AEUV der öffentlichen Ordnung zugerechnet und die Wichtigkeit deren wirksamer Anwendung in der ganzen Union hervorgehoben, um einen unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt zu gewährleisten. Dabei erzeugen die Art. 101 I, 102 AEUV zwischen Einzelpersonen unmittelbare Wirkung und lassen für diese Rechte und Pflichten entstehen, welche die nationalen Gerichte durchzusetzen haben (Erwägungsgrund 3).<sup>40</sup> Art. 101 I AEUV verliere seine Wirksamkeit, wenn nicht jede/r Ersatz ihrer/seiner entstandenen Schäden verlangen könnte.<sup>41</sup> Dies ist auf die *Jedermann*-Formel des EuGH zurückzuführen.<sup>42</sup> Dieses Schadensersatzrecht der Preisschirmgeschädigten erhöht das wirtschaftliche Risiko für Kartellant/innen, womit es dem Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt dient.<sup>43</sup> Dementsprechend gelten auch

nach der richtlinienkonformen Auslegung Preisschirmgeschädigte als „Betroffene“ i. S. v. § 33 I GWB. Folglich können Preisschirmgeschädigte nach der Auslegung des nationalen Rechtes aber insbesondere bei Berücksichtigung des Europarechtes gem. §§ 33 a I, 33 I GWB Schadensersatzberechtigt sein.

## 2. (Haftungsausfüllende) Kausalität und Zurechnung

### a) Äquivalenz

Für den Ursachenzusammenhang i. S. d. Äquivalenz haben die Voraussetzungen der *conditio sine qua non-Formel* vorzuliegen: Das schädigende Verhalten darf nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Schaden in seiner konkreten Gestalt entfele.<sup>44</sup> Eine Preisanhebung seitens der Kartellaußenseiter/innen ohne Einfluss der Preisabsprache ist fernliegend, da Preisschirmeffekte grundsätzlich dann entstehen können, wenn die Kartellaußenseiter/innen nur eine geringe autonome Preissetzungsmöglichkeit (bzw. Angebotselastizität) haben (sog. *price takers*).<sup>45</sup> Demnach lässt sich die grundsätzliche Möglichkeit der äquivalenten Kausalität der Kartellabsprache für die Preisanhebung der Kartellaußenseiter/innen schwerlich bestreiten, zumal Mitursächlichkeit ausreicht.<sup>46</sup>

### b) Adäquanz

Das Kriterium des adäquaten Kausalzusammenhanges begrenzt die Haftung auf solche Schäden, mit denen die/der Schädigende vernünftigerweise zu rechnen hatte.<sup>47</sup> Sind Preisschirmeffekte und daraus resultierende Preisschirmschäden also für die Preiskartellanten vorhersehbar?

Grundsätzlich gilt, dass Preisanhebungen seitens der Kartellaußenseiter/innen wettbewerbskonform und rational sind.<sup>48</sup> Glichen die Kartellaußenseiter/innen ihre Preise nicht denen der Kartellant/innen an, ließen sie wirtschaftliche Chancen ungenutzt; dies gilt insbesondere bei hoher Marktdominanz der Kartellant/innen sowie hoher Homogenität der Produkte.<sup>49</sup> Folglich stellen sich Preisschirmeffekte gerade nicht als untypische Folge von Kartellabsprachen dar.<sup>50</sup> Zudem ist die Preisanhebung seitens der Kartellaußenseiter/innen für die Kartellant/innen von wirtschaftlichem Vorteil: Sollten

36 Vgl. Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 42 f.

37 Blair/Maurer, ULR 1982, 763 (779).

38 Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (167).

39 Vgl. Spangler, Schadensersatz für Preisschirmeffekte – Umbrella Pricing, NZBau 2015, 149 (150).

40 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 20.

41 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 21 f.

42 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 21 f.; vgl. EuGH vom 20.09.2001, Rs. C-453/99 – Courage und Crehan, Rn. 26 ff.; EuGH vom 13.07.2006, Rs. 295/04 bis 298/04 – Manfredi, Rn. 56 ff., 89 ff.; vgl. Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht: privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, 2010, S. 356.

43 Vgl. EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 23; EuGH vom 20.09.2001, Rs. C-453/99 – Courage und Crehan, Rn. 27; Eu-

GH vom 13.07.2006, Rs. 295/04 bis 298/04 – Manfredi, Rn. 91.

44 Grüneberg, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Vorb § 249 Rn. 25.

45 Vgl. Blair/Maurer, ULR 1982, 763 (779); Inderst u. a., Umbrella Effects, JCLE 2014, 739 (762 f.); Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 21.

46 Vgl. Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (168); Bechtold/Bosch, GWB (§§ 1-96, 130, 131), 8. Aufl. 2015, § 33 Rn. 29.

47 Pauer, WuW 2015, 14 (17); Grüneberg, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Vorb § 249 Rn. 26.

48 Vgl. Beth/Pinter, WuW 2013, 228 (232 f.); Stöber, Schadensersatzhaftung für Preisschirmeffekte bei Verstößen gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht, EuZW 2014, 257 (258 f.)

49 Vgl. Beth/Pinter, WuW 2013, 228 (232 f.); Stöber, EuZW 2014, 257 (258 f.)

50 Vgl. Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 49 f.

die Kartellaußenseiter/innen ihre Preise nicht denen der Kartellant/innen angleichen, drohen diesen der Verlust von Marktanteilen und damit wirtschaftliche Nachteile.<sup>51</sup>

Im Ergebnis gilt daher, dass die Preisanhebung durch die Kartellaußenseiter/innen regelmäßig vorhersehbar ist. Es verbietet sich also die Präsomtion, Preisschirmschäden seien den Preiskartellant/innen in Ermangelung des adäquaten Kausalzusammenhangs grundsätzlich nicht zurechenbar und somit vom kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch ausgenommen. Etwas anderes könnte allenfalls gelten, sofern man bei mittelbaren Preisschirmschäden und verspätetem Marktbeitritt eine Differenzierung vornimmt.<sup>52</sup>

### c) Schutzzweck der Norm (Rechtswidrigkeitszusammenhang)

Ferner müssen Preisschirmschäden auch grundsätzlich vom Schutzzweck des § 33 a I GWB umfasst sein können. Dazu müsste § 33 a I GWB gerade der Verhinderung von Preisschirmschäden dienen.<sup>53</sup> Doch erlangen Preiskartellant/innen keinen Gewinn durch die Rechtsbeziehung zwischen Kartellaußenseiter/innen und Preisschirmgeschädigten, womit ein Schadensersatzanspruch gegen die Kartellant/innen unbillig erscheinen könnte. Demnach könnte man Preisschirmschäden vom Schutzzweck ausnehmen. Demgegenüber dient der Schadensersatzanspruch gem. § 33 a I GWB der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts, insbesondere des Kartellverbotes gem. § 1 GWB: Dies umfasst sowohl den Individualschutz als auch das öffentliche Interesse.<sup>54</sup> Bezüglich des öffentlichen Interesses dient das Kartellverbot gem. § 1 GWB der Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen; bezogen auf Preiskartelle bedeutet dies die Verhinderung von Preisniveaus, die nur bei verfälschtem Wettbewerb möglich sind.<sup>55</sup> Dies wird primär durch die Kompensationsfunktion des Schadensersatzanspruches gem. § 33 a I GWB gewährleistet – die Präventionsfunktion spielt dabei nur eine untergeordnete Rolle. Zudem spiegelte die Ausnahme Preisschirmgeschädigter vom Schutzzweck des § 33 a I GWB die tatsächlichen Auswirkungen eines Preiskartells nicht angemessen wider, das sogar fremde Märkte noch beeinflussen kann. Demnach erscheint es sinnvoll, dass Preisschirmgeschädigte grundsätzlich in den Schutzzweck der Norm einbezogen werden (können), um die oben beschriebenen Funktionen zu wahren.

### d) Eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter

Letztlich könnten Kartellaußenseiter/innen als Dritte durch eigenverantwortliches Anheben der Preise die Zurechnung verhindern – den Preiskartellant/innen wären Preisschirmschäden grundsätzlich nicht zuzurechnen. Ist das wirtschaftlich nachvollziehbare Anheben der Preise seitens der Kartellaußenseiter/innen also als juristisch eigenverantwortlich zu qualifizieren? Ein Fehlverhalten Dritter führt regelmäßig nicht zum Haftungsausschluss; bloß in Ausnahmefällen wird das später hinzutretende Handeln Dritter den Zurechnungszusammenhang unterbrechen.<sup>56</sup> Jedenfalls aus ökonomischer Sicht stellt die Preisanhebung der Kartellaußenseiter/innen keine eigenverantwortliche, sondern vielmehr die einzig denkbare Reaktion dar.<sup>57</sup> Auch wenn diese selbständig erfolgt, durften die Anhebenden sich aufgrund der Kartellabsprache geradezu herausgefordert fühlen – die Preisanhebung seitens der Kartellaußenseiter/innen ist eine rationale demgemäß vorhersehbare Folge der Kartellabsprache.<sup>58</sup> Andererseits ließe sich die Preisanhebung seitens der Kartellaußenseiter/innen als autonome Handlung einordnen, wonach ein Preisschirmschaden nicht zurechenbar wäre.<sup>59</sup> Jedoch ist, wie oben gezeigt, ein Preisschirmeffekt für die Kartellant/innen vorhersehbar und sogar wirtschaftlich wünschenswert. Demnach ließe sich – ökonomisch-rationales Verhalten vorausgesetzt – Preisanhebung nicht einmal als freiwillig bezeichnen.<sup>60</sup>

Das Anheben der Preise seitens der Kartellaußenseiter/innen ist keineswegs ein die Zurechnung unterbrechendes eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter: Die Kartellabsprache ermöglicht erst einen Preisschirmeffekt und daraus resultierende Preisschirmschäden. Demnach verhindert die Preisanhebung seitens der Kartellaußenseiter/innen nicht per se die Zurechnung des Preisschirmschadens.

### e) Zusammenfassung

Zusammenfassend beruhen Preisschirmschäden regelmäßig kausal auf der Kartellabsprache; die Preisanhebung durch die Kartellaußenseiter/innen ist den Kartellant/innen regelmäßig zurechenbar. Folglich verbietet sich eine dahingehende Auslegung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruches, wonach Preisschirmschäden grundsätzlich ausgenommen sind, da der im Rahmen der Preisschirmtheorie dargelegte Zusammenhang den Kartellant/innen „nicht verborgen bleiben“

51 Vgl. Stöber, EuZW 2014, 257 (259); Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2015, S. 333.

52 So etwa bei dem sog. „Schienenkartell“, dazu: Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 51 ff.

53 Vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Vorb § 249 Rn. 29.

54 Vgl. Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 55.

55 Vgl. Stöber, EuZW 2014, 257 (259).

56 Vgl. Lettl, Kartellschadensersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht (Richtlinie 2014/104/EU), WRP 2015, 537 (540); Grüneberg, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Vorb § 249 Rn. 47.

57 Hauser, Kartellschadensersatz wegen Preiserhöhung durch Kartellaußenseiter?, GWR 2013, 146 (146).

58 Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (169).

59 Vgl. Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, 2010, S. 387 f.; Bulst, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, S. 255.

60 Beth/Pinter, WuW 2013, 228 (232).

könne.<sup>61</sup> Im Umkehrschluss hat das Recht der Mitgliedstaaten Schadensersatzansprüche Preisschirmgeschädigter vorzusehen. Die Regelung der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs – die Anforderungen an Kausalität und Zurechnungszusammenhang – ist Aufgabe des nationalen Gesetzgebers, wobei dieser den Äquivalenz- sowie den Effektivitätsgrundsatz zu berücksichtigen hat.<sup>62</sup> Insbesondere darf die innerstaatliche Ausgestaltung des Schadensersatzanspruches „die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“<sup>63</sup>; die Ausgestaltung des Schadensersatzanspruches darf die wirksame Anwendung der Art. 101, 102 AEUV nicht verhindern.<sup>64</sup> Demnach verbietet sich insbesondere unter Berücksichtigung des Europarechtes eine Auslegung des nationalen Rechts, wonach die Haftung für Preisschirmschäden kategorisch ausgeschlossen ist. Gleichwohl bleibt zu beachten, dass Preisschirmeffekte sowie -schäden einzelfallabhängig sind. Dementsprechend ist eine Prüfung eines jeden Sachverhaltes nötig – Ergebnisse wie das des *Kone*-Urteils sollten nicht auf andere Sachverhalte übertragen werden.<sup>65</sup>

61 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – *Kone* u. a., Rn. 30.

62 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – *Kone* u. a., Rn. 24; vgl. auch Erwägungsgrund 4 der Schadensersatz-RL.

63 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – *Kone* u. a., Rn. 25; EuGH vom 20.09.2001, Rs. C-453/99 – *Courage* und *Crehan*, Rn. 29; EuGH vom 13.07.2006, Rs. 295/04 bis 298/04 – *Manfredi*, Rn. 62.

64 EuGH vom 06.06.2013, Rs. C-536/11, Rn. 27.

65 So auch schon: EuGH vom 30.01.2014, Rs. C-557/12, Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott, Rn. 84; vgl. zudem: Erwägungsgrund 4 der Schadensersatz-RL.

66 *Fritzsche*, Jedermann kann – Anmerkungen zum *Kone*-Urteil des EuGH (Rs. C-557/12) zum Schadensersatz bei kartellbedingt eintreten-

## IV. Ergebnis

Durch Preisschirmeffekte entstandene Schäden sind i. E. zwar grundsätzlich ersatzfähig, werden also vom Kartellschadensersatzrecht erfasst – im konkreten Fall führt dies allerdings nicht automatisch zu einem Schadensersatzanspruch. Insbesondere die schwierige Beweisführung kann die praktische Bedeutung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche reduzieren, da es den Preisschirmgeschädigten obliegt, den Preisschirmeffekt sowie die diesbezügliche Kenntnis der Kartellant/innen nachzuweisen.<sup>66</sup> Weiterhin ist die Feststellung der konkreten Höhe eines Schadens problematisch: Die Preise der Kartellaußenseiter/innen eignen sich aufgrund deren Anhebung nicht mehr für einen Vergleich (sog. Vergleichsmarktkonzepte), da sie keineswegs das hypothetische Preisniveau bei ordnungsgemäßem Wettbewerb widerspiegeln.<sup>67</sup> Als Mittel zur Stärkung privater Rechtsdurchsetzung könnten auch weitere Anscheinsbeweise angenommen werden, wobei deren Realitätsnähe und Praktikabilität wiederum diskutabel sind.<sup>68</sup> Jedenfalls ist eine stetig steigende Bedeutung des *private enforcement* zu erwarten, wobei wohl auch die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche bei Preisschirmschäden erleichtert werden wird.<sup>69</sup>

den Preisschirmeffekten, NZKart 2014, 428 (430 f.); *Hartmann-Rüppel/Schrader*, ZWeR 2014, 300 (311); *Kühme*, EuGH: Schadensersatzpflicht von Kartellanten für Preisschirmeffekte bestätigt, BB 2014, 1550 (1552).

67 *Beth/Pinter*, WuW 2013, 228 (228).

68 OLG Karlsruhe BeckRS 2016, 20025, Rn. 53; vgl. auch: *Stadtaus/Wiedeck*, WuW 2017, 43 (49).

69 Vgl. *Stadtaus/Wiedeck*, WuW 2017, 43 (47); *Kahlenberg/Heim*, BB 2017, 1155 (1163).

Marlene Ostrop\*

## Zur Rechtslage beim hoch- und vollautomatisierten Fahren

### Wie weit sind wir tatsächlich noch entfernt vom fahrerlosen Autofahren?

*Klassische „Roboter“ und „Software-Agents“ sind bereits vertraute Mitarbeiter in unserem Alltag: Logistik-Roboter, Gefahrenabwehr-, Pflege-Roboter.<sup>1</sup> Wie steht es aber um den technischen Fahrgehilfen, der den/die Fahrzeugführer/in entlastet, ihm/ihr assistiert oder ihn/sie ganz*

*ersetzt?<sup>2</sup> Bezüglich des sogenannten hoch- und vollautomatisierten Fahrens hat das geänderte StVG bereits Antworten gefunden, aber auch noch Fragen im Zusammenspiel zwischen Computer und Mensch und hinsichtlich Sorgfaltsmaßstäben und Haftung offen gelassen.<sup>3</sup>*

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Der Beitrag ist zunächst bei rechtundnetz.com erschienen und wurde für die Veröffentlichung in den HRN überarbeitet.

1 *Keßler*, Intelligente Roboter – neue Technologien im Einsatz, MMR 2017, 589 (589).

2 Vgl. zuletzt *Ethik-Kommission*, Automatisiertes und Vernetztes Fahren, Bericht, Juni 2017, S. 1 ff., <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-der-ethik-kommission.pdf> (01.10.2018).

3 Vgl. Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 18/11534.