

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Juli 2020

04

145 – 192

Beiträge

Urheberrechtliche Relevanz von KI-generierten sowie verschlüsselten

Inhalten Peter Burgstaller und Eckehard Hermann ↻ 148

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ↻ 156

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ↻ 159

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ↻ 163

Rechtsprechung des OLG Wien im Markenregisterverfahren ↻ 164

Rechtsprechung

**PsychotherapeutInnenverzeichnis – Entgeltliche Hervorhebung in
einem Verzeichnis von Psychotherapeuten** Bernhard Tonninger ↻ 164

Jörg/Georg – „Georg“ statt „Jörg“ im Firmenwortlaut

David Plasser ↻ 169

Sophienwald I – Kennt jemand den Wald, und wenn ja: woher?

Lothar Wiltschek ↻ 172

Fack Ju Göhte II – Verstoß gegen die guten Sitten? Bernd Terlitzta ↻ 175

Zurückziehung des Widerspruchs – Rettung einer Marke

Reinhard Hinger ↻ 180

Gemeinde in Südtirol – Internationale Zuständigkeit bei

Urheberrechtsverletzungen Thomas Garber ↻ 181

Otis – Ersatz des Kartellschadens und Schutzzweck der Norm

Isabella Hartung und Deniz Hortoğlu Ziegler ↻ 187

→ Ersatz des Kartellschadens mit oder ohne Blick auf den Schutzzweck der Norm?

Fördergeber, die – ohne Anbieter oder Nachfrager auf einem kartellierten Markt zu sein – den Abnehmern der kartellierten Produkte Förderdarlehen gewährt haben, müssen von den Kartellbeteiligten den Ersatz des Schadens verlangen können, der

daraus resultiert, dass sie höhere Förderungen gewähren mussten als ohne das Kartell und deshalb den Differenzbetrag während der Laufzeit des Darlehens nicht gewinnbringender verwenden konnten.

Sachverhalt und Ausgangsverfahren:¹⁾

Im Jahr 2007 verhängte die EK gegen verschiedene Unternehmen aufgrund ihrer Teilnahme an Kartellen beim Einbau und bei der Wartung von Aufzügen und Fahrtreppen in Belgien, Deutschland, Luxemburg und den Niederlanden eine Geldbuße von insgesamt 992 Mio Euro. Mehrere Einheiten der Unternehmensgruppen, zu denen *Otis*, *Schindler*, *Kone* und *Thyssen-Krupp* gehören, zählten zu diesen Unternehmen. Mit Urteil v 8. 10. 2008 bestätigte der OGH als KOG den Beschluss des OLG Wien als KG v 14. 12. 2007, mit dem über mehrere Aufzugs- und Fahrtreppenhersteller Geldbußen verhängt wurden.

Das Kartell war ua darauf gerichtet, dem jeweils bevorzugten Unternehmen einen höheren Preis zu sichern, als er unter normalen Wettbewerbsbedingungen erzielbar gewesen wäre.

Das Land OÖ und 14 weitere Einrichtungen klagten die Aufzugs- und Fahrtreppenhersteller auf Ersatz des Schadens, der ihnen durch das Kartell entstanden sein soll.²⁾ Im Unterschied zu den 14 weiteren Einrichtungen machte das Land OÖ jedoch nicht geltend, als un-

mittelbarer oder mittelbarer Nachfrager der betreffenden Produkte durch das Kartell einen Schaden erlitten zu haben, sondern in seiner Eigenschaft als Einrichtung, die Fördermittel vergibt.

Es habe für die Förderung von Wohnbauprojekten während des vom Kartell betroffenen Zeitraums aufgrund der Wohnbauförderbestimmungen Förderdarlehen nach einem bestimmten Prozentsatz der Gesamtbaukosten gewährt. Die Aufzugskosten seien wegen des Kartells nach oben verzerrt worden und das Land OÖ hätte ohne das Kartell niedrigere Darlehen gewähren und den Differenzbetrag zum durch-

ÖBI 2020/55

Art 101 AEUV;
§§ 1295, 1311
ABGB

EuGH
12. 12. 2019,
C-435/18, ECLI:
EU:C:2019:1069

Otis

1) Die Fragen und die Entscheidungsgründe wurden gekürzt und zur besseren Lesbarkeit redaktionell vereinfacht, ohne den Sinn zu verändern. Judikaturzitate wurden weitgehend in die FN verschoben; bei wiederholter Zitierung wurde auf die nähere Angabe der Fundstelle verzichtet. Der Originaltext kann auf <http://curia.europa.eu> nachgelesen werden.

2) Das Verfahren fällt (noch) nicht in den zeitlichen Anwendungsbereich der RL 2014/104/EU v 26. 11. 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der MS und der EU, ABI L 2014/349, 1 (RL 2014/104).

schnittlichen Zinssatz von Bundesanleihen anlegen können.

Das **HG Wien** wies die Klage ab,³⁾ weil das Land kein Marktteilnehmer sei und daher nur einen mittelbaren Schaden geltend mache, der nicht ersatzfähig sei.

Das OLG Wien als BerG hob diese E auf,⁴⁾ weil das Kartellverbot auch dem Schutz finanzieller Interessen derjenigen diene, die den zusätzlichen Aufwand zu tragen hätten, der durch die Verzerrung der Marktverhältnisse entstanden sei. Dazu gehörten auch öffentlich-rechtliche Körperschaften, die institutionalisiert Fördermittel bereitstellten. Solche Körperschaften sorgten damit für einen nicht zu vernachlässigenden Teil der Nachfrage auf dem Markt, auf dem die Kartellanten ihre Leistungen zu kartellbedingt überhöhten Preisen hätten verkaufen können.

Die Aufzugs- und Fahrtreppenhersteller bekämpften diese E mit Rek an den **OGH**. Der OGH⁵⁾ wies darauf hin, dass nach den Kriterien des österr Rechts der vom Land OÖ geltend gemachte Schaden in keinem ausreichenden Zusammenhang mit dem Zweck des Verbots von Kartellabsprachen – der Erhaltung des Wettbewerbs auf dem vom Kartell betroffenen Markt – stehe. Er fragte den EuGH, ob von den Kartellanten auch jene Personen den Ersatz von Schäden verlangen können, die nicht auf dem von einem Kartell betroffenen Markt als Anbieter oder Nachfrager tätig sind, sondern die im Rahmen gesetzlicher Vorschriften als Fördergeber zu begünstigten Bedingungen Darlehen an Abnehmer der auf dem vom Kartell betroffenen Markt angebotenen Produkte gewähren, und deren Schaden darin liegt, dass die in einem Prozentsatz der Produktkosten gewährte Darlehenssumme höher war, als sie ohne die Kartellabsprache gewesen wäre, weshalb sie diese Beträge nicht gewinnbringend anlegen konnten.

Die Aufzugs- und Fahrtreppenhersteller bekämpften diese E mit Rek an den **OGH**. Der OGH⁵⁾ wies darauf hin, dass nach den Kriterien des österr Rechts der vom Land OÖ geltend gemachte Schaden in keinem ausreichenden Zusammenhang mit dem Zweck des Verbots von Kartellabsprachen – der Erhaltung des Wettbewerbs auf dem vom Kartell betroffenen Markt – stehe. Er fragte den EuGH, ob von den Kartellanten auch jene Personen den Ersatz von Schäden verlangen können, die nicht auf dem von einem Kartell betroffenen Markt als Anbieter oder Nachfrager tätig sind, sondern die im Rahmen gesetzlicher Vorschriften als Fördergeber zu begünstigten Bedingungen Darlehen an Abnehmer der auf dem vom Kartell betroffenen Markt angebotenen Produkte gewähren, und deren Schaden darin liegt, dass die in einem Prozentsatz der Produktkosten gewährte Darlehenssumme höher war, als sie ohne die Kartellabsprache gewesen wäre, weshalb sie diese Beträge nicht gewinnbringend anlegen konnten.

Die Aufzugs- und Fahrtreppenhersteller bekämpften diese E mit Rek an den **OGH**. Der OGH⁵⁾ wies darauf hin, dass nach den Kriterien des österr Rechts der vom Land OÖ geltend gemachte Schaden in keinem ausreichenden Zusammenhang mit dem Zweck des Verbots von Kartellabsprachen – der Erhaltung des Wettbewerbs auf dem vom Kartell betroffenen Markt – stehe. Er fragte den EuGH, ob von den Kartellanten auch jene Personen den Ersatz von Schäden verlangen können, die nicht auf dem von einem Kartell betroffenen Markt als Anbieter oder Nachfrager tätig sind, sondern die im Rahmen gesetzlicher Vorschriften als Fördergeber zu begünstigten Bedingungen Darlehen an Abnehmer der auf dem vom Kartell betroffenen Markt angebotenen Produkte gewähren, und deren Schaden darin liegt, dass die in einem Prozentsatz der Produktkosten gewährte Darlehenssumme höher war, als sie ohne die Kartellabsprache gewesen wäre, weshalb sie diese Beträge nicht gewinnbringend anlegen konnten.

Aus den Entscheidungsgründen:

21. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art 101 Abs 1 AEUV in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen erzeugt und in deren Person Rechte entstehen lässt, die die nationalen Gerichte zu wahren haben.⁶⁾

22. Die volle Wirksamkeit von Art 101 AEUV und insb die praktische Wirksamkeit des in seinem Abs 1 ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.⁷⁾

23. Daher kann jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht.⁸⁾

24. Das Recht eines jeden, Ersatz eines solchen Schadens zu verlangen, erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln der Union und ist geeignet, Unternehmen von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die

den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können; damit trägt es zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der EU bei.⁹⁾

25. Dabei dürfen speziell im Bereich des Wettbewerbsrechts die nationalen Vorschriften über die Modalitäten für die Ausübung des Rechts, Ersatz des sich aus einem nach Art 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ergebenden Schadens zu verlangen, die wirksame Anwendung dieser Bestimmung nicht beeinträchtigen.¹⁰⁾

26. Demnach muss das Recht der MS insb dem mit Art 101 AEUV verfolgten Ziel Rechnung tragen, das darin besteht, die Aufrechterhaltung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt zu gewährleisten, so dass die Preise unter Bedingungen eines freien Wettbewerbs festgesetzt werden. Der EuGH hat zur Sicherstellung der Effektivität des Unionsrechts entschieden, dass nach den nationalen Vorschriften jeder das Recht haben muss, Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen.¹¹⁾

27. Ferner ist hervorzuheben, dass sowohl die Gewährleistung der vollen Wirkung und praktischen Wirksamkeit von Art 101 AEUV als auch der Schutz vor den nachteiligen Folgen eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht in hohem Maße beeinträchtigt würden, 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.

30. Wie aus den Rn 22 bis 25, 26 und 27 hervorgeht, muss aber jeder in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV stehende Schaden ersatzfähig sein, um die wirksame Anwendung von Art 101 AEUV sicherzustellen und dessen praktische Wirksamkeit zu erhalten.

31. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der von der betreffenden Person erlittene Schaden zudem einen spezifischen Zusammenhang mit dem von Art 101 AEUV verfolgten „Schutzzweck“ aufweist, denn sonst wären die Teilnehmer an einem Kartell nicht verpflichtet, alle von ihnen möglicherweise verursachten Schäden zu ersetzen.

32. Demnach müssen Personen, die nicht als Anbieter oder Nachfrager auf dem vom Kartell betroffenen Markt tätig sind, den Ersatz des Schadens verlangen können, der daraus resultiert, dass sie wegen des Kartells höhere Förderungen gewähren mussten als

Das Land OÖ gewährte Förderdarlehen für den Aufzugseinbau, die ohne das „Aufzugskartell“ niedriger gewesen wären. Die Differenz hätte das Land OÖ – so sein Vorbringen – günstiger anlegen können. Ob die Kartellbeteiligten einen solchen Vermögensschaden ersetzen müssen oder einen Schadenersatzanspruch unter Berufung auf die Lehre vom Schutzzweck der Norm abwehren können, entschied nun der EuGH.

3) HG Wien 21. 9. 2016, 40 Cg 65/10z.
 4) OLG Wien 27. 4. 2017, 5 R 193/16p.
 5) OGH 9 Ob 44/17 m, ECLI:AT:OGH0002:2018:00900B00044. 17M.0517.001.
 6) EuGH C-453/99, *Courage und Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 23; C-724/17, *Skanska Industrial Solutions ua*, ECLI:EU:C:2019:204, Rn 24.
 7) EuGH C-453/99, *Courage und Crehan*, Rn 26; C-724/17, *Skanska Industrial Solutions ua*, Rn 25.
 8) EuGH C-295/04, *Manfredi ua*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 61; C-724/17, *Skanska Industrial Solutions ua*, Rn 26.
 9) EuGH C-557/12, *Kone ua/Umbrella Pricing*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn 23, ÖBI 2014/47 (Hoffer).
 10) EuGH C-557/12, *Kone ua/Umbrella Pricing*, Rn 26.
 11) EuGH C-557/12, *Kone ua/Umbrella Pricing*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn 32.

ohne das Kartell und deshalb diesen Differenzbetrag nicht gewinnbringender investieren konnten.

33. Es ist jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, zu klären, ob dem Land OÖ im vorliegenden Fall konkret ein solcher Schaden entstanden ist; dabei muss es insb prüfen, ob das Land die Möglichkeit zu gewinnbringenderen Anlagen hatte und, wenn ja, ob es die erforderlichen Nachweise für das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Schaden und dem fraglichen Kartell erbringt.

34. Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art 101 AEUV dahin auszulegen ist,

dass Personen, die nicht als Anbieter oder Nachfrager auf dem von einem Kartell betroffenen Markt tätig sind, sondern Subventionen in Form von Förderdarlehen an Abnehmer der auf diesem Markt angebotenen Produkte gewährt haben, verlangen können, dass Unternehmen, die an dem Kartell teilgenommen haben, zum Ersatz des Schadens verurteilt werden, den die betreffenden Personen erlitten haben, weil der Betrag der Subventionen höher war, als er ohne das Kartell gewesen wäre, so dass sie den Differenzbetrag nicht für andere gewinnbringendere Zwecke verwenden konnten.

Anmerkung:

Seit der Entscheidung des OGH als KOG aus dem Jahr 2008¹²⁾ haben Klagen gegen die am Aufzugskartell beteiligten Unternehmen zur Klärung verschiedenster Aspekte des Kartellschadenersatzrechts beigetragen,¹³⁾ allerdings wurde bisher in Österreich keinem einzigen Kläger tatsächlich Schadenersatz zugesprochen.

Die hier gestellte Vorlagefrage des OGH bejahen im Ergebnis sowohl GA *Kokott* als auch der EuGH; ihre Begründungen unterscheiden sich jedoch in einigen Punkten. In der Folge werden daher auch die Schlussanträge, die das Thema dogmatisch detaillierter aufbereiten, kurz dargestellt.

Die **Schlussanträge GA *Kokott***¹⁴⁾ gehen davon aus, dass die Vorlagefrage nicht unter Rückgriff auf das österr Recht in Verbindung mit den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität,¹⁵⁾ sondern vielmehr direkt auf der Grundlage von Unionsrecht zu beantworten sei. Die Frage betreffe nämlich einen Aspekt der Kausalitätsprüfung, der sich nicht auf die prozessualen Durchsetzungsmodalitäten, sondern auf die materiellen Anspruchsvoraussetzungen des Rechts auf Kartellschadenersatz beziehe. Wenn der EuGH im Urteil *Manfredi*¹⁶⁾ und der 11. ErwGr der RL 2014/104 meinen, dass die Bestimmung der „*Einzelheiten für die Anwendung des Begriffs ‚ursächlicher Zusammenhang‘*“ dem innerstaatlichen Recht der MS vorbehalten bleibe, so könne es sich – so die SA – bei diesen Einzelheiten nur um die Modalitäten der tatsächlichen Feststellung eines ursächlichen Zusammenhangs handeln (also im konkreten Fall die Art der Beweisführung bspw dafür, ob die geltend gemachten Mehrkosten tatsächlich auf die Kosten der Aufzüge zurückgehen, die in die geförderten Gebäude eingebaut wurden). Die Frage hingegen, ob ein Schaden wie der vom Land OÖ geltend gemachte in einem hinreichenden Zusammenhang mit dem Schutzzweck von Art 101 AEUV steht, betreffe die materiellen Voraussetzungen des unionsrechtlichen Rechts auf Kartellschadenersatz und sei daher auf der Grundlage des Unionsrechts zu beantworten.

Kokott führt weiter aus, dass eine Beschränkung der Schadenersatzberechtigung auf Marktteilnehmer dazu führen würde, die Haftung der an einem Kartell beteiligten Unternehmen für bestimmte Arten von Schäden aus Rechtsgründen unabhängig von den speziellen Umständen des konkreten Einzelfalls kategorisch und pauschal auszuschließen. Ein solch kategorischer Haf-

tungsausschluss sei, wie der EuGH schon in *Kone* ausgeführt habe, mit Art 101 AEUV unvereinbar. Der Schutzzweck von Art 101 AEUV verlange nämlich, dass **jeder** Schaden ersatzfähig sei, der mit der Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV in einem ursächlichen Zusammenhang stehe. Auch aus den speziellen Vorschriften der RL 2014/104 zur Schadenersatzberechtigung von Lieferanten und mittelbaren Abnehmern von Kartellbeteiligten könne nicht gefolgert werden, dass staatliche Kreditgeber wie das Land OÖ vom Recht auf Kartellschadenersatz ausgenommen seien.

Entscheidend sei daher, ob zwischen dem Aufzugskartell und dem vom Land OÖ geltend gemachten Schaden ein hinreichend unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang besteht. Diese als unionsrechtlich eingeordnete Frage analysiert und bejaht die GA in der Folge. Zu diesem Zweck prüft sie nicht nur den konkreten Zusammenhang zwischen dem Aufzugspreis und der Darlehenshöhe, sondern (ähnlich wie der EuGH in *Kone*) auch die Vorhersehbarkeit des Schadens des Landes OÖ für die Beteiligten des Aufzugskartells. Beide Aspekte bejaht sie.

Der **EuGH** formuliert die Antwort auf die Vorlagefrage des OGH fast wortgleich wie *Kokott*. Anders als *Kokott* sagt der EuGH in der Begründung seines Urteils zwar nicht explizit, dass die Vorlagefrage direkt auf der Grundlage von Unionsrecht zu beantworten ist (anstatt unter Rückgriff auf das österr Recht in Verbindung mit den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität), scheint aber inhaltlich ebenso wie sie von dieser Prämisse auszugehen.



12) OGH als KOG 16 Ok 5/08, *Aufzugskartell I*, ÖBl 2009/25 (*Hoffer/Innerhofer*).

13) Vgl EuGH C-199/11, *Otis ua*, ECLI:EU:C:2012:684, betreffend die Vertretung der EU vor den nationalen Gerichten im Fall einer Klage auf Ersatz des der Union durch ein Kartell entstandenen Schadens; EuGH C-557/12, *Kone ua/Umbrella Pricing*, ECLI:EU:C:2014:1317, sowie diverse Entscheidungen zum österr Prozessrecht, zB OGH 14. 2. 2012, 5 Ob 39/11 p, betreffend internationale Zuständigkeit und örtliche Zuständigkeitsfragen, und OGH 26. 5. 2014, 8 Ob 81/13i, betreffend die Schlüssigkeit des Klagevorbringens.

14) SA der GA *Kokott* 29. 7. 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:651.

15) Vorschriften über die Rechtsbehelfe, die den Schutz der dem Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, dürfen nicht weniger günstig sein als bei entsprechenden Rechtsbehelfen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz), und sie dürfen die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).

16) EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi ua*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 64.

Eingangs hält der EuGH – unter Verweis auf die Urteile *Courage und Crehan* sowie *Skanska* – fest, dass die volle Wirksamkeit von Art 101 AEUV und insb die praktische Wirksamkeit des in Art 101 Abs 1 AEUV ausgesprochenen Verbots beeinträchtigt wären, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Verstoß gegen Art 101 AEUV entstanden ist (Rn 22). Daher könne jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht (Rn 23).

Ferner hebt der EuGH hervor, dass – wie auch die GA in Rn 78 ihrer SA iW dargelegt hat – sowohl die Gewährleistung der vollen Wirkung und praktischen Wirksamkeit von Art 101 AEUV als auch der Schutz vor den nachteiligen Folgen eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht in hohem Maße beeinträchtigt würden, 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, Schadenersatz zu verlangen, ausgeschlossen (Rn 27).

Jeder Schaden, der in einem „ursächlichen Zusammenhang“ mit einer Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV steht, sei ersatzfähig (Rn 30). Dabei sei es nicht erforderlich, dass der von der betreffenden Person erlittene Schaden zudem einen spezifischen Zusammenhang mit dem von Art 101 AEUV verfolgten „Schutzzweck“ aufweise. Und weiter: *„Demnach müssen Personen, die nicht als Anbieter oder Nachfrager auf dem vom Kartell betroffenen Markt tätig sind, den Ersatz des Schadens verlangen können, der daraus resultiert, dass sie wegen des Kartells höhere Förderungen gewähren mussten als ohne das Kartell und deshalb diesen Differenzbetrag nicht gewinnbringender investieren konnten“.* (Rn 32)

Allerdings ist es laut EuGH Sache des nationalen Gerichts, *„zu klären, ob dem Land OÖ im vorliegenden Fall konkret ein solcher Schaden entstanden ist; dabei muss es insb prüfen, ob das Land die Möglichkeit zu gewinnbringenderen Anlagen hatte und, wenn ja, ob es die erforderlichen Nachweise für das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Schaden und dem fraglichen Kartell erbringt“* (Rn 33). In diesem Punkt divergiert der EuGH in zweifacher Hinsicht von der GA:

GA *Kokott* hält nämlich in Rn 124 ihrer SA fest, dass ein staatlicher Kreditgeber wie das Land OÖ in einer Situation wie der vorliegenden nicht darlegen und beweisen müsse, dass er den fraglichen Betrag gewinnbringend anlegen oder zur Tilgung laufender Kredite hätte verwenden können. Vielmehr reiche es aus, wenn der Kreditgeber darlegt, welcher Betrag ihm wie lange fehle und ggf was der gängige Zinssatz gewesen wäre; eine Pflicht, speziell für öffentliche Kreditgeber, zu beweisen, dass sie über die Kompetenz verfügten, die Beträge entsprechend anzulegen oder zur Tilgung eigener Kredite zu verwenden, existiere nicht.

Dieser Ansicht hat jedoch der EuGH in Rn 33 seines Urteils eine Absage erteilt.

Überdies weist *Kokott* in Rn 34 und 103 ihrer SA darauf hin, dass der OGH in seinem Vorabentscheidungsersuchen weder Zweifel am Vorliegen eines Schadens zulasten des Landes OÖ noch daran, dass dieser Schaden auf das Aufzugskartell zurückzuführen ist, geäußert habe. Die Tatsache, dass die Preise für Aufzüge auf dem österr Markt während des relevanten Zeitraums aufgrund des Aufzugskartells höher waren, als dies unter normalen Wettbewerbsbedingungen der Fall gewesen wäre, und die Tatsache, dass die Förderdarlehen an die Höhe der Bau- und damit auch der Aufzugskosten gekoppelt waren, seien vom OGH als erwiesen angesehen worden.

Der EuGH hingegen weist das nationale Gericht explizit darauf hin, dass es (selbst) zu prüfen habe, ob das Land OÖ die erforderlichen Nachweise erbringt für das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Kartell und dem vom EuGH als relevant erachteten Schaden – nämlich demjenigen, *„der daraus resultiert, dass sie wegen des Kartells höhere Förderungen gewähren mussten als ohne das Kartell und deshalb diesen Differenzbetrag nicht gewinnbringender investieren konnten“.*

Kern der E des EuGH in *Otis* ist, dass Schadenersatz wegen Kartellverstößen tatsächlich „jedermann“ geltend machen kann, dh, dass es nicht auf Eigenschaften des Kl ankommt – zB nicht darauf, ob er als Anbieter oder Nachfrager am kartellbetroffenen Markt tätig ist, oder gar, ob er direkter oder indirekter Abnehmer eines Kartellbeteiligten war. Voraussetzung ist aber, dass der Schaden in „ursächlichem Zusammenhang“ mit dem Kartell steht. Diesen Begriff formt der EuGH ganz konkret bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt dahingehend aus, dass Fördergeber Ersatz nur für denjenigen Schaden verlangen können, *„der daraus resultiert, dass sie wegen des Kartells höhere Förderungen gewähren mussten als ohne das Kartell und deshalb diesen Differenzbetrag nicht gewinnbringender investieren konnten“.*

Anders als noch in *Kone* und anders als die GA in *Otis* scheint es der EuGH nicht für relevant zu erachten, ob dieser Schaden für die Beteiligten des Aufzugskartells vorhersehbar war – diesen Aspekt thematisiert er in *Otis* nicht. Er sagt in Rn 31 auch ausdrücklich, dass ein spezifischer Zusammenhang des Schadens mit dem von Art 101 AEUV verfolgten „Schutzzweck“ nicht nötig sei (anders die GA, die in Rn 50 der SA meint, dass der Kausalitätsprüfung auch die Frage innewohne, ob der Schaden in hinreichendem Zusammenhang mit dem Zweck der verletzten Rechtsnorm steht). Allerdings begrenzt der EuGH die schadenersatzrechtliche Haftung insofern, als er verlangt, dass das Land OÖ tatsächlich die Möglichkeit zu gewinnbringenden Anlagen gehabt haben muss, um Schadenersatz geltend machen zu können. Es ist also nicht ein abstrakter Vermögensschaden ersatzfähig, sondern nur ein konkreter, fallspezifisch nachzuweisender Schaden.

Der EuGH zieht in *Otis* den Kreis der ersatzfähigen Schäden nach Kartellverstößen in mehrfacher Hinsicht noch weiter als in *Kone*. Aus Sicht der österr Zivilrechtsdogmatik ist *Otis* insgesamt schwer verdaulich, weil die im österr Recht doch recht klar getrennten Konzepte



von Schaden, Verursachung, Rechtswidrigkeitszusammenhang und Adäquanz in ihrer nationalen Ausformung scheinbar endgültig über Bord geworfen werden.

Gänzlich „uferlos“ sind Schadenersatzansprüche nach Kartellvergehen aber auch nach diesem Urteil nicht. Wenngleich nun klargestellt wurde, dass auch Geschädigten, die nicht als Anbieter oder Nachfrager am kartellbetroffenen Markt auftreten, uU Schadenersatzansprüche zustehen können, bleiben im Rahmen des vom EuGH als „ursächlicher Zusammenhang“ betitelten Kriteriums weiterhin Fallkonstellationen denkbar, in denen kein Schadenersatzanspruch besteht. Dieses Kriterium ist, wie nun noch klarer scheint als nach *Kone*, autonom auf der Basis des Unionsrechts auszulegen, soweit es das materielle Bestehen eines Anspruchs betrifft. Nur hinsichtlich der Beweisführungsmodalitäten ist „die Anwendung des Begriffs ‚ursächli-

cher Zusammenhang“ dem innerstaatlichen Recht der MS (unter Beachtung des Prinzips der Äquivalenz und der Effektivität) vorbehalten.

Mit *Otis* hat der EuGH sich jedenfalls eindeutig und nochmals gegen kategorische Haftungsausschlüsse und für eine sehr konkret-fallspezifische Prüfung der Haftungsvoraussetzungen ausgesprochen. Ob nun zB auch Gesellschafter von kartellgeschädigten Unternehmen ihr Glück als Schadenersatzkläger versuchen werden, bleibt abzuwarten. GA *Kokott* hat sich in ihren Schlussanträgen zu *Otis* (Rn 94) schon vorsorglich gegen das Bestehen solcher Ansprüche positioniert.

*Isabella Hartung, Rechtsanwältin,
Deniz Hortoğlu Ziegler, Juristin,
Barnert Egermann Illigasch
Rechtsanwälte GmbH, Wien*

