

Frank Maier-Rigaud, Berlin/Brüssel/Paris

# Auf dem Holzweg: Zu Streuschäden, Betroffenheit und Zurechnung im Rahmen von Schadensersatzklagen

**Prof. Dr. Frank Maier-Rigaud**, Managing Director und Head of Competition Economics Europe bei NERA Economic Consulting sowie Professor an der IESEG School of Management Paris, der Université Catholique de Lille sowie Forscher am LEM-CNRS.

Für Hinweise danke ich Dr. Rainer Becker, Philip Hanspach, Dr. Philipp Heller, Prof. Dr. Ulrich Schwalbe, Dr. Nicola Tosini und Kai Woeste sowie der WuW-Redaktion. Der Beitrag ist online erschienen am 08.01.2020.

**Kontakt:** [autor@wuw-online.de](mailto:autor@wuw-online.de)

Die Schlussanträge von GAin Kokott in *Otis*, das Urteil in *Otis* sowie das vorhergehende Urteil in *Kone*, helfen den Weg zu einem „more economic approach“ auch in Schadensersatzfällen zu bahnen. In diesem Aufsatz wird argumentiert, dass Kriterien wie Betroffenheit sowie Zurechnung keine sinnvollen Kriterien zur Eingrenzung der Aktivlegitimation darstellen. Weiterhin wird die Inkonsistenz zwischen den Bemühungen die Aktivlegitimation aufgrund von legalistischen Kriterien einzuschränken und der oft vorgebrachten Sorge, Kartellanten würden sich aufgrund von Streuschäden aus ihrer Verantwortung stehlen herausgearbeitet.

In ihren Schlussanträgen in Sachen *Otis* gegen das Land Oberösterreich hat GAin Kokott zum wiederholten Male klargestellt, dass kategorische Einschränkungen der Aktivlegitimation nicht mit europäischem Recht vereinbar sind.<sup>1</sup> Zuletzt hatte sie dies mit sehr viel Klarheit schon zu Preisschirmeffekten in Sachen *Kone* deutlich gemacht.<sup>2</sup> Aus ökonomischer Sicht sind die Schlussanträge von GAin Kokott in *Kone*, das darauf folgende Urteil sowie jetzt auch die Schlussanträge sowie das Urteil in *Otis* zu begrüßen.<sup>3</sup>

Ein Kartellschaden kann in mannigfaltiger Weise auftreten und betrifft eventuell eben auch Abnehmer, die bei nicht-kartellierten Firmen eingekauft haben (Preisschirmeffekte), oder auch die öffentliche Hand (wie im Fall der Förderdarlehen in Sachen *Otis*).<sup>4</sup> Auch Lieferanten von den dem Kartell vorgelagerten Produkten sowie Firmen, die komplett außerhalb der üblicherweise, aber

eben auch irreführenderweise, als Leitbild bemühten Wertschöpfungskette stehen, können betroffen sein.<sup>5</sup> Dies ist beispielsweise bei Herstellern von zu den Kartellprodukten komplementären Gütern der Fall.<sup>6</sup> Diese bieten keine Substitute an und sind auch weder als (entfernte) Zulieferer noch als (entfernte) Abnehmer in der Wertschöpfungskette zu verorten. Trotzdem ist ein Schaden von diesen Herstellern komplementärer Güter unter der Voraussetzung, dass ein Preisaufschlag vorliegt, ökonomisch zwingend. Dies liegt daran, dass annahmegemäß Abnehmer aus der Kombination beider Produkte Nutzen ziehen (man denke bspw. an einen Drucker und die dazugehörige Druckerpatrone) und daher eine Kombination beider Produkte nachfragen. Aus ökonomischer Sicht ist ein Schaden deshalb zwingend, weil der Preis des Bündels steigt und aufgrund der Komplementarität die Nachfrage daher auch für das komplementäre Produkt zurückgeht. Auch wenn der Anbieter von komplementären Produkten auf die kartellbedingte Preiserhöhung mit einer (unterkompensierenden) Preisreduktion reagiert, um einen größeren Nachfrageausfall sowie einen höheren Schaden zu vermeiden, entsteht ihm ein Schaden. Empirisch kann es gerade in dieser Konstellation oftmals recht einfach sein, diesen Schaden zu ermitteln. Bereits aufgrund dieses Beispiels ist ein Fokus allein auf „Mitbewerber oder sonstige(r) Marktbeteiligte(r)“ (§ 33 Abs. 3 GWB) sowie jedwede andere denkbare Einschränkung ökonomisch nicht zu rechtfertigen.<sup>7</sup> Der Schadensnachweis kann

1 Vgl. GAin Kokott, Schlussanträge v. 29.07.2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:651 sowie EuGH, Urte. v. 12.12.2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, WuW 2020, 83 in diesem Heft – *Otis*.

2 Vgl. GAin Kokott, Schlussanträge v. 30.01.2014, C-557/11, ECLI:EU:C:2014:45.

3 Vgl. GAin Kokott, Schlussanträge v. 30.01.2014 (Fn. 2); EuGH, Urte. v. 05.06.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317; und GAin Kokott, Schlussanträge v. 29.07.2019 (Fn. 1) sowie EuGH, Urte. v. 12.12.2019 (Fn. 1). Siehe hierzu auch Maier-Rigaud, *Journal of European Competition Law & Practice* 2014, 5(4), 247 sowie Maier-Rigaud, *Journal of Competition Law and Economics* 2014, 10(2), 341. Auf Seite 345 ff. im letztgenannten Aufsatz werden die bereits im Entwurf der Europäischen Kommission aufgetretenen Spannungen zwischen Kompensation einerseits und Streuschäden bzw. der Tatsache, dass die Europäische Kommission bereits damals eine enge Aktivlegitimation im Blick hatte besprochen. Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404, vom 11.06.2016.

4 Zu Preisschirmeffekten siehe grundlegend Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, *Journal of Competition Law and Economics* 2014, 10(3), 739, sowie Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, WuW 2014, 64(11), 1043 = WUW0670018.

5 Das Schäden selbstverständlich auch außerhalb der in der Literatur sowie in der Richtlinie oft fälschlicherweise als abschließend unterstellten vertikalen Wertschöpfungskette auftreten wird beispielsweise auf S. 214 ff. in Maier-Rigaud/Schwalbe (2013), *Quantification of Antitrust Damages*, S. 210-262, in: Ashton und Henry (Hrsg.), *Competition Damages Actions in the EU – Law and Practice*, Edward Elgar, Maier-Rigaud, *Journal of European Competition Law & Practice* 2014, 5(4), 247 sowie auf S. 338 ff. in Maier-Rigaud, *Antitrust Bulletin* 2017, 62(2), 334, sowie bei Inderst/Thomas, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2. Aufl. 2018, S. 413 ff. und bei Maier-Rigaud/Schwalbe, *Quantification of Antitrust Damages*, in: Ashton (Hrsg.), *Competition Damages Actions in the EU – Law and Practice*, 2. Aufl. 2018, näher ausgeführt.

6 Vgl. Maier-Rigaud, *Journal of European Competition Law & Practice* 2014, 5(4), 247, 249 f. Dort wird auch ausgeführt, dass der Schaden bei einem Hersteller zum Kartell komplementärer Güter im Zweifelsfall einfach empirisch nachzuweisen und daher dessen Ausschluss aufgrund letztlich sachfremder Kriterien weder wünschenswert, noch in Einklang mit *restitutio ad integrum*, also dem Kompensationsziel der Richtlinie, ist. Auch wenn Hersteller von komplementären Produkten nicht die einzigen Geschädigten außerhalb der Wertschöpfungskette sein können, bleibt es erstaunlich, wie wenig sich die Literatur mit diesem Fall beschäftigt. Vgl. bspw. Schwalbe, *NZKart* 2017, 157.

7 Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei § 33 Abs. 3 GWB um eine zu enge Formulierung handelt oder ob lediglich eine zu enge Auslegung zu kritisieren wäre. Aus ökonomischer Sicht besteht jedenfalls kein Grund, nach Arten von Geschädigten zu „filtern“ und einigen a priori die Aktivlegitimation abzuspüren. Dies wird im Urteil des EuGH in Sachen *Otis* explizit bestätigt: „Ferner ist hervorzuheben, dass – wie auch die Generalanwältin in Nr. 78 ihrer Schlussanträge im Wesentlichen 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, Schadensersatz zu verlangen, ausgeschlossen.“, vgl. EuGH, Urte. v. 12.12.2019 (Fn. 1), Rn. 27.

mithin in solchen Fällen wesentlich einfacher erbracht werden als in bestimmten nach GWB inkludierten Konstellationen. Auch die (oft angeführte) Sorge um eine eventuelle (zunächst aber rein hypothetische) Überlastung der Gerichte durch eine Flut unbegründeter Forderungen ist kein Grund, ökonomisch arbiträre Maßstäbe zur Betroffenheit und Zurechnung oder gar Adäquanz anzulegen.<sup>8</sup> Vielmehr kann man mit gut austarierten Grundsätzen zu Beweismaß und Beweislast der Sache besser gerecht werden und gleichermaßen Klagewellen vermeiden sowie die Prozessökonomie fördern.

Es bleibt somit die Frage, wie oft der EuGH noch entscheiden müssen, bis sich die Europäische Kommission, die sich im Gegensatz zu ihrem Richtlinienvorschlag<sup>9</sup>, in dem das Thema letztlich unbehandelt blieb, sowohl in *Otis*<sup>10</sup> als auch in *Kone*<sup>11</sup> gegen eine Aktivlegitimation positioniert hat, auf die richtige Seite schlägt, damit der „effet utile“-Doktrin endlich zum Durchbruch verholfen wird und somit ein „more economic approach“ im Schadensersatzrecht Einzug halten kann.<sup>12</sup> In diesem Kontext ist neben den Betroffenheits-, Adäquanz- und Zurechnungskriterien, die in vielen deutschen Urteilen anklingen, vor allem auch das „Problem“ der Streuschäden zu nennen.<sup>13</sup> Wird mit grundsätzlichen Erwägungen zur Betroffenheit und Zurechnung eher versucht, die Aktivlegitimation mit der Konsequenz zu beschränken, dass Kartellanten nicht für den gesamten Schaden aufkommen müssen, sorgt man sich inkonsequenterweise bei den Streuschäden plötzlich darum, dass Kartellanten dadurch einer vollständigen Kompensation entgehen könnten.

Unter Streuschäden werden Schäden verstanden, für die keine Klage und daher auch keine Kompensation zu erwarten sind. Oft wird hier an einzelne Verbraucher gedacht, für die sich vor dem Hintergrund des Streitwerts eine Einzelklage nicht lohnt. Um aber Kartellanten nicht „davonkommen“ zu lassen, so die Idee, sollten diese Streuschäden dem Kläger der Vorstufe zugesprochen werden.<sup>14</sup> In anderen Worten, die Beklagten sollen, trotz Artikel 13 der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie<sup>15</sup>, der diese Möglichkeit zwingend vorsieht, in einer solchen Situation grundsätzlich keinen Weiterwälzungseinwand vorbringen können. Im Ergebnis soll Klägern auf der Stufe vor den von Streuschäden Betroffenen auch der

an sich weitergewälzte Schaden zugesprochen werden. Wird also das Risiko gesehen, dass auf der nachfolgenden Ebene indirekter Käufer keine Schadensersatzforderungen gestellt werden, so die Vorstellung, sollten Schäden, die auf dieser Stufe anfallen, nicht unberücksichtigt bleiben, sondern den ggf. direkten oder indirekten Klägern zusätzlich zugesprochen werden.

Dies steht nicht nur im Widerspruch zur Zielsetzung der Richtlinie, die allein auf *restitutio ad integrum* abzielt, sondern auch zu den Bemühungen, die Aktivlegitimation möglichst klein zu halten. Es ist ganz bewusst insbesondere auch vor dem Hintergrund des Rechtsvergleichs mit den USA davon abgesehen worden, ein Bestrafungselement in die Richtlinie aufzunehmen. Ebenfalls wurde eine reine Abschöpfung der Kartellgewinne zugunsten einer Kompensation verworfen. Es geht daher allein darum, sämtlichen Geschädigten eine Kompensationsmöglichkeit zu eröffnen. Dies bedeutet, dass alle Geschädigten („jedermann“) grundsätzlich in der Lage sein müssen, ihren Schaden einzuklagen und sofern ihnen der Nachweis konkret gelingt, für diesen Schaden auch kompensiert zu werden. Zielsetzung ist somit die *Möglichkeit* einer Kompensation, d. h. weder Unter- noch Überkompensation von *sämtlichen* Geschädigten.

Es ist sicherlich im Sinne der Richtlinie, möglichst vielen Geschädigten und insbesondere auch Verbrauchern zu einer Kompensation zu verhelfen. Im Mittelpunkt steht aber die Kompensation derjenigen, die tatsächlich legitime Schadensersatzforderungen vorbringen, und nicht die Frage, ob Kartellanten tatsächlich vollumfänglich den bei sämtlichen Betroffenen verursachten Schaden begleichen. Eine Kompensation aller Betroffenen ist aus vielfältigen Gründen oftmals nicht zu erwarten. Dies ist für die Beklagten von Vorteil. Allerdings impliziert dies keineswegs, dass diese mit den Kartellprofiteuren „davonkommen“. Zum einen werden in Kartellfällen Geldbußen verhängt, die zumindest grundsätzlich so gewählt sein sollten, dass sich das Kartell zumindest *ex post* nicht gelohnt hat. Da die Kartellprofiteure immer zwingend unter den durch die Kartellierung verursachten Schäden liegen, ist auch durchaus denkbar, dass selbst ohne jegliche Geldbuße und bei nur partiellen Klagen die Beklagten nicht vom Kartell profitieren.<sup>16</sup> Hält man es für wünschenswert, dass möglichst alle Geschädigten kompensiert werden, wäre es ratsam, sich Gedanken darüber zu machen, ob formelle Betroffenheits-, Adäquanz- und Zurechnungsargumente, die, wie *Otis* und *Kone* beweisen<sup>17</sup>, nach wie vor als Argument gegen eine umfassende Aktivlegitimation ins Feld geführt werden, nicht doch ein besserer Ansatzpunkt sind. In diesem Sinne ist die aktuelle Rechtsprechung in Deutschland oftmals inkonsequent. Einerseits werden Streuschäden zwar bedauert und es wird darüber philosophiert, ob man in diesem Kontext den Schaden einfach einem anderen direkt oder indirekt Geschädigten zusprechen sollte. Andererseits ist man aufgrund grundsätzlicher Erwägungen zur Betroffenheit, Zurechnung und Adäquanz jedoch bereit, ganzen Kategorien von Geschädigten, unabhängig von der Beweissituation, die Aktivlegitimation allein deshalb

8 Hier stehen wohlgerne nicht die Betroffenheits-, Adäquanz- oder Zurechnungsgrundsätze insgesamt in der Kritik, sondern lediglich deren unreflektierte Übertragung ins Wettbewerbsrecht. Es gibt im Übrigen auch aus ökonomischer Sicht durchaus sehr überzeugende Argumente für diese Grundsätze in anderen Rechtsbereichen, nicht zuletzt auch im etwas antiquiert daherkommenden Lehrbuchbeispiel des tödlichen Hirnschlags durch eine unbedeutende Ehrverletzung.

9 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union vom 11.06.2013, COM(2013) 404.

10 Vgl. GAin Kokott, Schlussanträge v. 29.07.2019 (Fn. 1).

11 EuGH, UrT. v. 05.06.2014 (Fn. 3).

12 Selbst wenn dies nicht der eigentliche Grund ist, spielt sicherlich die Sorge eine Rolle, dass Schadensersatzklagen das Kronzeugenprogramm der Europäischen Kommission negativ beeinflussen. Zur Frage der Leistungsfähigkeit des Kronzeugenprogramms der Europäischen Kommission siehe beispielsweise Friederiszick/Maier-Rigaud, *Journal of Competition Law and Economics* 2008, 4(1), 89.

13 Vgl. bspw. LG Stuttgart, UrT. v. 30.04.2018, 45 O 1/17, LG Dortmund, UrT. v. 27.06.2018, 8 O 13/17, OLG Düsseldorf, UrT. v. 02.07.2014, VI U (Kart) 22/13.

14 Vgl. bspw. LG Dortmund, UrT. v. 27.06.2018, 8 O 13/17.

15 Vgl. Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.

16 Lägen Kartellprofiteure über dem Schaden, würde es sich nicht um eine ökonomisch ineffiziente Praxis handeln.

17 *Kone* sowie *Otis* basieren auf der Hoffnung der Beklagten auf eine beschränkte Aktivlegitimation.

grundsätzlich zu entziehen, weil sie angeblich nicht hinreichend direkt betroffen sind.<sup>18</sup>

Letztlich ist aber festzuhalten, dass der Europäische Rat und das Europäische Parlament auf Vorschlag der Europäischen Kommission die Kompensation in den Vordergrund der Richtlinie gestellt haben. Daher wäre eine Zuweisung der Streuschäden an andere Geschädigte nicht nur willkürlich, sondern würde auch das Kompensationsziel der Richtlinie unterlaufen.<sup>19</sup> Dies gilt natürlich unmittelbar auch für die Position der Europäischen Kommission in *Kone* und *Otis*, die letztlich darauf abzielt, ganzen Klägerkategorien die Aktivlegitimation abzusprechen und ihnen damit die Kompensationsmöglichkeit zu verweigern. Bewirkt der Verdacht auf Streuschäden, dass die Kompensation für diese Schäden anderen Geschädigten zugesprochen werden, führt dies zur Überkompensation bestimmter Abnehmer. Dies wäre

18 Man denke hier beispielsweise an durch Preisschirmeffekte Geschädigte, denen nur aufgrund des Urteils in *Kone* die Aktivlegitimation nicht abgesprochen wird, sowie an Hersteller von zum Kartellprodukt komplementären Gütern. Weitere Beispiele finden sich in Maier-Rigaud, *Antitrust Bulletin* 2017, 62(2), 334.

19 Dass es der Europäischen Kommission vor allem darum ging, Geschädigten eine Kompensation zu ermöglichen hängt zum einen damit zusammen, dass man die Anreize für private Klagen im Auge hatte und sich hier einen weiteren Kanal zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts direkt vor nationalen Gerichten erhoffte. Dazu ist eine Kompensation sämtlicher Geschädigter nicht notwendig. Andererseits ging es der Kommission vor dem Hintergrund der nach wie vor nur sehr selten ausgeschöpften Bebußungsmöglichkeiten auch nicht darum, Kartellanten über die Geldbuße hinaus zu bestrafen.

im direkten Widerspruch zu Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie und der ursprünglichen Intention der Europäischen Kommission. Unabhängig davon, ob man dieser Interpretation folgt oder nicht, sind Bestrebungen, die Aktivlegitimation ganzer Klägerkategorien in Frage zu stellen, in diametralem Widerspruch zu der bei Streuschäden besonders hervorgehobenen Sorge, Kartellanten könnten um eine Kompensation herumkommen.

### Summary:

#### **Barking up the wrong tree: on dispersed victims, remoteness and standing in the context of damages claims**

The opinion of AG Kokott and the judgement in *Otis* reinforces the judgement in *Kone* and help ushering in a more economic approach also in damages cases. The article discusses how legalistic criteria such as remoteness and foreseeability are unsuited claims regulators. It further demonstrates the incoherence between efforts to curtail standing for presumably remote claimants with the often voiced concern of letting cartels „off the hook“ in case of scattered damage of dispersed victims.

### Redaktionelle Hinweise:

- EuGH, Urt. v. 12.12.2019, C-435/18, WuW 2020, 83 (in diesem Heft) mit Anm. von Heithecker/Hainz – Otis;
- vgl. den Beitrag „Zur Weiterwälzung von Preisaufschlägen“ von Maier-Rigaud/Heller/Hanspach, WuW 2019, 561 = WUW1312369.

»WUW1317893

Thilo Reimers / Sebastian Brack / Cordula Modest, Berlin

# Blockchain-Kooperationen im Bereich Supply Chain – Kartellrechtliche Rahmenbedingungen

**Dr. Thilo Reimers**, Leiter Kartellrecht – Compliance und Schadensprävention, Deutsche Bahn AG, Berlin.

**Sebastian Brack**, Senior Legal Counsel Kartellrecht, Deutsche Bahn AG, Berlin.

**Cordula Modest**, Legal Counsel Kartellrecht, Deutsche Bahn AG, Berlin.

Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

Der Beitrag ist online erschienen am 28.10.2019.

**Kontakt: autor@wuw-online.de**

Die fortschreitende Globalisierung, die zunehmenden regulatorischen Vorgaben und geänderte Verbraucherpräferenzen stellen Unternehmen und ihre Beschaffungsabteilungen vor neue Herausforderungen. Viele Unternehmen vereinbaren mittlerweile erweiterte Nachhaltigkeitsregelungen mit ihren Lieferanten. Für die Umsetzung prüfen einzelne Unternehmen bereits den Einsatz der Blockchain-Technologie. Vorteile werden in der erhöhten Transparenz und der Fähigkeit zur Automatisierung gesehen. Dies ermöglicht sowohl auf Hersteller-, als auch auf Lieferantenseite neuartige Ko-

operationsformen. Entsprechende Kooperationen können jedoch kartellrechtlichen Herausforderungen begegnen. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über den aktuellen Stand der Entwicklung und beschreibt mögliche Lösungen.

- I. Die Blockchain-Technologie und ihre Vorteile
- II. Kooperationsmodelle im Bereich Supply Chain
  1. Einleitung und Stand der Entwicklung
  2. Herstellerseite
  3. Lieferantenseite
  4. Hybrid- und neutrale Plattformmodelle
- III. Kartellrechtliche Rahmenbedingungen
  1. Einleitung und Gemeinsamkeiten
  2. Kooperationen unter Herstellern
  3. Kooperationen unter Lieferanten
  4. Hybrid- und neutrale Plattformmodelle
- IV. Fazit