



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation /Title of the Doctoral Thesis

„Das zivilrechtliche Schicksal von Kartell-Folgeverträgen
und marktmissbräuchlichen Verträgen im Lichte des
Unionsrechts“

verfasst von / submitted by

Mag.iur. Boris Bartho

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2024 / Vienna 2024

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Mag. Dr. Friedrich Rüffler

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	i
Literaturverzeichnis.....	viii
Abkürzungsverzeichnis	xiii
I. Einleitung.....	1
A. Problemaufriss.....	1
B. Terminologische Anmerkungen	2
C. Zielstellungen und methodischer Ansatz.....	4
II. Einschlägige Rechtsprechung des EuGH	6
A. Vorbemerkung.....	6
B. Rechtssache <i>BRT</i>	7
1. Ausgangsfall und Vorabentscheidungsfragen.....	7
2. Stellungnahmen zur Sache und <i>BRT I</i>	8
3. <i>BRT II</i>	10
4. Fazit.....	10
C. Rechtssache <i>Greenwich</i>	12
1. Das Ausgangsverfahren	12
2. Vorbringen des Generalanwalts und der Beteiligten	13
3. Urteil	15
4. Fazit.....	16
D. Rechtssache <i>Kerpen</i>	17
1. Das Ausgangsverfahren	17
2. Vorbringen der Beteiligten und Schlussanträge des Generalanwalts	18
3. Urteil	20
4. Stellungnahme zur bisherigen Rezeption.....	20
5. Bezugnahmen in späteren Entscheidungen und Schlussanträgen.....	22
6. Fazit.....	24

E. Rechtssache <i>Ahmed Saeed</i>	24
1. Sachverhalt und Vorabentscheidungsersuchen	25
2. Urteil in der Rechtssache <i>Asjes</i> und neue Rechtsakte	26
3. Urteil <i>Ahmed Saeed</i>	28
4. Fazit	30
F. Rechtssache <i>GT-Link</i>	32
1. Der Sachverhalt und das Ausgangsverfahren	32
2. Stellungnahmen der Parteien und Schlussanträge des Generalanwalts	33
a) Möglicher Marktmissbrauch und seine Rechtsfolgen (Frage 6)	33
b) Rückerstattungsanspruch (Frage 7)	35
3. Urteil	35
4. Fazit	36
G. Zwischenergebnis	38
III. Rechtsprechung zum kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch	40
A. Einleitung	40
B. Wichtigste Aussagen des EuGH zum kartellrechtlichen Schadenersatz	41
1. Aktiv- und Passivlegitimation	41
2. Umfang der Schadenersatzpflicht	42
C. Teleologische Begründung des Schadenersatzanspruchs	43
1. Analyse der Rsp und Stellungnahme	43
2. Bewertung im Hinblick auf vertragsrechtliche Rechtsfolgen	48
D. Unmittelbare Begründung des Schadenersatzanspruchs im Unionsrecht?	49
1. Zweideutige Judikatur des EuGH	49
2. Lösungsansätze der Generalanwälte und Zurückhaltung des EuGH	51
a) Rechtssache <i>Kone</i>	51
b) Rechtssache <i>Skanska</i>	53
c) Rechtssache <i>Otis II</i>	55

3. Fazit.....	57
4. Bewertung im Hinblick auf vertragsrechtliche Rechtsfolgen	59
E. Weiterer Gang der Untersuchung	59
IV. Missbräuchliche Verträge	61
A. Methodische Erläuterungen.....	61
B. Maßgeblichkeit der Rechtsprechung zu Art 101 Abs 2 AEUV?	63
C. § 879 ABGB und Kartellrechtsverletzungen.....	66
D. Ausbeutungsmissbrauch.....	68
1. Durchsetzbarkeit wettbewerbswidriger Vertragsbedingungen	68
2. Restgültigkeit wettbewerbskonformer Vertragsteile	71
a) Stellungnahmen in der Literatur.....	71
b) Recht des Vertragspartners auf Aufrechterhaltung des Vertrages	71
c) Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten	72
d) Betroffenheit der <i>essentialia negotii</i> von der Nichtigkeitsfolge	73
e) Entfall missbräuchlicher Nebenbestimmungen.....	74
aa) Effektive Durchsetzung des Missbrauchsverbots	74
bb) Lastenverteilung	76
f) Salvatorische Klauseln	76
g) Sonderbehandlung diskriminierender Nebenbestimmungen	77
3. Zeitlicher Wirkungsbereich der Nichtigkeit	77
4. Zusammenfassung unionsrechtlicher Vorgaben	78
5. Rechtslage in Österreich	79
a) Ausbeutungsmissbrauch im Lichte des § 879 Abs 1 ABGB	79
aa) Allgemeines	79
bb) Idealkonkurrenz mit vertragsrechtlichen Sonderbestimmungen des ABGB	81
b) Rechtsprechung zu ausbeuterischen Vertragsbestimmungen	83
E. Behinderungsmissbrauch durch aggressive Preispolitik.....	84

1. Durchsetzbarkeit wettbewerbswidriger Vertragsbedingungen	84
3. Schadenersatzanspruch des „enttäuschten“ Vertragspartners	88
4. Restgültigkeit wettbewerbskonformer Vertragsteile	90
5. Zeitlicher Wirkungsbereich der Nichtigkeit	92
6. Zusammenfassung unionsrechtlicher Vorgaben	93
7. Rechtslage in Österreich	94
F. Behinderungsmissbrauch durch wettbewerbswidrige Bindungen	97
1. Unterschiedliche Spielarten der Missbrauchsart	97
2. Durchsetzbarkeit wettbewerbswidriger Vertragsbedingungen	98
3. Restgültigkeit wettbewerbskonformer Vertragsteile	99
4. Schicksal der vom Marktbeherrscher im Gegenzug gewährten Begünstigungen	100
5. Zeitlicher Wirkungsbereich der Nichtigkeit	101
6. Vergleich mit den Rechtsfolgen des Art 101 Abs 2 AEUV	101
7. Marktmissbrauch durch Selbsteinschränkung des Marktbeherrschers	103
8. Zusammenfassung unionsrechtlicher Vorgaben	104
9. Rechtslage in Österreich	104
a) Allgemeines	104
b) Stellungnahmen in der Literatur	105
c) Judikatur	106
V. Kartell-Folgeverträge	107
A. Einleitung	107
B. Entscheidungen und Schlussanträge	107
1. Kommissionsentscheidung <i>Astra</i>	107
2. Rechtssache Trans Atlantic Agreement	108
3. Kommissionsentscheidung Trans-Atlantic Conference Agreement	109
4. Rechtssache <i>Bagnasco</i>	111
5. Rechtssache <i>GEMA</i>	112

6. Bewertung	114
C. Lehrmeinungen	115
D. Stellungnahme	118
E. Weitere Vorgehensweise	122
F. Fallgruppen von Kartell-Folgeverträgen.....	123
1. Folgeverträge horizontaler Kernbeschränkungen	123
a) Ausbeuterische Folgeverträge	123
b) Wettbewerbswidrige Bindung des Folgevertragspartners	124
c) Folgeverträge von Marktaufteilungskartellen	126
2. Folgeverträge vertikaler Kernbeschränkungen	128
3. Folgeverträge bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen	131
a) Allgemeines.....	131
b) Folgeverträge „kollusionsbegünstigender“ Vereinbarungen	132
c) Folgeverträge schädlicher Forschungs Kooperationen	133
aa) Allgemeines	133
bb) Schadenersatzanspruch.....	133
cc) Schlussfolgerungen für Folgeverträge	134
d) Den Kernbeschränkungen „ähnliche“ Vereinbarungen und ihre Folgeverträge.....	136
4. Folgeverträge weiteren Grades	138
G. Zusammenfassung unionsrechtlicher Vorgaben	140
H. Innerstaatliche Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben.....	141
1. Allgemeines	141
2. Rechtsprechung des OGH.....	142
3. Lehrmeinungen	145
4. Schlussfolgerungen	146
VI. Gemeinsame Fragestellungen	148
A. Anwendung des Äquivalenzprinzips	148

1. Problem und Lösungsvorschlag	148
2. Rechtsprechung zum Vergleichsmaßstab	149
3. Fazit.....	151
4. Würdigung der österreichischen Rechtslage	152
B. Verjährung	152
C. Passing-on defense	153
VII. Missbrauch der Vertretungsmacht und seine vertragsrechtlichen Rechtsfolgen	155
A. Problemschilderung.....	155
B. Judikatur zum Fehlgebrauch der Vertretungsmacht	156
C. Lehrmeinungen und Stellungnahme	160
1. Gesetzeswortlaut und historische Interpretation	160
a) Zivilrechtliche Vollmacht gem §§ 1002 ff ABGB.....	160
b) Unternehmens- und gesellschaftsrechtliche Vollmachten	162
2. Teleologische Interpretation	164
D. Besondere Konstellationen.....	168
1. Evidenz des Vollmachtsmissbrauchs	168
2. Verschulden des Stellvertreters und Schädigung des Geschäftsherrn	170
3. Verbotene Vermögensauskehr	172
E. Zusammenfassung der österreichischen Rechtslage	174
F. Unionsrechtskonformität der österreichischen Rechtslage	175
G. Schlussfolgerungen im Hinblick auf das Forschungsthema.....	179
1. Mögliche Modifizierung des Vertragsschicksals.....	179
2. Unionsrechtliche Vorgaben	180
3. Bewertung im Lichte der österreichischen Rechtslage	182
VIII. Zivilrechtliche Alternativen zur Nichtigkeitsfolge?	184
A. Problemstellung.....	184
B. Vertragsanfechtung und Vertragsanpassung gemäß §§ 870 f ABGB	184

1. Kartell-Folgeverträge	184
2. Missbräuchliche Verträge	186
C. Schadenersatzanspruch	186
IX. Zusammenfassung wesentlicher Forschungsergebnisse	188
Anhang: Abstrakt	193
Appendix: Abstract	195

Literaturverzeichnis

Amphoux, Chroniques. Cour de Justice des Communautés européennes, CahDrEur 1985, 49

Auer, Missbrauch der Vertretungsmacht im Handels- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2000, 138

Baumgartner, Die Abstraktheit der Vollmacht iS des § 1017 S 3 ABGB als Grundlage für den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht im Privatrecht, JBl 2018, 681

Bornkamm et al (Hrsg), Münchener Kommentar – Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht I³ (2020)

F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre¹ (2005)

P. Bydlinski, Der sogenannte Mißbrauch unbeschränkter Vertretungsmacht, in FS F. Bydlinski (2002) 19

P. Bydlinski, Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil⁹ (2021)

P. Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁷ (2023)

Canaris, Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte, in FS Fischer (1979) 31

Craig/de Búrca, EU Law. Text, Cases, and Materials⁷ (2020)

Defalque, Competence préjudicielle de la Cour de justice en matière d'ententes et de position dominante, CahDrEur 1975, 68

Dullinger, Bürgerliches Recht II. Schuldrecht Allgemeiner Teil⁷ (2021)

Eilmansberger, Welcher Preis ist angemessen? ÖBl 2008, 14

Eilmansberger, Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen I und II, JBl 2009, 337 und 427

Forrester, Complement or Overlap? Jurisdiction of National and Community Bodies in Competition Matters after SABAM, CML Rev 1979, 171.

Frenz, Handbuch Europarecht II². Europäisches Kartellrecht (2015)

Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht (1972)

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021)

Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union I EUV/AEUV 74. EL (September 2021)

Graf, Zivilrechtliches zum Aufzugskartell – Folgeverträge sind nichtig! *ecolex*, 2010, 646

Gruber/Harrer (Hrsg), *GmbHG*² (2014)

Habersack/Verse, *Europäisches Gesellschaftsrecht*⁵ (2019)

Harrer, *Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens* (2010)

Hofmann, *Missbrauch von Formalvollmachten* (2008)

Holoubek/Lienbacher (Hrsg), *GRC-Kommentar*² (2019)

Holzweber, *EuGH Skanska Industrial Solutions: Ende des Trennungsprinzips?* *RdW* 2019, 438

Holzweber/Madari, *Zur Höhe des Kartellschadens beim Passing-on*, *Rdw* 2019, 666

Holzinger, *Marktmissbrauch und Nichtigkeit* (2012)

Immenga/Mestmäcker (Hrsg), *Wettbewerbsrecht I*⁶ (2019) u *II*⁶ (2020)

Innerhofer/Hinterdorfer, *Jedermann ist Jedermann – Aktivlegitimation bei Schadenersatz (Otis ua C-435/18)*, *ÖZK* 2020, 20.

T. Jaeger, *Materielles Europarecht*² (2020)

T. Jaeger/Stöger, *Kommentar zu EUV und AEUV (Stand 2021)*

W. Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder (Hrsg), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Stand 2021, Lfg 99)*

Jaksch-Ratajczak, *Vertragsaufhebung durch Naturalrestitution*, *ÖJZ* 2000, 798

Jones/Sufrin, *EU Competition Law*⁷ (2019)

Kahle, *Die Leistungskondiktion als Alternative zum Kartellschadenersatzanspruch* (2013)

Kalss, *Vollmachtsmissbrauch bei der organschaftlichen Vollmacht – Handlungspflichten für die Organe*, *GesRZ* 2020, 158

Kalss/Klampfl, *Europäisches Gesellschaftsrecht* (2015)

Klamert, *EU-Recht*³ (2021)

Kletečka/Schauer (Hrsg), *ABGB-ON (Stand 2023)*

Kodek, *Kartellschadenersatz und allgemeines Schadenersatzrecht in Gugler/F. Schuhmacher (Hrsg), Schadenersatz bei Kartellverstößen* (2015) 15

Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ (1997)

Koppensteiner/Rüffler, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter I und II GesRZ 1999, 86 und 144

Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ (2007)

Krejci, Unternehmensrecht⁵ (2013)

Langen/Bunte (Hrsg), Kartellrecht – Kommentar¹³ (2018)

Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar⁶ (2012)

Leupold/Ramherter, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht? GesRZ 2009, 253

Leupold/Ramharter, Die Verletzung der Pflicht zur Warnung vor mangelnder Kreditwürdigkeit nach dem Verbraucherkreditgesetz. Europarechtliche Grundlagen und zivilrechtliche Konsequenzen, ÖBA 2011, 469

Loewenheim/Meessen/Riesenkapff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht⁴ (2020)

Lukas, Von geheimen und offenen Vollmachten. Ein Beitrag zur systemkonformen Einordnung des sogenannten Vertretungsmissbrauchs, in FS H. Torggler (2013) 815

Lutter/Bayer/J. Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht⁶ (2017)

Mayer, Vertragsanfechtung durch Kartellgeschädigte, WuW 2010, 29

Morse, Extra-territorial application of Article 86 EEC, ELR 1980, 64

Müller-Graff (Hrsg), Enzyklopädie Europarecht IV² (2021)

Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ (2022)

Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020)

Paul, Gesetzesverstoß und Vertrag im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht (2009)

Perner, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013)

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ (2022)

Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz² (2016)

Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017)

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht: in systematischer Darstellung I² (1997)

Reidlinger, Konzernhaftung bei Schadenersatz für Kartellrechtsverstöße? GesRZ 2019, 97

Reidlinger, Das autonome EU-Kartellschadenersatzrecht des EuGH, in FS Wiedemann (2020) 643

Rüffler, Verbraucherschutz durch Lauterkeitsrecht in *Aicher/Holoubek* (Hrsg), Der Schutz von Verbraucherinteressen (2000) 193

Rüffler, Schadenersatzpflicht der Vorstandsmitglieder einer Bankaktiengesellschaft bei Unterschreitung der Eigenmittelerfordernisse, GES 2012, 375

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2000 – 2003)

Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2014 – 2021)

Schamberger, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kreditvergabeverbot nach § 9 Abs 5 HIKrG, ÖBA 2016, 638

Schiemer/Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz³ (1993)

F. Schuhmacher, Rechtsfolgen von Kartellverstößen – Die Richtlinie über Schadenersatzklagen bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht in *WiR*, Wettbewerb und Recht (2015) 173

F. Schuhmacher, Europarecht II⁷ (2018)

W. Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung (1983)

Schwietert, Der effet utile und das Kartellzivilrecht: Die Vorgaben des Unionsrechts bei der Ausgestaltung der Zivilrechtsfolgen des Art. 101 AEUV (2018)

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB⁴ (2012- 2016)

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB⁵ (2018- 2022)

Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), WK zum UGB⁴ (2020)

Stoll, Schädigung durch Vertragsschluß, in FS Deutsch (1999) 361

Streinz, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bzw Unionsrechts durch den EuGH in *Griller/Rill* (Hrsg), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung 223

Told, Schadenersatz nach § 37a KartG im Verhältnis zu bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüchen aufgrund Nichtigkeit von Kartellfolgeverträgen, JBl 2014, 14

U. Torggler, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013)

Von der Groeben/Schwarze (Hrsg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft II⁶ (2003)

Von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht II⁷ (2015)

Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018)

Weyer, Gemeinschaftsrechtliches Verbot und nationale Zivilrechtsfolgen, ZEuP 1999, 424

Wiebe/Kodek (Hrsg), UWG² (2021)

Wiedemann (Hrsg), Handbuch des Kartellrechts³ (2016)

Wilhelm, Der Vollmachtsmißbrauch in Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 449

Wollmann, Zur Nichtigkeit von Folgeverträgen – eine Replik, ecolex 2010, 688

Zehentmayer, Missbrauch der organschaftlichen Vertretungsmacht (2016)

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie III/2 (1813)

Zelger, Jüngste Entwicklungen im EU-Kartellschadenersatzprozessrecht – Teil I, ÖZK 2023, 127

Zib/Dellinger, UGB (2016)

Zöchling-Jud, Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers, ecolex 2010, 525

Abkürzungsverzeichnis

aA – anderer Ansicht

ABGB – Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch

ABl - Amtsblatt

Abs – Absatz

ADHGB – Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch

AEUV – Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

AktG - Aktiengesetz

AntiterrorG - Antiterrorgesetz

arg – argumentum

Art – Artikel

BGH – (deutscher) Bundesgerichtshof

BRT – Belgische Radio-Televisie

bspw - beispielsweise

bzw – beziehungsweise

C – Communications et informations (Mitteilungen und Bekanntmachungen)

CahDrEur – Cahiers de droit européen

CML Rev – Common Market Law Review

D – Deutschland

DSB – Danske Statsbaner (Dänische Staatsbahnen)

dt – deutsch

dZPO- deutsche Zivilprozessordnung

ECLI – European Case Law Identifier (Europäischer Rechtsprechungs-Identifikator)

EG – Europäische Gemeinschaft

EGV – Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft

EK – Europäische Kommission

EL – Ergänzungslieferung

ELR – European Law Review

EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention

engl – englisch

et al – et alia (und andere)

EU – Europäische Union

EuG – Europäisches Gericht (historisch: Europäisches Gericht erster Instanz)
 EuGesR- Europäisches Gesellschaftsrecht
 EuGH – Europäischer Gerichtshof
 EUK – Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
 EUV – Vertrag über die Europäische Union
 eV (e. V.) – eingetragener Verein
 EWG – Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
 EWGV – Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
 f – (und) folgende
 ff – (und) fortfolgende
 FK – Frankfurter Kommentar (Hrsg W. Jaeger ua)
 FS – Festschrift
 franz – französisch
 GA – Generalanwalt
 gem – gemäß
 GEMA – Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
 GES – Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
 GesRZ – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
 ggf – gegebenenfalls
 GmbH – Gesellschaft mit beschränkter Haftung
 GmbHG – Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
 GRC - Grundrechtecharta
 GVO – Gruppenfreistellungsverordnung
 HIKrG – Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz
 hL – herrschende Lehre
 Hrsg – Herausgeber, herausgegeben
 hRsp – herrschende Rechtsprechung
 iA – im Allgemeinen
 iaR – in aller Regel
 idZ – in diesem Zusammenhang
 igZ – im gegebenen Zusammenhang
 ieS – im engeren Sinne

insb – insbesondere
 iSd – im Sinne des, im Sinne der
 iVm – in Verbindung mit
 JBl – Juristische Blätter
 KartG – Kartellgesetz
 KBB – *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (nunmehr hrsg von: *P. Bydlinski/Perner/Spitzer*)
 KG - Kartellgericht
 KMU – kleines oder mittleres Unternehmen
 KOG – Kartellobergericht
 KomE – Entscheidung der Kommission
 KSchG – Konsumentenschutzgesetz
 L – Législation (Rechtsetzung)
 leg cit – legis citatae (der zitierten Rechtsvorschrift)
 lex cit – lex citata (die zitierte Rechtsvorschrift)
 Lit - Literatur
 Lfg – Lieferung
 LL – Leitlinien
 LMRKM – *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*
 MüKo – Münchener Kommentar (Hrsg *Bornkamm*)
 mE – meines Erachtens
 mwN – mit weiteren Nachweisen
 Nr – Nummer
 Nw – Nachweis
 Ö – Österreich
 ÖBA – Österreichisches Bankarchiv
 ÖBl – Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
 OGH – Oberster Gerichtshof
 ÖJZ – Österreichische Juristen-Zeitung
 OLG - Oberlandesgericht
 österr - österreichisch
 ÖZK – Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht
 Pkt – Punkt
 RdW – (Österreichisches) Recht der Wirtschaft

RL – Richtlinie
Rn – Randnummer
Rs – Rechtssache
Rsp – Rechtsprechung
Rz – Randziffer
SA – Schlussanträge
SABAM – Société d'Auteurs Belge – Belgische Auteurs Maatschappij (Belgischer Autorenverband)
SACEM - Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (französischer Schriftsteller-, Komponisten- und Verlegerverband)
Slg – Sammlung
StGG – Staatsgrundgesetz (über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger)
StPO – Strafprozessordnung
stRsp – ständige Rechtsprechung
TAA – Trans Atlantic Agreement
TACA – Trans-Atlantic Conference Agreement
tlw – teilweise
ua – und andere, unter anderem
UGB – Unternehmensgesetzbuch
uU – unter Umständen
UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v – von, vom
VAG – Volkswagen-Audi-Gemeinschaft
VersVG – Versicherungsvertragsgesetz
VfGH – Verfassungsgerichtshof
vgl - vergleiche
VO – EU-Verordnung
WaffG – Waffengesetz
WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht
WK – Wiener Kommentar
WucherG - Wuchergesetz
WuW – Wirtschaft und Wettbewerb
zB – zum Beispiel

ZEuP – Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZPO - Zivilprozessordnung

zT – zum Teil

zust - zustimmend

I. Einleitung

A. Problemaufriss

Zivilrechtliche Rechtsfolgen von Wettbewerbsverstößen werden auf der unionsrechtlichen Ebene insb durch Art 101 Abs 2 AEUV sowie durch die Kartellschadenersatz-RL 2014/104/EU¹ geregelt. Freilich erging die genannte RL in Folge der gefestigten Rsp des EuGH, der seinerseits den kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch direkt aus dem Primärrecht abgeleitet hatte.² Eine ausdrückliche Regelung des zivilrechtlichen Schicksals von Kartell-Folgeverträgen (Art 101 AEUV) und missbräuchlichen Verträgen (Art 102 AEUV) kann weder Art 101 f AEUV noch dem Sekundärrecht entnommen werden. Den genannten Verträgen ist gemeinsam, dass einer der Vertragsteile der Wettbewerbsrechtsverletzer ist, währenddessen sich der andere am Wettbewerbsverstoß nicht beteiligt. Gleichzeitig führen diese Verträge typischerweise zur Perpetuierung des wettbewerbswidrigen Zustandes in der wirtschaftlichen Realität des Binnenmarkts.

Daher stellt sich die Frage, ob für die genannten Vertragsgruppen aus dem Primärrecht ungeschriebene Zivilrechtsfolgen in ähnlicher Weise abgeleitet werden können, wie es für den Schadenersatzanspruch geschah. Diskussionsgrundlage zu dieser Frage bilden einige wichtige Judikate des EuGH, die allesamt etwas älter sind und in ihrer Gesamtschau nicht so eindeutig wie die schadenersatzrechtliche Judikatur ausfallen.³ Es ist daher wenig verwunderlich, dass der Schadenersatzanspruch bislang sowohl im Mittelpunkt der Rechtspraxis des *private enforcement* stand als auch den Gegenstand der allermeisten privatrechtlichen Abhandlungen zum Wettbewerbsrecht darstellte.

¹ RL 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 L 2014/349, 1.

² EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465; EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461; EuGH C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389; EuGH C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366; EuGH C-199/11, *Otis I*, ECLI:EU:C:2012:684.; EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317.

³ EuGH 127/73, *BRT II*, ECLI:EU:C:1974:25; EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245; EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374; EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140; EuGH C-242/95, *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376.

Allerdings könnte die Vertragsnichtigkeit dem kartell- oder missbrauchsbedingt benachteiligten Vertragspartner auch dann zur Durchsetzung seiner Interessen verhelfen, wenn der Schadenersatzanspruch nicht greift. Als mögliche Beispiele für derartige Konstellationen wurden bereits Verjährung⁴, Einwand der Schadensabwälzung⁵ oder auch das Interesse des Vertragspartners am Ausstieg aus dem Vertragsverhältnis unabhängig vom Nachweis einer Preisüberhöhung⁶ ins Spiel gebracht.

Ganz allgemein kann gesagt werden, dass das Hinzutreten einer weiteren Anspruchsgrundlage die Position des Klägers stärkt, sodass die Vertragsnichtigkeit und die mit ihr verbundenen Rückabwicklungsansprüche die Position des Kartellanten bzw. des Marktbeherrschers im Zivilprozess zusätzlich erschweren würden. Ob dies angemessen ist, muss freilich unter Beachtung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts, einschließlich des Rechtsstaatlichkeitsgebots, aber auch des *effet utile* bewertet werden.

Zweifelsfrei kommt jeder unionsrechtlicher Regelung mit zivilrechtlichem Inhalt die Rolle eines wichtigen Mosaiksteins im Gesamtbild des *Europäischen Privatrechts* zu. Die vorliegende Arbeit versteht sich daher nicht nur als Beitrag zur wissenschaftlichen Ergründung des *private enforcement*, sondern zugleich als ein weiterer Impuls zur Stärkung von zivilrechtlichen Stimmen im europarechtlichen Diskurs.

B. Terminologische Anmerkungen

1. Der Begriff *Kartell* ist in unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften nicht definiert. Im wettbewerbsrechtlichen Sprachgebrauch werden darunter entweder nur Kernbeschränkungen oder aber alle verbotenen Kooperationsformen iSd Art 101 Abs 1 AEUV verstanden. Der vorliegenden Arbeit wird der letztere (weite) Kartellbegriff zu Grunde gelegt. In Übereinstimmung mit der gängigen Ausdrucksweise der Kommission⁷ werden weiters sämtliche

⁴ Holzinger, Marktmissbrauch 189.

⁵ Eilmansberger, JBl 2009, 427 (432).

⁶ Kahle, Leistungskondiktion 15 f.

⁷ Vgl etwa Art 1 Abs 1 lit a) Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (GVO 316/2014, ABl L 2014/93, 17); Art 1 Abs 1 Z 2 Verordnung (EU) 2023/1066 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrages über

verbotene Kooperationsformen iSd leg cit (einschließlich der Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und der abgestimmten Verhaltensweisen) als *Vereinbarungen* bezeichnet. Soweit im Folgenden eine Unterscheidung zwischen den Kernbeschränkungen und sonstigen Kartellen oder aber zwischen einzelnen Kooperationsformen untereinander geboten erscheint, wird darauf ausdrücklich eingegangen.

2. Unter *Kartell-Folgeberträgen* werden hier entsprechend der gebräuchlichen Ausdrucksweise⁸ die von einem Kartellanten mit seinen (am Kartell nicht beteiligten) Geschäftspartnern abgeschlossenen Verträge verstanden, die in den Anwendungsbereich der Kartellvereinbarung fallen und diese gleichsam umsetzen. Sie werden von den *Ausführungsverträgen* unterschieden, wodurch die Kartellanten untereinander eine Absprache zur Durchführung des Kartells treffen.

3. Im Gleichklang mit der unionsrechtlichen Terminologie werden die Adressaten der Art 101 f AEUV in dieser Arbeit als *Unternehmen* bezeichnet. Damit wird von der Begrifflichkeit der §§ 1 ff KartG abgewichen, die stattdessen den Termin „Unternehmer“ gebrauchen.

4. Die Begriffe *Kartellrecht* und *Wettbewerbsrecht* werden im Folgenden nebeneinander verwendet. Der erstere wird zunehmend auch in europarechtlicher Lit gebraucht und bezeichnet die Summe aller Rechtsvorschriften, die das Kartellverbot, den Missbrauch marktbeherrschender Stellung oder die Fusionskontrolle zum Gegenstand haben.⁹ Der letztere ist seit langem im Unionsrecht gebräuchlich und schließt zusätzlich zum vorgennannten Begriff auch das Beihilfenrecht ein, was insb in der Überschrift des ersten Kapitels vom Titel VII AEUV zum Ausdruck kommt.

5. Zumal sich die vorliegende Arbeit als eine europarechtliche Abhandlung versteht, ist hier der Begriff der *Nichtigkeit* nicht unbedingt mit jenem des österreichischen Zivilrechts ident. Zunächst wird aber vorausgesetzt, dass allfälligen unionsrechtlichen Nichtigkeitsvorgaben am ehesten durch Anwendung der innerstaatlich verankerten Nichtigkeitsfolge entsprochen werden kann. Abschließend soll zusätzlich geprüft werden, ob andere zivilrechtliche Instrumente (wie bspw das Anfechtungsrecht) zur Umsetzung der ermittelten Vorgaben dienen können.

die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (GVO 2023/1066, ABI L 2023/143, 9).

⁸ Vgl statt aller Eilmansberger, JBl 2009, 427 (431); Säcker in MüKo³ Art 101 AEUV Rz 889 f.

⁹ Vgl etwa T. Jaeger, Europarecht² 277.

C. Zielstellungen und methodischer Ansatz

Die vorliegende Arbeit verfolgt die Zielsetzung, *die unionsrechtlichen Regeln* zum *zivilrechtlichen* Schicksal von Kartell-Folgeverträgen und missbräuchlichen Verträgen zu ermitteln. Öffentlich-rechtliche und zivilverfahrensrechtliche Aspekte sollen daher nur ausnahmsweise erläutert werden, insbesondere wenn den jeweils einschlägigen Bestimmungen oder Judikaten Prinzipien entnommen werden können, die für die Lösung einer zivilrechtlichen Frage fruchtbar gemacht werden können. Weiters müssen auch genuin gesellschaftsrechtliche Themen, die die zivilrechtliche Ausrichtung der Abhandlung sprengen würden, außer Betracht bleiben. Aus diesem Grund wird die Wirksamkeit von Verträgen, die den Marktstrukturmissbrauch iS¹⁰ verwirklichen, in dieser Arbeit nicht untersucht. Freilich wird auf spezifisch gesellschaftsrechtliche Bestimmungen insofern eingegangen, als es der jeweilige Zusammenhang erforderlich macht.

Im Zuge der Erläuterung einzelner unionsrechtlicher Regeln soll jeweils auch die Frage geklärt werden, ob es sich hiebei um unmittelbar anwendbares Unionsrecht handelt oder vielmehr um Vorgaben, die einer mitgliedstaatlichen Umsetzung bedürfen. Einschlägige Bestimmungen der österreichischen Rechtsordnung werden insoweit zu behandeln sein, als dies zur Beurteilung der Unionsrechtskonformität der innerstaatlichen Rechtslage notwendig ist. Dabei soll stets auch die Auslegung der relevanten Rechtsvorschriften durch Rsp und Lehre vorgestellt werden. Es wird insb zu klären sein, inwiefern die unionsrechtlichen Vorschriften ein Abweichen von der (vorherrschenden) Anwendungspraxis oder ein Tätigwerden des Gesetzgebers gebieten.

Den Ausgangspunkt der Untersuchung werden die bisherigen Urteile des EuGH darstellen, die aus den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des Primärrechts Schlussfolgerungen für die hier behandelte Forschungsfrage ziehen. Die Judikate werden einer gründlichen Analyse zugeführt, wobei auch auf ihren Zusammenhang mit den Schlussanträge der GA und auf ihre Rezeption in der Lehre eingegangen wird. Schon aus Gründen der Überblickbarkeit muss die Auswahl der diskutierten Lehremeinungen grundsätzlich auf die deutschsprachige Lit beschränkt werden. Nur wenn es aus besonderen Gründen angebracht erscheint, werden auch Literaturstimmen aus anderen Sprachgebieten berücksichtigt.

¹⁰ Vgl Fuchs in Immenga/Mestmäcker⁶ Art 102 AEUV Rz 393 ff.

Die Prinzipien, die auf Grundlage der Rsp des EuGH herausgearbeitet werden, sollen anschließend zur Ableitung unionsrechtlicher Regeln auch für jene Konstellationen fruchtbar gemacht werden, die bislang nicht Gegenstand eines EuGH-Judikats waren. Hierbei wird auch auf Ähnlichkeiten der beiden angesprochenen Vertragsgruppen eingegangen und die Frage nach der Angemessenheit einheitlicher Rechtsfolgen untersucht.

Abschließend soll zusätzlich untersucht werden, ob die Rechtsfigur des Missbrauchs der Vertretungsmacht eine Modifizierung der ermittelten Rechtsfolgen erforderlich macht. Insofern wird diese Arbeit auch einen Beitrag zur Erforschung dieser Rechtsfigur im Lichte neuester höchstgerichtlicher Rsp darstellen.

II. Einschlägige Rechtsprechung des EuGH

A. Vorbemerkung

Im folgenden Kapitel soll die maßgebliche Rsp des EuGH dargestellt und analysiert werden. Diese bildet auch den hauptsächlichen Referenzpunkt für die Beschreibung einschlägiger unionsrechtlicher Vorgaben in der Lit. Allerdings ist die Rezeption der betreffenden Judikate nicht durchgehend einhellig. So werden die relevanten Aussagen des Gerichtshofes mitunter in unterschiedliche Richtungen gedeutet.¹¹ Überdies beschränkt sich die Wiedergabe der EuGH-Rsp zur Frage nach der Gültigkeit von Folgeverträgen weitgehend auf ein einziges Judikat,¹² dessen Interpretation daher besonders sorgfältig geprüft werden muss.

Zwecks übersichtlicher Einführung in den aktuellen Diskussionsstand erscheint es zweckmäßig, bei der Erörterung jedes der relevanten Urteile zunächst seine bisherige Rezeption durch die Lit darzustellen. Anschließend sollen die betreffende Rechtssache samt Äußerungen der Parteien und des GA sowie das EuGH-Urteil prägnant wiedergegeben und erörtert werden. Da die einzelnen Judikate aufeinander aufbauen, wird ihre Behandlung der chronologischen Abfolge entsprechen. Auf Grund der inhaltlichen Nähe der beiden Problemfelder sowie der thematischen Überschneidungen in den relevanten Urteilen erscheint es weiters sinnvoll, die Urteile zum zivilrechtlichen Schicksal von Kartell-Folgeverträgen und von missbräuchlichen Verträgen in einem gemeinsamen Abschnitt ohne weitere thematische Unterteilung abzuhandeln.

Dabei soll stets nur auf *Urteile des EuGH* eingegangen werden, die die aufgestellte Forschungsfrage *direkt angesprochen* haben (oder nach verbreiteter Auffassung angesprochen haben sollen). Inwiefern Urteile, die sich auf andere zivilrechtliche Rechtsfolgen von Kartellrechtsverletzungen beziehen, oder die Entscheidungen anderer Unionsorgane zur Lösung der Forschungsfrage beitragen können, soll in nachfolgenden Kapiteln im jeweiligen Zusammenhang erläutert werden.

¹¹ Vgl unten II.B und II.E.

¹² Vgl unten II.D.

B. Rechtssache *BRT*

Die Entscheidung *BRT I*¹³ wird mehrmals in späteren Urteilen des EuGH zitiert, und zwar nicht nur im Zusammenhang mit dem Thema Vertragsnichtigkeit, sondern gleichsam als Grundbaustein des kartellrechtlichen *private enforcement* überhaupt.¹⁴ *BRT II*¹⁵ wird demgegenüber mehrfach in der Lit wiedergegeben und mit dem Problem des zivilrechtlichen Schicksals missbräuchlicher Verträge in Verbindung gebracht, wobei das Urteil unterschiedlich gedeutet wird: Teilweise wird es ohne weitere Ausführungen als Beleg für die Zuordnung der einschlägigen Regelungskompetenz an die Mitgliedstaaten angeführt.¹⁶ Andere Autoren gehen ebenfalls von einer derartigen Kompetenzzuweisung aus, vertreten aber zusätzlich die Meinung, dass die Entscheidung gleichzeitig unionsrechtliche Vorgaben zu der genannten Regelungsfrage aufstelle oder zumindest nicht ausschließe.¹⁷ Eine andere Literaturstimme will aus diesem Urteil offenbar nur die Zuständigkeit innerstaatlicher Gerichte für die Entscheidung diesbezüglicher Rechtsstreitigkeiten ableiten.¹⁸

1. Ausgangsfall und Vorabentscheidungsfragen

Der Komponist *Davis* und der Textdichter *Rozenstraten* wurden 1963 bzw 1967 Mitglieder des belgischen Schriftsteller-, Komponisten- und Verlegerverbandes (*SABAM*) und übertrugen damit der *SABAM* alle ihnen gegenwärtig oder künftig zustehenden Urheberrechte. Eine derart weitgehende Rechtsübertragung war im Mustervertrag der *SABAM* vorgesehen, dem die beiden Künstler zustimmten. Nach den Vertragsbestimmungen war die *SABAM* überdies befugt, die übertragenen Rechte noch nach dem Austritt des Mitglieds fünf Jahre lang zu behalten und auszuüben. Im Jahre 1969 schlossen *Davis* und *Rozenstraten* einen Vertrag mit der *Belgische Radio-Televisie (BRT)* ab, welcher für die Dauer von zwei Jahren die ausschließliche Überlassung ihrer Rechte am Text bzw an der Musik eines auf Bestellung der *BRT* komponierten Liedes an die *BRT* festlegte. Im Ausgangsverfahren ging es um eine Klage der *BRT* gegen die

¹³ EuGH 127/73, *BRT I*, ECLI:EU:C:1974:6.

¹⁴ Vgl etwa EuGH C-234/89, *Delimitis*, ECLI:EU:C:1991:91, Rn 45; EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 23; EuGH C-295/04 bis 298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C: 2006:461, Rn 39.

¹⁵ EuGH 127/73, *BRT II*, ECLI:EU:C:1974:25.

¹⁶ *De Bronett* in *Wiedemann*³ § 22 Rz 4 FN 18.

¹⁷ *Eilmansberger*, JBl 2009, 337 (345); *Frenz*, Handbuch² Rz 2361 FN 1085; *Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker*⁶ Art 102 AEUV Rz 425 ff FN 1854; *Weyer*, ZEuP 1999, 424 (435).

¹⁸ *Holzinger*, Marktmissbrauch 30 FN 142.

SABAM, mit der die Unwirksamkeit der von *SABAM* mit *Davis* und *Rozenstraten* geschlossenen Verträge geltend gemacht wurde.¹⁹

Die belgische *Rechtbank van eerste Brüssel* hielt im Zuge der Prüfung der Vertragswirksamkeit die Prüfung für notwendig, ob die Forderungen der *SABAM* etwa deswegen auf einem unerlaubten Rechtsgrund beruhten, weil sie die Urheber in unzulässiger Weise an die *SABAM* gebunden wurden, sodass ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung verwirklicht wäre. Sie leitete daher ein Vorabentscheidungsverfahren ein und legte dem EuGH vier Fragen vor.

Die ersten beiden Fragen haben eine Abgrenzung des Missbrauchstatbestandes in Bezug auf die Situation der Streitparteien zum Gegenstand. Die anderen zwei Fragen beziehen sich auf die eventuelle Befreiung eines Unternehmens wie *SABAM* von den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EWGV auf Grund der Betrauung mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ iSd Art 90 Abs 2 EWGV (nunmehr Art 106 Abs 2 AEUV).²⁰

Auffallend ist, dass die Fragen des vorlegenden Gerichts in keiner Weise auf die Klärung zivilrechtlicher Folgen des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung abzielen. Das liegt den Schluss nahe, dass die *Rechtbank* entweder ohne Weiteres die Nichtigkeit marktmissbräuchlicher Verträge annahm oder die betreffende Rechtsfrage ausschließlich nach innerstaatlichem Recht beantworten wollte.

2. Stellungnahmen zur Sache und *BRT I*

Die Beteiligten beziehen sich in ihren Stellungnahmen, soweit diese nicht prozessrechtlicher Natur sind, nur auf die Vorlagefragen. Die Frage, wie sich eine Verletzung des Missbrauchsverbots auf den Vertrag überhaupt auswirken würde, wird nicht thematisiert.²¹

Der GA *Mayras* vertritt in seinen Schlussanträgen vom 12. 12. 1973 die Meinung, der Gerichtshof solle eine Beantwortung der vorgelegten Fragen verweigern: Da die Kommission

¹⁹ EuGH 127/73, *BRT I*, ECLI:EU:C:1974:6, Slg 1974, 51 (53 f).

²⁰ EuGH 127/73, *BRT I*, ECLI:EU:C:1974:6, Slg 1974, 51 (54).

²¹ EuGH 127/73, *BRT I*, ECLI:EU:C:1974:6, Slg 1974, 51 (55 ff).

bereits vor der Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens durch das vorlegende Gericht Untersuchungen in der Angelegenheit begonnen habe, hätte es bis zum Erlass einer Entscheidung der Kommission gem Art 9 Abs 3 VO 17/62²² sein Verfahren nicht fortsetzen dürfen. Somit sei auch das Vorabentscheidungsersuchen unter Verletzung der *leg cit* gestellt worden und der EuGH dürfe beim gegebenen Verfahrensstand keine Entscheidung zu den vorgelegten Fragen erlassen.²³

Entgegen dem Vorschlag des GA erachtet sich der EuGH im Urteil vom 30. 1. 1974²⁴ verpflichtet, die Fragen der *Rechtbank* zu beantworten. Die Bestimmung des Art 9 Abs 3 VO 17/62 beziehe sich nur auf die Zuständigkeit von Kartellbehörden (einschließlich Kartellgerichte) gemäß Art 88 EWGV (nunmehr Art 104 AEUV) zum hoheitlichen Vollzug des europäischen Kartellrechts. Hingegen bleibe die Zuständigkeit der Gerichte zum Schutz subjektiver Privatrechte einzelner Rechtsunterworfenen unberührt.²⁵ Im Zusammenhang mit dem angesprochenen Vollzug des Kartellrechts im Zivilgerichtsverfahren erfolgt die Aussage des EuGH, die man als Grundfeste des *private enforcement* bezeichnen kann:

*„Da die in den Artikeln 85 Absatz 1 und 86 [nunmehr Art 101 Abs 1 und Art 102 AEUV] enthaltenen Verbote ihrer Natur nach geeignet sind, in den Beziehungen zwischen einzelnen unmittelbare Wirkungen zu erzeugen, lassen sie unmittelbar in deren Person Rechte entstehen, welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben.“*²⁶

Der EuGH entscheidet weiters, vor dem Urteil zu den Vorabentscheidungsfragen nochmals den GA zu hören. Allerdings geht dieser auch in den neuen Schlussanträgen nicht auf die zivilrechtlichen Folgen des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung ein. Er behandelt nur die Vorlagefragen der *Rechtbank*.²⁷

²² VO (EWG) 17 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags, ABl 1963/13, 204.

²³ EuGH, SA des GA Mayras, 127/73, *BRT I*, ECLI:EU:C:1973:157.

²⁴ EuGH 127/73, *BRT I*, ECLI:EU:C:1974:6.

²⁵ EuGH 127/73, *BRT I*, ECLI:EU:C:1974:6, Rn 7 ff.

²⁶ EuGH 127/73, *BRT I*, ECLI:EU:C:1974:6, Rn 16.

²⁷ EuGH, SA des GA Mayras, 127/73, *BRT II*, ECLI:EU:C:1974:11.

3. BRT II

Bezüglich der beiden Fragen zum Vorliegen eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung beschränkt sich der EuGH in seinem zweiten, sacherledigenden Urteil auf den Rechtsspruch, ein Missbrauch iSd Art 86 EWGV *kann gegeben sein*, wenn eine Urheberrechtsverwertungsgesellschaft mit einer beherrschenden Stellung ihren Mitgliedern Verpflichtungen auferlegt, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks nicht unentbehrlich seien und deshalb die Freiheit des Mitglieds, sein Urheberrecht auszuüben, unbillig beeinträchtigen.²⁸ Dann aber äußert sich der Gerichtshof zum ersten Mal zur Frage der vertragsrechtlichen Folgen des Marktmissbrauchs, wobei er die betreffende Aussage auch in den Urteilstenor aufnimmt:

*„Es ist Sache des [innerstaatlichen] Richters zu beurteilen, ob und in welchem Maße etwa festgestellte missbräuchliche Praktiken sich auf die Interessen der Urheber oder Dritter auswirken, und daraus die Folgerungen für die Gültigkeit und die Wirkung der umstrittenen Verträge oder einzelner ihrer Bestimmungen zu ziehen“.*²⁹

Hinsichtlich der letzten beiden Vorlagefragen hält der EuGH fest, dass ein Unternehmen, das nur Privatinteressen wahrnehme und vom Staat mit keiner besonderen Aufgabe betraut sei, auch dann nicht unter Art 90 Abs 2 EWGV falle, wenn es sich bei den wahrgenommenen Privatinteressen um gesetzlich geschützte geistige Eigentumsrechte handle.³⁰

4. Fazit

Mit dem Urteil *BRT I* bejaht der EuGH zum ersten Mal ausdrücklich die unmittelbare Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots in Rechtsbeziehungen unter Privaten. Damit öffnet er den Raum für die Frage nach dem zivilrechtlichen Schicksal missbräuchlicher Verträge. Überdies schreibt sich der prozessrechtliche Aspekt des Urteils, nämlich die Eingrenzung der

²⁸ EuGH 127/73, *BRT II*, ECLI:EU:C:1974:25, Rn 15, Tenor.

²⁹ EuGH 127/73, *BRT II*, ECLI:EU:C:1974:25, Tenor; vgl ebendort Rz 14.

³⁰ EuGH 127/73, *BRT II*, ECLI:EU:C:1974:25, Rn 19 ff, Tenor.

Anwendbarkeit des Art 9 Abs 3 VO 17/62 auf hoheitlichen Vollzug des Kartellrechts, in die Rechtsgeschichte ein.³¹

Die Frage nach der Gültigkeit von missbräuchlichen Verträgen wird in *BRT II* behandelt. Der Gerichtshof spricht diese Frage an, obwohl sie weder von den Beteiligten noch vom GA aufgeworfen wurde und, was noch schwerer wiegt, auch nicht in den Vorabentscheidungsfragen der *Rechtbank* enthalten ist. Diese Vorgehensweise ist deswegen berechtigt, weil das Vorabentscheidungsersuchen den Schluss nahegelegt hat, das vorlegende Gericht könnte von der Rechtsmeinung ausgegangen sein, dass alle missbrauchsverbotswidrigen Verträge nach dem Gemeinschaftsrecht ohne Weiteres nichtig seien. Da der EuGH diese Meinung als unrichtig ansah, lag es durchaus in seiner Kompetenz, die *Rechtbank* auf ihren möglichen Rechtsirrtum aufmerksam zu machen.

Bei der Behandlung der genannten Rechtsfrage hält der EuGH insb fest, dass das Schicksal missbräuchlicher Verträge von innerstaatlichen Gerichten geklärt werden müsse. Allerdings stellt er nicht klar, auf welcher materiell-rechtlichen Rechtsgrundlage die Gerichte zu entscheiden haben. Im Prinzip wären drei Varianten denkbar: (i) Entscheidung allein auf Grund unmittelbar anwendbarer gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen, (ii) Entscheidung allein nach innerstaatlichem Recht oder (iii) Entscheidung nach innerstaatlichem Recht unter Beachtung gewisser gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben. Da der EuGH das Kriterium für die Entscheidung über die Gültigkeit der Verträge selbst aufstellt (nämlich *die Auswirkung der festgestellten missbräuchlichen Praktiken auf die Interessen von Urhebern* [allgemeiner: Vertragspartnern des Marktbeherrschers] *und Dritten*) scheidet die zweite Variante (Entscheidung allein nach innerstaatlichem Recht) aus. Offen bleibt allerdings, ob der Gerichtshof von der ersten oder der dritten Variante ausgeht. In weiterer Folge wird daher zu klären sein, ob späteren Judikaten des EuGH eine Präzisierung seiner Position zu entnehmen ist.

³¹ Vgl *Forrester*, CML Rev 1979, 17; *Defalque*, CahDrEur1975, 68. Zur heute geltenden Rechtslage vgl Art 11 Abs 5 sowie Art 16 Abs 1 VO 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 2003/1, 1.

C. Rechtssache *Greenwich*

Das Urteil *Greenwich*³² wird in der Lit zu zivilrechtlichen Wirkungen des Missbrauchsverbots eher selten zitiert, zumal es offenbar als eine bloße Wiederholung der Entscheidung *BRT II* wahrgenommen wird.³³ Aus der Perspektive unserer Forschungsfrage sind in dieser Rechtssache neben der Aussage des Gerichtshofes auch die Stellungnahme der Kommission zu zivilrechtlichen Folgen missbräuchlicher Verträge sowie jene des GA zur Gültigkeit von Kartell-Folgeverträgen von Interesse.

1. Das Ausgangsverfahren

Klägerin in dem in Frankreich ausgetragenen Ausgangsstreit war die französische Gesellschaft der Textdichter, Komponisten und Musikverleger (*Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique, SACEM*), eine der *SABAM* ähnliche Urheberrechtsverwertungsgesellschaft. Beklagte Partei war die französische Filmgesellschaft *Greenwich Film Production*. Streitgegenstand waren Vergütungszahlungen für die öffentliche Vorführung von zwei Filmen in mehreren (nicht der EWG angehörigen) Ländern, die die *SACEM* mit der Begründung verlangte, die Komponisten der Originalmusik der beiden Filme *Roubaix* und *Lai* hätten ihr die ausschließliche Befugnis eingeräumt, die öffentliche Aufführung und mechanische Vervielfältigung ihrer Werke zu gestatten und einschlägige Vergütungen einzuheben. Im Berufungsverfahren machte *Greenwich* die Nichtigkeit der Beitrittserklärungen von *Roubaix* und *Lai* zur *SACEM* geltend, wobei sie die Nichtigkeit sowohl auf Art 86 EWGV als auch auf die parallele innerstaatliche Wettbewerbsvorschrift stützte. Die *Cour d'appel Paris* wies den Berufungsantrag von *Greenwich* mit der Begründung ab, es könnten keine Tatsachen festgestellt werden, welche eine aktuelle oder potentielle Verhinderung des normalen Funktionierens des Marktes durch die Tätigkeiten der *SACEM* beweisen oder vermuten lassen würden und Art 86 EWGV im Übrigen auch mangels gemeinschaftsrechtlichen Bezugs unanwendbar sei, zumal es sich bei den Streitparteien um französische Gesellschaften handle und der geltend gemachte Anspruch auf die Aufführung der Filmmusik in Drittländern gestützt werde.³⁴

³² EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245.

³³ Vgl *Morse*, ELR 1980, 64 (66).

³⁴ EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245, Slg 1979, 3275 (3276 ff).

Greenwich bekämpfte das Berufungsurteil bei der *Cour de cassation*, welche das Verfahren aussetzte und dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsantrags die Frage stellte, inwiefern Art 86 EWGV „*im Hinblick auf die Abwicklung von Verträgen in Drittländern, die im Gebiet von Mitgliedstaaten durch diesen Staaten angehörende Parteien geschlossen wurden*“, anzuwenden sei.³⁵

2. Vorbringen des Generalanwalts und der Beteiligten

Im Verfahren vor dem EuGH ist die eigentliche Vorabentscheidungsfrage ziemlich unstrittig; alle Beteiligten gehen davon aus, dass auch die außerhalb der Gemeinschaft abzuwickelnden Verträge dem Anwendungsbereich des Art 86 EWGV angehören. So räumt selbst *SACEM* die prinzipielle Anwendbarkeit der *leg cit* auf derartige Verträge ein; zur Verteidigung ihres Anspruchs argumentiert sie, dass die gegenüber *Greenwich* erhobene Forderung keinerlei Auswirkungen auf den betroffenen Markt habe und haben könne.³⁶

Zu der Frage nach dem zivilrechtlichen Schicksal missbräuchlicher Verträge wird von den Parteien kein ausführliches Vorbringen erstattet. *Greenwich* präsentiert vor allem Gründe für die Subsumtion des streitgegenständlichen Vertrages unter den Tatbestand des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung.³⁷ Sie scheint ohne Weiteres von der Nichtigkeit eines gegen Art 86 EWGV verstoßenden Rechtsgeschäftes auszugehen, wenn sie als Argument für die Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften auf den streitgegenständlichen Sachverhalt die Erwägung anführt, die gleiche Verhaltensweise könne nicht als völlig zulässig betrachtet werden, wenn sie sich auf die Verwertung von Rechten außerhalb der EWG beziehe, und als aus Gründen des *ordre public* nichtig, wenn es sich um die Verwertung von Urheberrechten in der EWG handle.³⁸

SACEM merkt in ihrem Vorbringen an, dass „*keine Verbindung zwischen der bezeichneten Forderung und denjenigen Einschränkungen der Rechte dieser Komponisten [sich] herstellen*

³⁵ EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245, Slg 1979, 3275 (3279).

³⁶ EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245, Slg 1979, 3275 (3281 ff).

³⁷ EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245, Slg 1979, 3275 (3279 ff).

³⁸ EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245, Slg 1979, 3275 (3280 f).

[lasse], die [die Verwertungsgesellschaften] ihnen nicht auferlegen dürften.“³⁹ Damit will sie wohl zum Ausdruck bringen, dass selbst eine Bejahung des Marktmissbrauchs keine Gesamtnichtigkeit des betreffenden Vertrages (sondern allenfalls die Nichtigkeit der missbräuchlichen Vertragsbestimmungen) zur Folge haben sollte.

Die Kommission vertritt in ihrer Stellungnahme die Auffassung, dass das gemeinschaftsrechtliche Missbrauchsverbot auf den streitgegenständlichen Sachverhalt grundsätzlich anwendbar sei. Allerdings habe die SACEM keinen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung begangen, sie habe vielmehr für die Zahlung von gehörigen Vergütungen an die Komponisten gesorgt.⁴⁰

Die Kommission äußert sich auch zu vertragsrechtlichen Rechtsfolgen eines Marktmissbrauchs und meint, dass in Anbetracht der Vielfältigkeit und Verschiedenheit der in Betracht kommenden Sachverhalte aus Art 86 EWGV keine allgemeine Nichtigkeitsfolge für alle missbräuchlichen Verträge abzuleiten sei. ISd des Urteils *BRT II*⁴¹ obliege es vielmehr den nationalen Gerichten, „die zivilrechtlichen Folgen dieser Verstöße sowohl nach dem Geist und Buchstaben des Artikels 86 als auch nach dem einschlägigen nationalen Recht und internationalen Privatrecht“ zu bestimmen. Selbst für den Fall, dass ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung bejaht werden sollte, sei daher die Nichtigkeit der betreffenden Verträge nicht automatisch anzunehmen.⁴²

GA Warner schließt sich in seinen Schlussanträgen der Auffassung an, wonach das wettbewerbsrechtliche Missbrauchsverbot auch auf eine Vereinbarung anzuwenden sei, die im Gebiet eines Mitgliedstaates durch diesem Staat angehörende Parteien geschlossen worden und außerhalb der Gemeinschaft abzuwickeln sei. Entgegen der Meinung der Kommission empfiehlt er, nicht auf die Frage nach der Verwirklichung des Tatbestandes des Marktmissbrauchs einzugehen, da diese im Vorabentscheidungsantrag der *Cour de cassation* nicht vorkomme.⁴³

³⁹ EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245, Slg 1979, 3275 (3282).

⁴⁰ EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245, Slg 1979, 3275 (3283 ff).

⁴¹ EuGH 127/73, *BRT II*, ECLI:EU:C:1974:25, Rz 14, Tenor.

⁴² EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245, Slg 1979, 3275 (3284 f).

⁴³ EuGH, SA des GA Warner, 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:230.

In Anlehnung an das Vorbringen der Kommission betont der GA, dass selbst beim Vorliegen eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung die streitgegenständlichen Verträge der beiden Komponisten mit *SACEM* „nicht zwangsläufig“ ganz oder auch nur teilweise nichtig seien. Dabei erinnert der GA zum einen darauf, dass Art 86 EWGV keine dem Art 85 Abs 2 EWGV entsprechende Nichtigkeitsklausel beinhalte. Zum anderen meint er, dass auch nach Art 85 EWGV nicht jedes Geschäft oder Rechtsverhältnis, das einen Bezug zu einer verbotenen Vereinbarung aufweise, „*zwangsläufig nichtig*“ sei. Als Beispiele für Rechtsgeschäfte, die trotz ihres Bezugs zu verbotenen Vereinbarungen nicht mit der Nichtigkeitsanktion belegt werden, nennt er einerseits die Restgültigkeit von rechtskonformen Bestimmungen in Kartellverträgen, dann aber weiters auch Folgeverträge von verbotenen Kartellabsprachen. Interessanterweise bedient sich der GA idZ der Redewendung „*nicht nichtig*“ (im engl Original „*not void*“) anstatt der von ihm bezüglich Verletzungen des Art 86 EWGV verwendeten Formel „*nicht zwangsläufig nichtig*“ („*not necessarily void*“).⁴⁴ Allerdings scheint er an dieser Stelle nur die Gesamtnichtigkeit, nicht jedoch die Teilnichtigkeit von Folgeverträgen auszuschließen: In Bezug auf das Missbrauchsverbot wäre es für den GA „*undenkbar, dass Artikel 86 unterschiedslos Verträge in einer Weise ungültig machen könnte, die für die Opfer des Missbrauchs oder für Dritte nachteilig wäre.*“⁴⁵ Er befürwortet daher den Vorschlag der Kommission, im Urteil auf den einschlägigen Spruch des EuGH aus *BRT II*⁴⁶ hinzuweisen.⁴⁷

3. Urteil

Der Gerichtshof bestätigt in seinem Urteil⁴⁸ die Anwendbarkeit des Art 86 EWGV auf Verträge, die in Drittländern abgewickelt werden, und bekräftigt, dass auch ein Vertragsabschluss im Gebiet eines Mitgliedstaats durch denselben Mitgliedstaat angehörende Parteien an der Anwendbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen Missbrauchsverbots nichts ändere.⁴⁹ Der EuGH teilt auch die Zurückhaltung des GA hinsichtlich der Beurteilung der streitgegenständlichen

⁴⁴ EuGH, SA des GA Warner, 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:230, Slg 1979, 3290 (3296): „Zum Beispiel sind bei einem Preisfestsetzungskartell die Verkäufe durch Kartellmitglieder an Kunden selbst dann nicht nichtig (engl: *not void*), wenn sie zu den unrechtmäßig festgesetzten Preisen abgeschlossen werden.“ In der franz Fassung werden die Ausdrücke „*pas nécessairement nul[le]*“ bzw „*pas nul[les]*“ verwendet.

⁴⁵ EuGH, SA des GA Warner, 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:230, Slg 1979, 3290 (3296).

⁴⁶ EuGH 127/73, *BRT II*, ECLI:EU:C:1974:25, Rn 14, Tenor.

⁴⁷ EuGH, SA des GA Warner, 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:230, Slg 1979, 3290 (3296).

⁴⁸ EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245, Slg 1979, 3275.

⁴⁹ EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245, Tenor.

Vereinbarungen im Lichte des Art 86 EWGV und enthält sich einer diesbezüglichen Entscheidung.

Überdies wird im Urteil die *BRT-Formel* wiederholt: Es sei die „*Sache* [der nationalen Gerichte] zu beurteilen, ob und in welchem Maße etwa festgestellte missbräuchliche Praktiken sich auf die Interessen der Urheber oder Dritter auswirken, und daraus die Folgerungen für die Gültigkeit und die Wirkung der umstrittenen Verträge oder einzelner ihrer Bestimmungen zu ziehen.“⁵⁰ Anders als im *BRT II* erscheint die Formel diesmal nicht im Spruch, sondern ausschließlich in der Urteilsbegründung.

4. Fazit

Der Stellungnahme der Kommission kann ein interessanter Vorschlag zur Präzisierung der Aussage von *BRT II* entnommen werden. Die Meinung, die zivilrechtlichen Folgen bestimmen sich „sowohl nach dem Geist und Buchstaben des Artikels 86 als auch nach dem einschlägigen nationalen Recht und internationalen Privatrecht“ läuft auf eine Entscheidung auf Grundlage des innerstaatlichen Rechts unter Einhaltung unionsrechtlicher Vorgaben hinaus. Allerdings greifen weder der GA noch der Gerichtshof den Präzisierungsvorschlag auf; insofern bleibt der Standpunkt des EuGH zur materiellrechtlichen Grundlage der von innerstaatlichen Gerichten zu treffenden Entscheidung weiterhin unklar.

Der GA äußert sich im Rahmen allgemeiner argumentativer Ausführungen auch zum Schicksal der Kartell-Folgeverträge. Während er bei den Erstgenannten meint, sie seien „*nicht zwangsläufig nichtig*“ und dadurch ihre gemeinschaftsrechtlich bedingte Nichtigkeit für bestimmte Fallkonstellationen zumindest offenlässt, schließt er bei der zweitgenannten Gruppe eine auf Gesamtnichtigkeit der Folgeverträge lautende Vorgabe kategorisch aus (arg „*nicht nichtig*“ statt „*nicht zwangsläufig nichtig*“). Zu der Frage, ob Folgeverträge einer europarechtlich vorgegebenen Teilnichtigkeit unterliegen könnten, bezieht er freilich keine Stellung.

⁵⁰ EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245, Rn 10.

D. Rechtssache *Kerpen*

Anders als die vorgenannten Entscheidungen wird das Urteil *Kerpen*⁵¹ nicht im Zusammenhang mit missbräuchlichen Verträgen, sondern mit Kartell-Folgeverträgen zitiert. In der deutschsprachigen Lit wird es gleichsam als „Kronzeuge“ für den Standpunkt angeführt, die Folgeverträge der Kartellanten mit Dritten seien ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilen.⁵² Auf Grund der prominenten Stellung erscheint es angebracht, das Urteil sorgfältig zu untersuchen und insbesondere zu prüfen, ob seiner bisherigen Rezeption zugestimmt werden kann.

1. Das Ausgangsverfahren

Im Ausgangsverfahren ging es um eine Klage der französischen *Société de vente de ciments et bétons de l'est* gegen die deutsche *Kerpen & Kerpen*. Streitgegenstand war der von *Kerpen* unbeglichene Kaufpreis für mehrere Zementlieferungen der klagenden Partei. Die Lieferungen waren auf Grund von Bestellungen durch *Kerpen* erfolgt, die ihrerseits auf einem Vertrag der beiden Parteien basiert hatten. *Kerpen* machte im Berufungsverfahren vor dem *Oberlandesgericht Saarbrücken* die Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstoßes gegen Art 85 EWGV geltend. Tatsächlich enthielt der Vertrag mehrere wettbewerbseinschränkende Bestimmungen, darunter insb das Verbot, den bezogenen Zement in bestimmte Gebiete weiter zu liefern.⁵³

Das Oberlandesgericht legte dem EuGH drei Fragen vor. Die erste zielt auf die Beurteilung der Gültigkeit des zwischen den Streitparteien geschlossenen Vertrages im Lichte des Art 85 EWGV ab. Zweitens wird gefragt, ob bei einer Qualifizierung des streitgegenständlichen Vertrages als

⁵¹ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374.

⁵² *Eilmansberger*, JBl 427 (432 FN 156); *Frenz*, Handbuch Rz 1783 FN 24; *Grill* in *Lenz/Borchardt* Art 101 AEUV Rz 37; *Hengst* in *Langen/Bunte*¹³ Art 101 AEUV Rz 476; *W. Jaeger* in *LMRKM*⁴ Art 101 Abs 2 AEUV Rz 24 FN 78; *Säcker* in *MüKo*³ Art 101 AEUV Rz 890; *K. Schmidt* in *Immenga/Mestmäcker*⁶ Art 101 Abs 2 AEUV Rz 36; *Schröter/van der Hout* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 101 AEUV Rz 228 FN 1146; *Stockenhuber* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 101 AEUV Rz 237 FN 6; *Weyer* in *FK* Art 81 EG Zivilrechtsfolgen Rz 141 FN 1; *Told*, JBl 2014, 14 (20 FN 77); *Wollmann*, *ecolex* 2010, 688 (689 FN 4). AA *Paul*, Gesetzesverstoß 117, die dem Urteil insoweit nur die Klarstellung entnimmt, dass Folgeverträge selbst nicht den Tatbestand des Art 101 Abs 2 AEUV verwirklichen.

⁵³ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Slg 1983, 4173 (4175).

Rahmenvertrag und dessen etwaiger Nichtigkeit nach Art 85 Abs 2 EWGV auch die den Rahmenvertrag ausfüllenden (von den Parteien als „Bestellungen“ bezeichneten) Einzelverträge als nichtig anzusehen seien. Die dritte Frage bezieht sich auf die Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob die Nichtigkeit iSd Art 85 Abs 2 EWGV etwa so zu verstehen sei, dass sie einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Abgeltung der grundlos erfolgten Leistung ausschließe.⁵⁴

2. Vorbringen der Beteiligten und Schlussanträge des Generalanwalts

Die Streitparteien sowie die Kommission beschränken sich in ihren Ausführungen zu der ersten Frage auf die Beurteilung der Zulässigkeit der problematischen Vertragsbestimmungen. Während *Société de vente de ciments et bétons de l'est* für die Rechtmäßigkeit der betreffenden Absprachen plädiert, heben die *Kommission* und ihr folgend *Kerpen* bestimmte Umstände hervor, die auf wettbewerbswidrige Wirkung und auf Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels hindeuten.⁵⁵

GA *Verloren* schlägt in seinen Schlussanträgen die Aufgliederung der ersten Frage in zwei Aspekte vor. Einerseits müsse beurteilt werden, ob die vereinbarten Vertriebsbeschränkungen nach Art 85 EWGV verboten seien, andererseits stelle sich die Frage, ob die Rechtswidrigkeit dieser Vertriebsbeschränkungen zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führe oder aber nur zur Nichtigkeit der verbotenen Bestandteile des Vertrages. Die Vertriebsbeschränkungen seien ihrem Inhalt nach als wettbewerbswidrig zu betrachten; sie seien daher durch Art 85 EWGV verboten, sofern sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigen können. Das vorlegende Gericht habe daher die Spürbarkeit zu prüfen und werde auf Grund der starken Marktstellung der Parteien diese wahrscheinlich bejahen müssen. Zum zweiten Aspekt der ersten Frage führt der GA unter Hinweis auf die bisherige Rsp des EuGH aus, dass die Gültigkeit der vom Kartellverbot unberührten Vertragsbestandteile nach dem einschlägigen nationalen Recht zu beurteilen sei.⁵⁶

⁵⁴ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Slg 1983, 4173 (4175 f).

⁵⁵ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Slg 1983, 4173 (4176 ff, 4180).

⁵⁶ EuGH, SA des GA *Verloren*, 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:330, Slg 1983, 4186 (4188 f).

Bezüglich der zweiten Frage sind beide Parteien sowie die Kommission einhellig der Meinung, dass das zivilrechtliche Schicksal der betreffenden Einzelverträge nach dem nationalen Recht zu beurteilen sei.⁵⁷

Der GA vertritt hingegen die Auffassung, dass die Gültigkeit derartiger Verträge „*von der konkreten Lage des Falles und seinem Zusammenhang*“ abhängen. Es könne nicht gesagt werden, dass sie sich allgemein nach nationalem Recht richten. Als Beispiele für Fälle, in denen die Beantwortung dieser Frage weitgehende Konsequenzen mit sich bringen könne, werden vom GA die in Durchführung einer entsprechenden kollektiven Verpflichtung getroffenen individuellen Vereinbarungen zur vertikalen Preisbindung sowie die Verträge zur Durchführung einer Marktaufteilungsvereinbarung gebracht. Für die Lösung der vorgelegten Vorabentscheidungsfrage begnügt sich der GA allerdings mit der Antwort, Einzelkaufverträge zur Durchführung eines Rahmenvertrages wie des verfahrensgegenständlichen fallen nicht unter Art 85 Abs 2 EWGV, sofern sie ausschließlich zur Durchführung der nicht von der *leg cit* getroffenen Bestimmungen des Rahmenvertrages abgeschlossen wurden. Die eventuelle Nichtigkeit der von Art 85 Abs 2 EWGV unberührten Durchführungsverträge „*aufgrund des zivilrechtlichen Zusammenhangs mit verbotenen Klauseln des Rahmenvertrags*“ sei nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen.⁵⁸

Zur dritten Frage bringt die Société de vente vor, die Nichtigkeitsfolge iSd Art 85 Abs 2 EWGV führe nicht zu einem Wegfall des Anspruchs auf Rückabwicklung. Es wäre mit dem Gebot der Gerechtigkeit unvereinbar, falls Kerpen die empfangenen und verbrauchten Leistungen nicht bezahlen müsste.⁵⁹ Kerpen, die Kommission sowie der GA vertreten die Meinung, die Ansprüche auf Rückabwicklung eines gem Art 85 Abs 2 EWGV nichtigen Vertrages müssten nach innerstaatlichem Recht beurteilt werden.⁶⁰

⁵⁷ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Slg 1983, 4173 (4179 f).

⁵⁸ EuGH, SA des GA *Verloren*, 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:330, Slg 1983, 4186 (4189 f).

⁵⁹ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Slg 1983, 4173 (4179).

⁶⁰ Vgl. EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Slg 1983, 4173 (4179 f, 4190).

3. Urteil

Der EuGH führt in seiner Antwort zunächst aus, dass die streitgegenständlichen Absatzbeschränkungen und Lieferverbote jedenfalls eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken und der Vertrag auch geeignet sei den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.⁶¹

Zur Restgültigkeit des Vertrages erklärt der Gerichtshof unter Verweis auf *Maschinenbau Ulm*⁶², dass die Nichtigkeit nach Art 85 Abs 2 EWGV nur die nach Abs 1 leg cit verbotenen vertraglichen Bestimmungen treffe; die Auswirkungen dieser Nichtigkeit auf die übrigen Vertragsbestandteile seien „*nicht nach dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen*“. In unmittelbarer Anknüpfung an diese Aussage erklärt der EuGH ohne weitere Ausführungen sodann als Antwort auf die zweite und dritte Frage, dass das gleiche auch für die „*aufgrund des Vertrages etwa erteilten Aufträge und durchgeführten Lieferungen sowie für die daraus folgenden Zahlungsverpflichtungen*“ gelte.⁶³

4. Stellungnahme zur bisherigen Rezeption

Entgegen der Rezeption in der deutschsprachigen Lit spricht das Urteil *Kerpen* nicht von Folgeverträgen. Unter „Bestellungen und Lieferungen“ werden hier vielmehr Einzelverträge zwischen Mitgliedern eines vertikalen Kartells angesprochen, die iSd üblichen (und auch hier gebrauchten) Terminologie als „Ausführungsverträge“ bezeichnet werden.

Bemerkenswert ist, dass die oben zitierten Literaturstimmen nicht etwa die vom EuGH in diesem Fall für (potentielle) Ausführungsverträge gezogene Rechtsfolge aus teleologischen Gründen auf Folgeverträge ausdehnen wollen, sondern vielmehr das Urteil als unmittelbar relevant für Folgeverträge darstellen. Dem kann mE nicht gefolgt werden.

⁶¹ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Rn 9.

⁶² EuGH 56/65, *Société Technique Minière*, ECLI:EU:C:1966:38.

⁶³ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Rn 11 f.

Zwar könnte die vom EuGH in seiner Entscheidung gebrauchte Wendung „*aufgrund des Vertrages etwa erteilten Aufträge und durchgeführten Lieferungen*“⁶⁴ rein nach dem Wortsinn auch die Folgeverträge miteinschließen. Tatsächlich zitieren manche Literaturstimmen ebendiese Wortfolge, um die Relevanz von *Kerpen* für die Folgeverträge darzulegen.⁶⁵ Die Betrachtung der Wendung in ihrem Kontext zeigt allerdings, dass der Gerichtshof mit den zitierten Worten nur die oben erwähnten „*Bestellungen und Lieferungen*“ meint, die unter den Kartellbeteiligten auf Grundlage des wettbewerbswidrigen (Rahmen)Vertrages erfolgten. Dies wird daran deutlich, dass der EuGH ebendiese Wortfolge zur Zusammenfassung der zweiten und dritten Frage des vorlegenden Gerichtes einsetzt,⁶⁶ bevor er sie nochmals bei der Fragenbeantwortung verwendet. Da jedoch aus der wörtlichen Wiedergabe der beiden Vorabentscheidungsfragen⁶⁷ eindeutig hervorgeht, dass sie ausschließlich das Vertragsverhältnis zwischen den beiden Kartellbeteiligten zum Gegenstand haben, kann sich die betreffende Wortfolge *igZ* unmöglich auf Folgeverträge beziehen.

Für die hier vertretene Deutung des Urteils spricht weiter auch die systematische Stellung der betreffenden Aussage: Der Gerichtshof hält ohne jegliche argumentative Ausführung fest, dass auf die angesprochenen Einzelverträge („*Aufträge und Lieferungen*“) jene Regel zur Anwendung komme, die auch für die Beurteilung der Restgültigkeit einer (zum Teil) wettbewerbswidrigen Vereinbarung ausschlaggebend sei.⁶⁸ Der Umstand, dass die Parteien eine Regelung (etwa jene über die Menge und den Zeitpunkt einer konkreten Lieferung) direkt in den wettbewerbswidrigen Vertrag oder umgekehrt in einen separaten, später abgeschlossenen Liefervertrag aufnehmen, wird vom EuGH offenbar als eine bloße Formalität betrachtet. So kann etwa ein an sich rechtmäßiger Liefervertrag der Kartellanten mit einer rechtmäßigen Regelung der teilnichtigen Kartellvereinbarung gleichbehandelt werden. Eine derartige Gleichsetzung wäre jedoch bei einem Folgevertrag mangels Parteienidentität keineswegs selbsterklärend, vielmehr würde sie einer Begründung bedürfen.

Die Aufnahme der Aussage über das zivilrechtliche Schicksal der aufgrund der wettbewerbswidrigen Vereinbarung möglicherweise „*erteilten Aufträge und durchgeführten*

⁶⁴ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Rn 12, Tenor.

⁶⁵ So etwa W. Jaeger in LMRKM⁴ Art 101 Abs 2 AEUV Rz 24; Weyer in FK Art 81 EG Zivilrechtsfolgen Rz 141.

⁶⁶ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Rn 10.

⁶⁷ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Slg 1983, 4173 (4176).

⁶⁸ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Rn 11. Der Gerichtshof kann sich hier nicht auf etwaige Ausführungen des GA stützen, da dessen SA diesbezüglich keine Argumente zu entnehmen sind.

Lieferungen“ in den Spruch⁶⁹ zeigt weiters, dass sie der eigentlichen Vorabentscheidung angehört. Der Entscheidungskompetenz des EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens unterliegen freilich nur Rechtsfragen, deren Lösung für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens erforderlich ist und vom vorlegenden Gericht erbeten wurde. Die Entscheidung rein akademischer Fragen wäre nach stRsp des EuGH unzulässig,⁷⁰ dies umso mehr, wenn derartige Fragen nicht einmal im Vorabentscheidungsersuchen vorkämen. Will man dem EuGH keine Außerachtlassung des klaren Vertragswortlautes⁷¹ sowie seiner eigenen Vorjudikatur unterstellen, so kann der Sinngehalt der zitierten Aussage jedenfalls nicht auf Folgeverträge bezogen werden.

5. Bezugnahmen in späteren Entscheidungen und Schlussanträgen

Das Urteil *Kerpen* wurde in der nachfolgenden Entscheidungspraxis des EuGH bisher nur in *VAG France* und in *Repsol Comercial* zitiert, beide Male zur Unterstützung des Hinweises, dass die Fragen der Restgültigkeit eines nach Art 85 Abs 2 EWGV teilnichtigen Vertrages nicht nach dem Unionsrecht zu beurteilen seien.⁷² In einem Urteil des EuG und mehreren Schlussanträgen der GA wurde *Kerpen* entweder nur im Zusammenhang mit der Frage der Restgültigkeit oder ausschließlich in Verbindung mit der Abgrenzung des wettbewerbswidrigen Verhaltens als Präzedenzfall angeführt.⁷³

⁶⁹ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Tenor.

⁷⁰ So bereits EuGH 244/80, *Foglia*, ECLI:EU:C:1981:302, Rn 18; EuGH 149/82, *Robards*, ECLI:EU:C:1983:26, Rn 19. Vgl. weiters EuGH C-261/08, *García*, ECLI:EU:C:2009:648, Rn 35 und die dort angeführte Rsp.

⁷¹ Vgl. Art 177 EWGV (nunmehr Art 267 AEUV).

⁷² EuGH 10/86, *VAG France*, ECLI:EU:C:1986:502, Rn 14. In der dt. Übersetzung ist, etwas missverständlich, von den Auswirkungen der Nichtigkeit auf „die übrigen Bestandteile des Vertrages oder auf andere vertragliche Verpflichtungen“ die Rede. Folgeverträge können hier nicht gemeint sein, zumal das Urteil nur die rechtlichen Beziehungen der Parteien einer wettbewerbseinschränkenden Vereinbarung untereinander zum Gegenstand hat. Die franz. Originalfassung zeigt eindeutig, dass hier nur Beziehungen zwischen Kartellmitgliedern gemeint sind, die in dem wettbewerbswidrigen Vertrag selbst ihre Grundlage haben: „les conséquences ... pour tous les autres éléments de l'accord ou pour d'autres obligations qui en découlent“, wörtlich übersetzt: *Folgen für alle anderen Bestandteile des Vertrages oder andere Verpflichtungen, die daraus erwachsen*. In gleiche Richtung auch EuGH C-25/21, *Repsol Comercial*, ECLI:EU:C:2023:298, Rn 71.

⁷³ Für Zitierungen zur Restgültigkeit vgl. EuG T-185/96, *Riviera Auto Service/Kommission*, ECLI:EU:T:1999:8, Rn 50; EuGH, SA des GA *Mischo*, 10/86, *VAG France*, ECLI:EU:C:1986:454, FN 13; EuGH, SA des GA *van Gerven*, C-234/89, *Delimitis*, ECLI:EU:C:1990:358, FN 15; EuGH, SA des GA *Lenz*, C-32/92, *Petrogal*, ECLI:EU:C:1993:294, FN 21; EuGH, SA des GA *Tesauro*, C-230/96, *Cabour* ECLI:EU:C:1997:611, FN 25. Für Heranziehung von *Kerpen* zur Abgrenzung des wettbewerbswidrigen Verhaltens vgl. EuGH, SA der GA *Rozès*, 29/83, *Asturienne/Kommission*, ECLI:EU:C:1984:38, Slg. 1983, 1708 (1714) FN 1; EuGH, SA des GA *Tizzano*, C-551/03 P, *General Motors*, ECLI:EU:C:2005:639, FN 47.

Nicht unerwähnt bleiben soll an dieser Stelle jedoch die Bezugnahme auf *Kerpen* durch den GA Colomer in der Rechtssache *Bagnasco*.⁷⁴ Der GA befürwortet in seinen Schlussanträgen zunächst die Einstufung des streitgegenständlichen Beschlusses einer Bankenvereinigung als wettbewerbswidrig. Zum Urteil *Kerpen* meint er, dass dieses nicht über das zivilrechtliche Schicksal der Folgeverträge befunden habe.⁷⁵ Sodann vertritt er aber die Auffassung, dass die in *Kerpen* ausgesprochene Regel über die alleinige Maßgeblichkeit des innerstaatlichen Rechts „erst recht“ auch für die Folgeverträge zur Anwendung kommen sollte.⁷⁶

Anders als der GA kommt der EuGH in seinem Urteil zum Schluss, dass die verfahrensgegenständlichen *Einheitlichen Bankbedingungen* in keiner Weise gegen das Wettbewerbsrecht der EG verstoßen. Die Fragen über die vertragsrechtlichen Rechtsfolgen lässt er daher unbeantwortet.⁷⁷

Festzuhalten ist, dass auch iSd Schlussanträge des GA Colomer das zivilrechtliche Schicksal von Folgeverträgen nicht als judikativ geklärt betrachtet werden kann. Der GA plädiert nämlich für die gleiche Deutung von *Kerpen*, die auch hier vertreten wird. Da weiters die argumentativen Ausführungen des GA betreffend den Größenschluss vom EuGH nicht übernommen werden, liegt diesbezüglich weiterhin keine Rsp vor. Ob der vom GA vorgeschlagenen Größenschluss argumentativ überzeugen kann, soll im weiteren Verlauf der Arbeit diskutiert werden.⁷⁸

Signifikant ist weiters, dass das zivilrechtliche Schicksal von Folgeverträgen in drei Entscheidungen der Kommission sowie in einem Urteil des EuG ausdrücklich angesprochen wurde.⁷⁹ Alle drei Entscheidungen sind jünger als das Urteil *Kerpen*, verweisen jedoch in keiner Weise auf dieses. Überdies wird in diesen Entscheidungen die Frage nach dem Schicksal der Folgeverträge entweder als noch ungeklärt angesehen oder eine Rechtsfolgenanordnung

⁷⁴ EuGH, SA des GA Colomer, C-215/96, *Bagnasco*, ECLI:EU:C:1998:7.

⁷⁵ EuGH, SA des GA Colomer, C-215/96, *Bagnasco/Banca Popolare di Novara*, ECLI:EU:C:1998:7, Rn 55.

⁷⁶ EuGH, SA des GA Colomer, C-215/96, *Bagnasco*, ECLI:EU:C:1998:7, Rn 55.f.

⁷⁷ EuGH C-215/96, *Bagnasco*, ECLI:EU:C:1999:12, Rn 53, 61 f.

⁷⁸ Vgl unten V.B.4. und V.B.6.

⁷⁹ KomE 93/50/EWG, *Astra*, ABl L 20, 23; KomE 94/980/EG, *TAA*, ABl L 376, 1; EuG T-395/94, *Atlantic Container*, ECLI:EU:T:2002:49; KomE 1999/243/EG, *TACA*, ABl L 95, 1.

getroffen,⁸⁰ die mit der These über die Absenz einschlägiger unionsrechtlicher Vorgaben nicht zu vereinbaren ist.⁸¹

6. Fazit

Die Aussagekraft von *Kerpen* beschränkt sich auf vertragliche Beziehungen zwischen Kartellbeteiligten. Das zivilrechtliche Schicksal der Folgeverträge wird von *Kerpen* hingegen nicht tangiert.

Auch das langjährig verbreitete falsche Verständnis des Urteils in der deutschsprachigen Lit kann nicht als Argument für ein Mutieren seines Sinngehalts herangezogen werden. Dies vor allem auch deshalb, weil der Sinn und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens gerade darin liegen, eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts im gesamten Unionsgebiet sicher zu stellen, die verfehlte Rezeption des Urteils aber, soweit überblickbar, auf das deutschsprachige Gebiet beschränkt blieb.⁸²

E. Rechtssache *Ahmed Saeed*

Im Urteil *Ahmed Saeed*⁸³ bezog der Gerichtshof erneut zum zivilrechtlichen Schicksal missbräuchlicher Verträge Stellung. In der deutschsprachigen Lit wird es oft gemeinsam mit der Entscheidung *BRT II* zitiert und dementsprechend verschiedenartig wiedergegeben. Die Bandbreite der Deutungen reicht von vermeintlich vorbehaltloser Zuordnung des angesprochenen Regelungsbereichs in die Kompetenz der Mitgliedstaaten⁸⁴ über die

⁸⁰ KomE 93/50/EWG, *Astra*, ABl L 20, 23, Art 3; KomE 94/980/EG, TAA, ABl L 376, 1, Art 5; EuG T-395/94, *Atlantic Container*, ECLI:EU:T:2002:49, Rn 414; KomE 1999/243/EG, TACA, ABl L 95, 1, Rn 579 f, Art 9.

⁸¹ Näheres zu den zitierten Entscheidungen vgl unter V.B.

⁸² *Jones/Sufrin* nehmen in ihrem umfangreichen Standardwerk auf *Kerpen* Bezug, erwähnen es aber nur im Zusammenhang mit dem Problem der Restgültigkeit, vgl *Jones/Sufrin*, *Competition*⁷ 1031 f FN 88). *Amphoux*, *CahDrEur* 1985, 49 (149) bezeichnet in seinem Bericht über das Urteil die *erteilten Aufträge und durchgeführten Lieferungen* als Aspekte des wettbewerbswidrigen Vertrages, was auf deren Qualifikation als Ausführungsverträge schließen lässt.

⁸³ EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140.

⁸⁴ *De Bronett* in *Wiedemann*³ § 22 Rz 4 FN 18.

ausdrückliche oder stillschweigende Annahme gewisser unionsrechtlicher Vorgaben⁸⁵ bis hin zur Annahme einer grundsätzlichen Nichtigkeitsvorgabe⁸⁶. Angesichts der uneinheitlichen Rezeption erscheint eine gründliche Untersuchung des Urteils einschließlich seines konkreten Zusammenhangs erforderlich. Hierbei wird zu prüfen sein, ob der Gerichtshof seine Judikatur aus *BRT II* und *Greenwich* weiterentwickelte, und welcher der vorgelegten Deutungen am ehesten beigelegt werden kann.

1. Sachverhalt und Vorabentscheidungsersuchen

Die Reisevermittlerunternehmen *Ahmed Saeed Flugreisen* und *Silver Line Reisebüro GmbH* kauften Flugscheine für Flüge mit Erstabflugort außerhalb Deutschlands und verkauften sie dann weiter an Kunden, die ihre Reise am Ort einer Zwischenlandung in der Bundesrepublik beginnen wollten. Gegen diese Vorgehensweise richtete sich die Unterlassungsklage der *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.* mit der Begründung, sie verstoße gegen das in § 21 dt Luftverkehrsgesetz verankertes Verbot der Anwendung von nicht behördlich genehmigten Flugtarifen. Allerdings beruhten die genehmigten Tarife auf Preisabsprachen von Unternehmen und waren nach dem Vorbringen von *Ahmed Saeed* und *Silver Line* an die Preise der Lufthansa gekoppelt.⁸⁷ Nachdem die beiden unteren Instanzen der Klage stattgegeben hatten, leitete der im Revisionsweg angerufene BGH ein Vorabentscheidungsverfahren ein.⁸⁸

Das Vorabentscheidungsersuchen des BGH enthält drei Fragen. Das deutsche Höchstgericht will zunächst wissen, ob Vereinbarungen von Luftfahrtunternehmen über Linienflugtarife selbst dann gem Art 85 Abs 2 EWGV nichtig seien, wenn weder eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde gem Art 88 EWGV (nunmehr Art 104 AEUV) noch die Kommission gem Art 89 Abs 2 EWGV (nunmehr gem Art 105 Abs 2 AEUV) ihre Unvereinbarkeit mit Art 85 EWGV festgestellt habe. Weiters fragt der BGH, ob die Erhebung ausschließlich solcher Tarife den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung iSd Art 86 EWGV darstelle. Schließlich will der BGH die Auskunft erhalten, ob die Genehmigung solcher Tarife durch die Behörde

⁸⁵ Eilmansberger, JBl 2009, 337 (345); Eilmansberger/Bien in MüKo³ Art 102 AEUV Rz 838; Fuchs in Immenga/Mestmäcker⁶ Art 102 AEUV Rz 425 ff FN 1854, 1859; Jung in Grabitz/Hilf/Nettesheim Art 102 AEUV Rz 388 f FN 7; Weyer, ZEuP 1999, 424 (435); Weyer in FK Art 102 AEUV Zivilrechtsfolgen, Rz 129, 15.

⁸⁶ Frenz, Handbuch Rz 2361 FN 1085.

⁸⁷ EuGH, SA des GA Lenz, 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1988:212, Rn4, 7.

⁸⁸ EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 2 f.

eines Mitgliedstaats mit Art 5 Abs 2 EWGV (nunmehr enthalten in Art 4 Abs 3 Unterabsatz 3 EUV) sowie mit Art 90 Abs 1 EWGV (nunmehr Art 106 Abs 1 AEUV) unvereinbar und daher nichtig sei, auch wenn die Kommission die Genehmigung nicht gem Art 90 Abs 3 EWGV (nunmehr vgl Art 106 Abs 3 AEUV) beanstandet habe.⁸⁹

2. Urteil in der Rechtssache *Asjes* und neue Rechtsakte

Die in der ersten Frage des BGH angesprochenen Art 88 f EWGV (nunmehr Art 104 f AEUV) begründen Kompetenzen der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und der Kommission zur Vollziehung des europarechtlichen Kartell- und Missbrauchsverbotes, die beim Fehlen der in Art 87 EWGV (nunmehr Art 103 AEUV) vorgesehenen Sekundärrechtsakte vorübergehend auszuüben sind. Für den Flugverkehr spielten diese Bestimmungen zur Zeit des Verfahrens eine große Rolle, zumal dieser Sektor nicht in den Anwendungsbereich der VO 17/62 fiel.⁹⁰ Während des anhängigen Verfahrens erging die Entscheidung des EuGH in den verbundenen Rechtssachen *Asjes*⁹¹, worin der Gerichtshof ausführlich zu der ersten Frage aus *Ahmed Saeed* Stellung bezog. Danach sollte bis zum Inkrafttreten von Durchführungsbestimmungen iSd Art 87 EWGV die Nichtigkeitsfolge gem Art 85 Abs 2 EWGV nur im Hinblick auf diejenigen Vereinbarungen und Beschlüsse zur Anwendung gelangen, deren Wettbewerbswidrigkeit durch eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde gem Art 88 EWGV oder durch die Kommission gem Art 89 EWGV festgestellt wurde. Mit diesem Urteil bestätigte der EuGH seine Entscheidung in der Rechtssache *Bosch*⁹², die sich mit der Wirksamkeit des Art 85 Abs 2 EWGV in der Zeit vor dem Inkrafttreten der VO 17/62 auseinandergesetzt hatte, und vervollständigte ihre argumentative Untermauerung.

Nach *Bosch* und *Asjes* bilden der erste und der dritte Absatz des Art 85 EWGV ein „*unteilbares Ganzes*“⁹³ und eine Vereinbarung ist gem Art 85 Abs 2 EWGV nur nichtig, falls sie nach diesem Ganzen verboten ist. Beim Fehlen der in Art 87 EWGV vorgesehenen Durchführungs Vorschriften kann die Kommission gem Art 89 EWGV gegen eine Verletzung des

⁸⁹ EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 4.

⁹⁰ Vgl VO 141 des Rates v 26. 11. 1962 über die Nichtanwendung der Verordnung Nr. 17 des Rats auf den Verkehr, ABl 1962/124, 2751.

⁹¹ EuGH 209 bis 213/84, *Asjes*, ECLI:EU:C:1986:188.

⁹² EuGH 13/61, *Bosch*, ECLI:EU:C:1962:11.

⁹³ EuGH 13/61, *Bosch*, ECLI:EU:C:1962:11, Slg 1962, 89 (113).

Art 85 EWGV vorgehen, sie kann aber nicht gesondert über eine Freistellung gem Abs 3 leg cit entscheiden. Die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden können gem Art 88 EWGV über die Zulässigkeit einer Vereinbarung nur entscheiden, falls sie ihnen nach den innerstaatlichen Vorschriften vorgelegt wird. Im Ergebnis kann daher eine Vereinbarung, die an sich die Voraussetzungen des Art 85 Abs 3 EWGV erfüllt, unter Umständen nur wegen fehlender Durchführungsvorschriften nicht freigestellt werden. Die Nichtigkeitsfolge soll daher nur auf diejenigen Vereinbarungen angewendet werden, die von den einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden gem Art 88 EWGV oder von der Kommission gem Art 89 EWGV als wettbewerbswidrig qualifiziert worden sind. Die Wirksamkeit des Art 85 Abs 2 EWGV, der eine absolute Nichtigkeit festlegt, ist insoweit bis zur Erlassung der notwendigen Durchführungsvorschriften eingeschränkt.⁹⁴

Kurz nach dem Urteil *Asjes* wurden mehrere Rechtsakte über die Anwendung von Wettbewerbsregeln auf Luftfahrtunternehmen erlassen, darunter insb die VO 3975/87 über die Einzelheiten der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Luftfahrtunternehmen⁹⁵ und die VO 3976/87 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Luftverkehr⁹⁶. Diese Rechtsakte waren nur auf den internationalen Luftverkehr innerhalb der EWG anwendbar, nicht jedoch auf Flüge innerhalb eines Mitgliedstaats oder auf Flüge zwischen der EWG und einem Drittland.

⁹⁴ EuGH 13/61, *Bosch*, ECLI:EU:C:1962:11, Slg 1962, 89 (112 f); EuGH 209 bis 213/84, *Asjes*, ECLI:EU:C:1986:188, Rn 63 ff.

⁹⁵ VO (EWG) 3975/87 des Rates v 14. 12. 1987 über die Einzelheiten der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Luftfahrtunternehmen, ABl L 1987/374, 1.

⁹⁶ VO (EWG) 3976/87 des Rates v 14. 12. 1987 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Luftverkehr, ABl L 1987/374, 9.

3. Urteil *Ahmed Saeed*⁹⁷

Da sich der Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens auf Unterlassung künftiger Handlungen bezieht, beantwortet der Gerichtshof die Vorabentscheidungsfragen im Lichte der geänderten Rechtslage.⁹⁸

Zur ersten Frage führt der EuGH aus, dass Tarifvereinbarungen für internationale Flüge innerhalb der EWG in Folge der neu erlassenen Durchführungsvorschriften der unbeschränkten unmittelbaren Anwendbarkeit des Art 85 Abs 2 EWGV unterliegen und überdies nicht durch die einschlägigen GVOs⁹⁹ freigestellt seien. Sie könnten daher nur wirksam sein, falls sie gem Art 5 VO 3975/87 in dem dort vorgesehenen Verfahren eine Einzelfreistellung erlangt hätten. Hingegen seien Tarifabsprachen bezüglich Flüge innerhalb eines Mitgliedstaats oder zwischen der EWG und einem Drittland iSd Entscheidung *Asjes* nur nichtig, soweit die Kartellrechtswidrigkeit gem Art 88 oder Art 89 EWGV festgestellt worden sei.¹⁰⁰

Bei der Beantwortung der zweiten Frage hat der EuGH zunächst zu klären, ob die Judikaturlinie von *Asjes* über die beschränkte Wirksamkeit des Art 85 EWGV auch auf die Anwendung von Art 86 EWGV übertragen werden kann. Hier könnte die Meinung vertreten werden, auf Grund einheitlicher verfahrensrechtlicher Regelungen für die Durchsetzung des Kartell- und des Missbrauchsverbots in Art 88 f EWGV sei die Rechtsfolge, die in *Asjes* aus den genannten Bestimmungen für kartellrechtswidrige Absprachen gezogen wurde, auch für den Missbrauch

⁹⁷ Die Schlussanträge des GA *Lenz* werden hier, da sie weitestgehend mit dem Urteil übereinstimmen, nicht umfassend eigenständig dargelegt. Die Fundstellen zu den jeweiligen Ausführungen des GA werden stets samt den Quellenangaben zu den Antworten des EuGH in den Fußnoten ausgewiesen. Zu beachten ist, dass im vorliegenden Verfahren der GA zweimal Schlussanträge erstattete: zunächst am 28. 4. 1988, vgl ECLI:EU:C:1988:212, und weiter ergänzend in der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung am 17. 1. 1989, vgl ECLI:EU:C:1989:5.

⁹⁸ EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 18; EuGH, SA des GA *Lenz* 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:5, Rn 4.

⁹⁹ Auf Grundlage der VO 3976/87 hat die Kommission bereits am 26. 7. 1988 drei Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen: GVO 2671/88 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zur gemeinsamen Planung und Koordinierung der Kapazität, der Aufteilung der Einnahmen, der Tarifkonsultationen im Fluglinienverkehr sowie der Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen, ABl L 1988/239, 9; GVO 2672/88 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen über computergesteuerte Buchungssysteme für den Luftverkehr, ABl L 1988/239, 13; sowie GVO 2673/1988 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen bezüglich Versorgungsleistungen auf Flughäfen, ABl L 1988/239, 17.

¹⁰⁰ EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 29; EuGH, SA des GA *Lenz*, 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1988:212, Rn 19, 23.

marktbeherrschender Stellung maßgeblich.¹⁰¹ Der Gerichtshof entscheidet sich allerdings für die gegenläufige Auffassung und erklärt, Art 86 EWGV gelte „uneingeschränkt für den ganzen Luftfahrtsektor“. Das distinguishing gegenüber *Asjes* vollzieht er unter Hinweis auf fehlende Freistellungsmöglichkeit beim Missbrauchsverbot.¹⁰²

Weiters führt der EuGH aus, dass Art 85 und 86 EWGV auch nebeneinander Anwendung finden können. Dazu wird beispielhaft angeführt, dass *„eine Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Unternehmen lediglich die formelle Bestätigung einer wirtschaftlichen Realität darstellen kann, die dadurch gekennzeichnet ist, daß es einem Unternehmen in beherrschender Stellung gelungen ist, die Anwendung der fraglichen Tarife durch andere Unternehmen durchzusetzen.“*

Eine Vereinbarung könne daher vom Verbot des Art 85 Abs 1 EWGV gem Abs 3 leg cit freigestellt sein und gleichzeitig dem Verbot des Art 86 EWGV unterliegen.¹⁰³

In weiterer Folge erklärt der Gerichtshof die Kriterien für die Abgrenzung des relevanten Marktes¹⁰⁴ und für die Qualifikation des Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens als Missbrauch iSd Art 86 EWGV.¹⁰⁵

In diesem Zusammenhang macht der EuGH eine Aussage zu der Nichtigkeit einer gegen das Missbrauchsverbot verstoßenden Vereinbarung:

„Wenn die Kommission nicht von ihren Befugnissen aus dem Vertrag und den dazu ergangenen Durchführungsbestimmungen Gebrauch gemacht hat, um die Zuwiderhandlung abzustellen oder zu ahnden, ist es Sache der zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden oder Gerichte, aus der Anwendbarkeit des Verbots die Konsequenzen zu ziehen und, mangels einschlägiger

¹⁰¹ So tatsächlich das Vorbringen der Kommission und des Vereinigten Königreichs, vgl. EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 31.

¹⁰² EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 31 ff; EuGH, SA des GA Lenz, 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1988:212, Rn 40 ff.

¹⁰³ EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 37.

¹⁰⁴ EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 39 ff; eine zT unterschiedliche Auffassung vertritt der GA in EuGH, SA des GA Lenz, 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1988:212, Rn 28 f.

¹⁰⁵ EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 42 ff; ähnlich der GA in EuGH, SA des GA Lenz, 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1988:212, Rn 35 f.

gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften gestützt auf ihr nationales Recht, eventuell die Nichtigkeit der fraglichen Vereinbarung festzustellen.“¹⁰⁶

Auf die dritte Frage antwortet der EuGH, dass Art 5 und 90 EWGV es den Mitgliedstaaten verbieten, den Abschluss von Vereinbarungen, die gegen Art 85 oder 86 EWGV verstoßen, zu fördern oder die durch solche Vereinbarungen festgesetzten Tarife zu genehmigen. Dieses Verbot sei wirksam und anwendbar unabhängig von einem Tätigwerden der Kommission gem Art 90 Abs 3 EWGV.¹⁰⁷

4. Fazit

Die Stellungnahme des EuGH zum zivilrechtlichen Schicksal missbrauchsverbotswidriger Verträge erscheint diesmal anders als in *BRT II*¹⁰⁸ nicht im Tenor des Urteils. Da sie auch nicht zur unmittelbaren Begründung der Entscheidung dient, ist sie als ein obiter dictum zu betrachten.

Inhaltlich ist zunächst festzuhalten, dass der Gerichtshof im vorliegenden Urteil insoweit seine Judikatur von *BRT II* und *Greenwich* bestätigt, als er die Beurteilung der Wirksamkeit von missbräuchlichen Verträgen in die Entscheidungskompetenz nationaler Gerichte und Verwaltungsbehörden verweist.¹⁰⁹ Zum Unterschied von den genannten Vorjudikaten geht der EuGH diesmal explizit auf die Frage nach der Rechtsgrundlage dieser Beurteilung ein und erklärt, die innerstaatlichen Behörden haben „*mangels einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften gestützt auf ihr nationales Recht*“ zu entscheiden. Damit gibt er einerseits zu erkennen, dass die Gemeinschaft durchaus die Kompetenz zur Regelung vertragsrechtlicher Rechtsfolgen des Marktmissbrauchs besitzt. Dem ist beizupflichten, zumal eine solche unschwer in Art 103 und 114 AEUV (bzw früher in deren jeweiligen Vorgängerbestimmungen) identifiziert werden kann.

¹⁰⁶ EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 45.

¹⁰⁷ EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 47 ff; EuGH, SA des GA Lenz, 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1988:212, Rn 50 ff.

¹⁰⁸ EuGH 127/73, *BRT/SABAM II*, ECLI:EU:C:1974:25, Tenor.

¹⁰⁹ Anders als in *BRT II* und *Greenwich* wird hier ausdrücklich auch die Kompetenz der nationalen Verwaltungsbehörden benannt. Dies ist als bloße Präzisierung zu verstehen; in den beiden Vorgängerurteilen wurde deswegen nur von den Gerichten gesprochen, weil der Kontext ein rein privatrechtlicher war.

Nachdem der Gerichtshof in *BRT II* und *Greenwich* die Entscheidung nach innerstaatlichem Recht implizit ausschloss und nur die Frage offen ließ, ob innerstaatliche Gerichte nach ihrem nationalen Recht unter Beachtung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben oder aber unmittelbar nach dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden haben, stellt sich nunmehr allerdings die Frage, ob *Ahmed Saeed* eine Präzisierung zu Gunsten der erstgenannten Möglichkeit darstellt oder ob diese Entscheidung als eine Abkehr von den Vorjudikaten zu Gunsten einer (in Ermangelung einschlägiger Sekundärrechtsakte) rein innerstaatlich determinierten Entscheidungsfindung zu betrachten ist. Die zitierte Aussage des EuGH lässt nämlich darauf schließen, dass der Gerichtshof nicht nur die verfahrensrechtlichen Aspekte der Nichtigkeitsfeststellung, sondern auch die materiell-rechtliche Entscheidung über die Festsetzung der Nichtigkeitsfolge aus dem innerstaatlichen Recht ableiten lassen will. In der Aussage findet sich auch kein ausdrücklicher Hinweis auf die Beachtlichkeit gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben.

Indes ist nicht anzunehmen, dass der EuGH mit einem obiter dictum seiner früheren Aussage aus einem Urteilstenor widersprechen will. Zu beachten ist, dass in *Ahmed Saeed* die zivilrechtlichen Fragen nicht den Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens bilden, vielmehr geht es hier um die Bewertung eines behördlichen Verwaltungsaktes. Daher ist davon auszugehen, dass der Gerichtshof keine grundlegenden, sondern nur ergänzende Anmerkungen zum Schicksal missbräuchlicher Verträge vorlegen möchte. Im Übrigen ist der Hinweis auf die Maßgeblichkeit innerstaatlichen Rechts keineswegs mit der Existenz übergeordneter unionsrechtlicher Vorgaben unvereinbar. Im Ergebnis behält die Aussage aus *BRT II* und *Greenwich* über die Maßgeblichkeit der Interessen der Vertragspartner des Marktbeherrschers und Dritter für die Beurteilung der Wirkung missbräuchlicher Verträge auch nach *Ahmed Saeed* ihre Relevanz. Im Lichte des letztgenannten Urteils wird sie jedoch dahingehend zu verstehen sein, dass das die einschlägigen Rechtsfolgen nicht unmittelbar auf dem Unionsrecht basieren; vielmehr sind sie unter Beachtung der unionsrechtlichen Vorgabe innerstaatlich zu regeln. In Ermangelung einschlägiger Sondervorschriften sind die allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen unionsrechtskonform anzuwenden.

Diese Leseart entspricht im Übrigen auch der hL. Zusätzlich zu den oben zitierten Deutungen des Urteiles in diesem Sinne sind so wohl auch Literaturstimmen zu verstehen, die auf Wiedergabe der Rsp verzichten, bei der Erörterung des zivilrechtlichen Schicksals

missbräuchlicher Verträge jedoch die Verbindlichkeit unionsrechtlicher Vorgaben hervorheben.¹¹⁰

F. Rechtssache *GT-Link*

Das Urteil *GT-Link* betraf ebenfalls einen Fall des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung. Es wird in der Lit als erstes Urteil bezeichnet, in dem der EuGH in einem konkreten Anlassfall zu Gunsten des *private enforcement* entschied. Hierbei wird das Urteil sowohl mit Vertragsnichtigkeit als auch mit kartellrechtlichem Schadenersatzanspruch in Verbindung gebracht.¹¹¹ Nachfolgend wird zu untersuchen sein, wie sich das Urteil in die bisherige Judikaturlinie einfügt.

1. Der Sachverhalt und das Ausgangsverfahren

Das dänische Transportunternehmen *GT-Link A/S* betrieb eine Fährverbindung zwischen Deutschland und dem dänischen Hafen Gedser, der sich im Eigentum der *Dänischen Staatsbahnen (DSB)* befand. Die *DSB* betrieben ebenfalls Fährverbindungen von Gedser aus und standen insoweit im Konkurrenzverhältnis zu *GT-Link*. Es wurde vereinbart, dass die *GT-Link* als Entgelt für die Benutzung des Hafens Hafenabgaben zu entrichten hatte, deren Höhe durch eine verbindliche Gebührenordnung des zuständigen Ministers vorgegeben war. Für ausländische Produkte erhöhte sich die Warenabgabe gemäß der einschlägigen Vorschrift der Gebührenordnung um einen 40-prozentigen Einfuhrzuschlag auf den Grundbetrag. Die *GT-Link* machte vor dänischen Gerichten die Rückzahlung eines Großteils (30 396 000 dänische Kronen) der von ihr entrichteten Hafenabgaben geltend. Zur Begründung ihres Antrages brachte sie vor, dass die von der *DSB* erhobenen Abgaben wegen ihrer unangemessenen Höhe gegen das Missbrauchsverbot des Art 86 EWGV verstießen. Als Eventualbegehren beantragte die Klägerin die Rückerstattung der von ihr entrichteten Einfuhrzuschläge für ausländische Waren mit der Begründung, diese seien als unzulässige Maßnahmen zollgleicher Wirkung iSd Art 9 ff EWGV

¹¹⁰ *Huttenlauch/Sturhalm* in LMRKM⁴ Art 102 AEUV Rz 313; *T. Jaeger*, Europarecht² 295.

¹¹¹ *Craig/de Búrca*⁷ 1084 FN 219; *Fuchs in Immenga/Mestmäcker*⁶ Art 102 AEUV Rz 432 FN 1866;

(nunmehr vgl Art 30 AEUV) oder als diskriminierende innerstaatliche Abgaben iSd Art 95 EWGV (nunmehr Art 110 AEUV) einzustufen.¹¹²

Das dänische *Østre Landsret* legte dem EuGH insgesamt neun Fragen zur Vorabentscheidung vor, die auf die Klärung wichtiger warenverkehrs- und wettbewerbsrechtlicher Vorschriften ausgerichtet waren. Für das hier verfolgte Forschungsziel sind die sechste sowie die siebente Frage von Bedeutung. Mit der sechsten Frage will das innerstaatliche Gericht wissen, ob ein öffentliches Unternehmen in marktbeherrschender Stellung das Missbrauchsverbot verletze, falls es auf Grund einer Regelung des Verkehrsministers Abgaben in der Höhe wie im vorliegenden Fall erhebe. Die siebente Frage lautet, ob Subjekte, von denen missbräuchliche Abgaben erhoben wurden, berechtigt seien, eine Rückerstattung zu fordern.¹¹³

2. Stellungnahmen der Parteien und Schlussanträge des Generalanwalts

a) Möglicher Marktmissbrauch und seine Rechtsfolgen (Frage 6)

Die beiden Parteien des Hauptverfahrens bringen in ihren Vorbringen Argumente für oder gegen die Bejahung eines Marktmissbrauchs vor. *GT-Link* präsentiert in ihrem Vorbringen Argumente für die Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung der *DSB* sowie zur Untermauerung ihrer Auffassung, die festgesetzte Abgabenhöhe sei unangemessen hoch und daher missbräuchlich iSd Art 86 lit a EWGV.¹¹⁴

Die *DSB* erklären dazu, die von ihnen angewandte Abgabenhöhe sei zentral so festgesetzt worden, dass sie den betroffenen Häfen eine Kostendeckung ermögliche. Daher könne sie keinen Marktmissbrauch iSd Art 86 EWGV darstellen.¹¹⁵

Der GA äußert zunächst die Meinung, dass der Gerichtshof über das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der *DSB* und über die Angemessenheit der erhobenen Abgaben

¹¹² EuGH C-242/95, *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376, Rn 2 ff.

¹¹³ EuGH C-242/95, *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376, Rn 19.

¹¹⁴ Vgl die Zusammenfassung in EuGH, SA des GA *Jacobs*, 90/94, *Haahr Petroleum*, ECLI:EU:C:1997:87, Rn 122, 124. In den Schlussanträgen wurde neben der im Zitat aufscheinenden Rs auch *GT-Link* behandelt.

¹¹⁵ EuGH, SA des GA *Jacobs*, 90/94, *Haahr Petroleum*, ECLI:EU:C:1997:87, Rn 124.

nicht zu befinden habe. Die Ermittlung der entsprechenden tatsächlichen Lage obliege dem zuständigen innerstaatlichen Gericht, der EuGH habe nur auf die gestellten Fragen einzugehen. Die Frage des vorlegenden Gerichts sei nicht dahingehend zu verstehen, ob die Abgaben unangemessen seien, sondern vielmehr dahin, ob ein andernfalls missbräuchliches Verhalten eines öffentlichen Unternehmens in beherrschender Stellung durch eine einschlägige behördliche Genehmigung oder Anordnung gerechtfertigt werden könne.¹¹⁶

Auf die so verstandene Frage empfiehlt der GA eine verneinende Antwort. Er verweist dazu auf die Judikatur des Gerichtshofes, wonach die missbräuchliche Ausnutzung als ein objektiver Begriff zu deuten sei,¹¹⁷ und die Begünstigung durch innerstaatliches Recht einer Subsumption der betreffenden Vorgehensweise unter Art 86 EWGV nicht entgegenstehe.¹¹⁸ Der GA fügt dem hinzu, dass auch eine etwaige innerstaatliche Veranlassung zu der fraglichen Verhaltensweise die Anwendbarkeit des Art 86 EWGV nicht verhindern könne.¹¹⁹

IdZ äußert sich der GA auch zum Schicksal missbräuchlicher Vertragsbestimmungen. Er impliziert, dass eine ausbeuterische Vertragsregelung nicht durchsetzbar sei, wenn er wörtlich erklärt:

*„Auch der Umstand, daß ein Unternehmen durch innerstaatliches Recht zu einem mißbräuchlichen Verhalten veranlaßt werden soll, kann nicht verhindern, daß dieses Verhalten [gemeint ist: ein Vertragsabschluss zu überhöhten Preisen] rechtswidrig und nicht durchsetzbar ist“.*¹²⁰

Ein sinngleicher Satz einschließlich der Redewendung „rechtswidrig und nicht durchsetzbar“ wird auch im Tenor der Schlussanträge als Antwortvorschlag auf die sechste Frage wiederholt.¹²¹

¹¹⁶ EuGH, SA des GA Jacobs, 90/94, *Haahr Petroleum*, ECLI:EU:C:1997:87, Rn 125.

¹¹⁷ EuGH 85/76, *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36, Rn 91.

¹¹⁸ EuGH 13/77, *INNO*, ECLI:EU:C:1977:185, Rn 34.

¹¹⁹ EuGH, SA des GA Jacobs, 90/94, *Haahr Petroleum*, ECLI:EU:C:1997:87, Rn 126. Aus dem Vergleich mit der engl. Originalfassung („purports to require“) wird deutlich, dass unter *Veranlassung* in Wahrheit eine *Anordnung* gemeint ist. Die auf ersten Blick etwas umständlich anmutende Wortwahl soll wohl zum Ausdruck bringen, dass eine innerstaatliche Anordnung marktmissbräuchlichen Verhaltens wegen Gemeinschaftsrechtsvorrangs unangewendet bleiben müsste. Insofern kann streng genommen niemand durch eine innerstaatliche Rechtsvorschrift zur Verletzung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots *verpflichtet* (sondern allenfalls *vorgeblich verpflichtet* bzw. *veranlasst*) werden.

¹²⁰ EuGH, SA des GA Jacobs, 90/94, *Haahr Petroleum*, ECLI:EU:C:1997:87, Rn 126.

¹²¹ EuGH, SA des GA Jacobs, 90/94, *Haahr Petroleum*, ECLI:EU:C:1997:87, Tenor.

b) Rückerstattungsanspruch (Frage 7)

Im Hinblick auf unsere Forschungsfrage sind unter den Äußerungen zur siebenten Frage die Erwägungen des GA von Bedeutung. Dieser beruft sich in seinen Schlussanträgen auf die Entscheidung *BRT I*, wonach Art 86 EWGV unmittelbar Rechte der Einzelnen begründe, die die innerstaatlichen Gerichte zu wahren haben.¹²² Zusätzlich erinnert der GA auf das Äquivalenz- und das Effektivitätsprinzip. Davon ausgehend gelangt er zu einer expliziten Bejahung des Rückerstattungsanspruchs:

*„Demnach ist es Sache der Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaats, die Verfahrensvorschriften für Klagen zum Schutz dieser Rechte niederzulegen, wobei jedoch die gleiche Behandlung wie bei Klagen zum Schutz von Rechten aus dem innerstaatlichen Recht und die Wirksamkeit gewährleistet sein müssen, so daß die Erstattung tatsächlich möglich sein muss.“*¹²³

Im Tenor der Schlussanträge erklärt der GA, es sei die Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, *„die Vorschriften für Klagen zum Schutz der durch Art 86 EWG-Vertrag verliehenen Rechte zu erlassen“*, wobei das Äquivalenz- sowie das Effektivitätsprinzip zu beachten seien.¹²⁴ Im Lichte der oben zitierten Ausführungen muss dieser Antwortvorschlag so verstanden werden, dass die Pflicht der Mitgliedstaaten zum gerichtlichen Schutz der durch Art 86 EWGV gewährten Rechte stets auch die Statuierung eines Rückerstattungsanspruches zu Gunsten des Opfers eines Ausbeutungsmissbrauchs umfasst.

3. Urteil

Der EuGH folgt seinem GA bei der sechsten Vorabentscheidungsfrage und erklärt die (eventuell vorliegende) Erhebung von innerstaatlich festgelegten überhöhten Hafenabgaben für gemeinschaftsrechtswidrig.¹²⁵

¹²² EuGH, SA des GA Jacobs, 90/94, *Haahr Petroleum*, ECLI:EU:C:1997:87, Rn 175 f. Zum zitierten Hinweis vgl oben II.B.2.

¹²³ EuGH, SA des GA Jacobs, 90/94, *Haahr Petroleum*, ECLI:EU:C:1997:87, Rz 176.

¹²⁴ EuGH, SA des GA Jacobs, 90/94, *Haahr Petroleum*, ECLI:EU:C:1997:87, Tenor.

¹²⁵ EuGH C-242/95, *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376, Rn 46 und Tenor Pkt 4.

Auch bei der siebenten Frage kommt der EuGH zum gleichen Schluss wie der GA, wobei er allerdings die Begründung wie auch die Antwort erweitert. Im Rahmen der Begründung betont der Gerichtshof „*zum einen*“ (folgend dem GA *Jacobs* und in Übereinstimmung mit *BRT I*), dass Art 86 EGV unmittelbare Wirkung habe und Rechte einzelner Rechtsunterworfener begründe, die innerstaatliche Gerichte zu wahren haben.¹²⁶

„*Zum anderen*“ verweist der EuGH (zusätzlich zu den Erwägungen des GA) auf seine Rsp zu der Staatshaftung: Im Sinne dieser Rsp seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, die von ihnen zu Unrecht erhobenen Abgaben zurückzuzahlen. Im vorliegenden Fall unterliegen die *DSB* als öffentliches Unternehmen ebendieser Verpflichtung.¹²⁷

Weiters bestehe nach ständiger Rsp eine Ausnahme von der Rückerstattungspflicht für den Fall, dass die zur Zahlung herangezogene Person die Abgabe auf andere abgewälzt habe. Selbst in diesem Fall seien die Abgabenschuldigen jedoch nicht daran gehindert, die Staatshaftung zum Ersatz des durch die Abgabenerhebung verursachten Schadens geltend zu machen.¹²⁸

Die im Tenor enthaltene summarische Beantwortung der siebenten Vorabentscheidungsfrage betont den staatshaftungsrechtlichen Aspekt des Falls, indem sie den öffentlichen Charakter des rückerstattungspflichtigen Unternehmens hervorhebt.¹²⁹

4. Fazit

Die Ausführungen des GA *Jacobs* stimmen mit der vorangegangenen und oben dargelegten Judikaturlinie überein, wonach das Europarecht Vorgaben zum zivilrechtlichen Schicksal missbräuchlicher Verträge enthält. Dies wird an den Äußerungen des GA deutlich, wonach erstens der Missbrauch marktbeherrschender Stellung einen verschuldensunabhängigen Tatbestand darstellt und zweitens die missbräuchlich erhöhten Hafenabgaben (allgemeiner: Preiszahlungen) auf jeden Fall (offenbar ohne Rücksicht auf die Zugehörigkeit des

¹²⁶ EuGH C-242/95, *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376, Rn 57.

¹²⁷ EuGH C-242/95, *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376, Rn 58 f.

¹²⁸ EuGH C-242/95, *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376, Rn 58, 60. Dies war in der Rechtssache deswegen von Bedeutung, weil ein Teil der verfahrensgegenständlichen Hafenabgabe von der *GT-Link* tatsächlich auf Versender oder Empfänger der transportierten Waren abgewälzt wurde, vgl ebendort Rn 8.

¹²⁹ EuGH C-242/95, *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376, Tenor Pkt 5.

marktbeherrschenden Unternehmens zur öffentlichen Hand) zurückgefordert werden können. Insgesamt ergibt sich daraus ein *verschuldensunabhängiger* Rückforderungsanspruch, der sich iVm dem Hinweis auf Undurchsetzbarkeit ausbeuterischer Preisbestimmungen als klare Stellungnahme zu Gunsten einer gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Nichtigkeit ausbeuterischer Vertragsbestimmungen darstellt.

Den Ausführungen des Gerichtshofes kann wiederum entnommen werden, dass er den Lösungsvorschlag des GA als richtig betrachtet, zumal er den Rückerstattungsanspruch bejaht und die aus Art 86 EGV erfließenden Rechte Einzelner als eine taugliche Anspruchsgrundlage bestätigt. Dass die dogmatische Rechtfertigung dieser Anspruchsgrundlage nicht weiter erörtert wird, deutet darauf hin, dass der EuGH insoweit den Ausführungen seines GA beipflichtet.

Freilich widmet das EuGH-Urteil mehr Raum der anderen Anspruchsgrundlage, die auf die Staatshaftung zurückgeführt wird. Dies könnte als eine Ergänzung der vom GA *Jacobs* vorgebrachten Argumentation betrachtet werden. Es lässt sich aber auch so erklären, dass der EuGH der „staatshaftungsrechtlichen Schiene“ angesichts der Umstände des Einzelfalls bewusst Vorzug geben wollte. Immerhin war der Marktbeherrscher ein öffentliches Unternehmen und beruhte der Marktmissbrauch auf einem innerstaatlichen Rechtsakt.

Nichtsdestotrotz liegt bereits in der Benennung der ersten (rein zivilrechtlichen) Anspruchsgrundlage ein klarer Hinweis, dass der Rückforderungsanspruch auch gegenüber einem Privaten zu gewähren wäre. Somit wird nunmehr das Einräumen eines verschuldensunabhängigen und auf den missbräuchlich überhöhten Entgeltteil bezogenen Rückforderungsanspruchs zu Gunsten des Ausgebeuteten als eine gemeinschaftsrechtliche Vorgabe aufzufassen sein. Dies impliziert wiederum die Bestätigung der Vorjudikatur, der zufolge das zivilrechtliche Schicksal missbräuchlicher Verträge gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unterliegt. Dass die *BRT-Formel*, wonach das zivilrechtliche Vertragsschicksal unter Berücksichtigung der *Auswirkung von missbräuchlichen Vertragsklauseln auf die Interessen der unterlegenen Vertragspartner und Dritter* zu bestimmen ist, nicht erwähnt wird, ist iGZ nicht als Abstandnahme von der genannten Regel zu werten. Im vorliegenden Fall gibt es nämlich keine Dritte, die schutzwürdige Interessen vorweisen könnten, und die Interessen des Missbrauchsopfers sprechen eindeutig für die Bejahung des Rückerstattungsanspruchs.

Von Bedeutung ist weiters auch die Aussage über die Erheblichkeit einer Abwälzung der Abgabe durch den Rückforderungsberechtigten auf Dritte. Die Mitgliedstaaten sind nach diesem Urteil berechtigt, den Rückforderungsanspruch entsprechend zu kürzen (wobei der Berechtigte allenfalls einen zusätzlichen Schaden aus der Preisüberhöhung geltend machen kann). Zwar wird diese Regel im Urteil ausdrücklich als eine staatshaftungsrechtliche ausgewiesen. Gerade weil der EuGH auch die alternative Anspruchsgrundlage mit im Blick hat, muss jedoch angenommen werden, dass der Anspruchsberechtigte selbst bei ihrer Betrachtung nicht bessergestellt wird. Daraus kann geschlossen werden, dass der Gerichtshof auch auf der „bereicherungsrechtlichen Schiene“ die *passing-on defense* zuließe.

G. Zwischenergebnis

Insgesamt kann der historischen Rsp folgendes Zwischenergebnis entnommen werden:

1. Der EuGH hat keine Aussage zum zivilrechtlichen Schicksal von Kartell-Folgeverträgen gemacht. Insbesondere kann entgegen der in deutschsprachiger Lit vorherrschenden Ansicht dem Urteil *Kerpen* keine Zuweisung dieser Regelungsfrage in die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten entnommen werden.
2. Aus der EuGH-Judikatur zum zivilrechtlichen Schicksal von missbräuchlichen Verträgen ergibt sich, dass die Union die Kompetenz zur Entscheidung der genannten Regelungsfrage besitzt und dass bis zur Ausübung dieser Kompetenz durch die Union, das innerstaatliche Recht unter Beachtung primärrechtlicher Vorgaben über die Gültigkeit der betreffenden Verträge zu entscheiden hat. Als maßgebliche unionsrechtliche Vorgabe ist idZ insb die *BRT-Formel* zu beachten, wonach die Regelung des Vertragsschicksals unter Berücksichtigung der *Auswirkung von missbräuchlichen Vertragsklauseln auf die Interessen der unterlegenen Vertragspartner und Dritter* zu erfolgen hat. Im Hinblick auf ausbeuterische Verträge kann die genannte Vorgabe dahingehend präzisiert werden, dass dem Ausgebeuteten der Anspruch auf Rückzahlung des missbräuchlich überhöhten Entgeltsteils einzuräumen ist.

3. Soweit nach dem Unionsrecht die (Teil)Nichtigkeit eines missbräuchlichen Vertrages geboten ist, sind die Mitgliedstaaten berechtigt, gegen den auf die Rückabwicklung des Vertrages gerichteten bereicherungsrechtlichen Anspruch die *passing-on defense* zuzulassen.

III. Rechtsprechung zum kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch

A. Einleitung

Seit der Veröffentlichung des Urteils *GT-Link*¹³⁰ im Jahr 1997 kam die Frage der Gültigkeit von Folgeverträgen und missbrauchsverbotswidrigen Verträgen in der Judikatur des EuGH nicht direkt vor. In den Vordergrund trat immer stärker der kartellrechtliche Schadenersatzanspruch. Nachdem der EuGH in *Courage*¹³¹ die Schadenersatzpflicht der Kartellanten gegenüber allen Geschädigten bejaht hatte, erhielt er eine Reihe von Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte, die auf eine Präzisierung materiell-rechtlicher sowie verfahrensrechtlicher Aspekte des Schadenersatzrechts abzielten. So kamen insb die wichtigen Vorabentscheidungsurteile in den Rs *Manfredi*¹³², *Pfleiderer*¹³³, *Donau Chemie*¹³⁴, *Otis I*¹³⁵, *Kone*,¹³⁶ *Skanska*¹³⁷ und *Otis II*¹³⁸ und *Sumal*¹³⁹ auf die Welt. Inzwischen wurde der Schadenersatzanspruch zusätzlich in der RL 2014/104/EU¹⁴⁰ sekundärrechtlich kodifiziert.

Demgegenüber erfuhr das zivilrechtliche Schicksal von Kartell-Folgeverträgen und missbräuchlichen Verträgen keine sekundärrechtliche Regelung, sodass sich die Rechtsanwendung weiterhin allein am Primärrecht in seiner Auslegung durch den EuGH orientieren kann.

Die Auseinandersetzung mit der Rsp zum kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch erscheint im Rahmen der vorliegenden Arbeit angebracht, weil sie aufzeigen kann, aus welchem Grund und unter welchen Voraussetzungen der EuGH gewillt ist, ungeschriebene Zivilrechtsfolgen aus Art 101 f AEUV abzuleiten. Da die betreffenden Urteile jedoch nicht unmittelbar das Thema dieser Forschungsarbeit betreffen, sollen sie nicht gesamthaft wiedergegeben werden.

¹³⁰ EuGH C-242/95, *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376.

¹³¹ EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465.

¹³² EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

¹³³ EuGH C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389.

¹³⁴ EuGH C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366.

¹³⁵ EuGH C-199/11, *Otis I*, ECLI:EU:C:2012:684.

¹³⁶ EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317.

¹³⁷ EuGH C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204.

¹³⁸ EuGH C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:1069.

¹³⁹ EuGH C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800.

¹⁴⁰ RL 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.

Stattdessen werden im Folgenden zunächst ihre wichtigsten Aussagen summarisch vorgestellt. Anschließend wird die einschlägige Judikatur im Hinblick auf zwei Aspekte, die über schadenersatzrechtliche Fragen hinaus Bedeutung haben könnten, analysiert. Erstens wird zu klären sein, auf welchen teleologischen Erwägungen die Rsp den (zunächst ungeschriebenen) Schadenersatzanspruch begründete. Zweitens soll erörtert werden, ob der Schadenersatzanspruch iSd Rsp des EuGH dem Geschädigten auf Grund einer unmittelbar wirkenden unionsrechtlichen Anordnung zusteht oder auf einer innerstaatlichen Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben basiert. Die gewonnen Ergebnisse sollen jeweils auf ihre Relevanz für das zivilrechtliche Schicksal von Kartell-Folgeverträgen und missbräuchlichen Verträgen untersucht werden.

B. Wichtigste Aussagen des EuGH zum kartellrechtlichen Schadenersatz

1. Aktiv- und Passivlegitimation

Nach der Rsp des Gerichtshofs muss jeder, dem durch ein Kartell Schaden zugefügt wurde, von den Kartellanten Schadenersatz verlangen können.¹⁴¹ Dies gilt insbesondere auch für beschädigte Kunden von Konkurrenten der Kartellanten (Kunden der sog Kartellaußenseiter). Letztere können nämlich durch das allgemein ansteigende Preisniveau animiert werden, ebenfalls mit einer Preiserhöhung nachzuziehen, was bei ihren Kunden einen dem Kartell zuzurechnenden Schaden entstehen lässt; man spricht hier von sog Preisschirmeffekten.¹⁴²

Selbst Personen, die nicht als Anbieter oder Nachfrager am relevanten Markt tätig sind, sondern Förderungen an die Kunden der Kartellanten vergeben, können Schadenersatz verlangen, wenn auf Grund der kartellbedingten Überteuerung überhöhte Subventionen gewährt wurden.¹⁴³

Überdies dürfen auch Parteien einer wettbewerbswidrigen Absprache, die keine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung tragen, nicht grundsätzlich von der

¹⁴¹ EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 25 f. Vgl nunmehr Art 3 Abs 1 RL 2014/104/EU.

¹⁴² EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317.

¹⁴³ EuGH C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:1069.

Geltendmachung des Schadenersatzanspruches gegen die anderen Vertragspartner ausgeschlossen werden.¹⁴⁴

Wird eine schadenersatzpflichtige Gesellschaft beendet und ihre Geschäftstätigkeit von den Gesellschaftern fortgesetzt, so kann der Schadenersatz entsprechend dem Prinzip der wirtschaftlichen Kontinuität gegen Letztere geltend gemacht werden. Eine Anmeldung der Ansprüche im Liquidationsverfahren ist hierfür nicht erforderlich. Diese Haftungserweiterung kommt selbst dann zum Tragen, wenn die betreffenden Rechtssubjekte erst nach der Abstellung der Kartellverstöße Gesellschaftsanteile des einstigen Kartellanten erwarben.¹⁴⁵

Überdies haften die Tochtergesellschaften schadenersatzrechtlich für Wettbewerbsverstöße ihrer Muttergesellschaft und vice versa, sofern die in Frage stehenden Gesellschaften im Hinblick auf den Gegenstand der Zuwiderhandlung eine „wirtschaftliche Einheit“ und somit ein Unternehmen iSd Art 101 f AEUV bilden.¹⁴⁶

2. Umfang der Schadenersatzpflicht

Den Geschädigten steht neben dem positiven Schaden auch der entgangene Gewinn zu. Außerdem ist der Schadenersatzanspruch „nach den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften“ zu verzinsen; die Zinsen werden vom EuGH als „*unerlässlicher Bestandteil einer Entschädigung*“ angesehen.¹⁴⁷

Hingegen hielt der Gerichtshof bereits 2006 fest, dass die Zuerkennung eines über die Wiedergutmachung des tatsächlich entstandenen Schadens hinausgehenden Strafschadenersatzes unionsrechtlich nicht geboten sei. Nur wenn ein Mitgliedstaat den Strafschadenersatz „*im Rahmen von Klagen gewährt ... die das innerstaatliche Recht betreffen und den auf das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft gegründeten Klagen vergleichbar sind*“, sei er auf Grund

¹⁴⁴ EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 28, 31 f.

¹⁴⁵ EuGH C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204.

¹⁴⁶ EuGH C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800, Rn 44. Für Kriterien zur Beurteilung, ob eine Mutter- und eine Tochtergesellschaft zum einen (verantwortlichen) Unternehmen gehören vgl. EuGH C-516/15 P, *Akzo*, ECLI:EU:C:2017:314, Rn 56 samt der dort angeführten Rsp sowie EuGH C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800, Rn 47, 51.

¹⁴⁷ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 95 ff, Tenor. Vgl. nunmehr Art 3 Abs 2 RL 2014/104/EU.

des Äquivalenzprinzips verpflichtet, auch im Bereich der Kartellrechtsdurchsetzung den Strafschadenersatz vorzusehen.¹⁴⁸ Allerdings wurde die betreffende Regulationsfrage inzwischen in Art 3 Abs 2 RL 2014/104/EU aufgegriffen, wonach „der vollständige Ersatz im Rahmen dieser Richtlinie“ zu keiner Überkompensation führen darf.

C. Teleologische Begründung des Schadenersatzanspruchs

1. Analyse der Rsp und Stellungnahme

Vom EuGH wurde als Begründung für den Schadenersatzanspruch seine Erforderlichkeit für die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots angeführt.¹⁴⁹ Üblicherweise wird zwischen der Abschreckungsfunktion und Wiedergutmachungsfunktion unterschieden.¹⁵⁰ Allerdings besteht Uneinigkeit über die Rangordnung der beiden Funktionen im Hinblick auf den kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch.¹⁵¹

Richtigerweise kommt beiden genannten Funktionen Bedeutung zu, wobei aber die Wiedergutmachungsfunktion klar im Vordergrund steht. Wie sogleich gezeigt wird, entspricht diese Position einschlägigen Aussagen des EuGH am besten und lässt sich auch mit zusätzlichen teleologischen Argumenten untermauern.

Richtungsweisend ist in dieser Hinsicht das bahnbrechende Urteil *Courage*, in welchem der Schadenersatzanspruch aller Kartellgeschädigten nicht nur (zum ersten Mal) ausdrücklich bejaht, sondern auch dogmatisch begründet wird.¹⁵² Die wichtige Vorarbeit hierfür leistete freilich der GA *Mischo* mit seinen Schlussanträgen¹⁵³. Hier vertritt er durchaus überzeugend den Standpunkt, dass die Rechte, die Einzelne nach gefestigter Rsp des EuGH aus Art 81 EGV

¹⁴⁸ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Tenor.

¹⁴⁹ EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 26.

¹⁵⁰ EuGH, SA des GA *Wahl*, C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:100, Rn 27 f.

¹⁵¹ Für Stellungnahmen iSd Vorrangs der Wiedergutmachungsfunktion vgl *T. Jaeger*, *Europarecht*² 296; *Reidlinger* in FS Wiedemann 643 (656 ff); ähnlich *Säcker* in MüKo³ Art 101 AEUV Rz 902, 907, 918; zu Gunsten des Vorrangs der Abschreckungsfunktion hingegen EuGH, SA des GA *Wahl*, C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:100, Rn 50.

¹⁵² EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465.

¹⁵³ EuGH, SA des GA *Mischo*, C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:18.

ableiten können,¹⁵⁴ auch das Recht auf Schutz gegen nachteilige Kartellwirkungen einschließen.¹⁵⁵ Weiters könne die im Primärrecht ausdrücklich vorgesehene Nichtigkeit verbotener Absprachen nach der Meinung des GA keinen ausreichenden Schutz bieten, da sie nicht immer zu einer Wiedergutmachung des verursachten Schadens führe. Im Ergebnis sei daher auch ein Schadenersatzanspruch der Geschädigten erforderlich.¹⁵⁶

Ergänzend geht GA *Mischo* auch auf das Argument einer Verfahrenspartei ein, wonach die *in concreto* beanspruchte Gewährung des Schadenersatzanspruchs an einen Kartellbeteiligten (den möglicherweise keine erhebliche Verantwortung für den Wettbewerbsverstoß trifft und der den kartellbedingt erlittenen Schaden gegen den anderen Kartellbeteiligten geltend macht) den Abschluss wettbewerbswidriger Vereinbarungen attraktiver erscheinen ließe. Dem hält der GA entgegen, der Schadenersatzanspruch würde vielmehr zur Prävention von Wettbewerbsverstößen beitragen, insbesondere durch die Abschreckung des „stärkeren“ Partners von der Durchsetzung wettbewerbswidriger Absprachen.¹⁵⁷

Eine aufmerksame Lektüre des EuGH-Urteils zeigt deutlich, dass der Gerichtshof seinem GA vorbehaltlos folgen wollte. Die Schadenersatz-Frage wird im Urteil in vier aufeinander unmittelbar folgenden Denkschritten behandelt:

Im ersten Schritt wird zunächst die Aufgabe innerstaatlicher Gerichte hervorgehoben, die volle Wirkung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten und die subjektiven Rechte zu schützen, die das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen verleiht.¹⁵⁸

Im zweiten Schritt wird ausgesprochen, dass die „volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochenen Verbots beeinträchtigt [wären], 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.“¹⁵⁹ Somit bejaht der Gerichtshof den

¹⁵⁴ Ausgehend von *BRT I* besagt die ständige Rsp des EuGH, dass die primärrechtlichen Kartellrechtsvorschriften unmittelbar subjektive Rechte von Rechtsunterworfenen entstehen lassen, vgl bereits oben II.B.2.

¹⁵⁵ EuGH, SA des GA *Mischo*, C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:18, Rn 37.

¹⁵⁶ EuGH, SA des GA *Mischo*, C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:18, Rn 53 f.

¹⁵⁷ EuGH, SA des GA *Mischo*, C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:18, Rn 57.

¹⁵⁸ EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 25.

¹⁵⁹ EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 26.

kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch *jedermanns* mit Blick auf seine Erforderlichkeit für die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots.

Im dritten Schritt wird zusätzlich festgehalten, dass der Schadenersatzanspruch tatsächlich die Durchsetzungskraft des Wettbewerbsrechts erhöhen und potentielle Kartellanten von wettbewerbswidrigen Handlungen abhalten kann.¹⁶⁰

Daran anschließend spricht der Gerichtshof im vierten Schritt mit Blick auf den Ausgangsstreit aus, dass auch ein Kartellbeteiligter „*nicht von vornherein*“ vom Schadenersatzanspruch ausgeschlossen werden dürfe.¹⁶¹

Die inhaltliche Übereinstimmung des Urteils mit den Schlusserträgen kann freilich allzu leicht übersehen werden. Für Verwirrung sorgen kann insb die Verwendung des Wortes „*nämlich*“ durch den Gerichtshof bei Wiedergabe des dritten Denkschrittes: „*Ein solcher Schadenersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von ... [wettbewerbswidrigen] Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten ...*“.¹⁶² Diese Formulierung erweckt den Eindruck, das Abschreckungspotential würde den eigentlichen Grund für die vorausgehend angeführte Erwägung über die Notwendigkeit des Schadenersatzrechts für die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots liefern.

Dass eine derartige Leseart nicht zwingend ist, zeigt der Blick in die englische und französische Fassung des Urteils. In der authentischen englischen Fassung wird statt „*nämlich*“ das Wort „*indeed*“ verwendet, währenddessen im Französischen die Wendung „*en effet*“ gebraucht wird. Beide Ausdrücke sind ins Deutsche am ehesten mit „tatsächlich“ oder „wirklich“ zu übersetzen, was auch eine Deutung vertretbar erscheinen lässt, wonach der Gerichtshof an der besagten Stelle einfach die ergänzende Anmerkung des GA zum Abschreckungspotential bestätigen wollte, ohne letzteres in den Vordergrund zu stellen.

¹⁶⁰ EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 27.

¹⁶¹ EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 28.

¹⁶² EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 27.

Tatsächlich erscheint es naheliegend, ein EuGH-Urteil synoptisch mit den Schlussanträgen des GA zu lesen. Immerhin ist es für den EuGH nicht ungewöhnlich, dass er die vom GA herausgearbeiteten Argumente nicht zur Gänze wiederholt, sondern nur skizzenhaft nachzeichnet. Diese Interpretation ist auch im Hinblick auf die innere Systematik des Urteils plausibel: Sollte die Abschreckungswirkung tatsächlich die eigentliche teleologische Grundlage des Schadenersatzanspruchs bilden, so müsste es unverständlich bleiben, dass der Gerichtshof seine diesbezüglichen Erwägungen (im ersten Denkschritt) mit dem Hinweis auf den notwendigen Schutz subjektiver Gemeinschaftsrechte des Einzelnen einleitete.

In den Folgeurteilen behandelt der Gerichtshof den kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch als ein etabliertes Recht und beschränkt sich bei seiner Begründung mitunter auf eine schematische Wiedergabe von *Courage*.¹⁶³ Alleine in *Skanska*, legt der Gerichtshof, wie auch zuvor der GA *Wahl* in seinen Schlussanträgen,¹⁶⁴ das Hauptgewicht auf die Abschreckungsfunktion und beantwortet die Vorabentscheidungsfrage gerade mit Blick auf das Abschreckungspotential.¹⁶⁵ Demgegenüber werden in *Donau Chemie* vom EuGH beide Funktionen benannt, wobei der Gerichtshof keiner von ihnen ein größeres Gewicht zuspricht.¹⁶⁶ In *Kone*, *Otis II* und *Sumal* greift der Gerichtshof auf die bereits in *Courage* verwendete Systematik zurück: Er betont zunächst die Erforderlichkeit des Schadenersatzanspruchs für die volle Wirksamkeit des Kartellverbots und leitet daraus die Existenz des Schadenersatzanspruchs ab. Anschließend weist er auch auf die präventive Wirkung des Schadenersatzes hin.¹⁶⁷

Aussagekräftig ist aber auch die Bewertung der Generalanwälte. Neben dem soeben zitierten GA *Wahl* bezogen auch die Generalanwälte *Mazák*, *Jääskinen* und *Kokott* zum Zweck des

¹⁶³ Vgl. EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 90 f; EuGH C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, Rn 28 f; EuGH C-199/11, *Otis I*, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn 22 ff. Die zitierten Urteile könnten rein nach ihrem Wortlaut auch im Sinne einer Priorisierung der Präventivwirkung verstanden werden. Allerdings kann eine derartige Deutung im Lichte der klaren Anknüpfung an *Courage* auf Grund des Vorgesagten nicht überzeugen.

¹⁶⁴ EuGH, SA des GA *Wahl*, C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:100, Rn 50.

¹⁶⁵ EuGH C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204, Rn 43 ff.

¹⁶⁶ EuGH C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rn 22 f.

¹⁶⁷ EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn 21 ff; EuGH C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn 22 ff; EuGH C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800, Rn 32 ff.

kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs Stellung. Alle drei stellen die Wiedergutmachungsfunktion klar in den Vordergrund.¹⁶⁸

Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass die hier vertretene Meinung über den Vorrang der Wiedergutmachungsfunktion durch die herrschende Rsp, insbesondere durch die grundlegende Entscheidung *Courage*, gedeckt ist. Allerdings kann auch die Abschreckungswirkung nicht vollkommen außer Acht gelassen werden. Bereits in der Rs *Courage* gaben sowohl der GA als auch der Gerichtshof zu erkennen, dass die Wirkung einer in Betracht gezogenen Rechtsfolge auf das Verhalten potentieller Kartellanten mitberücksichtigt werden muss. In diesem Sinne kann auch das (zunächst als Ausreißer erscheinende) Urteil *Skanska* im Einklang mit der überwiegenden Rsp gedeutet werden: Insoweit die Wiedergutmachungsfunktion nicht beeinträchtigt wird, ist unter mehreren Regelungsmöglichkeiten jener Vorzug zu geben, die das Abschreckungspotential des Schadenersatzrechts am besten verwirklicht.

Neben der Judikaturanalyse sprechen aber auch andere gewichtige Gründe gegen eine Priorisierung der Abschreckungsfunktion. Die Schadenersatzklagen wird man schwierig als *zur Abschreckung* von Wettbewerbsverstößen *erforderlich* bezeichnen können, zumal die Abschreckung durch öffentlich-rechtliche Rechtsfolgen sichergestellt werden kann. Selbst wenn man das geltende System des *public enforcement* für unzulänglich halten sollte, dürfte man zu keinem anderen Schluss gelangen: Viel plausibler als Ableitung einer ungeschriebenen Zivilrechtsfolge aus dem Primärrecht wäre diesfalls die Annahme einer Pflicht des Unionsgesetzgebers zur Verbesserung des Systems.

Überdies wäre es (jedenfalls im Hinblick auf Art 101 AEUV) verfehlt, die Schadenersatzklage als „Rettung“ des Kartellrechtsvollzugs in jenen Fällen zu betrachten, die von den Wettbewerbsbehörden aus irgendeinem Grund nicht aufgegriffen werden. Denn gerade die verschleierte Natur wettbewerbswidriger Absprachen bringt es mit sich, dass die Beschädigten

¹⁶⁸ EuGH, SA des GA *Mazák*, C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2010:782, Rn 36; EuGH, SA des GA *Jääskinen*, C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:67, Rn 48; EuGH, SA der GA *Kokott*, C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:45, Rn 71.

das Kostenrisiko eines zivilen Streitprozesses idR erst nach einer behördlichen Überführung und Sanktionierung des Kartells wagen.¹⁶⁹

Weiters darf auch der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht außer Acht gelassen werden. Im Lichte dieses Prinzips wäre es wohl bedenklich, wenn die Kartellanten im Sinne der Abschreckungsfunktion zusätzlich zu der sekundärrechtlich vorgesehenen Geldbuße eine weitere, anfangs noch ungeschriebene, Sanktion bloß auf Grundlage ihrer allgemein-präventiven Wirkung hinnehmen müssten. Schon eher kann (im Sinne der Wiedergutmachungsfunktion) argumentiert werden, dass ein Rechtsbrecher den schuldhaft verursachten Schaden auch beim Fehlen einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage gleichsam auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze ersetzen muss.

Letztlich wäre es auch verfehlt, die Wiedergutmachungsfunktion allein dem Privatinteresse der Schadenersatzberechtigten zuzuordnen. Immerhin dient die Wiedergutmachung auch der Beseitigung jener marktverzerrenden Kartellwirkungen, die in der Schwächung der geschädigten Marktteilnehmer bestehen. Insofern dient die Wiedergutmachung auch dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung unverfälschter Wettbewerbsverhältnisse.

Die hier vertretene Auffassung über den Vorrang der Wiedergutmachungsfunktion entspricht im Übrigen auch dem Verständnis des Sekundärrechtssetzers, der insb durch den Ausschluss des Strafschadenersatzes und die Zulassung der passing-on defense in Art 3 Abs 3 bzw Art 12 Abs 2 RL 2014/104/EU die entsprechende Wertung zum Ausdruck brachte.¹⁷⁰

2. Bewertung im Hinblick auf vertragsrechtliche Rechtsfolgen

Im Hinblick auf das Schicksal missbrauchsverbotswidriger Verträge kann die *Courage-Rsp* als Bestätigung der älteren Judikatur gewertet werden. Sie harmoniert mit der oben erörterten *BRT-Formel*¹⁷¹, wonach die Nichtigkeit missbräuchlicher Verträge insofern unionsrechtlich geboten ist, als dies zur Wahrung von *Interessen der unterlegenen Vertragspartner und Dritter*

¹⁶⁹ Reidlinger in FS Wiedemann 643 (658). Vgl auch EuGH, SA des GA Mazák, C-360/99, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, Rn 40 samt Verweis auf das dort zitierte Weißbuch der Kommission.

¹⁷⁰ F. Schuhmacher in WiR 173 (177, 184 ff).

¹⁷¹ Zu der *BRT-Formel* vgl oben, insb 2.G.

erforderlich ist. Der ergänzenden Heranziehung der Abschreckungsfunktion durch die *Courage-Judikatur* kann eine Präzisierung dieser Vorgabe entnommen werden: Unter den *Interessen Dritter* ist auch das öffentliche Interesse am wirksamen Wettbewerb zu verstehen, welches neben der Beseitigung wettbewerbsverfälschender Folgen einer Zuwiderhandlung auch die generelle Prävention künftiger Wettbewerbsverstöße miteinschließt.

Speziell im Hinblick auf die Abschreckungsfunktion ist daher festzuhalten, dass die ihr zukommende Rolle sinnvoller Weise auch auf Zivilrechtsfolgen außerhalb des Schadersatzrechts übertragen werden kann: Sie steht zwar nicht im Vordergrund, allerdings wird unter mehreren zunächst gleichwertig erscheinenden Rechtsfolgen jene zu wählen sein, die die stärkere präventive Wirkung mit sich bringt.

Die rationes der *Courage-Rsp* sind aber auch für das Schicksal von Kartell-Folgeverträgen relevant. Entsprechend dem oben erörterten teleologischen Standpunkt des EuGH muss auch hier angenommen werden, dass die Vertragsnichtigkeit insoweit geboten ist, als die Beseitigung von Nachwirkungen des Kartells sie erfordert. Allerdings setzt gerade das Erforderlichkeitskriterium der Ableitung ungeschriebener Zivilrechtsfolgen aus Art 101 AEUV auch eine Grenze: Implizierte Rechtsfolgen sind nicht schon dann zu bejahen, wenn sie sich bloß als zweckmäßig oder förderlich darstellen. Insofern keine Notwendigkeit vorliegt, bleibt die Regelung des Folgevertragsschicksals dem Sekundärrechtsetzer, und in Ermangelung einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften den nationalen Gesetzgebern überlassen.

D. Unmittelbare Begründung des Schadenersatzanspruchs im Unionsrecht?

1. Zweideutige Judikatur des EuGH

Bereits in *Courage* und *Manfredi* gab der EuGH zu erkennen, dass er den statuierten Schadenersatzanspruch unmittelbar im Unionsrecht begründet sieht. So bezeichnet er ihn in beiden zitierten Urteilen als eines „*der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des*

Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte“.¹⁷² Überdies nennt er ihn ein durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenes Recht.¹⁷³

Trotzdem spricht der Gerichtshof zusätzlich aus, dass bestimmte „*Einzelheiten für die Ausübung [des Schadenersatzrechts]*“ unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsprinzips durch die Mitgliedstaaten zu regeln seien.¹⁷⁴ Zu diesen „*Einzelheiten*“ gehören offenbar nicht nur verfahrensrechtliche Aspekte der Rechtsdurchsetzung sondern auch bestimmte materiell-rechtliche Fragen, zumal der EuGH auch die Abgrenzung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen rechtswidriger Handlung und Schaden¹⁷⁵ (und damit die Festlegung einer Tatbestandsvoraussetzung) sowie die „*Bestimmung der Kriterien für die Ermittlung des Umfangs des Schadenersatzes*“¹⁷⁶ (und damit die quantitative Determinierung der Rechtsfolge) explizit einschließt. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Gerichtshof in *Manfredi* die Kausalitätsabgrenzung etwas umständlich als „*Bestimmung der Einzelheiten für die Anwendung des Begriffes ... ,ursächlicher Zusammenhang‘*“ beschreibt.¹⁷⁷ Aus dem Zusammenhang ist nämlich klar ersichtlich, dass hier die Kompetenz zur materiell-rechtlichen Regelung der Kausalität gemeint ist.

Freilich lassen sich die beiden Aussagen miteinander nicht vereinbaren. Wenn ein subjektives Recht unmittelbar im Unionsrecht begründet ist, müssen die Voraussetzungen seiner Entstehung und sein Umfang ausschließlich unionsrechtlich determiniert sein. Tatsächlich deuteten das EuG sowie der OGH die zitierte Rsp dahingehend, dass das Unionsrecht nur eine Vorgabe an den innerstaatlichen Gesetzgeber zur Einräumung eines kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs enthalte.¹⁷⁸

¹⁷² EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 29; EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 77.

¹⁷³ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 62. Vgl auch EuGH C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rn 25, 27.

¹⁷⁴ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 64 und Tenor.

¹⁷⁵ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 64 und Tenor.

¹⁷⁶ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 92, 98 und Tenor.

¹⁷⁷ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 64 und Tenor.

¹⁷⁸ EuG T-395/94, *Atlantic Container Line*, ECLI:EU:T:2002:49, Rn 414; OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 46/12m.

2. Lösungsansätze der Generalanwälte und Zurückhaltung des EuGH

Das skizzierte Problem wurde von der GA *Kokott* in ihren Schlussanträgen zu den Rs *Kone*¹⁷⁹ und *Otis II*¹⁸⁰ sowie vom GA *Wahl* in der Rs *Skanska*¹⁸¹ angesprochen. In allen genannten Verfahren ging es um materiell-rechtliche Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs, genauer gesagt um Fragen der Kausalität des Kartells und der „wirtschaftlichen Identität“ der Kartellanten. In allen drei Verfahren entschied Gerichtshof in Übereinstimmung mit den jeweiligen Schlussanträgen zu Gunsten einer weiten Auslegung der Haftungsvoraussetzungen, obwohl diese Lösung nach dem Zivilrecht des betreffenden Mitgliedstaats (zumindest in seiner Auslegung durch das vorlegende Höchstgericht) unzulässig gewesen wäre. Die Generalanwälte hatten ihre Schlussfolgerungen ausschließlich auf unionsrechtlicher Grundlage erarbeitet und die Maßgeblichkeit innerstaatlicher Zivilrechtsbestimmungen explizit verneint. Demgegenüber wollte sich der EuGH auf eine klare Präzisierung der Rechtsgrundlage des Schadenersatzanspruchs nicht einlassen.

a) Rechtssache *Kone*

In der vom OGH vorgelegten Rs *Kone* ging es um die kausale Zurechnung von Preisschirmeffekten gegenüber den Kartellanten.¹⁸² IdZ wurde die Frage der unmittelbaren unionsrechtlichen Begründung des Schadenersatzanspruchs von der GA *Kokott* aufgegriffen.

In ihren Schlussanträgen schlägt die GA vor, auf der unmittelbaren Begründung des Schadenersatzanspruches im Unionsrecht zu beharren und die gegenläufigen Aussagen aus *Manfredi*¹⁸³ restriktiv dahingehend zu interpretieren, dass nur die Frage, wie der Schadenersatz zu gewähren sei, vom innerstaatlichen Recht abhängt, während die Frage, ob Schadenersatz zu gewähren sei, allein im Unionsrecht ihre Beantwortung finde. Als Beispiele für Regelungspunkte, die demnach dem innerstaatlichen Recht zugeordnet werden können, werden von der GA Zuständigkeiten, Verfahren, Fristen und Beweisführung angeführt. Damit gibt sie zu

¹⁷⁹ EuGH, SA der GA *Kokott*, C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:45.

¹⁸⁰ EuGH, SA der GA *Kokott*, C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:651.

¹⁸¹ EuGH, SA des GA *Wahl*, C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:100.

¹⁸² EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn 5 ff.

¹⁸³ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 64 und Tenor.

erkennen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen sowie die Rechtsfolge allein durch das Unionsrecht bestimmt werden sollen. Folgerichtig schlägt sie vor, die Kausalitätsprüfung auf unmittelbarer unionsrechtlicher Grundlage vorzunehmen.¹⁸⁴

Den zitierten Ausführungen der GA kann entnommen werden, dass sie um eine widerspruchsfreie Auslegung der oben wiedergegebenen Aussagen des EuGH ringen musste. Wohl nur aus Respekt vor dem Gerichtshof formuliert sie ihren diesbezüglichen Hinweis eher vorsichtig: Die Notwendigkeit der Heranziehung nationalen Rechts zur Beurteilung des Kausalzusammenhangs ergebe sich aus *Manfredi* nur „*bei vordergründiger Betrachtung*“, wohingegen „*bei näherer Betrachtung*“ einleuchte, dass die Frage über das Bestehen des Schadenersatzanspruchs allein aus dem Unionsrecht zu beantworten sei.¹⁸⁵

Allerdings wird der elegante Lösungsvorschlag der GA vom EuGH nicht aufgegriffen. Stattdessen wiederholt der Gerichtshof die bereits aus *Manfredi* bekannten Formeln ohne jegliche Präzisierung.

So betont er einerseits, dass der kartellrechtliche Schadenersatzanspruch als ein „*dem Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsende[s] Recht*“ zu betrachten sei.¹⁸⁶

Andererseits führt er an, dass die „*Regelung der Modalitäten für die Ausübung [des Schadenersatz]Rechts einschließlich derjenigen für die Anwendung des Begriffs ‚ursächlicher Zusammenhang‘ Aufgabe der innerstaatlichen Rechtsordnung des einzelnen Mitgliedstaats*“ sei.¹⁸⁷ Den Mitgliedstaat binden hier nur der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz.¹⁸⁸ Damit weist der Gerichtshof die Festlegung (zumindest) einer Tatbestandsvoraussetzung erneut dem Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten zu. Zudem kann auch auf Grundlage des Urteilstenors für die Anwendbarkeit des innerstaatlichen Rechts und seine punktuelle Korrektur durch entgegenstehende unionsrechtliche Vorgaben argumentiert werden.¹⁸⁹ So bleibt das

¹⁸⁴ EuGH, SA der GA Kokott, C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:45, Rn 21 ff.

¹⁸⁵ EuGH, SA der GA Kokott, C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:45, Rn 22 f.

¹⁸⁶ EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn 25. In gleiche Richtung geht auch die Erwägung des Gerichtshofs in Rn 20 ebendort.

¹⁸⁷ EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn 24.

¹⁸⁸ EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn 24.

¹⁸⁹ EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Tenor: „Art. 101 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach es aus Rechtsgründen kategorisch ausgeschlossen ist, [dass die Kartellanten für Preisschirmeffekte haftbar gemacht

Spannungsverhältnis zwischen den beiden Aspekten der Rsp über die Regelungsgrundlage des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs weiterhin ungelöst.

b) Rechtssache *Skanska*

In der Rs *Skanska* ging es um die Abgrenzung der aus dem streitgegenständlichen Wettbewerbsverstoß haftenden Rechtssubjekte. Fraglich war, ob die letzten Aktionäre einer bereits vollbeendeten Gesellschaft für deren Kartellrechtsverletzungen in Anspruch genommen werden können.¹⁹⁰ Das vorlegende finnische Höchstgericht erbat vom EuGH nicht nur die inhaltliche Klärung der strittigen Rechtsfrage, sondern ersuchte auch um die Präzisierung der einschlägigen Rechtsgrundlage: Es wollte wissen, ob der Kreis der Schadenersatzpflichtigen unmittelbar auf Grundlage des Unionsrechts bestimmt wird oder aber anhand nationaler Rechtsvorschriften (unter Beachtung unionsrechtlicher Vorgaben) abzugrenzen ist.¹⁹¹

Bemerkenswerterweise spricht sich die Kommission in ihrer Stellungnahme unter Hinweis auf die RL 2014/104/EU gegen die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts aus.¹⁹² Demgegenüber vertritt der GA Wahl wortkräftig die Ansicht, dass die strittige Frage, sowie überhaupt alle Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs, auf unmittelbarer unionsrechtlicher Grundlage beurteilt werden müssen.¹⁹³ Hierbei stützt er sich ua auf die bereits von der GA Kokott zu *Kone* herausgearbeiteten Erwägungen.¹⁹⁴ Weiters nimmt sich der GA auch beim vorsichtigen Aufzeigen der Diskrepanz innerhalb der oben zitierten Judikatur an der GA Kokott Beispiel. So meint er, aus einigen Passagen des Urteils *Kone* „könnte sich der Eindruck ergeben“, der kartellrechtliche Schadenersatzanspruch bestimme sich nach dem jeweiligen innerstaatlichen Recht unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsprinzips. Ein „näherer Blick“ zeige

werden].“ Daraus könnte *e contrario* auf die Anwendbarkeit einschlägiger unionsrechtskonformer innerstaatlicher Rechtsvorschriften geschlossen werden. Die einschränkende Formulierung wurde im Übrigen nicht der Vorlagefrage des OGH entnommen (zu dieser vgl ebendort Rn 17) sondern vielmehr vom EuGH selbständig formuliert.

¹⁹⁰ Zum Kontext dieser Rechtsfrage und zur Auswirkung des Urteils auf das Verständnis des Unternehmensbegriffs der Art 101 f, 106 AEUV vgl *Holzweber*, RdW 2019, 438; *Reidlinger*, GesRZ 2019, 97.

¹⁹¹ EuGH C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204, Rn 22.

¹⁹² EuGH C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204, Rz 33; EuGH, SA des GA Wahl, C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:100, Rn 65.

¹⁹³ EuGH, SA des GA Wahl, C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:100, Rn 34 ff, 55 ff.

¹⁹⁴ EuGH, SA des GA Wahl, C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:100, FN 21.

jedoch, dass die Prüfung der Tatbestandsmerkmale unter Heranziehung des Prinzips der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts unmittelbar auf unionsrechtlicher Grundlage erfolge.¹⁹⁵

Das EuGH-Urteil folgt dem GA in der Beantwortung der strittigen inhaltlichen Rechtsfrage und in der Identifizierung der fallgegenständlichen Rechtsgrundlage. Es wird ausdrücklich festgehalten, dass „*die Bestimmung des Ersatzpflichtigen des durch einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV entstandenen Schadens unmittelbar durch das Unionsrecht*“ erfolge.¹⁹⁶ Weiters widerspricht der EuGH an keiner Stelle den Ausführungen des GA über die alleinige Maßgeblichkeit des Unionsrechts für die Überprüfung *aller* Tatbestandsmerkmale des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs, er macht sich diese Erwägungen aber auch nicht zu eigen.¹⁹⁷ Zur Begründung seiner Entscheidung hält der EuGH lediglich fest, dass der *Begriff des Unternehmens* iSd Art 101AEUV (so wie im Rahmen eines Geldbußverfahrens) auch für Zwecke des Schadenersatzrechts autonom unionsrechtlich auszulegen sei¹⁹⁸ und entsprechend dem Prinzip der wirtschaftlichen Kontinuität verstanden werden müsse.¹⁹⁹

Damit lässt der EuGH die Möglichkeit, in rationes decidendi die Frage nach der Rechtsgrundlage des Schadenersatzanspruchs umfassend zu klären, ungenutzt. Denn das Urteil lässt auch die Rechtsmeinung zu, wonach bestimmte Voraussetzungen des Schadenersatzrechts einzelstaatlich zu regeln seien, wohingegen der Begriff des (kartellbeteiligten) Unternehmens unmittelbar auf Grundlage des Unionsrechts ausgelegt werde.²⁰⁰

¹⁹⁵ EuGH, SA des GA Wahl, C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:100, Rn 37 ff. Vgl insb Rn 39 für die Bedeutung des Unterschieds zwischen dem Effektivitätsprinzip und dem Prinzip der vollen Wirksamkeit für das Ziehen einer „*Trennlinie zwischen Fragen, die dem Unionsrecht, und solchen, die dem nationalen Rechtssystem der Mitgliedstaaten unterliegen*“.

¹⁹⁶ EuGH C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204, Rn 28.

¹⁹⁷ Vgl Holzweber, RdW 2019, 438 (439).

¹⁹⁸ EuGH C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204, Rn 47.

¹⁹⁹ EuGH C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204, Rn 50.

²⁰⁰ Ähnliches kann im Hinblick auf EuGH C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800 festgehalten werden. In der genannten Rs wurde die unmittelbare Grundlage des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs nicht generell problematisiert; die Vorlagefragen betrafen erneut die Auslegung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs. Im zitierten Urteil hebt der Gerichtshof hervor, dass die Bestimmung der „[zum Schadenersatz] *verpflichteten Einheit unmittelbar durch das Unionsrecht geregelt wird*“ (Rn 34), lässt jedoch offen, ob Gleiches auch für einzelne Tatbestandsmerkmale gelten soll.

c) Rechtssache *Otis II*

In *Otis II* ging es erneut um die Beurteilung des Kausalzusammenhangs zwischen Kartell und Vermögensschaden. Wie bereits in der Rs *Kone* wurde der Ausgangsstreit in Österreich ausgetragen und die Vorabentscheidungsfrage vom OGH vorgelegt. Anders als das finnische Höchstgericht in *Skanska* fragte der OGH allerdings nicht nach der einschlägigen Rechtsgrundlage, sondern ausschließlich nach der Lösung der materiell-rechtlichen Rechtsfrage.²⁰¹

Nicht unerwartet nimmt die GA *Kokott* das Verfahren trotzdem zum Anlass, sich in ihren Schlussanträgen nochmals zur Abgrenzung der Regelungsbereiche des Unionsrechts und der innerstaatlichen Rechtsordnungen zu äußern und dem EuGH einen Weg zur Auflösung der oben beschriebenen Spannungsfelder seiner Judikatur aufzuzeigen.²⁰² Hierbei verweist sie insb auf die Schlussanträge des GA *Wahl* in der Rs *Skanska* und auf ihre eigenen Schlussanträge in der Rs *Kone*.²⁰³ Zusätzlich zitiert sie das Urteil zu *Kone* und betont, dass die Rechtsfrage direkt auf Grundlage des Art 101 AEUV gelöst worden sei.²⁰⁴ Dementsprechend präsentiert die GA eine mit dieser Auslegung harmonisierende Deutung früherer Judikate. Unter den „*Einzelheiten ... für die Anwendung des Begriffs ‚ursächlicher Zusammenhang‘*“, die nach *Manfredi* und *Kone* in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen,²⁰⁵ seien lediglich „*Modalitäten der tatsächlichen Feststellung eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen schädigendem Ereignis und Schaden im konkreten Fall*“ zu verstehen.²⁰⁶ Als Beispiel für derartige *Modalitäten* nennt sie „*die Frage, wie viele Gutachten welcher Art bzw. welches Niveau an wissenschaftlicher Erwiesenheit als Beweis*“ im Gerichtsverfahren verlangt werden.²⁰⁷

Die von der GA *Kokott* vorgelegte Interpretation der Vorjudikatur kann aus zwei Gründen nicht gänzlich überzeugen. Erstens spricht, wie bereits oben gezeigt wurde, die Formulierung des Tenors von *Kone* dafür, dass der EuGH die rechtliche Abgrenzung des Kausalzusammenhangs

²⁰¹ EuGH C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn 19.

²⁰² EuGH, SA der GA *Kokott*, C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:651, Rn 39 ff.

²⁰³ EuGH, SA der GA *Kokott*, C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:651, FN 29 ff.

²⁰⁴ EuGH, SA der GA *Kokott*, C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:651, Rn 61.

²⁰⁵ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 64, Tenor; vgl. EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn 24.

²⁰⁶ EuGH, SA der GA *Kokott*, C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:651, Rn 56.

²⁰⁷ EuGH, SA der GA *Kokott*, C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:651, Rn 57 f.

nach innerstaatlichen Zivilrechtsvorschriften prinzipiell zulassen wollte.²⁰⁸ Zweitens wurde weder in *Manfredi* noch in *Kone* die Beweisführung in irgendeiner Weise problematisiert, es wäre unverständlich, wenn der Gerichtshof dieses Thema überhaupt angesprochen hätte (und in *Manfredi* sogar in den Urteilstenor aufnahm). Überhaupt ist allgemein anerkannt, dass verfahrensrechtliche Rechtsfragen einschließlich der Beweisführung in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, und es bestand in beiden früheren Verfahren für den EuGH keinerlei Anlass, die Beweisführung speziell im Hinblick auf die Kausalitätsprüfung zur Sprache zu bringen.

Trotzdem können die Ausführungen der GA als verdienstvoller Versuch gewürdigt werden, den EuGH unter Vermeidung von Kritik an seinen bisherigen Aussagen zur Klarstellung der Rechtsgrundlage für den Schadenersatzanspruch hinzuführen. Allerdings bleibt der Gerichtshof in diese Richtung erneut zurückhaltend. Zwar folgt er der GA in der Entscheidung über die Vorlagefrage und übernimmt hierbei mehrere Argumente aus den Schlussanträgen.²⁰⁹ Zudem wiederholt er zu Beginn der Fragenbeantwortung die bereits bekannte These, wonach „Art 101 AEUV in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen erzeugt und in deren Person Rechte entstehen lässt, die die nationalen Gerichte zu wahren haben“.²¹⁰

Andererseits erörtert der EuGH nicht weiter, ob die Beantwortung der Vorlagefrage direkt im Unionsrecht ihre Grundlage findet. In der Urteilbegründung wird die Vorjudikatur in einer Weise zusammengefasst, die die Maßgeblichkeit des innerstaatlichen Zivilrechts insinuiert:

„Der Gerichtshof hat zur Sicherstellung der Effektivität des Unionsrechts – wie in Rn. 23 des vorliegenden Urteils ausgeführt – entschieden, dass nach den nationalen Vorschriften jeder das Recht haben muss, Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen“.²¹¹

Als Quellenhinweis dieser Aussage angefügt wird gerade jene Stelle aus *Kone*, die „die Bestimmung der Regeln für die Anwendung des Begriffs ‚ursächlicher Zusammenhang‘“ in den Aufgabenbereich des innerstaatlichen Bereichs verweist und hervorhebt, „dass die nationalen

²⁰⁸ Vgl oben III.D.2.b.

²⁰⁹ EuGH C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn 27, 31.

²¹⁰ EuGH C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn 21.

²¹¹ EuGH C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn 26.

*Regeln jedermann das Recht zuerkennen müssen, Ersatz des ihm [kartellbedingt] entstandenen Schadens zu verlangen“.*²¹²

3. Fazit

Die Frage, ob der kartellrechtliche Schadenersatzanspruch direkt im Unionsrecht begründet ist, kann auch nach den zuletzt zitierten EuGH-Urteilen nicht als geklärt betrachtet werden. In der Lit wird diese Frage sowohl im Hinblick auf die Sinnhaftigkeit eines genuin unionsrechtlichen Kartell-Schadenersatzrechts als auch im Hinblick auf die Deutung der EuGH-Aussagen unterschiedlich beantwortet.²¹³

Jedenfalls scheint eine unmittelbare Begründung des Anspruchs im Unionsrecht nicht unplausibel. Zwar nahm der Sekundärrechtsetzer in der RL 2014/104/EU offenbar keine unmittelbare Wirkung des Unionsrechts an.²¹⁴ Allerdings hätte eine im Primärrecht verankerte, unmittelbar anwendbare Rechtsnorm nicht durch die Erlassung einer Richtlinie außer Kraft gesetzt werden können.²¹⁵ Deswegen muss die Frage nach der unmittelbaren Wirkung allein auf primärrechtlicher Grundlage beantwortet und daran anknüpfend die RL primärrechtskonform ausgelegt werden.

Abgesehen davon enthält die RL ganz überwiegend Vorschriften, die die Ausgestaltung des Anspruchs unberührt lassen, zumal sie entweder rein verfahrensrechtlicher Natur sind oder materiell-rechtliche Nebenfragen (Verjährung) betreffen. Die wenigen Bestimmungen, die ohne Anknüpfung an bisherige Judikatur die Existenz oder den Umfang des Schadenersatzanspruchs berühren²¹⁶, zeigen freilich, dass der Unionsgesetzgeber doch auch in dieser Hinsicht einen Ermessensspielraum annahm, der erst durch die Richtlinie und die darauf basierenden Umsetzungsgesetze der Mitgliedstaaten ausgefüllt werden sollte. Diese RL-Bestimmungen

²¹² EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn 32.

²¹³ Für einen unmittelbar unionsrechtlichen Schadenersatzanspruch *Innerhofer/Hinterdorfer*, ÖZK 2020, 20 (25 ff). Für die Begründung des Schadenersatzrechts im innerstaatlichen Recht auf Grund unionsrechtlicher Vorgaben *Kodek in Gruger/F. Schuhmacher* 15 (19, 21); *Säcker* in MüKo³ Art 101 AEUV Rz 904, 906, 908; *F. Schuhmacher in Müller-Graff IV*² § 9 Rz 65. Insgesamt dürfte es sich bei letzterer Lehrmeinung um die (immer noch) hL handeln, vgl insb zahlreiche Nw bei *Säcker* in MüKo³ Art 101 AEUV Rz 906. *Reidlinger* in FS Wiedemann 643 (644, 648 f, 659, 651) versteht die Rsp als Bejahung eines autonomen Kartellschadenersatzrechts der Union, steht diesem jedoch kritisch gegenüber.

²¹⁴ Vgl Argument der Kommission in EuGH C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204, Rn 33.

²¹⁵ So auch *Innerhofer/Hinterdorfer*, ÖZK 2020, 20 (26).

²¹⁶ Vgl Art 11 Abs 2 und Abs 4 RL 2014/104/EU zur haftungsrechtlichen Privilegierung der KMUs bzw der Kronzeugen.

müssten als primärrechtswidrig eingestuft werden, insofern sie den vom EuGH (bislang oder auch künftig) aus dem Primärrecht abgeleiteten Regeln widersprechen sollten.²¹⁷ Sie könnten hingegen bestehen bleiben, falls der Gerichtshof ihren Inhalt als primärrechtskonform einstuft, selbst wenn er gleichzeitig die unmittelbare Verankerung des Schadenersatzanspruchs im Primärrecht bekräftigt. Das Verbot der Übernahme von unmittelbar anwendbaren Unionsrechtsvorschriften ins innerstaatliche Recht bezieht sich nämlich nur auf die Verordnungen, nicht jedoch auf unmittelbar anwendbares Primärrecht.²¹⁸

Übrigens lässt sich auch die vom EuGH entwickelte Regel, wonach der Schadenersatzanspruch *nach den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften* zu verzinsen ist,²¹⁹ durchaus mit einer unmittelbaren Verankerung des Schadenersatzanspruchs im Unionsrecht vereinbaren. Denn der Zinsanspruch kann als ein eigenständiges, vom Schadenersatzanspruch zu unterscheidendes und von der innerstaatlichen Rechtsordnung auf Grund unionsrechtlicher Vorgabe gewährtes Recht aufgefasst werden.

Eine eindeutige Klärung der Anspruchsgrundlage des Schadenersatzrechts erscheint jedenfalls wünschenswert. Sie ist unter anderem für die richtige Beurteilung der Vorlagepflicht nationaler Gerichte gemäß Art 267 AEUV und der Anwendbarkeit einschlägiger innerstaatlicher Zivilrechtsvorschriften erforderlich. Im Falle der Bejahung der unmittelbaren Wirkung würde freilich die Frage aufkommen, ob die vom EuGH zur außervertraglichen Haftung der Union (Art 340 Abs 2 AEUV) oder zur Staatshaftung entwickelten Regeln²²⁰ sinngemäß auf den primärrechtlichen Gehalt des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs Anwendung finden. Diese Lösung wurde bereits von der GA Kokott befürwortet²²¹.

²¹⁷ Für Bewertung der haftungsrechtlichen Privilegierung von Kronzeugen gem Art 11 Abs 4 RL 2014/104/EU als unvereinbar mit bisheriger Rsp vgl *F. Schuhmacher* in *WiR* 173 (187).

²¹⁸ Vgl zu diesem sog Transformationsverbot *Öhlinger/Potacs*, *EU-Recht*⁷, 73 mit Nw aus der Rsp.

²¹⁹ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 95 ff, Tenor.

²²⁰ Hiezu vgl *Klamert*, *EU-Recht*³ Rz 1069 ff.

²²¹ EuGH, SA der GA Kokott, C-435/18, *Otis II*, ECLI:EU:C:2019:651, Rn 67; in die gleiche Richtung bereits EuGH, SA der GA Kokott, C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:45, Rn 34 ff.

4. Bewertung im Hinblick auf vertragsrechtliche Rechtsfolgen

Auf Grund des oben Gesagten lässt sich festhalten, dass unmittelbare Wirkung der kartellrechtlichen Schadenersatzanordnung (und somit auch allgemeiner: die unmittelbare Wirkung im Primärrecht implizierter Zivilrechtsfolgen von Wettbewerbsverstößen) denkbar ist. Allerdings zeigt die bisherige Judikatur auch, dass dem EuGH die Präzisierung des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs ohne Rückgriff auf innerstaatliche Zivilrechtsvorschriften schwerfällt. Daraus wird man im Hinblick auf missbräuchliche Verträge ableiten müssen, dass der Gerichtshof in diesem Bereich eine unmittelbare Wirkung der unionsrechtlichen Anordnungen nach wie vor verneinen würde. Anders als beim Schadenersatz lässt sich hier nämlich keine allgemein gültige Rechtsfolge (ähnlich dem Schadenersatzanspruch jedes Geschädigten) festhalten. Vielmehr muss die Entscheidung über das Vertragsschicksal unter Berücksichtigung aller berechtigten Interessen erfolgen. Daher erscheint es plausibel unter Aufrechterhaltung der Schlussfolgerungen aus *Ahmed Saeed* dem Unionsrecht nur Vorgaben zu entnehmen, die jeder Mitgliedstaat entsprechend seiner zivilrechtlichen Systematik umsetzt.²²² Ähnliches gilt auch für etwaige Vorgaben zum Schicksal der Kartell-Folgeverträge.

E. Weiterer Gang der Untersuchung

Im Folgenden sollen die der Rsp entnommenen Prinzipien für einzelne Fallgruppen von wettbewerbsrechtlich tangierten Verträgen fruchtbar gemacht werden. Es erscheint sinnvoll, zunächst die Wirksamkeit missbräuchlicher Verträge zu untersuchen, da die Existenz diesbezüglicher unionsrechtlicher Vorgaben bereits in der älteren Judikatur deutlich zum Ausdruck kam²²³ und auch durch die teleologische Untermauerung der Rsp zum kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch bekräftigt wurde.

In Bezug auf Kartell-Folgeverträge wird hingegen anhand des Erforderlichkeit-Kriteriums zunächst erläutert werden müssen, ob überhaupt unionsrechtliche Vorgaben bestehen. Nur falls dies bejaht wird, ist deren Konkretisierung angezeigt. Dabei wird gegebenenfalls zu untersuchen

²²² Diese Lösung entspricht auch der vom EuGH entwickelten Regel, wonach primärrechtlichen Regeln die unmittelbare Wirkung nur jenen primärrechtlichen Regeln zukommt, die inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind. Für nähere Erläuterung und zahlreiche Nw aus der Judikatur vgl. *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷ 71 ff.

²²³ Vgl. oben Kapitel II.

sein, ob die vorhin zu missbräuchlichen Verträgen gewonnenen Ergebnisse in bestimmten Fallsituationen sinngemäß übernommen werden können.

IV. Missbräuchliche Verträge

A. Methodische Erläuterungen

In diesem Abschnitt soll untersucht werden, in welchen Konstellationen *missbräuchliche Verträge* entsprechend einer unionsrechtlichen Vorgabe mit Nichtigkeitsfolge belegt werden müssen. Wird die Vorgabe der Nichtigkeitsfolge grundsätzlich bejaht, so muss auch auf deren Ausgestaltung eingegangen werden; dies wird zunächst im Hinblick auf die Dichotomie zwischen (i) absoluter und relativer Nichtigkeit, weiters (ii) auf jene zwischen der Gesamt- und der Teilnichtigkeit, sowie letztlich (iii) auf die Frage der Rückwirkung der Nichtigkeitsfeststellung und daraus erfließender Rückabwicklungsansprüche erfolgen. Für jedes der genannten Fragenfelder soll nach der Konkretisierung der unionsrechtlichen Vorgaben die in Österreich geltende Rechtslage samt einschlägiger Judikatur dargelegt und auf ihre Unionsrechtskonformität untersucht werden.

In Übereinstimmung mit der *BRT-Formel* wird die Ausarbeitung unionsrechtlicher Vorgaben stets anhand der *Auswirkung der missbräuchlichen Vertragsklauseln auf die Interessen der Vertragspartner des Marktbeherrschers und Dritter* vorzunehmen sein.²²⁴ Unter den „Interessen Dritter“ wird auch das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung bzw Wiederherstellung des unverfälschten Wettbewerbs eine eigenständige Berücksichtigung finden müssen.²²⁵

Systematisch werden die zu diskutierenden Fallsituationen in Ausbeutungsmissbrauch und Behinderungsmissbrauch aufgeteilt.²²⁶ Im Rahmen des Ausbeutungsmissbrauchs wird auch Diskriminierung durch Anwendung unterschiedlicher Geschäftsbedingungen behandelt (Art 102 Abs 2 lit c AEUV). Allen ausbeuterischen Ausprägungen des Marktmissbrauchs ist gemeinsam, dass der Marktbeherrscher seinem Vertragspartner (absolut oder relativ betrachtet) unangemessene Vertragsbedingungen aufzwingt. Der Vertragspartner des Marktbeherrschers

²²⁴ Vgl oben II.G.

²²⁵ Vgl bereits oben III.C.2. Für entsprechende primärrechtliche Zielsetzung vgl Protokoll (Nr 27) zum EUV/AEUV über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABL C 2016/202, 308.

²²⁶ Zur Abstandnahme von Untersuchung des Marktstrukturmissbrauchs ieS vgl bereits oben I.C.

kann hier als „Missbrauchsoffer“ bezeichnet werden. Daraus ergibt sich eine weitgehend gleichartige Interessenlage, die eine gemeinsame Behandlung rechtfertigt.²²⁷

Als Behinderungsmissbrauch wird jenes Verhalten des Marktbeherrschers bezeichnet, welches die Verdrängung tatsächlicher oder potentieller Mitbewerber unter Ausnutzung der eigenen Vormachtstellung bezweckt oder bewirkt.²²⁸ Der Behinderungsmissbrauch kann demnach zum einen durch aggressive Preispolitik verwirklicht werden, die auf eine Verdrängung der Mitbewerber des Marktbeherrschers mittels Preisunterbietung abzielt. Diese Form des Behinderungsmissbrauchs bringt den Vertragspartnern des Marktbeherrschers unmittelbar nur Vorteile. Dem Interesse der Allgemeinheit und der Mitbewerber des Marktbeherrschers an der Wiederherstellung einer wettbewerbskonformen Marktstruktur steht somit das Interesse der Vertragspartner des Marktbeherrschers an der Aufrechterhaltung der abgeschlossenen Vereinbarungen entgegen.²²⁹

Zum anderen kann der Behinderungsmissbrauch in Vertragsbedingungen bestehen, die die Kunden in unangemessener Weise an den Marktbeherrscher binden. Wird den Vertragspartnern die strenge Bindung durch günstige Konditionen entgolten, so kann insofern von keiner Ausbeutung gesprochen werden, sodass auch diese Fallgruppe vom Ausbeutungsmissbrauch zu unterscheiden ist.

Da die schutzwürdigen Interessen bei den zwei Unterarten des Behinderungsmissbrauchs unterschiedlich gelagert sind, sollen der *Behinderungsmissbrauch durch aggressive Preispolitik* und der *Behinderungsmissbrauch durch wettbewerbswidrige Bindungen* im Folgenden gesondert behandelt werden.²³⁰

Noch vor der Untersuchung der beschriebenen Fallsituationen sollen zwei allgemeine Aspekte erörtert werden: Erstens soll geprüft werden, inwiefern die bereits vorliegende Judikatur des

²²⁷ Im Folgenden werden, soweit kein entgegenstehender Hinweis erfolgt, unter ausbeuterischen Vertragsbestimmungen auch solche mit diskriminierendem Inhalt verstanden.

²²⁸ Vgl etwa *Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker*⁶ Art 102 AEUV Rz 199 ff.

²²⁹ *Holzinger*, Marktmissbrauch 130 mwN.

²³⁰ Die systematische Aufgliederung von missbräuchlichen Handlungsweisen erscheint als notwendig zur wissenschaftlichen Erfassung der behandelten Materie. Klar ist, dass jeder Marktmissbrauch auch Besonderheiten aufweisen kann, die ggf berücksichtigt werden müssen. Daher wird im Folgenden auch auf wichtigere „Sonderausprägungen“ einzelner Missbrauchsformen eingegangen.

EuGH zu Art 101 Abs 2 AEUV, die anders als seine Judikatur zum hier untersuchten Art 102 AEUV durchaus inhaltsreiche Aussagen zur Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge enthält, auch für das zivilrechtliche Schicksal missbräuchlicher Verträge relevant ist.

Zweitens soll die Nichtigkeitsanordnung des § 879 ABGB prägnant vorgestellt werden. Dies ist deswegen angezeigt, weil im Folgenden die Eignung der *leg cit* als Umsetzungsnorm der unionsrechtlichen Vorgaben in den einzelnen Fallsituationen untersucht werden soll.

B. Maßgeblichkeit der Rechtsprechung zu Art 101 Abs 2 AEUV?

Die Nichtigkeitsfolge des Art 101 Abs 2 AEUV ist nach der Rsp des EuGH von Amts wegen wahrzunehmen, sie wirkt demnach absolut.²³¹ Der Standpunkt des EuGH erklärt sich dadurch, dass das Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV (jedenfalls primär) nicht auf den Schutz der Kartellanten, sondern auf den Schutz Dritter ausgerichtet ist. Ein Interesse der Kartellanten an der Durchsetzung der wettbewerbswidrigen Vereinbarung kann klarerweise nicht als schutzwürdig anerkannt werden. Dementsprechend wird auch keiner der Vertragsparteien die Befugnis überlassen, sich für oder gegen die Durchsetzbarkeit der Vereinbarung zu entscheiden, was bei relativer Nichtigkeit der Fall wäre.

Beim Marktmissbrauch gestaltet sich die Interessenlage anders. Die Vertragspartner der Marktbeherrscher sind zum einen oft als „Missbrauchsoffer“ zu betrachten, das Verbot des Ausbeutungsmissbrauchs und mehrerer Formen des Behinderungsmissbrauchs ist gerade auch auf den Schutz der Marktgegenseite ausgerichtet. Überdies besteht beim Marktmissbrauch durch aggressive Preispolitik ein durchaus schutzwürdiges Interesse der Vertragspartner des Marktbeherrschers an der Aufrechterhaltung der vereinbarten Vertragsbedingungen, zumal sie typischerweise keine Verantwortung für die Wettbewerbsbeeinträchtigung tragen und auf die Vertragsgültigkeit vertrauen. Auf Grund der unterschiedlichen Lagerung schutzwürdiger Interessen ist die Rsp über die absolute Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge gem Art 101 Abs 2 AEUV weder auf Art 102 AEUV übertragbar, noch kann ihr eine Indizwirkung zukommen.

²³¹ EuGH 22/71, *Béguelin*, ECLI:EU:C:1971:113, Rn 29; EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 22; EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 57; EuGH C-279/06, *CEPSA*, ECLI:EU:C:2008:485, Rn 74.

Soweit bei den einzelnen Missbrauchsarten die Anwendbarkeit der Nichtigkeitsfolge bejaht wird, muss daher eigens geprüft werden, ob diese absolut oder relativ wirken soll.

Weiters trifft die Nichtigkeit nach Art 101 Abs 2 AEUV nach stRsp des EuGH nur wettbewerbswidrige Vertragsbestimmungen sowie jene Vertragsteile, die von letzteren nicht sinnvoll getrennt werden können.²³² Die Restgültigkeit sonstiger Vertragsbestimmungen ist nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen.²³³

Auch diese Regel kann nicht auf die Frage der Restgültigkeit der von Marktmissbrauch infizierten Verträge übertragen werden. Wie soeben dargelegt, ist bei bestimmten Konstellationen des Marktmissbrauchs der Vertragspartner des Marktbeherrschers zugleich primäres Opfer der wettbewerbswidrigen Handlung, die übertretene Regelung soll gerade auch dem Schutz seiner Interessen dienen. Bei der Ausgestaltung der Zivilrechtsfolge muss aber auf ihre effektive Durchsetzung Bedacht genommen werden; insbesondere soll das Opfer des Marktmissbrauchs nicht von der Geltendmachung seiner Rechte abgehalten werden. So muss bspw bei der Erwägung der Gesamtnichtigkeit eines ausbeuterischen Vertrages berücksichtigt werden, dass ein drohender Entfall der gewünschten Leistung der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts abträglich sein könnte.

Darüber hinaus muss das Machtgefälle zwischen dem Marktbeherrscher und seinem Vertragspartner auch bei anderen Fragestellungen bedacht werden, etwa bei der Beurteilung der Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion. Ihre Zulassung könnte den Marktbeherrscher zur Aufnahme ausbeuterischer Klauseln in seine Verträge anspornen, da er selbst im Fall einer gerichtlichen Nichtigkeitsfeststellung im Stande wäre, eine ihn begünstigende (wenn auch etwas „zurückgeschraubte“) Vertragsbestimmung geltend zu machen.

²³²EuGH 56/65, *Société Technique Minière*, ECLI:EU:C:1966:38, Tenor; EuGH C-234/89, *Delimitis*, ECLI:EU:C:1991:91, Rn 40; EuGH C-279/06, *CEPSA*, ECLI:EU:C:2008:485, Rn 78. Nach einigen Literaturstimmen sollen weiters jene Vertragsregelungen von der Nichtigkeit erfasst sein, die dem verbotswidrigen Vertragsinhalt dienen, vgl K. Schmidt in *Immenga/Mestmäcker*⁶ Art 101 Abs 2 AEUV Rz 21 mwN. Solche Vertragsregelungen werden mE schon deswegen nichtig sein, weil sie ihrerseits direkt unter das Kartellverbot fallen oder von wettbewerbswidrigen Klauseln nicht sinnvoll getrennt werden können.

²³³ EuGH 56/65, *Société Technique Minière*, ECLI:EU:C:1966:38, Tenor; EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Rn 12; EuGH 10/86, *VAG France*, ECLI:EU:C:1986:502, Rn 14 f; EuGH C-230/96, *Cabour*, ECLI:EU:C:1998:181, Rn 51; EuGH C-376/05, *Brünsteiner*, ECLI:EU:C:2006:753, Rn 48; EuGH C-279/06, *CEPSA*, ECLI:EU:C:2008:485, Rn 79, Tenor.

Die beiden beispielhaft aufgezeigten Problemfelder haben bei der Beurteilung der Nichtigkeit nach Art 101 Abs 2 AEUV idR keine Bedeutung; die Entscheidung des innerstaatlichen Gesetzgebers für oder gegen die Gesamtnichtigkeit bzw für oder gegen die geltungserhaltende Reduktion kann dort die effektive Durchsetzung des Unionsrechts typischerweise nicht beeinträchtigen. Auch haben derartige Fragen in den oben zitierten Urteilen des EuGH keine Rolle gespielt. Verständlicherweise stellte der Gerichtshof daher keine Vorgaben zur Restgültigkeit im Anwendungsbereich des Art 101 Abs 2 AEUV auf. Innerhalb des Anwendungsbereichs von Art 102 AEUV wird man hingegen aus oben genannten Gründen im Einzelnen untersuchen müssen, ob einer etwaigen Nichtigkeitsanordnung auch Vorgaben zur Restgültigkeit innewohnen.

Betreffend den zeitlichen Wirkungsbereich der Nichtigkeitsfolge gemäß Art 101 Abs 2 AEUV wurde vom EuGH statuiert, dass die Nichtigkeitsfolge zurückwirkt²³⁴ und die betreffenden Vereinbarungen oder Beschlüsse „*in allen ihren vergangenen oder künftigen Wirkungen erfaßt*“.²³⁵ Zwar lieferte der EuGH ebenso wenig wie seine Generalanwälte bisher eine ausführliche Begründung für diese Regel; doch wird auf Grund der insgesamt sehr „nichtigkeitsfreundlich“ ausgestalteten Judikatur zu Art 101 Abs 2 AEUV davon auszugehen sein, dass der Gerichtshof auch hier der Nichtigkeitssanktion zur größtmöglichen Wirksamkeit verhelfen und die Wirkungen von wettbewerbswidrigen Verträgen möglichst weitgehend eindämmen wollte. Diesem Ansatz ist durchaus zuzustimmen, da kein schutzwürdiges Interesse an der Perpetuierung von Wirkungen bereits durchgeführter Kartellabsprachen bestehen kann und insbesondere Schadenersatzansprüche wegen vergangener Verletzungen solcher Absprachen ausgeschlossen werden müssen. Im Bereich des Marktmissbrauchs stellt sich die Interessenlage anders dar: Ein Vertragspartner, der keine Verantwortung für den Wettbewerbsverstoß trägt, kann in verschiedenen Konstellationen auf die Wirksamkeit des Vertrages vertrauen. Schon aus diesem Grund kann keine generelle Vorgabe zu Gunsten der anfänglichen Nichtigkeit angenommen werden. Vielmehr wird auch hier im Hinblick auf die einzelnen Missbrauchsarten näher zu prüfen sein, wie sich die Entscheidung für oder gegen die Rückwirkung auf die unionsrechtlich geschützten Interessen auswirkt.

²³⁴ EuGH 48/72, *Brasserie de Haecht II*, ECLI:EU:C:1973:11, Rn 27; EuGH C-319/93, *Dijkstra*, ECLI:EU:C:1995:433, Rn 22.

²³⁵ EuGH 48/72, *Brasserie de Haecht II*, ECLI:EU:C:1973:11, Rn 26; EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 22; EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 57; EuGH C-279/06, *CEPSA*, ECLI:EU:C:2008:485, Rn 74.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Rsp zur Nichtigkeitsfolge nach Art 101 Abs 2 AUV für die Ausgestaltung der Nichtigkeit von missbräuchlichen Vereinbarungen nicht ausschlaggebend ist und ihr diesbezüglich auch keine Indizwirkung zukommt. Nur in den Fallkonstellationen, wo alle schutzwürdigen Interessen für die weitest mögliche Nichtigkeitswirkung streiten, wird eine solche zu bejahen sein.

C. § 879 ABGB und Kartellrechtsverletzungen

Im österreichischen Zivilrecht ist an mehreren Stellen Vertragsnichtigkeit zur Bewehrung einzelner gesetzlicher Verbotsbestimmungen ausdrücklich angeordnet.²³⁶ Daneben besteht die Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB, die allgemein die Nichtigkeitsfolge für gesetz- oder sittenwidrige Verträge normiert. Allerdings wird diese Bestimmung teleologisch reduziert; die Nichtigkeitsfolge soll nur greifen, wo dies vom Gesetzeszweck verlangt wird.²³⁷ Zumal missbräuchliche Verträge im österreichischen Recht keiner besonderen Nichtigkeitsanordnung unterliegen, richtet sich ihr Schicksal nach § 879 Abs 1 ABGB.²³⁸

Die zitierte Rechtsvorschrift enthält freilich keine genaue Regelung betreffend die konkrete Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge. Nach allgemeiner Ansicht in der Lehre und Rsp ist die Ausgestaltung der Nichtigkeit nach dem Zweck der jeweils verletzten Verbotsnorm festzulegen; dies gilt ebenso für die Frage, ob die Nichtigkeit absolut oder relativ wirken soll, wie auch für die Problematik der Restgültigkeit und der Rückabwicklung.²³⁹ Insofern zutreffend wurde darauf hingewiesen, dass mit der „Nichtigkeit“, von der in § 879 ABGB die Rede ist, in Wahrheit keine einheitliche Rechtsfolge gemeint sei.²⁴⁰

Die innerstaatliche Rechtslage erscheint im Hinblick auf unsere Forschungsfrage unionsrechtlich unproblematisch, zumal sie eine flexible, an den zu ermittelnden Unionsvorgaben ausgerichtete „Maßschneiderung“ der Nichtigkeitsfolge zwanglos ermöglicht.

²³⁶ Außerhalb des kartellrechtlichen Rechtsgebiets vgl etwa § 8 Abs 4 AktG, § 2 Abs 3 AntiterrorG, § 64 Abs 4 VersVG, § 11 Abs 4 WaffG.

²³⁷ Bollenberger/P. Bydlinski in KBB⁷ § 879 Rz 3; Krejci in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 2 jeweils mit zahlreichen Nw aus stRsp.

²³⁸ Zur Anwendbarkeit der genannten Bestimmung auf Verstöße gegen das innerstaatliche Missbrauchsverbot des § 5 KartG vgl Vartian/F. Schuhmacher in Petsche/Urlesberger/Vartian² § 5 KartG Rz 113.

²³⁹ Bollenberger/P. Bydlinski in KBB⁷ § 879 Rz 27 ff; Krejci in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 509 ff jeweils mwN.

²⁴⁰ Krejci in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 508.

Problematisch erscheinen jedoch *prima facie* zwei Aussprüche des OGH, nach denen die zivilrechtlichen Folgen des Marktmissbrauchs auch innerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts dem nationalen Recht zu entnehmen seien.²⁴¹ Eine nähere Untersuchung zeigt allerdings, dass die betreffenden Entscheidungen nicht als Verneinung der Existenz unionsrechtlicher Vorgaben zu verstehen sind.

Beide Entscheidungen des OGH sind nämlich jünger als das EuGH-Urteil in der Rs *Courage*²⁴², die den Schadenersatzanspruch aller kartellbedingt Geschädigten aus dem Unionsrecht ableitete.²⁴³ Infolgedessen war allgemein anerkannt, dass jedenfalls diese eine *zivilrechtliche Rechtsfolge* unionsrechtlich determiniert ist. Es besteht aber kein Grund zur Annahme, dass der OGH an dieser Stelle das Unionsrecht missachten wollte. Schon deswegen muss die zitierte Judikatur des OGH dahingehend verstanden werden, dass sie die Maßgeblichkeit des Unionsrechts für die Beurteilung von Zivilrechtsfolgen nicht ausschließt.

Zum gleichen Ergebnis führt auch die Betrachtung des Wortlauts der beiden erwähnten Urteile. Aus dem Älteren von ihnen (welches seinerseits im Jüngeren zustimmend zitiert wird) erschließt sich nämlich, dass der OGH mit dem hier interessierenden Rechtssatz einer Lehrmeinung von *Schröter* in *von der Groeben/Schwarze*⁶ folgen wollte. *Schröter* spricht sich an der vom OGH zitierten Stelle tatsächlich für die Ableitung der Zivilrechtsfolgen von Verstößen gegen Art 102 AEUV aus der innerstaatlichen Rechtsordnung aus, fügt aber sogleich hinzu, dass hiebei unionsrechtliche Vorgaben zu beachten seien.²⁴⁴

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass § 879 ABGB ohne Weiteres als innerstaatliche Umsetzungsnorm der zu ermittelnden unionsrechtlichen Vorgaben zum zivilrechtlichen Schicksal missbräuchlicher Verträge dienen kann.²⁴⁵ Dem steht auch die zitierte höchstgerichtliche Judikatur nicht entgegen.

²⁴¹ OGH 27. 2. 2006, 16 Ok 46/05; OGH 19. 1. 2009, 16 Ok 13/08.

²⁴² EuGH C-453/99, *Courage*, ECI:EU:C:2001:465.

²⁴³ Zur Übertragbarkeit der schadenersatzrechtlichen Rsp des EuGH zu Art 101 AEUV auf den Anwendungsbereich des Art 102 leg cit bereits vor Erlassung der RL 2014/104/EU vgl *Eilmansberger/Bien* in MüKo³ Art 102 AEUV Rz 859.

²⁴⁴ *Schröter* in *von der Groeben/Schwarze*⁶ Art 82 EGV Rz 53.

²⁴⁵ Vgl auch *Eilmansberger*, JBl 2009, 337 (346); *Holzinger*, Marktmissbrauch 7.

D. Ausbeutungsmissbrauch

1. Durchsetzbarkeit wettbewerbswidriger Vertragsbedingungen

In der deutschsprachigen Lit wird zT vertreten, dass ausbeuterische Verträge mit der Nichtigkeitssanktion belegt werden müssen, dem Unionsrecht aber keine Vorgabe betreffend absolute oder relative Wirkung der Nichtigkeit entnommen werden könne, sodass diesbezüglich allein das innerstaatliche Recht ausschlaggebend sei.²⁴⁶ Letzteres wird lapidar damit begründet, dass der „*Begriff der Nichtigkeit*“ im gegebenen Zusammenhang nach einschlägigem innerstaatlichem Recht auszulegen sei²⁴⁷, bzw dass aus unionsrechtlichen Grundsätzen keine konkreten Rechtsfolgen für die Verletzungen von Art 102 AEUV abgeleitet werden könnten.²⁴⁸

Andere Literaturstimmen, sprechen sich für die Maßgeblichkeit des Unionsrechts betreffend die Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge aus, verzichten allerdings auf eine nähere Erörterung einschlägiger Vorgaben und begnügen sich mit dem Hinweis, die Reichweite der Nichtigkeit bemesse sich nach dem Grundsatz der effektiven Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots.²⁴⁹

Zum Teil wird aber auch vertreten, dass die relative Nichtigkeit sich als angemessene Rechtsfolge eines Preishöhenmissbrauchs darstelle, wohingegen in Fällen unangemessener Geschäftsbedingungen eine absolute Nichtigkeit „insbesondere auch dann regelmäßig geboten sei“, wenn die ausbeuterischen Vertragsklauseln gleichzeitig Dritte behindern.²⁵⁰

Richtigerweise wird man davon ausgehen müssen, dass das Unionsrecht dem innerstaatlichen Gesetzgeber die Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit für ausbeutungsmissbräuchliche Vertragsbestimmungen vorgibt. Denn das Missbrauchsverbot ist selbst in seiner Ausprägung als Ausbeutungsverbot nicht *ausschließlich* auf den Schutz der Vertragspartner des Marktbeherrschers ausgerichtet, sondern bezweckt ebenfalls den Schutz der Marktstruktur.²⁵¹ Deswegen darf die Geltendmachung der Nichtigkeitsgründe nicht in die alleinige Verantwortung

²⁴⁶ Holzinger, Marktmissbrauch 48; Schröter/Bartl in von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷ Art 102 AEUV Rz 57.

²⁴⁷ Schröter/Bartl in von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷ Art 102 AEUV Rz 57.

²⁴⁸ Holzinger, Marktmissbrauch 48.

²⁴⁹ Fuchs in Immenga/Mestmäcker⁶ Art 102 AEUV Rz 427. Ähnlich Eilmansberger, JBl 2009, 337 (345).

²⁵⁰ Eilmansberger/Bien in MüKO³ Art 102 AEUV Rz 845 f.

²⁵¹ Vgl Protokoll (Nr 27) zum EUV/AEUV über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABL C 2016/202, 308.

des ausgebeuteten Vertragspartners übertragen werden, vielmehr ist die Nichtigkeit durch innerstaatliche Zivilgerichte von Amts wegen wahrzunehmen. Dieses Ergebnis entspricht auch den Interessen der Mitbewerber des Marktbeherrschers, da es am ehesten ermöglicht, dessen rechtswidrige Gewinnerzielung und die daraus folgende Wettbewerbsverfälschung rückgängig zu machen.²⁵² Umgekehrt schadet es in keiner Weise den Vertragspartnern des Marktbeherrschers, dass sie ausbeuterische Vertragsbestimmungen nicht durchzusetzen vermögen, da sie daran realistischerweise nicht interessiert sein können.²⁵³

Die Angemessenheit der absoluten Nichtigkeit wird noch deutlicher, wenn man die hier interessierende Fallsituation mit jenen Tatbeständen vergleicht, die etwa im österreichischen Recht mit relativer Nichtigkeit verknüpft sind. So sind beispielsweise bei Wucher oder der *laesio enormis* iaR allein die Interessen des übervorteilten Vertragspartners betroffen; Auswirkungen auf das Funktionieren des betreffenden Marktes oder auf unmittelbar schutzwürdige Interessen anderer Marktteilnehmer sind nicht zu erwarten.

Hinzu kommt, dass die Rsp des EuGH tendenziell stärker der Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit zugeneigt ist als die österreichische Zivilrechtsordnung. Bspw sind nach der Judikatur des EuGH entgegen der früher in Österreich allgemein vertretenen Lehrmeinung²⁵⁴ gegen die RL 93/13/EWG²⁵⁵ verstoßende Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen mit absoluter Nichtigkeit zu belegen.²⁵⁶ Das ist nach der Rsp des EuGH zum Schutz der Verbraucher notwendig, da diese die Einwendung der Nichtigkeit unterlassen könnten, insb weil *„sie im Hinblick auf die Kosten, die ein gerichtliches Verfahren im Vergleich zur Höhe der bestrittenen Forderung mit sich brächte, davon abgehalten werden könnten, sich zu verteidigen [oder] weil sie den Umfang ihrer Rechte nicht kennen oder nicht richtig erfassen“*²⁵⁷.

²⁵² Zur Interessenlage der Mitbewerber des Marktbeherrschers vgl auch *Holzinger*, Marktmissbrauch 49, die diesen Aspekt freilich nur auf der Ebene des innerstaatlichen Rechts berücksichtigen will und gegen die Ableitung einer entsprechenden Vorgabe aus dem Unionsrecht plädiert.

²⁵³ Hingegen kann der Vertragspartner zweifellos an der Restgültigkeit des Vertrages interessiert sein. Dazu vgl sogleich IV.D.2.

²⁵⁴ Vgl noch *Krejci in Rummel*³ § 6 KSchG Rz 9a ff mwN.

²⁵⁵ RL 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 1993/95, 29.

²⁵⁶ EuGH C-240 - 244/98, *Océano*, ECLI:EU:C:2000:346, Rn 26, 29, Tenor; EuGH C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349, Rn 57, Tenor.

²⁵⁷ EuGH C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349, Rn 54.

Dieses Argument lässt auch auf Opfer des Marktmissbrauchs übertragen, seien es Verbraucher oder der Übermacht des Marktbeherrschers ausgelieferte (Klein)Unternehmer. Da Art 102 AEUV anders als die Verbraucherschutzbestimmungen nicht nur die unmittelbaren Vertragspartner des missbräuchlich Handelnden schützen soll, sondern darüber hinaus auf den Schutz der Mitbewerber des Marktbeherrschers und der vor- bzw nachgelagerten Mitglieder der Vertriebskette sowie auf den Schutz der Marktstruktur *in se* ausgerichtet ist, wird man annehmen müssen, dass der EuGH für diese Fallsituation erst recht die absolute Nichtigkeit fordern würde.

In der Lehre wird zT die Meinung vertreten, dass die unionsrechtliche Nichtigkeitsvorgabe beim Ausbeutungsmissbrauch nur auf deutliche Verstöße bezogen oder zumindest durch die Anwendung eines Sicherheitszuschlages bei der Beurteilung des Verstoßes zu beschränken sei.²⁵⁸ Diese Meinung kann mE weder durch die Grundsätze des Unionsrechts noch durch die Rsp des EuGH gerechtfertigt werden. Anders als etwa bei der Verhängung einer Verwaltungsstrafe oder der Zuerkennung eines Schadenersatzanspruchs ist bei der grundsätzlichen Frage nach dem Vorliegen eines Missbrauchs marktbeherrschender Stellung nicht auf das Verschulden der Parteien abzustellen, sodass auch ein unverschuldeter Irrtum der Parteien der Subsumption und den Marktmissbrauch nicht entgegensteht.²⁵⁹ Es ist auch nicht ersichtlich, warum die Rechtsordnung einer verbotenen Vertragsbestimmung bloß deswegen zur Durchsetzung verhelfen sollte, weil ihre Rechtswidrigkeit für die Parteien nicht deutlich ersichtlich war.

Auch das Argument der „Unschärfen bei der Angemessenheitsfeststellung“²⁶⁰ kann mE nicht überzeugen. Denn in Wahrheit würde die Begrenzung der Nichtigkeitsvorgabe auf deutliche oder vom Sicherheitszuschlag erfasste Missbrauchsfälle die „Grauzone“ nicht beseitigen, sondern bloß verlagern. Genauso wie es Grenzfälle gibt, in denen nicht eindeutig klar ist, ob der vereinbarte Preis als „unangemessen“ iSd Art 102 Abs 2 lit a AEUV zu qualifizieren ist, gäbe es gewiss auch Grenzfälle, in denen es schwer erkennbar wäre, ob es sich beim vereinbarten Preis um einen „*deutlich* unangemessenen“ handelt. Ähnlich verhält es sich mit dem vorgeschlagenen Sicherheitszuschlag: Würde sich die Schwelle des „unangemessenen Preises“ nicht eindeutig

²⁵⁸ Eilmansberger, ÖBl 2008, 14 (19) mwN. Vgl auch Holzinger, Marktmissbrauch 90 f.

²⁵⁹ EuGH, SA des GA Jacobs, 90/94, Haahr Petroleum, ECLI:EU:C1997:87, Rn 126 mwN.

²⁶⁰ Eilmansberger, ÖBl 2008, 14 (19).

erschließen, so wäre die Schwelle des „unangemessenen Preises unter Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlages“ im Ergebnis genauso ungewiss.

2. Restgültigkeit wettbewerbskonformer Vertragsteile

a) Stellungnahmen in der Literatur

Nach hL ist eine unionsrechtliche Vorgabe zu Gunsten der Teilnichtigkeit und der Vertragsanpassung anzunehmen.²⁶¹ Allerdings fallen diesbezügliche Stellungnahmen ziemlich knapp aus, auf nähere Erläuterung einschlägiger Prinzipien wird weitgehend verzichtet. Entgegen der hL spricht sich *T. Jaeger* für die Gesamtnichtigkeit aus, da dem Ausgebeuteten die Fortsetzung der Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden könne.²⁶²

b) Recht des Vertragspartners auf Aufrechterhaltung des Vertrages

Um ihrer Pflicht zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts nachzukommen, dürfen die Mitgliedstaaten mE keine automatische Gesamtnichtigkeit vorsehen. Diese hätte nämlich zur Folge, dass die Vertragspartner des Marktbeherrschers durch die Geltendmachung der Nichtigkeit die Vertragsleistung des Marktbeherrschers verlieren könnten.²⁶³ Gerade diese Aussicht würde einen an der Vertragsleistung interessierten Vertragspartner des Marktbeherrschers von der Geltendmachung der Nichtigkeit abhalten. Somit wäre die Wirksamkeit der Nichtigkeitsfolge trotz deren absoluter Wirkung stark beeinträchtigt, zumal sie in praxi ohne Initiative des ausgebeuteten Vertragspartners wohl viel seltener durchgesetzt wird.

Aus gleichem Grund darf dem Marktbeherrscher nicht die Möglichkeit eröffnet werden, beim Wegfall missbräuchlicher Vertragsbestimmungen für die Gesamtnichtigkeit zu optieren und sich damit von seiner Leistungspflicht zu befreien. Sollte der Vertrag eine Klausel enthalten, die für

²⁶¹ *Eilmansberger/Bien* in MüKo³ Art 102 AEUV Rz 845; *Schröter/Bartl* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 102 AEUV Rz 60; *Weyer* in FK Art 102 AEUV Zivilrechtsfolgen Rz 63. In diesem Sinne offenbar auch *Holzinger*, Marktmissbrauch 77 (vgl. aber auch *Holzinger* ebendort 58 ff).

²⁶² *T. Jaeger*, Europarecht² 352.

²⁶³ *Holzinger*, Marktmissbrauch 63.

den Fall der Nichtigkeit von betreffenden (missbräuchlichen) Vertragsbestimmungen die Gesamtnichtigkeit vorsähe, so müsste auch diese Klausel als missbräuchlich eingestuft werden und unwirksam bleiben.

In der Lehre wird tlw vorgeschlagen, die Restgültigkeit nur im Falle der Angewiesenheit des Vertragspartners des Marktbeherrschers auf den Vertrag anzunehmen.²⁶⁴ Im Lichte der oben dargelegten Argumentation kann aber keine Rechtfertigung für eine Differenzierung zwischen *subjektivem Interesse* des Missbrauchsopfers an der Aufrechterhaltung des Vertrages und seiner *objektiven Angewiesenheit* auf die Vertragsleistung gefunden werden. In beiden Konstellationen wäre die effektive Durchsetzung der Nichtigkeitsfolge gefährdet. Das Recht des Vertragspartners des Marktbeherrschers auf die Aufrechterhaltung des Restvertrages muss daher auch ohne Nachweis einer konkreten Angewiesenheit auf die versprochene Vertragsleistung geltend gemacht werden können.

Gegen die hier vorgeschlagene Lösung lässt sich auch das Prinzip der Privatautonomie nicht ins Treffen führen. Denn ein Interesse des Marktbeherrschers, entweder gar nicht oder unter Anwendung missbräuchlicher Vertragsbedingungen zu kontrahieren, ist nicht schutzwürdig.

c) Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten

Aus den vorgehenden Ausführungen ergibt sich, dass der innerstaatliche Gesetzgeber zwei Optionen zur Auswahl hat: Er kann entweder dem ausgebeuteten Vertragspartner das Wahlrecht zwischen Gesamt- und Teilnichtigkeit zuerkennen oder Restgültigkeit des Vertrages vorsehen. Beide Varianten sind als unionsrechtlich zulässig zu betrachten, da sie die Interessen des Ausbeutungsoffers hinreichend wahren und auch sonstigen wettbewerbsrechtlich relevanten Interessen nicht entgegenlaufen. Unproblematisch wäre auch eine Mittellösung, etwa in Form einer (bedingten) Zuerkennung des Wahlrechts nur für den Fall, dass der hypothetische Parteiwille für die Gesamtnichtigkeit streitet.

²⁶⁴ Holzinger, Marktmissbrauch 61 ff.

Zu beachten ist idZ auch das Äquivalenzprinzip. Demnach darf die Gestaltungsfreiheit des Ausgebeuteten nicht kleiner sein als jene von rechtswidrig übervorteilten Vertragspartnern in ähnlichen, rein innerstaatlich determinierten Situationen.

d) Betroffenheit der *essentialia negotii* von der Nichtigkeitsfolge

Von der Teilnichtigkeit sind gerade beim Ausbeutungsmissbrauch häufig die Hauptleistungspflichten betroffen, so insb wenn der Preis als „*unangemessen*“ iSd Art 102 Abs 2 lit a AEUV einzustufen ist (der Marktbeherrscher als Verkäufer einen überhöhten oder umgekehrt der als Käufer einen ungebührlich niedrigen Preis erzwingt) oder sich im Vergleich zu den Konditionen anderer Handelspartner des Marktbeherrschers als *unterschiedliche und zum Wettbewerbsnachteil führende Bedingung* iSd Art 102 Abs 2 lit c AEUV darstellt.

Auch hier darf die Nichtigkeit der missbräuchlichen Bestimmung nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führen. Vielmehr muss der Vertrag aufrechterhalten und die nichtige Klausel durch die Bestimmung eines angemessenen Entgelts (bzw beim Diskriminierungsmissbrauch eines nicht diskriminierenden Entgelts) ersetzt werden.²⁶⁵

In der Lehre wird zum Teil vorgeschlagen, zwecks Schaffung von Anreiz zum rechtskonformen Verhalten zwischen dem *angemessenen* und dem *gerade noch zulässigen* Preis zu unterscheiden. Bei der Ersetzung der missbräuchlichen Preisbestimmung soll der *angemessene Preis* ausschlaggebend sein, der für den ausgebeuteten Vertragspartner noch deutlich vorteilhafter wäre als der *gerade noch zulässige Preis*.²⁶⁶ In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag, das Entgelt auf den Betrag des (deutlich unter der Zulässigkeitsgrenze liegenden) Vergleichsmarktpreises zu reduzieren.²⁶⁷

Problematisch an dieser Ansicht ist, dass der Wortlaut von Art 102 Abs 2 lit a AEUV die Schwelle zur Missbräuchlichkeit gerade bei *Unangemessenheit* ansetzt. Auch lässt sich aus der Judikatur des EuGH nicht ableiten, dass er entgegen dem Wortlaut des Vertrages zwischen

²⁶⁵ Vgl Eilmansberger, JBl 2009, 337 (347); Eilmansberger/Bien in MüKo³ Art 102 AEUV Rz 845, 848.

²⁶⁶ Holzinger, Marktmissbrauch 90 ff; Weyer FK Art 102 AEUV Zivilrechtsfolgen Rz 64.

²⁶⁷ Eilmansberger/Bien in MüKo³ Art 102 AEUV Rz 845.

Angemessenheit und Zulässigkeit differenzieren würde.²⁶⁸ ME sollte den zitierten Vorschlägen daher nicht gefolgt werden. Dies könnte allenfalls von jenen anders beurteilt werden, die entgegen der hier vertretenen Ansicht die Nichtigkeitsfolge nur bei deutlichen Verstößen gegen das Missbrauchsverbot oder nur unter Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlags zur Anwendung kommen lassen wollen. Vertreter dieser Lehrmeinung können argumentieren, dass an Stelle des bspw deutlich überhöhten Entgelts ein angemessenes Entgelt zu setzen ist, und nicht ein bloß geringfügig überhöhtes, welches (im Sinne ihrer Ansicht) gerade noch keine Nichtigkeitsfolge auslösen würde.

e) Entfall missbräuchlicher Nebenbestimmungen

Es stellt sich die Frage, ob die Mitgliedstaaten eine geltungserhaltende Reduktion ausbeuterischer Nebenbestimmungen vorsehen können. Eine solche könnte etwa dann zur Anwendung gelangen, wenn das anwendbare Zivilrecht hinsichtlich Restgültigkeit teilsnichtiger Verträge auf den Parteiwillen abstellt.

Allerdings wäre die geltungserhaltende Reduktion aus zwei Gründen unionsrechtswidrig: Erstens wäre sie mit dem *effet utile* unvereinbar, weil sie dem Marktbeherrscher häufig die Motivation zu rechtmäßigem Verhalten nehmen würde. Zweitens würde sie eine ungerechtfertigte Lastenverteilung zum Nachteil des Ausgebeuteten darstellen und dadurch die Durchsetzung seiner unionsrechtlich gewährleisteten Rechte erschweren. Beide Argumente sollen im Folgenden näher ausgeführt werden.

aa) Effektive Durchsetzung des Missbrauchsverbots

Die geltungserhaltende Reduktion könnte den Marktbeherrscher, wie *Holzinger*²⁶⁹ zutreffend anmerkt, animieren, ausbeuterische Nebenbestimmungen in seine Verträge aufzunehmen. Denn der Marktbeherrscher wüsste, dass er bei Geltendmachung der Rechtswidrigkeit mit dem

²⁶⁸ AA *Holzinger*, Marktmissbrauch 90. Nach *Holzingers* Ansicht ergibt sich aus der von ihr ebendort (FN 394) angeführten Rsp, dass erst ein *stark* überhöhter Preis als missbräuchlich zu qualifizieren sei. In der Tat bezog sich der EuGH an der zitierten Stelle auf die vorliegend gegebene „*starke Preisüberhöhung*“. Allerdings gab er in keiner Weise zu erkennen, dass er auf eine „*leichte*“ Preisüberhöhung andere Zivilrechtsfolgen zur Anwendung bringen würde.

²⁶⁹ *Holzinger*, Marktmissbrauch 85.

gleichen Rechtszustand zu tun haben werde, der auch bei der Abstandnahme von der Durchsetzung ausbeuterischer Nebenbestimmungen zum Tragen käme. Die geltungserhaltende Reduktion ist aus diesem Grund weniger geeignet zur Durchsetzung des Missbrauchsverbots als vollständiger Entfall der missbräuchlichen Klausel. Im Lichte des Prinzips der größtmöglichen Wirksamkeit des Unionsrechts muss sie daher als unzulässig eingestuft werden.

Dagegen könnte zwar eingewendet werden, dass die zivilrechtlichen Rechtsfolgen des Marktmissbrauchs nicht unbedingt präventiv wirken müssen,²⁷⁰ zumal die Präventionswirkung dem *public enforcement* zuzuordnen sei. Schließlich soll nach der hier vertretenen Meinung auch die Anpassung der Hauptleistungspflicht den Marktbeherrscher in keine schlechtere Position bringen als an die Grenze des gerade noch zulässigen Entgelts.²⁷¹

Demgegenüber kann, wie oben dargelegt, aus der Rsp des EuGH abgeleitet werden, dass bei der Ableitung zivilrechtlicher Rechtsfolgen aus primärrechtlichen Wettbewerbsregeln die Abschreckungsfunktion zwar nicht im Vordergrund steht, jedoch bei mehreren in Frage kommenden und zunächst gleichwertig erscheinenden Zivilrechtsfolgen immerhin jener mit stärkerer präventiven Wirkung Vorzug zu geben ist.²⁷² Da der gänzliche Wegfall einer ausbeuterischen Klausel auch grundsätzlich angemessen erscheint, ist der innerstaatliche Gesetzgeber angehalten, ihn als Rechtsfolge vorzusehen. Der wesentliche Unterschied gegenüber einer ausbeuterischen Hauptleistungspflicht besteht darin, dass bei letzterer ein gänzlicher Wegfall nicht in Frage kommt.

Außerdem wird die ersatzlose Nichtigkeit missbräuchlicher Klauseln dem Vertragspartner des Marktbeherrschers in vielen Konstellationen leichter zur Durchsetzung seiner Rechte verhelfen, als dies der Schadenersatzanspruch tun kann. Denn bei der Geltendmachung des Schadens muss der Vertragspartner als Kläger das volle Prozessrisiko übernehmen. Die Berufung auf Vertragsnichtigkeit macht es hingegen öfters möglich, die in den meisten Rechtsordnungen günstigere Rolle des Beklagten einzunehmen.

²⁷⁰ Vgl. Holzinger, Marktmissbrauch 19 ff.

²⁷¹ Vgl. oben IV.D.2.d.

²⁷² Siehe oben III.C.1.

bb) Lastenverteilung

Die Bestimmung des zivilrechtlichen Schicksals einer rechtswidrigen Vertragsklausel kann auch aus dem Blickwinkel der Verantwortung für einwandfreie Vertragsgestaltung betrachtet werden. Der entsprechende Gedanke kommt etwa in Art 5 RL 93/13/EWG, daneben aber auch in einzelstaatlichem Recht wie bspw § 915 ABGB, zum Ausdruck. Nach beiden Bestimmungen soll jene Vertragspartei, die eine unklare Vertragsbestimmung formuliert (das ist bei vorformulierten Vertragsklauseln iSd RL 93/13/EWG immer der „Gewerbetreibende“) auch den Nachteil ihrer etwaigen Unklarheit tragen; die Bestimmung wird zu ihren Lasten ausgelegt.

Für uns ist die Verantwortung für die Vertragsgestaltung speziell im Hinblick auf Klauseln von Bedeutung, die von der Rsp als missbräuchlich qualifiziert werden, deren Zulässigkeit jedoch bis zur judiziellen Überprüfung gerade noch vertretbar erscheinen konnte. Die Erfolgsaussichten einer Schadenersatzklage sind hier angesichts des schwer zu erbringenden Verschuldensnachweises ungewiss und auch die Wettbewerbsbehörden werden diesfalls häufig mit der Erlassung einer Abstellungsanordnung oder der Verbindlicherklärung von Zusagen des Marktbeherrschers (Art 7 bzw Art 9 VO 1/2003) das Auslangen finden.

Auch für derartige Konstellationen ist jedoch festzuhalten, dass das Risiko einer wettbewerbswidrigen Vertragsgestaltung vom Marktbeherrscher getragen werden sollte. Dafür spricht sowohl das Machtgefälle zwischen den Vertragspartnern als auch die besondere Verantwortung²⁷³ des Marktbeherrschers für die Wettbewerbskonformität der von ihm abgeschlossenen Verträge. Im Übrigen liegen die Vertragsklauseln im Graubereich des Ausbeutungsmissbrauchs typischerweise im Interesse des Marktbeherrschers.

f) Salvatorische Klauseln

Die soeben genannten Gründe, die dem nationalen Gesetzgeber die Anordnung der geltungserhaltenden Reduktion verwehren, verbieten auch die Aufnahme einer Klausel über die Ersetzung einer ausbeuterischen Vertragsbestimmung durch eine ihr nahekommende zulässige

²⁷³ EuGH 322/81, *Michelin*, ECLI:EU:C:1983:313, Rn 57; EuGH C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:C:2010:603, Rn 83.

Regelung in den Vertrag. Sollte eine derartige salvatorische Klausel im Vertrag enthalten sein, muss sie ebenfalls als missbräuchlich und ausbeuterisch klassifiziert und mit absoluter Nichtigkeit belegt werden.

g) Sonderbehandlung diskriminierender Nebenbestimmungen

In Bezug auf *diskriminierende* Nebenbestimmungen stellt sich die Frage, ob hier abweichend von *ausbeuterischen* Nebenbestimmungen eine Art geltungserhaltender Reduktion zugelassen werden sollte, nämlich die Angleichung an jene Bedingungen, die der Marktbeherrscher im Normalfall seinen Vertragspartnern anbietet; diese können (auch zulässigerweise) ungünstiger sein als verdrängte dispositive Rechtsvorschriften. ME sollte für diese Fallsituation die geltungserhaltende Reduktion zugelassen werden, zumal hier nicht das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, sondern der Vergleich von Vertragsbedingungen unterschiedlicher Vertragspartner des Marktbeherrschers im Mittelpunkt steht. Gerade die Angleichung der Vertragsrechte und Vertragspflichten des Benachteiligten an jene der sonstigen Vertragspartner ist das Ziel der Diskriminierungskontrolle.

Besteht die Diskriminierung darin, dass einem oder mehreren Vertragspartnern bestimmte günstige, über das dispositive Recht hinausgehende, Rechtspositionen verweigert sind, die sonstigen Vertragspartnern des Marktbeherrschers eingeräumt werden, so kann es selbstverständlich nicht bei der Anwendung des dispositiven Rechts bleiben. Den Diskriminierten muss das Recht auf gleichwertige Vertragsbedingungen zugestanden werden. Dieser Vorgabe kann die nationale Rechtsordnung etwa durch die Einräumung eines Anspruchs auf entsprechende Vertragsanpassung (besondere Ausprägung des Kontrahierungszwangs) oder durch Teilnichtigkeit und ergänzende Vertragsauslegung nachkommen.

3. Zeitlicher Wirkungsbereich der Nichtigkeit

Dem Vertragspartner des Marktbeherrschers muss die Rückabwicklung der ausbeuterischen Vermögensverschiebung offenstehen. Dies gilt ohne Rücksicht auf persönliche Vorwerfbarkeit des Marktmissbrauchs. Ohne einen entsprechenden Anspruch käme es nämlich zur

Perpetuierung der bereits erfolgten Ausbeutung, wobei der Marktbeherrscher die wettbewerbswidrig erlangten Vermögenswerte und die damit verbundenen Wettbewerbsvorteile behalten könnte. Dadurch wäre die volle Wirksamkeit des europäischen Kartellrechts beeinträchtigt. Die Nichtigkeit muss daher ex tunc wirken.

Sollte der ausgebeutete Vertragspartner die Gesamtnichtigkeit erfolgreich geltend machen und seine Leistung zur Gänze zurückerhalten, so muss auch dem Marktbeherrscher der Anspruch auf die Rückforderung seiner eigenen Vertragsleistung zustehen. Anderes gilt, falls nur die Teilnichtigkeit geltend gemacht wird und der Vertragspartner die Herstellung eines angemessenen Preis-Leistungs-Verhältnisses (oder die Gleichbehandlung mit anderen Handelspartnern des Marktbeherrschers) erwirken kann; in diesem Fall kann dem Marktbeherrscher naturgemäß kein Anspruch auf (teilweise) Rückforderung seiner Leistung zuerkannt werden.

4. Zusammenfassung unionsrechtlicher Vorgaben

1. Für Vertragsbestimmungen, die den Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs verwirklichen, ist unionsrechtlich die Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit vorgegeben. Entgegen einzelnen Literaturstimmen muss diese Rechtsfolge bei jeder Ausbeutung zur Anwendung kommen; weder die Einschränkung auf deutliche Rechtsverstöße noch die Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlags ist unionsrechtlich zulässig.

2. Die Nichtigkeit ausbeuterischer Vertragsklauseln darf nicht zu einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages gegen den Willen des ausgebeuteten Vertragspartners führen. Dem innerstaatlichen Gesetzgeber steht es frei, entweder die Restgültigkeit wettbewerbskonformer Vertragsteile oder ein Wahlrecht des Ausbeutungsopfers zwischen Gesamt- und Teilnichtigkeit vorzusehen.

3. Falls die Teilnichtigkeit eines vom Ausbeutungsmissbrauch infizierten Vertrages eine Hauptleistungspflicht betrifft, muss die nichtige Klausel durch eine angemessene (bzw eine nichtdiskriminierende) Leistungsverpflichtung ersetzt werden.

4. Bezieht sich die *ausbeuterische* Vertragsbestimmung auf eine Nebenleistungspflicht, so ist sie unbeachtet etwaiger salvatorischer Klausel ersatzlos zu streichen. Besonderes gilt für *diskriminierende* Nebenbestimmungen: Diese sind dahingehend zu reduzieren, dass dem Missbrauchsoffer gleiche Bedingungen wie sonstigen Vertragspartnern eingeräumt werden. Falls der Marktbeherrscher seinen sonstigen Vertragspartnern vorteilhafte Nebenbedingungen einräumt, so ist auch die Diskriminierung durch Behandlung eines oder mehrerer Vertragspartner nach dispositivem Recht unzulässig.

5. Die Nichtigkeit ausbeuterischer oder diskriminierender Vertragsbestimmungen muss schuldrechtlich ex tunc wirken, dem Vertragspartner des Marktbeherrschers muss in jedem Fall das Recht auf Rückabwicklung der wettbewerbswidrigen Vermögensverschiebung zustehen.

5. Rechtslage in Österreich

a) Ausbeutungsmissbrauch im Lichte des § 879 Abs 1 ABGB

aa) Allgemeines

Wie bereits erörtert, bestimmen sich die Anwendbarkeit und die Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge des § 879 Abs 1 ABGB nach dem Zweck der verletzten Rechtsvorschrift.²⁷⁴ Nach der Rsp und der Lit sind dementsprechend Verträge, die dem Schutz von öffentlichen Interessen, insb der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, zuwiderlaufen, absolut nichtig, während Verträge, die bloß gegen gesetzlich geschützte Interessen eines Vertragspartners verstoßen, der relativen Nichtigkeitsfolge unterliegen.²⁷⁵

In der Lit wurde unwidersprochen dargelegt, dass auch Rechtsnormen, die den Schutz eines Vertragspartners bezwecken, die absolute Nichtigkeit erfordern, falls sie gleichzeitig auf die Wahrung öffentlicher Interessen abzielen.²⁷⁶ Diese Doktrin kann uneingeschränkt auf missbräuchliche Verträge angewendet werden: Auf Grund der stets auch auf Wahrung eines

²⁷⁴ Siehe oben IV.C.

²⁷⁵ OGH 3. 6. 2009, 7 Ob 248/08h; Bollenberger/P. Bydlinski in KBB⁷ § 879 Rz 27 f; Krejci in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 511 ff jeweils mwN.

²⁷⁶ Krejci in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 512 (arg „ausschließlich“) mit Nw aus der Rsp.

unverfälschten Wettbewerbs ausgerichteten Zielsetzung des Missbrauchsverbots wird man schließen müssen, dass *alle* ausbeuterischen Vertragsbestimmungen absolut nichtig sind.

Auch die unionsrechtlichen Vorgaben betreffend Restgültigkeit können im Wesentlichen problemlos zur Anwendung gebracht werden. Insbesondere kann sich auch nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln kein Vertragsteil darauf berufen, dass er ein Vertrag nur mit verbotenem Inhalt oder gar nicht abgeschlossen hätte.²⁷⁷ Unbedenklich erscheint auch die verbreitete und auf gefestigter Judikatur gestützte Auffassung, wonach der Restgültigkeit möglichst Vorzug zu geben sei.²⁷⁸

Im Lichte der oben dargelegten unionsrechtlichen Vorgaben müssen die vom Ausbeutungsmissbrauch infizierten Verträge im österreichischen Zivilrecht zunächst als teilnichtig qualifiziert werden. Zusätzlich wird dem Vertragspartner immer dann ein außerordentliches Rücktrittsrecht zustehen, wenn ihm die Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehung zum Marktbeherrscher in Anbetracht aller Umstände billigerweise nicht zugemutet werden kann.²⁷⁹ Dies wird auf Grund des mit dem Ausbeutungsmissbrauch typischerweise (wenngleich nicht denknotwendig) verbundenen Vorwurfs eines böswilligen und illoyalen Verhaltens häufig angenommen werden müssen. Das Rücktrittsrecht bezieht sich freilich nur auf künftig zu erbringende Leistungen. Die (vom Unionsrecht zugelassene) Option für die Gesamtnichtigkeit lässt sich aus dem österreichischen Zivilrecht generell nicht ableiten. Der Vertragspartner des Marktbeherrschers könnte mit einer Klage auf vollständige Vertragsrückabwicklung schon deswegen keinen Erfolg haben, weil die Nichtigkeit nur insoweit eintritt, als dies vom Normzweck *verlangt* wird.²⁸⁰

Problematisch erscheint der von der Judikatur und Lehre angewendete Grundsatz, wonach bei Nichtigkeit einer Hauptleistungspflicht grundsätzlich der gesamte Vertrag wegfallen soll.²⁸¹ Auf Grund der oben ermittelten unionsrechtlichen Vorgabe wird man beim Ausbeutungsmissbrauch durch Aufzwingen eines unangemessenen (diskriminierenden) Entgelts ausnahmsweise die

²⁷⁷ OGH 28. 5. 2003, 3 Ob 77/02y. Zu Recht merkt der OGH an, dass die Bedachtnahme auf einen derartigen Parteiwillen insb dann dem Normzweck widerspräche, wenn dieser den anderen Vertragspartner schützen solle.

²⁷⁸ OGH 26. 11. 1997, 9 ObA 2264/96y; OGH 22. 1. 2003, 9 Ob 160/02y; *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB⁷ § 879 Rz 29; *Krejci* in *Rummel/Lukas*⁴ § 879 Rz 514.

²⁷⁹ Allgemein zum außerordentlichen Rücktrittsrecht vgl *Dullinger*, Schuldrecht⁷ Rz 3/156.

²⁸⁰ So ständige Rsp, vgl etwa OGH 30. 10. 2014, 8 Ob 28/14x; OGH 27. 6. 2016, 6 Ob 95/16p; OGH 9. 11. 2016, 7 Ob 162/16y. Dies entspricht auch dem soeben zitierten Rechtssatz, wonach der Restgültigkeit möglichst Vorzug zu geben sei.

²⁸¹ OGH 04.07.2007, 7 Ob 142/07v; *Krejci* in *Rummel/Lukas*⁴ § 879 ABGB Rz 514.

Aufrechterhaltung des Vertrages bejahen müssen, wobei die rechtswidrige Entgeltbestimmung durch eine angemessene (nicht diskriminierende) zu ersetzen ist. Es kann argumentiert werden, dass die vom Unionsrecht geforderte Ausnahmeregelung sich mit den Prinzipien des österreichischen Zivilrechts gut vereinbaren lässt. So sieht auch § 917a ABGB (und tlw auch § 27 MRG) für den Fall einer Überschreitung des gesetzlich festgelegten Höchstpreises die Aufrechterhaltung des Vertrags unter Herabsetzung des Entgelts auf den höchsten zulässigen Betrag vor.²⁸²

Betreffend den Anspruch des ausgebeuteten Vertragspartners auf Rückabwicklung ist keine Sonderbehandlung gegenüber allgemeinen zivilrechtlichen Regeln erforderlich. Insofern die ausbeuterischen Vereinbarungen als absolut nichtig qualifiziert werden, gelten sie auch im Sinne der österreichischen Zivilrechtslehre *als von Anfang an unwirksam*.²⁸³ In Übereinstimmung mit den Wertungen der österreichischen Zivilrechtsdogmatik wird der Rückforderungsanspruch auf Grund des klaren Normzwecks eindeutig zu bejahen sein.²⁸⁴

bb) Idealkonkurrenz mit vertragsrechtlichen Sonderbestimmungen des ABGB

Eine ausbeuterische Nebenbestimmung kann unter § 879 Abs 3 ABGB fallen, der die Nichtigkeit von gröblich benachteiligenden Nebenabreden in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und sonstigen Vertragsformblättern anordnet. Wird der Ausbeutungsmissbrauch hingegen durch grobes Missverhältnis der beiden Hauptleistungspflichten verwirklicht, kann gleichzeitig Wucher iSd § 879 Abs 2 Z 4 ABGB vorliegen.²⁸⁵ Denkbar ist aber auch die Konkurrenz mit der *laesio enormis* gem § 934 ABGB.

Alle drei vorgenannten Tatbestände sind mit Rechtsfolgen verknüpft, die von der unionsrechtlichen Vorgabe (insb im Hinblick auf die absolute Nichtigkeitswirkung) abweichen. So sollen nach der Rsp und hL gröblich benachteiligende Nebenabreden aus

²⁸² Vgl *Holzinger* Marktmissbrauch, 94 ff, die ausschließlich auf Grundlage innerstaatlichen Rechts argumentiert und teilweise von der hier vertretenen Rechtsmeinung abweicht, die Wertungen der beiden vorgenannten Rechtsnormen jedoch durchaus zutreffend aufzeigt.

²⁸³ Vgl OGH 24. 4. 2003, 6 Ob 39/03h; *Krejci* in *Rummel/Lukas*⁴ § 879 ABGB Rz 511.

²⁸⁴ Zur Maßgeblichkeit des Normzwecks für die Zulassung der Rückabwicklung vgl oben IV.C sowie *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁵ § 879 ABGB Rz 59.

²⁸⁵ *Holzinger*, Marktmissbrauch 55.

Vertragsformblättern nur bei Verbrauchergeschäften der absoluten Nichtigkeit unterliegen und sonst bloß relativ nichtig sein.²⁸⁶ Wucherische Verträge sollen bloß relativ nichtig sein, wobei dem Bewucherten stets nur die Geltendmachung der Gesamtnichtigkeit offenstehen soll.²⁸⁷ Im Anwendungsbereich des § 934 ABGB kann der verkürzte Vertragsteil nach klarem Gesetzeswortlaut nur die Aufhebung des gesamten Vertrages verlangen; die Aufrechterhaltung des Vertrages unter Anpassung des Preis-Leistungs-Verhältnisses ist ein Gestaltungsrecht seines Vertragspartners (*facultas alternativa*).

Im Sinne der unionsrechtskonformen Rechtsauslegung muss gelten, dass der in Art 102 AEUV vorgegebenen Rechtsfolge bei etwaiger Normenkollision mit innerstaatlichen Zivilrechtbestimmungen Vorrang zukommt.

Erwägungen über eine mögliche Ausnahme vom Anwendungsvorrang müssen schon deswegen nicht angestellt werden, weil die absolute Nichtigkeitswirkung in den genannten Fallsituationen den Interessen der Betroffenen durchaus gerecht wird und auch den grundlegenden Wertungen des österreichischen Zivilrechts nicht entgegenläuft. Letztere würden nur dann eine relative Nichtigkeit *erfordern*, wenn das Interesse eines Vertragspartners an der Aufrechterhaltung des Vertrages denkbar erschiene und der geschützten Vertragspartei die Entscheidung über das Festhalten am Vertrag oder dessen Beseitigung einen Vorteil bringen sollte. Allerdings ist beim Ausbeutungsmissbrauch ein Interesse des Vertragspartners des Marktbeherrschers an der Aufrechterhaltung der missbräuchlichen Bestimmung ausgeschlossen.²⁸⁸

Im Ergebnis unterliegen ausbeuterische Vertragsbestimmungen auch dann der absoluten Nichtigkeit, wenn sie zugleich als gröblich benachteiligende Nebenabreden iSd § 879 Abs 3 ABGB einzustufen sind und der ausgebeutete Vertragspartner als Unternehmer am

²⁸⁶ OGH 26. 11. 2002, 1 Ob 273/02g; OGH 30. 4. 2014, 3 Ob 71/14h; *Bollenberger/P. Bydlinski* in *P.Bydlinski/Perner/Spitzer*⁷ § 879 Rz 28a; *Krejci* in *Rumme/Lukas*⁴ § 879 Rz 520 f; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁵ § 879 Rz 57.

²⁸⁷ OGH 4. 2.1964, 4 Ob 505/64; OGH 28. 4. 1965, 7 Ob 111/65; OGH 11. 7. 1973, 1 Ob 122/73; OGH 20. 12. 1973, 6 Ob 229/73; OGH 11. 5. 2000, 8 Ob 253/99k; 6. 7.2016, 7 Ob 115/16m. Eine Ausnahme von der Gesamtnichtigkeit besteht gem § 7 Abs 2 WucherG für den Kreditwucher. Allerdings spielt dieser im Anwendungsbereich des Art 102 AEUV keine nennenswerte Rolle.

²⁸⁸ Vgl *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁹ Rz 7/44, der aus teleologischen Gründen entgegen der hL die absolute Nichtigkeitsfolge immer dann anwenden will, wenn die Entscheidungsmöglichkeit der benachteiligenden Partei keinerlei Vorteil bringen kann. Vgl weiters *Holzinger*, Marktmissbrauch, 57 die ohne Annahme einer unionsrechtlichen Vorgabe allein auf Grundlage österreichischer Zivilrechtsdogmatik bei Konkurrenz von Marktmissbrauch und Wucher für absolute Nichtigkeit plädiert.

Vertragsverhältnis beteiligt ist. Verwirklicht ein Ausbeutungsmissbrauch gleichzeitig den Tatbestand des Wuchers oder der Verkürzung über die Hälfte, ist die missbräuchliche Preisbestimmung jedenfalls absolut nichtig und wird unabhängig vom Willen des Marktbeherrschers durch eine angemessene Leistungspflicht ersetzt.

Im Falle der Idealkonkurrenz des Ausbeutungsmissbrauchs mit Wucher ist freilich insofern eine harmonisierende Rechtsanwendung zu befürworten, als kein Grund ersichtlich ist, warum dem Bewucherten die (innerstaatlich vorgesehene) Möglichkeit zusätzlicher Geltendmachung der relativen Gesamtnichtigkeit verweigert werden sollte. Diese Möglichkeit ist im Lichte obiger Erwägungen als ein besonderes Wahlrecht des Missbrauchsopfers zwischen Gesamt- und Teilnichtigkeit aufzufassen, welches hier ausnahmsweise einschlägig ist.

b) Rechtsprechung zu ausbeuterischen Vertragsbestimmungen

Der OGH bezog mehrmals spezifisch zum Schicksal ausbeuterischer Verträge Stellung, ein einschlägiges Vorabentscheidungsersuchen wurde von ihm bislang nicht eingeleitet.

In der Rs 4 Ob 187/02g²⁸⁹ ging es um ein rein innerstaatlich relevantes Vertragsverhältnis, wobei ua das vereinbarte generelle Aufrechnungsverbot zu Gunsten des Marktbeherrschers strittig war. Nach dem Judikat ist ein derartiges Aufrechnungsverbot *„jedenfalls insoweit missbräuchlich im Sinne des § 35 Abs 1 Z 1 KartG [1998]²⁹⁰ und daher nichtig (§ 879 Abs 1 ABGB), als damit Gegenforderungen ausgeschlossen werden, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit [gemeint wohl: Forderung] des Marktbeherrschers stehen.“* Vertragsrechtliche Rechtsfolgen des Ausbeutungsmissbrauchs behandelte der OGH jedoch nicht ausführlich, er knüpfte die Nichtigkeit ohne Weiteres an die Missbräuchlichkeit an. Auch die Frage nach der Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion der missbräuchlichen Klausel ließ der OGH offen, zumal sie für das Verfahren von keiner Relevanz war. Im Ergebnis erscheint die Beurteilung des für konnexe Forderungen geltenden Aufrechnungsverbots als missbräuchlich durchaus plausibel. Es wäre zu erwarten, dass sie in einem allfälligen Vorabentscheidungsverfahren vom EuGH bestätigt würde.

²⁸⁹ OGH 15. 10. 2002, 4 Ob 187/02g.

²⁹⁰ Nunmehr vgl § 5 Abs 1 Z 1 KartG 2005.

Zivilrechtliche Rechtsfolgen des Marktmissbrauchs waren weiters auch in der Rs 9 Ob 66/07g²⁹¹ von Bedeutung. Die Klägerin verlangte die Rückzahlung eines Teils der von ihr bezahlten Hafenpassagegebühren und begründete den geltend gemachten Anspruch auf der behaupteten Nichtigkeit der von ihr als ausbeuterisch betrachteten Entgeltbestimmung. Für den Sachverhalt war auch diesmal allein das innerstaatliche Recht ausschlaggebend. Der OGH ließ die Revision der Klägerin zu und gab damit zu erkennen, dass die Frage der Preisangemessenheit tatsächlich für den Verfahrensausgang von Relevanz war. Allerdings wurde das Entgelt vom OGH letztlich nicht als unangemessen qualifiziert, sodass auch die Anwendung einschlägiger vertragsrechtlicher Rechtsfolgen nicht in Betracht kam.

E. Behinderungsmissbrauch durch aggressive Preispolitik

1. Durchsetzbarkeit wettbewerbswidriger Vertragsbedingungen

Betreffend den *Behinderungsmissbrauch durch aggressive Preispolitik* werden in der Lit durchaus entgegengesetzte Meinungen vertreten: Ein Teil der Lehre plädiert für die Nichtigkeit derartiger Vertragsbestimmungen und meint, das wirtschaftliche Interesse der Vertragspartner des Marktbeherrschers an der Aufrechterhaltung der günstigen Konditionen könne nicht über den Verbotszweck des Art 102 AEUV gestellt werden. Zur Vorgabe betreffend absolute oder relative Wirkung der Nichtigkeit wird von diesen Literaturstimmen nicht explizit Stellung bezogen, doch wird hier wohl die absolute Nichtigkeit gemeint sein, zumal die Autoren klar zur Sprache bringen, dass der Vertragspartner des Marktbeherrschers an der Geltendmachung der Nichtigkeit gerade nicht interessiert sei.²⁹²

Eine andere Lehrmeinung tritt für die Wirksamkeit der betreffenden Vereinbarungen ein und argumentiert mit praktisch unlösbaren Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung, die die Durchsetzung der Vertragsnichtigkeit mit sich bringen würde. Diesbezüglich wird nicht weiter erörtert, ob das Unionsrecht die Vertragsgültigkeit bloß zulässt und diese definitiv aus innerstaatlichem Recht abgeleitet wird, oder die Vertragsgültigkeit (etwa aus

²⁹¹ OGH 28. 1. 2009, 9 Ob 66/07g.

²⁹² Jung in Grabitz/Hilf/Nettesheim Art 102 AEUV Rz 393; Schröter/Bartl in von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷ Art 102 AEUV Rz 61.

Rechtssicherheitserwägungen oder im Hinblick auf ein schutzwürdiges Interesse des gutgläubigen Vertragspartners) gar als unionsrechtlich vorgegeben zu verstehen wäre.²⁹³

Ein vermittelnder Lösungsansatz wurde von *Eilmansberger* vorgeschlagen und von *Holzinger* weiterentwickelt. Nach *Eilmansberger* sollten die bereits durchgeführten Einzelgeschäfte wirksam bleiben, währenddessen allfällige allgemeine Regelungen wie Rabattschemata einer unionsrechtlich vorgegebenen und ex nunc wirkenden Nichtigkeitsfolge unterliegen würden. Diesen Vorschlag gründete *Eilmansberger* insb auf der Erwägung, dass nur die Verdrängungspreispolitik als solche bzw ein anwendbares Rabattschema den Missbrauchstatbestand verwirkliche, nicht jedoch ein konkretes Einzelgeschäft. Dazu verwies er auf die Entscheidungspraxis der Kommission, deren Abstellungsanordnungen stets auf die Beendigung der aggressiven Preispolitik abzielen, ohne die Rückabwicklung von durchgeführten Einzelgeschäften vorzuschreiben.²⁹⁴

Während *Eilmansberger* in seiner Stellungnahme offenbar (wenn auch nicht ausdrücklich) auch *noch nicht durchgeführte Einzelgeschäfte* als wirksam betrachten wollte,²⁹⁵ schlägt *Holzinger* insoweit korrigierend vor, diese ebenfalls einer unionsrechtlich vorgegebenen und ex nunc wirkenden Nichtigkeit zu unterstellen. Demnach wären derartige Vereinbarungen nicht gerichtlich durchsetzbar, nach ihrer beidseitigen Erfüllung könnte aber auch kein Rückabwicklungsanspruch geltend gemacht werden.²⁹⁶ Weiters äußert sie sich klar für eine absolute Wirkung der Nichtigkeit und argumentiert diesbezüglich mit den Interessen Dritter und der Allgemeinheit, die gerade entgegen den Interessen der Vertragspartner des Marktbeherrschers die Nichtigkeit erforderlich erscheinen lassen.²⁹⁷

Richtigerweise wird man die unionsrechtliche Vorgabe der absoluten Nichtigkeit bejahen müssen. Diese muss sowohl bei längerfristigen Vertragsvereinbarungen als auch bei Einzelgeschäften zur Anwendung gelangen. Denn beide verletzen das Missbrauchsverbot des

²⁹³ *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*⁶ Art 102 AEUV Rz 429.

²⁹⁴ *Eilmansberger*, JBl 2009, 337 (347); *Eilmansberger/Bien* in *MüKo*³ Art 102 AEUV Rz 853 f.

²⁹⁵ Vgl *Eilmansberger/Bien* in *MüKo*³ Art 102 AEUV Rz 854.

²⁹⁶ *Holzinger*, Marktmissbrauch 132 ff. *Holzinger* selbst versteht *Eilmansbergers* Vorschlag ebenfalls dahingehend, dass er (anders als sie) auch bei nicht erfüllten Einzelverträgen die volle Wirksamkeit befürworte, vgl *Holzinger*, Marktmissbrauch 137.

²⁹⁷ *Holzinger*, Marktmissbrauch 135.

Art 102 AEUV und in beiden Fällen ist die Nichtigkeitsfolge geeignet, einer Wettbewerbsverzerrung vorzubeugen.

Selbst einem gutgläubigen Vertragspartner kann nämlich nicht das Recht eingeräumt werden, eine Vertragsleistung zu Bedingungen zu erzwingen, die die Rechtsordnung verbietet. Der Schutz berechtigter Interessen der Vertragspartner des Marktbeherrschers geht damit keinesfalls ins Leere. Er kann (und muss) einerseits bei der Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge (insb in Bezug auf ihren zeitlichen Wirkungsbereich) berücksichtigt werden. Bei dennoch eintretenden Vertrauensschäden des Vertragspartners kann überdies der Schadenersatzanspruch nach der RL 2014/104/EU gegen den Marktbeherrscher geltend gemacht werden.²⁹⁸

Aber auch der Einwand der in praxi zu befürchtenden „unlösbaeren Schwierigkeiten“ kann unter Hinweis auf *Eilmansbergers* Vorschlag in die Abhandlung über den zeitlichen Wirkungsbereich der Nichtigkeit verwiesen werden. Denn die Undurchsetzbarkeit wettbewerbswidriger Vertragsbedingungen *per se* wird mit keinen derartigen Schwierigkeiten verbunden sein, letztere wären allenfalls bei der Rückabwicklung nichtiger Verträge zu erwarten.

2. Geltendmachung der Nichtigkeit und Recht auf rechtliches Gehör

In der Lehre wurde auch die Frage aufgeworfen, ob es in der Praxis überhaupt zur Durchsetzung der Nichtigkeit der betreffenden Vertragsklauseln kommen würde.²⁹⁹ Diese Frage ist durchaus berechtigt, zumal iaR beide Parteien an der Ausführung der Vereinbarung interessiert sind und daher keine von ihnen von sich aus die Nichtigkeit geltend machen wird. Daher sollten die innerstaatlichen Wettbewerbsbehörden und die Kommission dem Marktbeherrscher nicht nur den künftigen Vertragsabschluss zu missbräuchlich niedrigen Preisen untersagen, sondern, wenn es zur effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts erforderlich ist, gleichfalls die Ausführung bereits abgeschlossener aber noch nicht erfüllter missbräuchlicher Vereinbarungen

²⁹⁸ Freilich darf der Schadenersatzanspruch nicht zur Aushöhlung der Nichtigkeitsfolge führen, vgl hierzu sogleich.

²⁹⁹ *Weyer* in FK Art 102 AEUV Rz 30. *Holzinger*, Marktmissbrauch 134 hält auf Grund der spezifischen Interessenlage die Geltendmachung der Nichtigkeit für unwahrscheinlich, betrachtet diese Erwägung aber nicht als ausreichend für einen grundsätzlichen Ausschluss der Nichtigkeitsfolge.

verbieten.³⁰⁰ Darüber hinaus muss es auch den Mitbewerbern des Marktbeherrschers offenstehen, mittels Unterlassungsklage die Abstellung der aggressiven Preispolitik einschließlich der Abstandnahme von der Erfüllung bereits abgeschlossener Geschäfte einzufordern.³⁰¹

Durch die Entscheidung der Kommission bzw der nationalen Wettbewerbsbehörde oder des nationalen Zivilgerichts wird der Marktbeherrscher zur Leistungsverweigerung verpflichtet sein und sich erforderlichenfalls vor den Zivilgerichten auf die absolute Nichtigkeit berufen müssen.

IdZ stellt sich die Frage nach der Wahrung des Rechts der Vertragspartner des Marktbeherrschers auf rechtliches Gehör. Praktisch könnte dieser Frage gerade bei längerfristigen Vereinbarungen Relevanz zukommen. In diesen Konstellationen ist es durchaus vorstellbar, dass die Vertragspartner des Marktbeherrschers rechtliche Schritte zwecks Beibehaltung der vereinbarten Preisbedingungen setzen wollen.

Die betroffenen Vertragspartner können ein rechtliches Interesse an der Aufrechterhaltung der günstigen Vertragsbedingungen vorweisen und sollten daher als Parteien im Verfahren auftreten können, in dem rechtsverbindlich über deren Gültigkeit abgesprochen wird. Die Beachtlichkeit des Rechts auf rechtliches Gehör im Anwendungsbereich des Unionrechts wird vom EuGH in seiner stRsp bestätigt³⁰², was auf Art 6 Abs 1 EMRK³⁰³ und Art 47 Abs 2 GRC³⁰⁴ gestützt werden kann.

Es obliegt den Mitgliedstaaten, im Rahmen ihrer institutionellen und verfahrensrechtlichen Autonomie die Wahrung des Rechts auf rechtliches Gehör sicherzustellen, ohne die effektive Durchsetzung des Missbrauchsverbots zu beeinträchtigen. Dem kann am besten durch die Einräumung der Parteistellung in den präjudiziellen Verfahren zu Gunsten der betroffenen Vertragspartner entsprochen werden. Wird dem Vertragspartner keine Parteistellung im präjudiziellen Verfahren eingeräumt, so kann der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde (oder

³⁰⁰ So auch OGH 21. 10. 2004, 16 Ok 11/04, der dem Marktbeherrscher die Gewährung eines bereits vertraglich zugesicherten Rabatts untersagte.

³⁰¹ Zum unionsrechtlich vorgegebenen Unterlassungsanspruch gegen missbräuchliche Verhaltensweisen vgl etwa *Fuchs in Immenga/Mestmäcker*⁶ Art 102 AEUV Rz 432.

³⁰² EuGH C-249/13, *Boudjlida*, ECLI:EU:C:2014:2431, Rn 36, 39; EuGH C-129/13, *Kamino International*, ECLI:EU:C:2014:2041, Rn 39 jeweils mit Verweisen auf die Vorjudikatur.

³⁰³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 24 Rz 72.

³⁰⁴ *Kröll in Holoubek/Lienbacher*, GRC² Art 47 Rz 84 ff.

des über eine Unterlassungsklage gegen den Marktbeherrscher befindenden Zivilgerichtes) betreffend Zulässigkeit der vereinbarten Konditionen keine Verbindlichkeit gegenüber den Vertragspartnern des Marktbeherrschers zukommen. In diesem Fall wird die definitive Entscheidung in das Zivilverfahren verlagert, welches der Marktbeherrscher auf Grund der wettbewerbsbehördlichen Entscheidung (oder auf Grund des Unterlassungsurteils) gegen seine Vertragspartner, sofern sie einer Vertragsanpassung nicht zustimmen, führen muss. Da in diesem Verfahren keine Partei an der Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit interessiert wäre, müsste das Zivilgericht die notwendigen Beweisaufnahmen erforderlichenfalls von Amts wegen anordnen.

Eine Sonderstellung nehmen die Entscheidungen der Kommission ein, an die innerstaatliche Behörden einschließlich Zivilgerichte gemäß Art 16 Abs 1 VO 1/2003 gebunden sind, die aber iaR ohne Anhörung von Vertragspartnern des Marktbeherrschers erlassen werden. Macht infolge einer Abstellungsanordnung der Kommission der Marktbeherrscher die Vertragsnichtigkeit geltend, so kann der betroffene Vertragspartner immerhin seine Bedenken gegen die Entscheidung der Kommission vor dem zuständigen innerstaatlichen Zivilgericht darlegen. Schließt sich das Zivilgericht den vorgetragenen Bedenken an, kann es von seiner Befugnis gemäß Art 16 Abs 1 Satz 4 VO 1/2003 Gebrauch machen und den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens konsultieren, der diesfalls die Entscheidung der Kommission überprüfen muss. Insofern bleibt das Recht auf rechtliches Gehör auch in dieser Konstellation gewahrt.

3. Schadenersatzanspruch des „enttäuschten“ Vertragspartners

Obwohl die Rechtsordnung selbst einem gutgläubigen Vertragspartner nicht das Recht auf Durchsetzung der wettbewerbswidrigen Vereinbarung einräumen kann, ist es doch klar, dass seine Interessen als schutzwürdig iSd *BRT II-Formel* gelten. Dies wird zum einen im Hinblick auf die Ausprägung der Nichtigkeitsfolge zu beachten sein. Zum anderen stellt sich die Frage, ob dem Unionsrecht eine Vorgabe betreffend den Anspruch des gutgläubigen Vertragspartners gegen den Marktbeherrscher auf Ersatz eines etwaigen Vertrauensschadens entnommen werden kann. Letzteres ist im Hinblick auf die *Courage*-Rsp des EuGH sowie auf Art 3 Abs 1 RL

2014/104/EU³⁰⁵ zu bejahen. Denn der Schaden, den der gutgläubige Vertragspartner des Marktbeherrschers durch frustrierte Dispositionen erleidet, ist zweifellos auf die *Zu widerhandlung* des Marktbeherrschers *gegen das Wettbewerbsrecht* iSd leg cit zurückzuführen.³⁰⁶

Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass der Schadenersatz nur bei einem Verschulden des Marktbeherrschers zusteht und sind bei der Anwendung der Verschuldensvoraussetzung an das Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip gebunden.³⁰⁷ Daraus ist mE zweierlei abzuleiten:

1. Entsprechend dem Äquivalenzprinzip muss die innerstaatliche Rechtsordnung einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch zuerkennen, falls sie einen solchen kennt und bei gleichartigen, allein gegen das innerstaatliche Recht ausgerichteten, Rechtsverletzungen gewährt. Auch muss eine etwaige Beweislastumkehr betreffend das Verschulden des Schädigers zur Anwendung kommen, falls sie für gleichartige Ansprüche aus innerstaatlichem Recht vorgesehen ist.

2. Nach dem Effektivitätsprinzip darf die Verschuldenshaftung des Marktbeherrschers nicht allzu restriktiv ausgestaltet werden. Die Einschränkung der Haftung auf vorsätzliche oder grob fahrlässige Verstöße unter Ausschluss der Verantwortung für leicht fahrlässiges Handeln wäre daher unzulässig. Aus der Regel, wonach der innerstaatliche Gesetzgeber die Haftung des Marktbeherrschers *auf schuldhaft begangene* Rechtsverletzungen *beschränken kann*, ergibt sich nämlich im Umkehrschluss die Unzulässigkeit des Haftungsausschlusses für (leicht) *schuldhaft* begangene Wettbewerbsrechtsverletzungen.

Fraglich ist weiters, ob der Schadenersatzanspruch auch zuerkannt werden muss, falls dem Vertragspartner bewusst war oder bei gebotener Sorgfalt hätte bewusst sein müssen, dass es sich bei den vereinbarten Vertragsbedingungen um marktmissbräuchliche Konditionen handelt. Angesichts der Regel, wonach in erster Linie der Marktbeherrscher und nicht seine

³⁰⁵ „Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass jede natürliche oder juristische Person, die einen durch eine Zu widerhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, den vollständigen Ersatz dieses Schadens verlangen und erwirken kann.“

³⁰⁶ Zum (durchaus weit zu verstehenden) ursächlichen Zusammenhang zwischen Schaden und schädigender Handlung vgl bereits oben III.D.2. Für die Bejahung eines Schadenersatzanspruchs zu Gunsten des gutgläubigen Vertragspartners des Marktbeherrschers ebenfalls *Schröter/Bartl* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 102 AEUV Rz 61.

³⁰⁷ RL 2014/104/EU Erwägungsgrund 11.

Vertragspartner für die wettbewerbskonforme Vertragsgestaltung Verantwortung trägt,³⁰⁸ ist dies grundsätzlich zu bejahen. Den Vertragspartner treffen keine Nachforschungspflichten, er soll sich auf die Zusagen seines Vertragspartners verlassen können. Eine Ausnahme könnte allenfalls für Fälle des Rechtsmissbrauchs vorgesehen werden, die idZ allerdings schwer vorstellbar sind.

Zusätzlich kann die Frage gestellt werden, ob der innerstaatliche Gesetzgeber dem enttäuschten Vertragspartner des Marktbeherrschers einen über das Vertrauensinteresse hinausgehenden Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens einräumen kann. Gegen die Zuerkennung eines derartigen Anspruchs spricht, dass er wirtschaftlich dem Erfüllungsanspruch gleichkäme und damit die Wirksamkeit der Nichtigkeitsfolge vereiteln würde. Aus diesem Grund wäre die Zuerkennung eines Anspruchs auf das Erfüllungsinteresse iaR unionsrechtswidrig. Eine Ausnahme wäre nur zulässig, wenn der Schadenersatzanspruch auf eine Weise ausgestaltet wäre, die dem Schadenersatzberechtigten eine neue Wahl des konkreten Vertragspartners ermöglichen würde und es für den Schadenersatzberechtigten nicht umständlicher wäre, sich nunmehr für ein anderes Angebot als jenes des Marktbeherrschers zu entscheiden. Allerdings dürfte ein derartiges Ergebnis in der Praxis nur schwer zu erreichen sein.

Die Eingrenzung des Schadenersatzanspruchs auf das Vertrauensinteresse steht auch im Einklang mit der Rsp des EuGH zum kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch und mit der RL 2014/104/EU. Beiden ist zu entnehmen, dass jedermann einen Anspruch auf *Ersatz des durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten* Schadens haben muss.³⁰⁹ Selbst unter Anwendung einer großzügigen Kausalitätsprüfung kann dem *Marktmissbrauch* in der betreffenden Konstellation allein die Ursächlichkeit für den Vertrauensschaden des Vertragspartners, nicht jedoch für seinen Nichterfüllungsschaden, zugeschrieben werden.

4. Restgültigkeit wettbewerbskonformer Vertragsteile

Bezüglich der Restgültigkeit stellt sich die Frage, ob der Vertragspartner des Marktbeherrschers an den Vertrag gebunden bleibt, wobei er eine Anpassung auf angemessene Vertragsbedingungen hinnehmen muss, oder sich von der vertraglichen Bindung überhaupt lösen

³⁰⁸ Vgl oben III.D.2.e.bb.

³⁰⁹ Art 3 Abs 1 RL 2014/104/EU; EuGH C-453/99, *Courage*, ECI:EU:C:2001:465, Rn 26.

kann. Die Frage ist deswegen brisant, weil bei ersterer Variante der Vertragspartner in ein Vertragsverhältnis hineingezwungen wäre, dem er in gegebener Ausgestaltung nie zustimmte. In bisher vorhandener deutschsprachiger Lehre ist diese Frage, soweit überblickbar, ohne Erörterung geblieben.

Der Schutz des Vertragspartners des Marktbeherrschers erfordert, dass dieser nicht gegen seinen Willen an einen Vertrag gebunden wird, den er nicht abgeschlossen hätte. Dies ergibt sich aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit, das den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemein ist und im Anwendungsbereich des Unionsrechts durch Art 16 GRC geschützt wird.³¹⁰ Überdies sprechen auch teleologische Erwägungen gegen eine undifferenzierte Bindung des Vertragspartners, da nicht er, sondern der Marktbeherrscher für die wettbewerbswidrige Handlung Verantwortung trägt.

Den Mitgliedstaaten steht es aber frei, die Aufrechterhaltung des Vertrages an den Parteiwillen zu knüpfen, sie also für den Fall vorzusehen, dass die Parteien den Vertrag auch zu wettbewerbskonformen Konditionen abgeschlossen hätten. Allerdings darf einem Vertragspartner des Marktbeherrschers, der die gänzliche Vertragsbeseitigung vorzieht, nicht die Beweislast für das hypothetische Nichtzustandekommen des Vertrages auferlegt werden. Im Lichte seiner Schutzwürdigkeit und seiner Rechte gemäß Art 16 GRC wäre eine derartige Beweislastregel als Verstoß gegen das unionsrechtliche Effektivitätsprinzip zu werten.

Im Ergebnis darf daher die Aufrechterhaltung des Vertrages unter Anpassung auf angemessene Vertragsbedingungen entgegen dem geltend gemachten Willen des Vertragspartners des Marktbeherrschers nur für den Fall vorgesehen werden, dass der Marktbeherrscher einen Beweis zu Gunsten des hypothetischen Zustandekommens des Vertrages erbringen kann. Wiederum muss das Äquivalenzprinzip berücksichtigt werden, sodass dem Vertragspartner jedenfalls dann die Beseitigung der vertraglichen Bindung zustehen muss, wenn sie in ähnlichen, rein innerstaatlich determinierten Situationen möglich ist.

Wenn der Vertragspartner des Marktbeherrschers hingegen die Aufrechterhaltung des Vertrages verlangt, so darf keine Gesamtnichtigkeit eintreten. Zum einen kann der Marktbeherrscher kein

³¹⁰ Vgl. EuGH C-426/11, *Alemo-Herron*, ECLI:EU:C:2013:118, Rn 31 f.

berechtigtes Interesse an der Gesamtnichtigkeit vorweisen; er bekommt auf Grund der Vertragsanpassung in Wirklichkeit mehr als ursprünglich vereinbart wurde. Zum anderen sollte in die Rechte des Vertragspartners nicht stärker eingegriffen werden, als dies im allgemeinen Interesse erforderlich ist. Der Vertragspartner soll die erwünschte Leistung des Marktbeherrschers zu wettbewerbskonformen Konditionen jedenfalls beziehen können.

5. Zeitlicher Wirkungsbereich der Nichtigkeit

Wie in der Lehre bereits dargelegt wurde,³¹¹ sprechen gewichtige Argumente für die Beschränkung der Nichtigkeitswirkung auf die Zukunft: Zum einen würde die rückwirkende Nichtigkeit einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Rechte von Vertragspartnern des Marktbeherrschers darstellen. Zum anderen wäre der Marktbeherrscher durch die Rückwirkung uU sogar begünstigt: Nach dem Abschluss einer erfolgreichen Verdrängungsoffensive könnte er nicht nur eine Preiserhöhung vornehmen, sondern zusätzlich von seinen Vertragspartnern Nachzahlungen für günstig gewährte Leistungen aus der Vergangenheit einfordern. Die Begrenzung der Nichtigkeitswirkung auf noch nicht abgewickelte Leistungen ist selbst dann angebracht, wenn der Vertragspartner des Marktbeherrschers die Wettbewerbswidrigkeit der vereinbarten Konditionen kannte oder kennen musste.

Der oben vorgeschlagenen Lösung stehen auch die Interessen der Mitbewerber des Marktbeherrschers nicht entgegen. Diesen wird gedient, wenn der Marktbeherrscher die missbräuchlich aggressive Preispolitik abstellt und zum Schadenersatz verpflichtet wird. Eine nachträgliche Aufzahlung vonseiten der Kunden zu Gunsten des Marktbeherrschers würde seinen Mitbewerbern keinen Vorteil verschaffen.³¹²

Im Lichte der vorstehenden Erwägungen kann der Schluss gezogen werden, dass das Unionsrecht den Ausschluss der Rückabwicklung in diesem Kontext nicht nur zulässt, sondern auch gebietet.

³¹¹ *Eilmansberger*, JBl 2009, 337 (347); *Eilmansberger/Bien* in MüKo³ Art 102 AEUV Rz 853; *Holzinger*, Marktmissbrauch 132 ff.

³¹² *Holzinger*, Marktmissbrauch 136.

6. Zusammenfassung unionsrechtlicher Vorgaben

1. Vertragsbestimmungen, die unter Behinderungsmissbrauch durch aggressive Preispolitik zu subsumieren sind, müssen vom innerstaatlichen Gesetzgeber mit der Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit belegt werden.
2. In Verfahren über die Zulässigkeit der vom Marktbeherrscher gewährten Vertragsbedingungen ist das Recht auf rechtliches Gehör der betroffenen Vertragspartner des Marktbeherrschers zu achten. Stellt eine innerstaatliche Wettbewerbsbehörde die Rechtswidrigkeit der gewährten Konditionen fest ohne den betroffenen Vertragspartnern rechtliches Gehör gewährt zu haben, so darf ihre Entscheidung diesen gegenüber keine Verbindlichkeit entfalten. Untersagt die Kommission dem Marktbeherrscher die Gewährung von bereits zugesagten Konditionen ohne Anhörung der betroffenen Vertragspartner, so hat ein mit der Sache befasstes innerstaatliches Zivilgericht etwaige Einwände der Vertragspartner gegen die Entscheidung der Kommission zu prüfen und bei Zweifeln über die Richtigkeit der Kommissionsentscheidung das Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten.
3. Dem Vertragspartner des Marktbeherrschers muss ein Anspruch auf Ersatz des durch das missbräuchliche Verhalten verursachten Vertrauensschadens zuerkannt werden.
4. Falls der Vertragspartner des Marktbeherrschers trotz Entfalls der für ihn günstigen Bestimmungen am Vertrag festhalten will, so ist der Vertrag unter Anpassung auf angemessene Konditionen aufrechterhalten. Will der Vertragspartner des Marktbeherrschers die gänzliche Vertragsbeseitigung erreichen, so darf die Aufrechterhaltung des Vertrages nur für den Fall vorgesehen werden, dass die Parteien den Vertrag nachweislich auch zu wettbewerbskonformen Konditionen abgeschlossen hätten.
5. Die durch aggressive Preispolitik begründete Nichtigkeit darf nur *pro futuro* wirken und keine bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüche begründen.

7. Rechtslage in Österreich

Die Umsetzung der Nichtigkeitsvorgabe durch geltendes Recht erscheint im Lichte der allgemeinen Auslegungsgrundsätze zu § 879 ABGB grundsätzlich unproblematisch, zumal die betreffenden Vertragsbestimmungen rechtswidrig sind und die Nichtigkeit, wie oben erörtert, vom Zweck der verletzten Norm verlangt wird. Ebenso entspricht die *absolute* Nichtigkeitswirkung der österreichischen Zivilrechtsdogmatik, da das tangierte Verbot in erster Linie auf Schutz öffentlicher Interessen sowie am Vertrag unbeteiligter Dritter (der Konkurrenten des Marktbeherrschers) ausgerichtet ist. Auch die Stimmen der österreichischen Zivilrechtslehre, die auf das Problem eingehen, sprechen sich für die absolute Nichtigkeitswirkung aus.³¹³

Einschlägige höchstgerichtliche Rsp ist bislang nicht vorhanden. Allerdings sprach der OGH als KOG wiederholt aus, dass im Wege des kartellgerichtlichen Abstellungsauftrags auch ein Verbot der Durchführung missbräuchlich aggressiver Vertragsbestimmungen ergehen könne.³¹⁴ In einem Fall wurde die Gewährung eines in concreto bereits vertraglich zugesagten Rabattes tatsächlich als aggressive Preispolitik qualifiziert und untersagt.³¹⁵

Im kartellgerichtlichen Verfahren wird freilich nicht über die zivilrechtlichen Wirkungen des Marktmissbrauchs abgesprochen.³¹⁶ Der OGH ließ es selbst beim Ausspruch des soeben erwähnten Abstellungsauftrags offen, wie der Marktbeherrscher von der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung rechtmäßig Abstand nehmen kann. Neben der hier vertretenen absoluten Nichtigkeitswirkung würden sich noch zwei andere Lösungsansätze anbieten, die die anfängliche Vertragsgültigkeit voraussetzen. Erstens könnte man im kartellgerichtlichen Abstellungsauftrag die Begründung einer nachträglichen rechtlichen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung sehen.³¹⁷ Zweitens könnte aus dem Abstellungsauftrag ein Recht des

³¹³ Eilmansberger, JBl 337 (347); Holzinger, Marktmissbrauch 135.

³¹⁴ OGH 21. 10. 2004, 16 Ok 11/04; OGH 19. 1. 2009, 16 Ok 13/08.

³¹⁵ OGH 21. 10. 2004, 16 Ok 11/04.

³¹⁶ OGH 11. 10. 2004, 16 Ok 14/04; OGH 27. 2. 2006, 16 Ok 46/05; OGH 19. 1. 2009, 16 Ok 13/08; OGH 14. 7. 2011, 16 Ok 3/11.

³¹⁷ Anders als anfängliche Unerlaubtheit, die von der anfänglichen Unmöglichkeit zu unterscheiden ist, wird die nachträgliche Unerlaubtheit grundsätzlich mit der nachträglichen Unmöglichkeit gleichbehandelt. Daher wird sie oft als „nachträgliche rechtliche Unmöglichkeit“ bezeichnet, und zwar selbst dann, wenn sie nicht auf Verweigerung eines angestrebten Rechtserfolges hinausläuft, sondern das Verbot einer faktischen Handlung zum Inhalt hat. Vgl Dullinger, Schuldrecht⁷ Rz 3/49.

Marktbeherrschers auf außerordentlichen Rücktritt oder außerordentliche Kündigung abgeleitet werden.³¹⁸

ME lässt sich keiner der beiden letztgenannten Ansätze mit dem Gebot des wirksamen Unionsrechtsvollzugs vereinbaren. Denn die Bejahung der anfänglichen Vertragswirksamkeit würde es dem Marktbeherrscher verwehren, ohne eine behördliche Anordnung, gleichsam aus eigenem Antrieb, von der rechtswidrigen Handlungsweise Abstand zu nehmen. Umgekehrt führt die Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit zu keiner Beeinträchtigung der Rechtsposition der Vertragspartner des Marktbeherrschers, da diesen bei einer ungerechtfertigten Berufung des Marktbeherrschers auf die absolute Nichtigkeit der vereinbarten Preisbedingungen der Zivilrechtsweg offensteht.

Aus alldem ergibt sich, dass der auf Untersagung der (bereits vertraglich zugesicherten) aggressiven Konditionen gerichtete Abstellungsauftrag mit der absoluten Nichtigkeitsfolge korreliert. Da aggressive Konditionen *immer* mit absoluter Nichtigkeitsfolge behaftet sind, setzt die inhaltliche Richtigkeit des Abstellungsauftrags die absolute Nichtigkeit der betreffenden Vertragsteile voraus.

Zu beachten ist allerdings, dass der kartellgerichtliche Abstellungsauftrag keine Rechtswirkung gegenüber den Vertragspartnern des Marktbeherrschers entfaltet. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass den Vertragspartnern des Marktbeherrschers nach der Rsp des OGH keine Parteistellung im einschlägigen Gerichtsverfahren zukommt.³¹⁹ Wie oben erörtert wurde, wäre die Zuerkennung einer Bindungswirkung gegenüber den Vertragspartnern des Marktbeherrschers unter diesen Bedingungen als Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör unionsrechtswidrig. Überdies wäre die Bindung von Gerichten an Entscheidungen aus anderen Verfahren, an denen nicht alle Parteien beteiligt waren, nach stRsp des VfGH auch mit dem rechtsstaatlichen Prinzip der Bundesverfassung nicht zu vereinbaren.³²⁰ Folgerichtig wird § 190 ZPO von der Lehre dahingehend ausgelegt, dass die präjudizielle Bindungswirkung einer Entscheidung nur unter den Parteien des betreffenden Verfahrens bestehen kann.³²¹ Im Ergebnis gilt die Erlassung des

³¹⁸ Zur Ableitung des außerordentlichen Kündigungsrechts durch Gesamtanalogie vgl. *Dullinger*, Schuldrecht⁷ Rz 3/158. Zum außerordentlichen Rücktritt vgl. *Dullinger* ebendort Rz 3/156.

³¹⁹ OGH 14. 7. 2011, 16 Ok 3/11.

³²⁰ VfGH 12. 10. 1990, G 73/89; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ Rz 961a mwN.

³²¹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 713 mwN.

Abstellungsauftrags gegenüber den Vertragspartnern des Marktbeherrschers weder als rechtskräftige Feststellung der Vertrags(teil)nichtigkeit noch als verbindliche Entscheidung über die Wettbewerbswidrigkeit der versprochenen Konditionen. Auch etwaigen Sachverhaltsfeststellungen des Kartellgerichtes, etwa im Hinblick auf Preisverhältnisse am relevanten Markt oder auf die Produktionskosten, kann keine Bindungswirkung gegenüber den Vertragspartnern des Marktbeherrschers zukommen.

Trotzdem muss der Marktbeherrscher, um einem Abstellungsauftrag gerecht zu werden, die Leistung zu den (vertraglich zugesprochenen) wettbewerbswidrigen Konditionen verweigern. Sollte ein Vertragspartner auf den vereinbarten Konditionen bestehen und diesbezüglich den Klageweg beschreiten, so ist der Marktbeherrscher verpflichtet, vor Gericht die absolute Nichtigkeit der wettbewerbswidrigen Vertragsbedingungen geltend zu machen und alle zur Erwirkung einer entsprechenden Gerichtsentscheidung nützlich erscheinenden Verfahrensschritte zu unternehmen. Zwecks wirksamer Durchführung des Unionsrechts und im Hinblick auf die Absenz der Kartellbehörden (und der Konkurrenten des Marktbeherrschers) vom Gerichtsverfahren muss das zuständige Zivilgericht den Entscheidungsgründen des Kartellgerichts gebührende Aufmerksamkeit schenken und erforderlichenfalls alle notwendigen Beweiserhebungen gemäß § 183 ZPO von Amts wegen anordnen. Entscheidet das Zivilgericht (allenfalls nach der Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH) trotzdem für die Vertragswirksamkeit, so ist der Marktbeherrscher zur entsprechenden Vertragserfüllung verpflichtet. Die Leistungspflicht gilt unmittelbar nur gegenüber dem Kläger aus dem rechtskräftig entschiedenen Zivilverfahren. Allerdings wird der Marktbeherrscher nach einer höchstgerichtlichen Bejahung seiner Leistungspflicht nicht zum Eingehen neuer Zivilstreitigkeiten mit Vertragspartnern angehalten sein, deren Konditionen sich von jenen des siegreichen Klägers nicht merkbar unterscheiden. Der Unionsrechtsordnung kann wohl nicht unterstellt werden, dass sie den Marktbeherrscher zur Führung aussichtsloser Prozesse verpflichtet.

Zur Restgültigkeit wettbewerbskonformer Vertragsbestandteile sowie zur Möglichkeit der Geltendmachung von Rückabwicklungsansprüchen im Zusammenhang mit aggressiven Konditionen liegt bislang keine höchstgerichtliche Rsp vor. Allerdings kann man aus den oben erarbeiteten unionsrechtlichen Vorgaben eindeutige Schlussfolgerungen für eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 879 ABGB ableiten.

Auf Grund des Normzwecks wird einerseits der Teilnichtigkeit vor Gesamtnichtigkeit Vorzug zu geben sein, der Vertrag bleibt unter Wegfall der aggressiven Bestimmung erhalten. Dies gilt selbst dann, wenn eine Hauptleistungspflicht von der Nichtigkeit betroffen ist; insofern handelt es sich (wie schon beim Ausbeutungsmissbrauch) um eine Ausnahme vom grundsätzlichen Gebot der Gesamtnichtigkeit für derartige Fallsituationen. Die dadurch entstehende Vertragslücke wird durch Einsetzung einer wettbewerbskonformen, für den Vertragspartner des Marktbeherrschers aber möglichst günstigen Entgeltbestimmung geschlossen.

Der unionsrechtlichen Vorgabe des Wahlrechts auf gänzliche Vertragsbeseitigung wird durch das außerordentliche Rücktrittsrecht entsprochen.³²² Ein solches ist beim Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Rsp und Lehre allgemein anerkannt.³²³

Auch der unionsrechtlich vorgegebene Ausschluss der Rückabwicklung zu Gunsten des Marktbeherrschers (dh einer Nachforderung des unrechtmäßig gewährten Preisnachlasses) erfordert keine Abweichung von den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen. Da der Ausschluss der Rückabwicklung durch den Normzweck des Art 102 AEUV (Schutz berechtigter Interessen der Vertragspartner und Dritter) geboten wird,³²⁴ kann im Abstellen auf den Normzweck³²⁵ eine durchaus passende Umsetzungsgrundlage erachtet werden.

F. Behinderungsmissbrauch durch wettbewerbswidrige Bindungen

1. Unterschiedliche Spielarten der Missbrauchsart

Die nunmehr zu behandelnde Missbrauchsart wird in den allermeisten Fällen durch eine unzulässige Einschränkung des Vertragspartners des Marktbeherrschers verwirklicht, etwa durch das Aufzwingen einer Alleinbezugsverpflichtung oder Koppelung der erwünschten Leistung mit zusätzlichem Angebot des Marktbeherrschers. Daneben gibt es die in der Praxis weitaus selteneren Fälle des Marktmissbrauchs durch Selbsteinschränkung des Marktbeherrschers, die

³²² AA *Holzinger*, Marktmissbrauch, 140, die auf den hypothetischen Parteiwillen abstellt: Wenn dieser für die Gesamtnichtigkeit streite, dann (und nur dann) sei Gesamtnichtigkeit anzunehmen.

³²³ Vgl *Dullinger*, Schuldrecht⁷, Rz 3/156.

³²⁴ Vgl oben IV.E.5.

³²⁵ Vgl oben IV.C.

auf Diskriminierung und Behinderung bestimmter Marktteilnehmer abzielen. Entsprechend der praktischen Relevanz sollen zunächst die Fälle der Behinderung des Vertragspartners untersucht werden, bevor auf den Sonderfall der Selbsteinschränkung des Marktbeherrschers eingegangen wird. Für letztere gelten die Ausführungen dieses Kapitels nur, soweit dies ausdrücklich festgehalten wird.

2. Durchsetzbarkeit wettbewerbswidriger Vertragsbedingungen

In der deutschsprachigen Lit wird, soweit überblickbar, für den *Behinderungsmissbrauch durch wettbewerbswidrige Bindungen* einhellig eine unionsrechtliche Vorgabe der Nichtigkeitssanktion angenommen.³²⁶ Teilweise wird zusätzlich hervorgehoben, dass die Nichtigkeit nicht nur im Interesse des Vertragspartners, sondern auch im Interesse einer Markttöffnung geboten sei,³²⁷ woraus in Verbindung mit Strukturprinzipien des Unionsrechts das Gebot einer absoluten Nichtigkeitswirkung abgeleitet wird³²⁸. Ähnlich wird auch die Stellungnahme zu verstehen sein, wonach wettbewerbswidrigen Bindungen die „zivilrechtliche Anerkennung von vornherein versagt bleiben“ müsse.³²⁹

ME lässt sich aus dem Unionsrecht eine klare Vorgabe der absoluten Nichtigkeitsfolge für jene Vertragsbestimmungen ableiten, deren Inhalt sich in der Einschränkung der Handlungsfreiheit des Vertragspartners ausschöpft, wie es bspw bei Alleinbezugsklauseln oder bei Einschränkungen betreffend den Weiterverkauf der vom Marktbeherrscher bezogenen Ware der Fall ist. Bezugnehmend auf die hier bereits für den Ausbeutungsmissbrauch vertretene Meinung³³⁰ kann für derartige Klauseln festgehalten werden, dass sie mit gleicher Intensität wie der Ausbeutungsmissbrauch den Zielen des europäischen Wettbewerbsrechtes zuwiderlaufen, dabei aber noch stärker als der Ausbeutungsmissbrauch gegen die Interessen der Allgemeinheit ausgerichtet sind. Daraus ergibt sich zum einen die Vorgabe der Nichtigkeitsfolge, zum anderen sprechen hier noch stärkere Argumente als beim Ausbeutungsmissbrauch für die absolute

³²⁶ Eilmansberger, JBl 2009, 337 (346 f); Eilmansberger/Bien in MüKo Art 102 AEUV Rz 851; Fuchs in Immenga/Mestmäcker I/1⁵ Art 102 AEUV Rz 428; Holzinger, Marktmissbrauch 48; Schröter/Bartl in von der Groeben/Schwarze/Hatje II⁷ Art 102 AEUV Rz 59.

³²⁷ Eilmansberger/Bien in MüKo³ Art 102 AEUV Rz 851.

³²⁸ Eilmansberger/Bien in MüKo³ Art 102 AEUV Rz 858.

³²⁹ Schröter/Bartl in von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷ Art 102 AEUV Rz 59.

³³⁰ Vgl oben IV.D.1.

Nichtigkeitswirkung. Da diese Lösung in keiner Weise den Interessen des in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkten Vertragspartners entgegenläuft, ist eine entsprechende unionsrechtliche Vorgabe zu bejahen.

Wird die missbräuchliche Behinderung hingegen durch eine gegenseitige Verpflichtung verwirklicht, wie dies etwa bei der Vereinbarung einer übermäßigen Vertragsdauer oder bei Koppelungsgeschäften iSd Art 102 Abs 2 lit d AEUV der Fall ist, so erfordert das Interesse des Vertragspartners die relative Nichtigkeit. In diesen Fällen soll der Vertragspartner entscheiden können, ob er an der Vereinbarung festhält (etwa das Vertragsverhältnis auch nach dem Ablauf einer angemessenen Bindungsdauer fortsetzt bzw zusätzlich zu der primär gewünschten Vertragsleistung auch die daran gekoppelte „Zusatzleistung“ behält) oder jeweils die Nichtigkeitsfolge geltend macht.

3. Restgültigkeit wettbewerbskonformer Vertragsteile

Die Frage nach unionsrechtlichen Vorgaben zur Restgültigkeit der betreffenden Verträge wurde in der Lit, soweit überblickbar, bislang nicht ausführlich diskutiert. Eine vorliegende Lehrmeinung betont, dass bei einem Kopplungsgeschäft die Gesamtnichtigkeit ausgeschlossen sei, falls der betreffende Vertrag neben der Wettbewerbsbehinderung zugleich auch den Ausbeutungsmissbrauch verwirkliche: im Übrigen werde die Wirksamkeit des Unionsrecht durch das Schicksal des Restvertrages weitgehend nicht tangiert.³³¹

Klarerweise muss dem Vertragspartner des Marktbeherrschers ein Recht auf die Aufrechterhaltung des Restvertrages zukommen. Die Geltendmachung der Nichtigkeit wettbewerbswidriger Klauseln darf keinen zwingenden Entfall des gesamten Vertragsverhältnisses zur Folge haben. Die Mitgliedstaaten können daher entweder die Restgültigkeit vorsehen oder das Schicksal des Restvertrages von der Ausübung eines Gestaltungsrechtes durch den Vertragspartner abhängig machen.³³² Geltungserhaltende Reduktion der betreffenden wettbewerbswidrigen Klauseln ist grundsätzlich unzulässig. Dies

³³¹ *Eilmansberger/Bien* in MüKo³ Art 102 AEUV Rz 857.

³³² Für eine eingehende Begründung vgl oben die bereits in Bezug auf den Ausbeutungsmissbrauch vorgebrachten Argumente unter IV.D.2.c.

ergibt sich auch hier aus dem Prinzip des *effet utile* sowie dem Gebot einer gerechten Lastenverteilung.³³³ Eine Ausnahme ist für jene Klauseln anzunehmen, die eine unangemessene Bindungsdauer vorsehen: Hier ist die geltungserhaltende Reduktion in Form der Herabsetzung der Vertragsdauer auf ein angemessenes Ausmaß nicht nur zulässig, sondern sogar geboten. Denn ein ersatzloser Wegfall der zeitlichen Bindung würde einer Nichtigkeitswirkung *pro futuro* gleichkommen und damit den berechtigten Interessen des Vertragspartners am Bestand des Geschäftsverhältnisses zuwiderlaufen.

4. Schicksal der vom Marktbeherrscher im Gegenzug gewährten Begünstigungen

Für die wettbewerbswidrige Bindung des Vertragspartners an den Marktbeherrscher wird öfters eine besondere Begünstigung vorgesehen. Dies erfolgt entweder explizit oder auch durch Berücksichtigung der Bindung bei der Preisfestsetzung ohne ausdrücklichen Hinweis im Vertragstext. Fraglich ist, ob der Marktbeherrscher auf Grund der Nichtigkeit der wettbewerbswidrigen Zusage seines Vertragspartners den Entfall des *quid pro quo* gewährten Vorteils (bspw. im Wege einer entsprechenden Entgeltanpassung) verlangen kann.

ME muss die gewährte Begünstigung von der Nichtigkeit unberührt bleiben. Diese Regel lässt sich ebenfalls aus dem *effet utile* ableiten. Denn die Durchsetzung der Nichtigkeitsfolge kann realistisch am ehesten vom Vertragspartner des Marktbeherrschers erwartet werden. Tatsächlich wird dieser in vielen Fällen an der Knüpfung zusätzlicher Geschäftsbeziehungen (und somit an der Beseitigung der wettbewerbswidrigen Einschränkung) interessiert sein. Doch gerade die Aussicht auf Entgeltanpassung könnte den betroffenen Vertragspartner von der Geltendmachung der Nichtigkeit abhalten und ihn effektiv an den Marktbeherrscher binden.

Für die hier vorgeschlagene Lösung spricht auch die bereits erörterte Zuweisung der wettbewerbskonformen Vertragsgestaltung in den Verantwortungsbereich des Marktbeherrschers.³³⁴ Daher soll der Vertragspartner des Marktbeherrschers nicht mit den nachteiligen Rechtsfolgen des Marktmissbrauchs belastet und in seinem Vertrauen auf die Gültigkeit der günstigen Konditionen enttäuscht werden. Zwar muss der Vertragspartner des

³³³ Vgl. wiederum die bereits oben vorgebrachten Argumente unter IV.D.2.e.

³³⁴ Vgl. unter IV.D.2.e.

Marktbeherrschers beim oben behandelten *Behinderungsmissbrauch durch aggressive Preispolitik* eine ebensolche Vertrauensenttäuschung hinnehmen. Dies ist dort aber durch deren zwingende Erforderlichkeit für die Beseitigung wettbewerbshemmender Vertragswirkungen begründet. Bei der hier behandelten Missbrauchsart kann dem Wettbewerbsschutz auch (und sogar besser) ohne Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen des Vertragspartners gedient werden, sodass die Übernahme der für aggressive Konditionen erarbeiteten Lösung nicht sachgerecht erscheint.

5. Zeitlicher Wirkungsbereich der Nichtigkeit

Die effektive Durchsetzung des Missbrauchsverbots verlangt, dass die Nichtigkeit einer wettbewerbswidrigen Bindungsabsprache auch auf die Zeit vor ihrer Geltendmachung zurückwirkt. Insbesondere muss es dem Marktbeherrscher verwehrt bleiben, gegenüber seinem Vertragspartner Sanktionen wegen Verletzungen wettbewerbswidriger Bindungsvereinbarungen geltend zu machen. Zu beachten ist, dass eine im Gegenzug für die Bindung gewährte Vergütung (preismäßige Begünstigung) nicht zurückgefordert werden kann, da die Vergütungsregelung, wie soeben erörtert, aufrecht bleibt.

6. Vergleich mit den Rechtsfolgen des Art 101 Abs 2 AEUV

In der Praxis verstoßen Vereinbarungen, die einer der beiden genannten Spielarten zuzuordnen sind, zumeist gleichzeitig gegen Art 101 AEUV.³³⁵ Auf derartige Vereinbarungen kommt die unmittelbar anwendbare unionsrechtliche Nichtigkeitsanordnung des Art 101 Abs 2 AEUV in Idealkonkurrenz mit einer unionsrechtlichen, aus Art 102 AEUV erfließenden und an den innerstaatlichen Gesetzgeber adressierten Nichtigkeitsvorgabe zur Anwendung. Letztere ist deswegen von praktischer Relevanz, weil Art 102 AEUV (anders als das Kartellverbot) keine Freistellungsmöglichkeit kennt.

Festzuhalten ist, dass die hier ermittelten Vorgaben in zweifacher Hinsicht von jenen des Art 101 Abs 2 AEUV abweichen.

³³⁵ Eilmansberger, JBl 2009, 337 (347); Eilmansberger/Bien in MüKo³ Art 102 AEUV Rz 851; Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁶ Art 102 AEUV Rz 418.

Erstens schreibt Art 101 Abs 2 AEUV nach klarer und gefestigter Rsp des EuGH die absolute Nichtigkeitsfolge vor. Bei der Verwirklichung des Behinderungsmissbrauchs durch Aufzwingen einer übermäßig langen Vertragsdauer oder durch Koppelungsgeschäfte würde die Nichtigkeitsfolge, wie oben erörtert, bloß relativ wirken. Zwecks Vermeidung einer Normenkollision wird man die ungeschriebene Nichtigkeitsfolge des Art 102 AEUV im Einklang mit der unmittelbar anwendbaren Rechtsfolge des Art 101 Abs 2 leg cit anwenden müssen. Im Fall einer Idealkonkurrenz der beiden Rechtsvorschriften ist daher die wettbewerbswidrige Vertragsbestimmung absolut nichtig. Die relative Nichtigkeitsfolge kommt somit nur bei gleichzeitiger Freistellung vom Kartellverbot gemäß Art 101 Abs 3 AEUV zur Anwendung.³³⁶

Zweitens liegt die Entscheidung über die Restgültigkeit des Vertrages im Anwendungsbereich des Art 101 AEUV entsprechend der Judikatur des EuGH beim innerstaatlichen Gesetzgeber, während nach der soeben erarbeiteten unionsrechtlichen Vorgabe der Restvertrag keinesfalls gegen den Willen des Missbrauchsopfers gänzlich entfallen darf. Hier wird im Fall der Normenkonkurrenz die genannte Vorgabe verbindlich bleiben. Die Entscheidung über die Restgültigkeit der gegen Art 101 AEUV verstoßenden Verträge konnte der EuGH deswegen zu Recht den nationalen Rechtsordnungen überlassen, weil sie im Prinzip die effektive Durchsetzung des Kartellverbots nicht berührt. Es war auch in keinem bisher vom EuGH in diesem Zusammenhang behandelten Fälle eine marktbeherrschende Stellung gegeben.³³⁷ Beim Vorliegen eines *Behinderungsmissbrauchs durch wettbewerbswidrige Bedingungen* ist die Regelung der Restgültigkeit im oben erarbeiteten Sinn für die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts geboten und schmälert in keiner Weise die Durchsetzung des Art 101 Abs 2 AEUV.

³³⁶ Zur Möglichkeit einer derartigen Konstellation vgl. EuGH 66/86, *Ahmed Saeed*, ECLI:EU:C:1989:140, Rn 37.

³³⁷ Vgl. EuGH 56/65, *Société Technique Minière*, ECLI:EU:C:1966:38; EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374, Rz 12; EuGH 10/86, *VAG France*, ECLI:EU:C:1986:502, Rz 14 f; EuGH C-230/96, *Cabour*, ECLI:EU:C:1998:181, Rz 51; EuGH C-376/05, *Brünsteiner*, ECLI:EU:C:2006:753, Rz 48; EuGH C-279/06, *CEPSA*, ECLI:EU:C:2008:485, Rz 79, Tenor.

7. Marktmissbrauch durch Selbsteinschränkung des Marktbeherrschers

Ein Marktmissbrauch kann auch verwirklicht werden, indem der Marktbeherrscher bestimmten bevorzugten Vertragspartnern wettbewerbswidrige Zusagen macht, die ihm das Eingehen einer Vertragsbeziehung zu anderen Marktteilnehmern unmöglich machen.³³⁸ Diese Konstellation hat mit dem *Marktmissbrauch durch aggressive Preispolitik* gemeinsam, dass der unmittelbare Vertragspartner des Marktbeherrschers besser behandelt soll, als es das Unionsrecht zulässt. Allerdings wird hier iaR zugleich der Tatbestand des Art 101 Abs 1 AEUV verwirklicht, sodass nicht nur der Marktbeherrscher, sondern auch der andere Vertragspartner ein an ihn adressiertes Verbot übertritt.

Als vertragsrechtliche Abhilfe gegen den Marktmissbrauch erscheint die absolute Nichtigkeitsfolge geboten, zumal die Bindung von der Rechtsordnung nicht anerkannt werden kann, was in erster Linie nicht dem Schutz einer Vertragspartei, sondern vielmehr dem Schutz Dritter (der Konkurrenten der Vertragspartner des Marktbeherrschers) dienen soll. Die Nichtigkeit muss zudem ex tunc wirken, damit die Geltendmachung etwaiger Verletzungen der Wettbewerbseinschränkung nicht in Frage kommt.

Anders als bei der wettbewerbswidrigen Einschränkung des Vertragspartners des Marktbeherrschers verlangt die wirksame Durchsetzung des Missbrauchsverbots keine bestimmte Regelung der Restgültigkeit; diese kann daher eigenständig durch die Mitgliedstaaten geregelt werden.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass beim *Behinderungsmissbrauch durch Selbstbeschränkung des Marktbeherrschers* keine anderen als die bereits durch Art 101 Abs 2 AEUV normierten Rechtsfolgen zur Anwendung gelangen.

³³⁸ OGH 30. 11. 2006, 8Ob 86/06i.

8. Zusammenfassung unionsrechtlicher Vorgaben

1. Vertragsbestimmungen, die den Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs durch wettbewerbswidrige Bindungen verwirklichen, müssen mit absoluter Nichtigkeit sanktioniert werden. Anderes gilt nur für Vertragsbestimmungen, die ausnahmsweise nicht von der Nichtigkeitsanordnung des Art 101 Abs 2 AEUV getroffen werden und an deren Aufrechterhaltung das Missbrauchsoffer denkbarerweise interessiert sein kann: Hier ist die Vorgabe relativer Nichtigkeit anzunehmen.
2. Der Vertragspartner des Marktbeherrschers hat ein Recht auf die Aufrechterhaltung des Restvertrages. Klauseln, die den Vertragspartner des Marktbeherrschers in der Knüpfung von Geschäftsbeziehungen oder sonst in seiner unternehmerischen Tätigkeit einschränken, müssen ersatzlos gestrichen werden. Der Wegfall der wettbewerbswidrigen Bindung darf weiters keine Entgeltsanpassung zum Nachteil des Vertragspartners des Marktbeherrschers zur Folge haben.
3. Die Nichtigkeit wettbewerbswidriger Bindungsklauseln muss schuldrechtlich ex tunc wirken.
4. Falls die wettbewerbswidrige Bindung in einer Selbstbeschränkung des Marktbeherrschers besteht, so müssen die missbräuchlichen Vertragsbestimmungen jedenfalls von Anfang an absoluter Nichtigkeit unterliegen. Regelung des zivilrechtlichen Schicksals des Restvertrages unterliegt der freien Ausgestaltung durch den innerstaatlichen Gesetzgeber.

9. Rechtslage in Österreich

a) Allgemeines

Auch bei der soeben behandelten Missbrauchsart können unionsrechtliche Vorgaben ohne wesentliche Abweichungen von allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu § 879 ABGB umgesetzt werden. Dies gilt sowohl für die absolute Nichtigkeitswirkung ex tunc als auch für das Recht des Vertragspartners auf die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses. Im Hinblick auf letzteres sind die betreffenden Verträge als teilnichtig anzusehen; ein Wahlrecht des geschützten Vertragspartners zwischen Gesamt- und Teilnichtigkeit ist nicht vorgesehen. Allerdings wird der

Vertragspartner wie auch beim Ausbeutungsmissbrauch einen außerordentlichen Rücktritt erklären können, falls ihm die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.³³⁹

Auch in Bezug auf die Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion kann die beim Ausbeutungsmissbrauch vorgenommene Wertung übernommen werden: Die Auslegungspraxis, wonach nur bei Verbraucherverträgen der ersatzlose Wegfall einer rechtswidrigen Klausel anzunehmen sei, wohingegen bei sonstigen Verträgen die geltungserhaltende Reduktion vorgenommen werden könne, muss der unionsrechtskonformen Interpretation weichen.³⁴⁰ Im Ergebnis ist die Rettung einer missbräuchlich einschränkenden Klausel ohne Rücksicht auf die Verbrauchereigenschaft des betroffenen Vertragspartners unzulässig, sodass die Klausel in jedem Fall entfällt.

b) Stellungnahmen in der Literatur

In bisher vorliegender Lit wird auf eine Untersuchung der Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge beim *Behinderungsmissbrauch durch wettbewerbswidrige Bindungen* aus der Sicht des österreichischen Zivilrechts weitgehend verzichtet.³⁴¹ Einzig die Frage der möglichen Rückforderung der vom Marktbeherrscher geleisteten Vergütung der Wettbewerbseinschränkung wird von *Holzinger* eingehend untersucht und unter Berufung auf § 1174 Abs 1 Satz 1 ABGB verneint³⁴², womit ein aus unionsrechtlicher Sicht zufriedenstellender Lösungsvorschlag vorliegt

³³⁹ Vgl bereits oben IV.D.5.a.aa.

³⁴⁰ Vgl oben IV.D.5.a.bb.

³⁴¹ *Eilmansberger*, JBl 2009, 337 (346 f) begnügt sich mit dem Hinweis, dass die von dieser Missbrauchsart infizierten Verträge der Nichtigkeitsfolge unterliegen, ohne auf deren Wirkung näher einzugehen. *Holzinger*, Marktmissbrauch 125 ff behandelt diese Missbrauchsart gemeinsam mit dem *Behinderungsmissbrauch durch aggressive Preispolitik* und scheint im Allgemeinen keine dieser gegenüber spezifische Nichtigkeitsausprägung anzunehmen.

³⁴² *Holzinger*, Marktmissbrauch 183 ff.

c) Judikatur

Der OGH hatte sich bislang nur einmal mit Vertragsnichtigkeit im Zusammenhang mit der hier behandelten Missbrauchsart auseinanderzusetzen. In der Rs 8Ob 86/06i³⁴³ war als Vorfrage zu beurteilen, unter welchen Umständen sich ein Netzbetreiber auf einen bestehenden langfristigen Reservierungsvertrag berufen könnte, um gemäß § 20 Abs 1 Z 2 ElWOG³⁴⁴ in der anwendbaren Fassung einem Netzzugangsberechtigten den Netzzugang auf Grund mangelnder Netzkapazitäten zu verweigern. Es ging somit um einen Fall der oben beschriebenen Selbsteinschränkung des Marktbeherrschers.

Dazu hielt das Höchstgericht fest, dass ein derartiger Reservierungsvertrag gegen Art 82 EGV verstoßen könne und bei Bejahung des Verstoßes als absolut nichtig anzusehen sei. Die Rechtsmeinung des OGH erscheint im Lichte der oben dargelegten unionsrechtlichen Vorgaben als unproblematisch. Die Nichtigkeit des Wettbewerbsverstoßes stand auf Grund der gleichzeitigen Anwendbarkeit des Art 81 EGV außer Zweifel, sodass auch kein Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet werden musste.

Der OGH äußerte sich im zitierten Fall nicht zur Frage der Restgültigkeit. Da jedoch der Normzweck in der betreffenden Konstellation keine Gesamtnichtigkeit erfordert und nach einschlägiger Rsp der Restgültigkeit Vorzug zu geben ist,³⁴⁵ kann von der Gültigkeit des Restvertrages ausgegangen werden.

³⁴³ OGH 30. 11. 2006, 8Ob 86/06i.

³⁴⁴ Elektrizitätswirtschafts- und –organisationsgesetz BGBl I 143/1998. Nach der zitierten Bestimmung konnte ein Netzbetreiber bei mangelnden Netzkapazitäten (trotz grundsätzlich bestehenden Kontrahierungszwangs) den Netzzugang verweigern.

³⁴⁵ OGH 26. 11. 1997, 9 ObA 2264/96y; OGH 22. 1. 2003, 9 Ob 160/02y.

V. Kartell-Folgeverträge

A. Einleitung

Wie oben dargelegt äußerte sich der EuGH bislang nicht zum zivilrechtlichen Schicksal der Kartell-Folgeverträge. Somit ist dieses als eine offene Frage zu betrachten, im Fall eines einschlägigen Gerichtsverfahrens sind insb Vorschriften des Art 267 AEUV über Vorlagerechte und Vorlagepflichten nationaler (Höchst)Gerichte zu beachten.

In Ermangelung maßgeblicher EuGH-Rsp erscheint es angebracht, im Folgenden zunächst die einschlägigen Entscheidungen des EuG und der Kommission vorzustellen. Zusätzlich sollen die ebenfalls relevanten Schlussanträge des GA *Colomer* in der Rs *Bagnasco*³⁴⁶ erörtert werden. Danach wird zu klären sein, ob die Entscheidungen und Schlussanträge eine einheitliche oder zumindest überwiegende Tendenz der betreffenden Unionsorgane erkennen lassen. In der Folge sollen die relevanten Lehrmeinungen analysiert werden. Ausgehend von dieser Analyse und von eigener Stellungnahme wird schließlich ein umfassender Lösungsvorschlag vorgelegt.

B. Entscheidungen und Schlussanträge

1. Kommissionsentscheidung *Astra*

Mehrere europäische Unternehmen meldeten bei der Kommission eine Reihe von Vereinbarungen im Bereich der Erbringung von Fernseh-Übertragungsdienstleistungen mittels Satellit an und beantragten gemäß Art 4 VO 17/62 die Freistellung ihrer Kooperation entsprechend Art 85 Abs 3 EWGV.³⁴⁷ Die Kommission bewerte die Kooperation in ihrer Entscheidung als wettbewerbswidrig und lehnte mangels Erfüllung der in Art 85 Abs 3 EWGV festgelegten Voraussetzungen die beantragte Freistellung ab.³⁴⁸ Die Entscheidung enthielt auch eine Abstellungsanordnung, die entgegen der gängigen Entscheidungspraxis der Kommission Folgeverträge zum Gegenstand hatte. Den Adressaten der Entscheidung wurde aufgetragen, die

³⁴⁶ EuGH, SA des GA *Colomer*, C-215/96, *Bagnasco*, ECLI:EU:C:1998:7.

³⁴⁷ KomE 93/50/EWG, *Astra*, ABl L 20, 23, Rn 1 ff.

³⁴⁸ KomE 93/50/EWG, *Astra*, ABl L 20, 23, Art 1 f.

von der wettbewerbswidrigen Praxis betroffenen Kunden von der Kommissionsentscheidung zu informieren und sie weiters zu unterrichten, dass sie innerhalb von vier Monaten berechtigt seien, die Bedingungen der betreffenden Verträge neu auszuhandeln oder die Verträge unter Anwendung einer angemessenen Kündigungsfrist zu beenden.³⁴⁹

Zur Begründung der Abstellungsanordnung wurde ausgeführt, dass der Inhalt der Folgeverträge in den wettbewerbswidrigen Vereinbarungen festgelegt worden und insofern auf verzerrten Wettbewerbsbedingungen gegründet sei. Die „den Wettbewerb behindernden Auswirkungen“ konnten nach der Ansicht der Kommission nur durch die Einräumung eines „Rechts zur Anpassung“ der Folgeverträge zu Gunsten der betroffenen Kunden beseitigt werden.³⁵⁰

2. Rechtssache Trans Atlantic Agreement

Mehrere Reedereien waren am sog *Trans Atlantic Agreement (TAA)* beteiligt, welches ua den Mechanismus einer gemeinsamen Festlegung von Preisen und anderen Beförderungsbedingungen sowie ein verpflichtendes System der beschränkten Kapazitätennutzung festlegte.³⁵¹ Nach eingehenden Untersuchungen konstatierte die Kommission einen Verstoß gegen Art 85 Abs 1 EGV und lehnte die Erteilung einer Freistellung gem Abs 3 leg cit ab.³⁵² In die Abstellungsanordnung wurde ein weitgehend jenem von der Entscheidung *Astra* nachgebildetes Gebot aufgenommen. Die Kartellanten wurden zur Bekanntgabe der Entscheidung an betroffene Kunden verpflichtet, „so daß diese Kunden – sofern sie es wünschen – die Bedingungen dieser Verträge neu aushandeln oder die Verträge beenden können“.³⁵³ Anders als in *Astra* war der Entscheidung keine Begründung dieses Teils der Abstellungsanordnung zu entnehmen.

Durch eine Nichtigkeitsklage der Entscheidungsadressaten wurde das EuG mit der Rechtssache befasst.³⁵⁴ Das Gericht hob den auf Folgeverträge bezogenen Teil der Abstellungsanordnung auf;

³⁴⁹ KomE 93/50/EWG, *Astra*, ABl L 20, 23, Art 3.

³⁵⁰ KomE 93/50/EWG, *Astra*, ABl L 20, 23, Rn 33.

³⁵¹ KomE 94/980/EG, *TAA*, ABl L 376, 1, Rn 1 ff.

³⁵² KomE 94/980/EG, *TAA*, ABl L 376, 1, Art 1 f.

³⁵³ KomE 94/980/EG, *TAA*, ABl L 376, 1, Art 5.

³⁵⁴ EuG T-395/94, *Atlantic Container*, ECLI:EU:T:2002:49.

in allen übrigen Punkten wurde die Klage abgewiesen.³⁵⁵ Die Teilaufhebung der Entscheidung wird vom EuG mit Verletzung der Begründungspflicht und des Rechts auf rechtliches Gehör seitens der Kommission begründet. Zum erstgenannten Punkt wird im Urteil festgehalten, dass der Abstellungsauftrag, insofern er Folgeverträge betrifft, angesichts der Seltenheit derartiger Anordnungen in der Entscheidungspraxis der Kommission einer eingehenden Begründung bedürft hätte.³⁵⁶ Bezüglich des Rechts auf Gehör bemängelt das EuG die unterbliebene Darlegung der beabsichtigten Anordnung im Verfahren der Kommission. Den beteiligten Unternehmen hätte noch vor der Erlassung der Entscheidung die Möglichkeit gegeben werden müssen, zu der „drohenden“ Verpflichtung Stellung zu nehmen.³⁵⁷

Das Gericht hob somit die Anordnung allein wegen der Verletzung von Verfahrensrechten auf. Im Urteil wird ausdrücklich offengelassen, ob die aufgehobene Anordnung „zur Wiederherstellung der Legalität im Hinblick auf Artikel 85 des Vertrages erforderlich und angemessen war“.³⁵⁸ In einem obiter dictum äußert das Gericht aber die Auffassung, dass die Festlegung von Zivilrechtsfolgen der Kartellrechtsverletzungen (abgesehen von Art 85 Abs 2 EGV) Sache des innerstaatlichen Rechts sei, solange die praktische Wirksamkeit des Vertrages nicht beeinträchtigt werde.³⁵⁹ Da das EuG diese Anmerkung auf das kurz zuvor ergangene EuGH-Urteil *Courage*³⁶⁰ stützt³⁶¹, welches immerhin den Schadenersatz als ungeschriebene Zivilrechtsfolge aus dem Primärrecht ableitete, kann darin durchaus ein Hinweis auf eine entsprechend weite (wenngleich nicht unbegrenzte) Möglichkeit zur Anwendung des Prinzips der praktischen Wirksamkeit gesehen werden.

3. Kommissionsentscheidung Trans-Atlantic Conference Agreement

Kurz vor der Erlassung der Entscheidung zu TAA durch die Kommission schlossen die TAA-Parteien eine neue Kooperationsvereinbarung, die als *Trans-Atlantic Conference Agreement*

³⁵⁵ EuG T-395/94, *Atlantic Container*, ECLI:EU:T:2002:49, Tenor.

³⁵⁶ EuG T-395/94, *Atlantic Container*, ECLI:EU:T:2002:49, Rn 413.

³⁵⁷ EuG T-395/94, *Atlantic Container*, ECLI:EU:T:2002:49, Rn 418.

³⁵⁸ EuG T-395/94, *Atlantic Container*, ECLI:EU:T:2002:49, Rn 420. Für Ausführung materiell-rechtlicher Klagsgründe durch die klagenden Parteien vgl ebendort Rn 401.

³⁵⁹ EuG T-395/94, *Atlantic Container*, ECLI:EU:T:2002:49, Rn 414.

³⁶⁰ EuGH C-453/99, *Courage* ECLI:EU:C:2001:465.

³⁶¹ EuG T-395/94, *Atlantic Container*, ECLI:EU:T:2002:49, Rn 414.

(TACA) bezeichnet wurde.³⁶² Auch diese Vereinbarung enthielt Absprachen über die Festsetzung von Preisen und sonstigen Beförderungsbedingungen.³⁶³ Sie wurde von der Kommission als wettbewerbswidrig qualifiziert, eine Freistellung gemäß Art 85 Abs 3 wurde nicht gewährt; die beteiligten Unternehmen wurden zur Abstellung des verfahrensgegenständlichen Verhaltens verpflichtet.³⁶⁴

Wie bereits in *Astra* und *TAA* verpflichtete die Kommission auch diesmal die beteiligten Unternehmen zur Unterrichtung ihrer jeweiligen Folgevertragspartner über die Möglichkeit, die Folgeverträge neu auszuhandeln oder unverzüglich zu beenden.³⁶⁵ Anders als in *TAA* wurde dieser Teil der Abstellungsanordnung ergiebig begründet. Als „*wichtigste Grundlage*“ für die Erlassung dieser Anordnung erachtete die Kommission den Grundsatz, dass „*eine Partei keinen Nutzen aus ihrer rechtswidrigen Handlung ziehen und keine unrechtmäßig erworbenen Vorteile behalten*“ dürfe.³⁶⁶ Weiters wurde als Begründung angeführt, dass die *vollständige und wirksame Abstellung der festgestellten Zuwiderhandlung* auch die Abstellung der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen in den Folgeverträgen einschließe.³⁶⁷ Unter Hinweis auf die Entscheidung *Astra* wurde festgehalten, dass den Kunden der Kartellanten ein „*Recht auf Vertragsanpassung*“ eingeräumt werden müsse.³⁶⁸ Zugleich brachte die Kommission ihre Rechtsmeinung zum Ausdruck, wonach die betreffenden Folgeverträge „*möglicherweise nicht als solche aufgrund von Artikel 85 Absatz 2 nichtig*“ seien.³⁶⁹ Anders als die Kommissionsentscheidung zu *TAA* wurde diese Entscheidung nicht Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung.

³⁶² KomE 1999/243/EG, *TACA*, ABl L 95, 1, Rn 1 ff.

³⁶³ KomE 1999/243/EG, *TACA*, ABl L 95, 1, Rn 13.

³⁶⁴ KomE 1999/243/EG, *TACA*, ABl L 95, 1, Art 1 ff. Neben der Verletzung des Art 85 Abs 1 EGV stellte die Kommission diesmal auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem Art 86 EGV fest und sanktionierte die Unternehmen mit einer Geldbuße, vgl ebenda Art 8.

³⁶⁵ KomE 1999/243/EG, *TACA*, ABl L 95, 1, Art 9.

³⁶⁶ KomE 1999/243/EG, *TACA*, ABl L 95, 1, Rn 578.

³⁶⁷ KomE 1999/243/EG, *TACA*, ABl L 95, 1, Rn 578 f.

³⁶⁸ KomE 1999/243/EG, *TACA*, ABl L 95, 1, Rn 579.

³⁶⁹ KomE 1999/243/EG, *TACA*, ABl L 95, 1, Rn 580.

4. Rechtssache *Bagnasco*

In der Rs *Bagnasco*³⁷⁰ ging es um ein Vorabentscheidungsersuchen des italienischen *Tribunale Genua*. Im Ausgangsverfahren bekämpften die Kläger gerichtliche Zahlungsbefehle zu Gunsten einer italienischen Bank und führten hierzu aus, dass die der geltend gemachten Forderung zu Grunde liegenden Verträge auf Einheitlichen Bankbedingungen der *Associazione Bancaria Italiana* beruhten, welche ihrerseits gegen Art 85 f EGV verstoßen hätten.³⁷¹ Das vorlegende Gericht wollte dementsprechend vom EuGH ua wissen, ob die strittigen Klauseln der Einheitlichen Bankbedingungen tatsächlich den genannten Bestimmungen zuwiderliefen und bejahendenfalls, welche Wirkung der Wettbewerbsverstoß auf Folgeverträge mit einzelnen Bankkunden entfaltete.³⁷²

GA Colomer wertet in seinen Schlussanträgen die strittigen Teile der Einheitlichen Bankbedingungen als wettbewerbswidrig; hingegen wurde der Tatbestand des Missbrauchsverbots iSd Art 86 EGV nach seiner Auffassung nicht verwirklicht, weil keine kollektive marktbeherrschende Stellung vorlag.³⁷³ Die Frage nach dem zivilrechtlichen Schicksal von Folgeverträgen beantwortet der GA unter Bezugnahme auf das Urteil *Kerpen*.³⁷⁴ Dabei räumt er ein, dass *Kerpen* nur die vertraglichen Beziehungen der Kartellanten untereinander zum Gegenstand hatte. In einer Art Größenschluss vertritt er sodann aber die Auffassung, dass die in *Kerpen* ausgesprochene Regel über die alleinige Maßgeblichkeit des innerstaatlichen Rechts „erst recht“ auch für die Folgeverträge zur Anwendung kommen sollte.³⁷⁵ Der Größenschluss wird in den Schlussanträgen nicht näher erläutert. Es kann jedoch vermutet werden, dass der GA seine Überlegung auf die „Nähe“ zu den wettbewerbswidrigen Bestimmungen stützen wollte: Offenbar weil das Schicksal inhaltlich unbedenklicher Bestimmungen eines nach Art 85 Abs 2 EGV teilnichtigen Beschlusses ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilen ist und die Folgeverträge der nichtigen Beschlussteile von letzteren noch „weiter entfernt“ sind als inhaltlich unbedenkliche Beschlussteile, sollten nach der Meinung des GA auch Folgeverträge dem ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten angehören.

³⁷⁰ EuGH C-215/96, *Bagnasco*, ECLI:EU:C:1999:12.

³⁷¹ EuGH, SA des GA Colomer, C-215/96, *Bagnasco*, ECLI:EU:C:1998:7, Rn 2. In der dt Fassung werden *Zahlungsbefehle* (ital „*decreti ingiuntivi*“) missverständlich als „*Vollstreckungsbescheide*“ übersetzt.

³⁷² EuGH, SA des GA Colomer, C-215/96, *Bagnasco*, ECLI:EU:C:1998:7, Rn 10.

³⁷³ EuGH, SA des GA Colomer, C-215/96, *Bagnasco*, ECLI:EU:C:1998:7, Rn 29 ff, 45 ff.

³⁷⁴ EuGH 319/82, *Kerpen*, ECLI:EU:C:1983:374. Vgl bereits oben II.D.

³⁷⁵ EuGH, SA des GA Colomer, C-215/96, *Bagnasco*, ECLI:EU:C:1998:7, Rn 55 f.

Anders als der GA wertet der EuGH in seinem Urteil die Einheitlichen Bankbedingungen als wettbewerbsrechtlich zulässig. Auf das zivilrechtliche Schicksal von Folgeverträgen geht er folglich nicht ein.

5. Rechtssache *GEMA*

Der Beschluss des EuGH-Präsidenten über den Antrag auf einstweilige Anordnung in der Rs *GEMA*³⁷⁶ wird von einem Teil der Lit mit dem Problem der Folgeverträge in Verbindung gebracht.³⁷⁷ In Wirklichkeit handelte es sich hier jedoch um keine Folgeverträge mit Kunden, sondern um gegenseitige (Ausführungs)Verträge der Kartellanten. Zwecks richtiger Einordnung der genannten Entscheidung, soll die ihr zu Grunde liegende Rechtssache prägnant wiedergegeben werden.

Ausgangspunkt des Rechtsstreits war eine Kooperation unter europäischen Gesellschaften mit dem Auftrag zur Verwaltung und Lizenzierung von Rechten zur öffentlichen Aufführung von Musikwerken (Verwertungsgesellschaften). Die beteiligten Gesellschaften berechtigten sich gegenseitig ua zur Vergabe von Lizenzen für ihr Repertoire, wobei das Recht auf den Heimatstaat des jeweils berechtigten Vertragspartners beschränkt wurde. Die betreffenden Verträge waren einem vom Internationalen Dachverband der Verwertungsgesellschaften erarbeiteten Mustervertrag nachgebildet. Im Ergebnis verfügte jede Verwertungsgesellschaft über ein umfassendes Repertoire, konnte jedoch die entsprechenden Lizenzen nur im eigenen Land vergeben.³⁷⁸

Die Kommission bewertete dieses Vorgehen im Hinblick auf die Verwertungsarten über Internet, Satellit und Kabel als unzulässig, da es nach ihrer Auffassung sowohl auf dem Markt der Verwaltungsdienste (die die Gesellschaften einander erbringen) als auch auf dem Lizenzierungsmarkt (dh im Verhältnis zu den gewerblichen Nutzern der geschützten Werke wie zB Rundfunkbetreiber) den Wettbewerb einschränkte und anders als bei Offline-Verwertungen nicht durch die Notwendigkeit einer geografischen Nähe zwischen Lizenzgeber und

³⁷⁶ EuG T-410/08 R, *GEMA*, ECLI:EU:T:2008:502.

³⁷⁷ Weyer in FK Art 81 EG Zivilrechtsfolgen Rz 141.

³⁷⁸ EuG T-410/08 R, *GEMA*, ECLI:EU:T:2008:502, Rn 4 ff.

gewerblichem Nutzer gerechtfertigt werden konnte. Als Wettbewerbsverstoß wertete die Kommission nicht die gegenseitige Berechtigung zur Vergabe von Lizenzen *per se*, sondern deren Beschränkung auf das Land der jeweils berechtigten Gesellschaft. Interessanterweise qualifizierte die Kommission das koordinierte Vorgehen der Verwertungsgesellschaften als „abgestimmte Verhaltensweise“, die einzelnen Verträge, die die Verwertungsgesellschaften untereinander abschließen, wurden als „Folgeverträge“ der abgestimmten Verhaltensweise eingestuft. Zwar verhängte die Kommission in ihrer Entscheidung keine Geldbußen. Jedoch verbot sie den Verwertungsgesellschaften im Wege eines Abstellungsauftrags die Aufrechterhaltung der wettbewerbswidrigen Vertragsteile: Die territoriale Begrenzung der jeweiligen Berechtigungen zur Online-Verwertung sollte aufgegeben werden.³⁷⁹

Die deutsche Verwertungsgesellschaft *GEMA* focht die Entscheidung mit einer Nichtigkeitsklage beim EuG an und beantragte zugleich die Aussetzung des Vollzugs des Abstellungsauftrags durch eine einstweilige Anordnung des Gerichtspräsidenten. Zur Begründung des Antrags führte sie ua an, die bekämpfte Entscheidung hätte „*spürbare Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Gültigkeit und der künftigen Ausgestaltung der Gegenseitigkeitsvereinbarungen*“ geschaffen, woraus ihr ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden entstehen könnte.³⁸⁰

Der Präsident des EuG gab dem Antrag nicht statt. In seinem Beschluss vertritt er die Auffassung, dass die von der Antragstellerin behauptete Unsicherheit hinsichtlich der Vertragsgültigkeit nicht vorliege, wofür er mehrere Gründe anführt. Insbesondere betont er, dass die angefochtene Entscheidung einen Wettbewerbsverstoß nur in der Koordinierung der territorialen Begrenzung der erteilten Berechtigungen geortet habe und meint hierzu, die Rechtswidrigkeit der beanstandeten Verhaltensabstimmung könnte „*nicht zur Nichtigkeit des angeblichen Ergebnisses dieser Abstimmung, d. h. der Gegenseitigkeitsvereinbarungen, führen*“. Dabei verweist er auf das Vorbringen der Antragstellerin, die „*selbst davon auszugehen [schien], dass ihre Gegenseitigkeitsvereinbarungen auch in ihrer jetzigen Form als kartellrechtlich unbedenkliche Folgeverträge wirksam bleiben und nach bilateraler Bestätigung fortgeführt werden können*“.³⁸¹

³⁷⁹ Für Zusammenfassung der Kommissionsentscheidung vgl. EuG T-410/08 R, *GEMA*, ECLI:EU:T:2008:502, Rn 10 ff. Die Entscheidung verbot auch zwei andere Kooperationsformen zwischen den Verwertungsgesellschaften, die jedoch keinen Bezug zu den „Folgeverträgen“ hatten und hier daher außer Betracht bleiben können.

³⁸⁰ EuG T-410/08 R, *GEMA*, ECLI:EU:T:2008:502, Rn 28, 30.

³⁸¹ EuG T-410/08 R, *GEMA*, ECLI:EU:T:2008:502, Rn 61, 63.

Diese Erwägungen können nicht als Stellungnahme zu Gunsten der Gültigkeit von Kartell-Folgeverträgen verstanden werden. Zum einen ist klar, dass sich die Äußerungen des Präsidenten im gegebenen Zusammenhang ausschließlich auf „*Folgeverträge*“ zwischen Kartellanten (im Sinne der überwiegenden Terminologie: Ausführungsverträge) bezog und in keiner Weise die Folgeverträge mit Kunden der Kartellanten berührte. Zum anderen kann der zitierten Äußerung nicht einmal eine Stellungnahme gegen die (Teil)Nichtigkeit der dort behandelten Verträge entnommen werden. Wenn sich der Präsident implizit der Wertung der „*Folgeverträge*“ als *rechtlich unbedenklich* anschloss, kann er nur die Existenz der Berechtigungsverträge per se gemeint haben, nicht jedoch die von der Kommission beanstandeten Vertragsklauseln, über deren Zulässigkeit erst im Hauptverfahren abgesprochen werden sollte und deren Durchführung auf Grund seiner Entscheidung weiterhin verboten war! Somit kann im zitierten Beschluss nur eine Stellungnahme zu Gunsten der (Rest)Gültigkeit der wettbewerbskonformen Vertragsbestimmungen gesehen werden, die Wirksamkeit von (möglicherweise) wettbewerbswidrigen Vertragsbestimmungen wurde nicht angesprochen.

6. Bewertung

Während der Beschluss in der Rs *GEMA* tatsächlich keine Äußerung zum Schicksal von Kartell-Folgeverträgen enthält, können den anderen vier Rechtssachen durchaus wichtige Stellungnahmen entnommen werden.

In den Rs *Astra*, *TAA* und *TACA* vertrat die Kommission eine Auffassung, wonach den Folgevertragspartnern der Kartellanten „*ein Recht auf Anpassung*“ der Folgeverträge zustehe und dieses mittels teleologischer Erwägungen aus dem Primärrecht abgeleitet werden könne. Die von der Kommission hierfür vorgebrachten Argumente klingen plausibel und verdienen eine nähere Untersuchung. Allerdings erscheint es fragwürdig, diese Frage im Rahmen des Kartellverfahrens klären zu wollen. Über eine (möglicherweise gebotene) Vertragsanpassung müsste unter Berücksichtigung mehrerer Faktoren abgesprochen werden, insbesondere könnten hypothetische Vertragsbedingungen bei funktionierendem Wettbewerb eine Rolle spielen. Da den Folgevertragspartnern keine Parteistellung im Kartellverfahren zukommt, erscheint dieses zur Klärung zivilrechtlicher Ansprüche wenig geeignet. Insofern ist es sachgerecht, dass die Kommission nach *TACA* von der Auferlegung entsprechender Verpflichtungen zur

Vertragsanpassung Abstand nahm. Aus den oben genannten Gründen kann dies freilich nicht als Ausdruck einer Befürwortung der vollen Wirksamkeit von Folgeverträgen verstanden werden.

Der GA Colomer vertrat in der Rs *Bagnasco* die Meinung, das zivilrechtliche Schicksal der Folgeverträge werde vom Europarecht nicht tangiert. Soweit seine Argumentation aufgeschlüsselt werden kann, machte er sich eine recht schematische Schlussfolgerung zu eigen. Seine Erwägung, wonach die Folgeverträge von den wettbewerbswidrigen Klauseln weiter entfernt seien als die wettbewerbskonformen Bestimmungen eines nach Art 81 Abs 2 EG teilnichtigen Vertrages, und deswegen umso eher keiner unionsrechtlich festgelegten Nichtigkeitsfolge unterliegen, kann (zumindest prima facie) nicht überzeugen. Denn die Folgeverträge übertragen den vom Kartell festgelegten Inhalt in Rechtsbeziehungen zu Dritten und führen zur Einzementierung wettbewerbsverzerrender Geschäftsbedingungen. Dies kann von wettbewerbskonformen Bestimmungen eines nach Art 101 Abs 2 AEUV teilnichtigen Vertrages gerade nicht gesagt werden.

C. Lehrmeinungen

Nach der hL ist das zivilrechtliche Schicksal von Folgeverträgen ausschließlich durch das innerstaatliche Recht determiniert; freilich stützt sich die hL insoweit auf die oben abgelehnte Deutung des Urteils *Kerpen*.³⁸² Allerdings unterscheiden sich die Lehrmeinungen bei der Beurteilung der teleologischen Sinnhaftigkeit des (missverstandenen) Urteils sowie bei der Bewertung der Zweckmäßigkeit einer innerstaatlichen Anordnung der Nichtigkeitsfolge.

Einige der zitierten Literaturstimmen stimmen der unbeschränkten Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers vorbehaltlos zu und sprechen sich zusätzlich für die Gültigkeit der Folgeverträge nach innerstaatlichem Recht aus.³⁸³ Letzteres wird im Wesentlichen auf drei

³⁸² Eilmansberger, JBl 427 (432 FN 156); Frenz, Handbuch Rz 1783 FN 24; Grill in Lenz/Borchardt Art 101 AEUV Rz 37; Hengst in Langen/Bunte¹³ Art 101 AEUV Rz 476; W. Jaeger in LMRKM⁴ Art 101 Abs 2 AEUV Rz 24 FN 78; Säcker in MüKo³ Art 101 AEUV Rz 890; K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker⁶ Art 101 Abs 2 AEUV Rz 36; Schröter/van der Hout in von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷ Art 101 AEUV Rz 228 FN 1146; Stockenhuber in Grabitz/Hilf/Nettesheim Art 101 AEUV Rz 237 FN 6; Weyer in FK Art 81 EG Zivilrechtsfolgen Rz 141 FN 1; Told, JBl 2014, 14 (20 FN 77); Wollmann, eolex 2010, 688 (689 FN 4). Kritik an der bisherigen Rezeption von *Kerpen* vgl oben II.C.

³⁸³ Dies entspricht der seit Jahrzehnten hL und hRsp in D. Ausführliche Nw dazu vgl betriebs bei Eilmansberger, JBl 2009, 427 (432) FN 157 f.

rechtsdogmatische Argumente gestützt: Erstens wird vertreten, dass die Folgeverträge als solche keine inhaltliche Verletzung des Art 101 AEUV darstellen und dementsprechend kein Grund zur Anwendung des § 879 ABGB (bzw des § 134 BGB) bestehe.³⁸⁴ Zweitens wird hervorgehoben, dass die Interessen der Folgevertragspartner hinreichend durch den Schadenersatzanspruch gegen die Kartellanten geschützt seien und dass der Schadenersatzanspruch „auf der schadenstiftenden Wirksamkeit der Folgeverträge beruhe“.³⁸⁵ Drittens wird argumentiert, dass die Nichtigkeitsfolge zur Beeinträchtigung der Rechtssicherheit, und zwar gerade im Hinblick auf berechnigte Interessen der Folgevertragspartner, führen würde.³⁸⁶

Der Hinweis auf drohende Rechtsunsicherheit zeigt freilich, dass die Autoren in Wirklichkeit die Nichtigkeitsfolge des Art 101 Abs 2 AEUV im Blick haben, die nach der Rsp des EuGH immer absolut wirkt. Diese Sichtweise ist an sich überraschend, zumal sie die Frage des Vertragsschicksals gerade ausschließlich auf innerstaatlicher Ebene behandeln wollen und keine unionsrechtliche Vorgabe annehmen. Die Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge ist in vielen europäischen Zivilrechtsordnungen, einschließlich der österreichischen, entsprechend dem Normzweck vorzunehmen. Es kommt daher auch die relative, von Vertragspartnern der Kartellanten geltend zu machende, Nichtigkeit in Frage.³⁸⁷

Andere Autoren nehmen zwar die alleinige Maßgeblichkeit des innerstaatlichen Rechts kritiklos hin, sprechen sich dann aber für die Vertragsnichtigkeit aus. So argumentieren *Eilmansberger*, *Graf*, *Holzinger* und *Told* unter Berufung auf den Verbotszweck für die Anwendung der Nichtigkeitsfolge auf (bestimmte) Folgeverträge.³⁸⁸ Im dt Rechtsbereich plädiert *Paul* auf Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung für die Nichtigkeit von Folgeverträgen bzw für das Recht des Folgevertragspartners auf Vertragsanpassung.³⁸⁹ Weiters ist nach *Säcker* die Auffassung über die Gültigkeit der Folgeverträge „mit der Sinn der Verbotsnorm in Art 101

³⁸⁴ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ § 8 Rz 50; *Krauß* in *Langen/Bunte*¹³ § 1 GWB Rz 360; *Wollmann*, *ecolex* 2010, 688 (689).

³⁸⁵ *K. Schmidt* in *Immenga/Mestmäcker*⁶ Art 101 Abs 2 AEUV Rz 36.

³⁸⁶ *Krauß* in *Langen/Bunte*¹³ § 1 GWB Rz 360; *Wollmann*, *ecolex* 2010, 688 (690); *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*⁶ § 1 GWB Rz 62.

³⁸⁷ Für österr Rechtsbereich vgl *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*⁷ § 879 Rz 27 f; *Krejci* in *Rummel*⁴ § 879 Rz 509 ff jeweils mwN.

³⁸⁸ *Eilmansberger*, JBl 2009, 427 (434); *Graf*, *ecolex* 2010, 646 (647); *Holzinger*, Marktmissbrauch 263; *Told*, JBl 2014, 14 (20 f).

³⁸⁹ *Paul*, Gesetzesverstoß 164. Zur Ablehnung einschlägiger unionsrechtlicher Vorgaben vgl ebendort 117 f.

unvereinbar“, da die zitierte Rechtsvorschrift „gerade die Durchführung des Kartellvertrags mit Dritten und damit die Marktwirkung des Kartellvertrags untersagen“ wolle.³⁹⁰

Teilweise werden aber auch Gründe zu Gunsten eines unionsrechtlichen Nichtigkeitsgebots vorgebracht. So vertreten *Schröter/van der Hout*, dass die Wirksamkeit der Folgeverträge die Durchschlagskraft des EU-Wettbewerbsrechts schwäche.³⁹¹ In gleiche Richtung geht die Äußerung von *Hengst*, wonach die (von der dt Rsp vertretene) volle Wirksamkeit der Folgeverträge „zweifelloso eine Beeinträchtigung der vollen Wirksamkeit und der Durchsetzungskraft“ des unionsrechtlichen Kartellverbots mit sich bringe.³⁹² *W. Jaeger* zitiert beide Meinungen, ohne ihnen teleologische Gegenargumente entgegenzusetzen und betrachtet Folgeverträge als „durchweg schädlich“; letztlich verweist er aber auf das Urteil *Kerpen* und meint, auf Grund der EuGH-Entscheidung bleibe nichts anderes übrig als das Schicksal der Folgeverträge ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen.³⁹³

Auch nach *Weyer* kann der Verbotszweck des Art 101 Abs 1 AEUV für die Unanwendbarkeit der Folgeverträge sprechen,³⁹⁴ was er besonders im Hinblick auf Folgeverträge zu überhöhten Entgelten hervorhebt.³⁹⁵ Dabei ist *Weyer* bewusst, dass starke Argumente gegen die vorbehaltlose Anwendung der *Nichtigkeitsfolge des Art 101 Abs 2 AEUV* sprechen. Als solches betrachtet er erstens die Notwendigkeit einer differenzierenden Regelung, da sonst schutzwürdige Interessen wettbewerbskonform handelnder Dritter beeinträchtigt werden könnten. Der zweite gewichtige Grund ergibt sich für *Weyer* aus dem Prinzip der Rechtssicherheit, da es für Kunden der Kartellanten i.a.R. nicht erkenntlich sei, dass sie sich an einem Kartell-Folgevertrag beteiligen würden.³⁹⁶ Im Ergebnis ist seines Erachtens die Frage grundsätzlich nach nationalem Recht zu lösen, wobei er das Äquivalenz- und das Effektivitätsprinzip als Beispiele für verbindliche unionsrechtliche Vorgaben anführt und die Existenz sonstiger unionsrechtlicher Vorgaben offenlässt.³⁹⁷

³⁹⁰ *Säcker* in MüKo³ Art 101 AEUV Rz 890.

³⁹¹ *Schröter/van der Hout* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 101 AEUV Rz 228.

³⁹² *Hengst* in *Langen/Bunte*¹³ Art 101 AEUV Rz 476 f.

³⁹³ *W. Jaeger* in LMRKM⁴ Art 101 Abs 2 AEUV Rz 24 f.

³⁹⁴ *Weyer* in FK Art 81 EG Zivilrechtsfolgen, Rz 142.

³⁹⁵ *Weyer* in FK Art 81 EG Zivilrechtsfolgen, Rz 129.

³⁹⁶ *Weyer* in FK Art 81 EG Zivilrechtsfolgen, Rz 129 bzw 142.

³⁹⁷ *Weyer* in FK Art 81 EG Zivilrechtsfolgen, Rz 129, 143.

D. Stellungnahme

Den oben zitierten Gegnern der Nichtigkeit von Folgeverträgen kann in ihrer Ablehnung der Anwendbarkeit des Art 101 Abs 2 AEUV beigeprlichtet werden. Denn die Folgeverträge werden schon vom Wortlaut der zitierten Bestimmung nicht erfasst.³⁹⁸ Überdies sind auch die von Weyer vorgebrachten teleologischen Argumente überzeugend.

Allerdings kann aus der Unanwendbarkeit der zitierten Bestimmung keineswegs automatisch die ausschließliche Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers abgeleitet werden.³⁹⁹ Immerhin sprach der EuGH in Bezug auf das zivilrechtliche Schicksal missbräuchlicher Verträge und (noch deutlicher) in Bezug auf den wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzanspruch aus, dass Art 101 f AEUV auch implizierte Zivilrechtsfolgen innewohnen.⁴⁰⁰ Infolgedessen erscheint die Frage angebracht, ob Folgeverträge einer implizierten Nichtigkeitsfolge unterliegen, die sich in ihrer Ausgestaltung von jener des Art 101 Abs 2 AEUV unterscheiden und somit auch den von Weyer zu Recht betonten Anliegen (Rechtssicherheit, Notwendigkeit einer differenzierenden Regelung) genügen könnte.

Richtigerweise muss diese Frage angesichts der Erforderlichkeit der Nichtigkeitsfolge zur wirksamen Rechtsdurchsetzung bejaht werden.

Denn erstens kann die Meinung nicht überzeugen, wonach der wettbewerbsrechtliche Schadenersatzanspruch zur Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung ausreiche oder sogar auf der Wirksamkeit der Folgeverträge beruhe.⁴⁰¹ Zum einen können Schadenersatzansprüche durchaus auf Handlungen oder Vermögensverschiebungen gestützt werden, die auf Grund eines nichtigen Vertrages erfolgt sind. Gerade in *Courage*⁴⁰² wurde vom EuGH anerkannt, dass selbst einer Partei der verbotenen Kartell-Absprache uU ein Schadensersatzanspruch gegen ihren Vertragspartner zustehen kann. Da Kartell-Absprachen zugleich nach Art 101 Abs 2 AEUV nichtig sind, kann der EuGH die Vertragsgültigkeit unmöglich vorausgesetzt haben.

³⁹⁸ AA Eilmansberger, JBl 2009, 427 (433) sowie Weyer in FK Art 81 EG Zivilrechtsfolgen Rz 129; letzterer bezeichnet die Nichterfassung der Folgeverträge von der Nichtigkeitsfolge des Art 101 Abs 2 AEUV als „Ausnahme“.

³⁹⁹ So aber Wollmann, *ecolex* 2010, 688 (689 f).

⁴⁰⁰ Vgl oben II.G und III.A.

⁴⁰¹ So K. Schmidt in *Immenga/Mestmäcker*⁶ Art 101 Abs 2 AEUV Rz 36.

⁴⁰² EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465.

Zum anderen kann der Schadenersatzanspruch auch nicht immer den notwendigen Schutz der rechtstreuen Marktteilnehmer und der wettbewerbskonformen Marktstruktur gewährleisten. So ist es bei Verletzung des Art 101 Abs 1 lit c) AEUV (Aufteilung der Märkte) oder der lit e) *leg cit* (Koppelungsgeschäfte) durchaus denkbar, dass Folgevertragspartner nicht (nur) aus betriebswirtschaftlichen Gründen, sondern (auch) auf Grund einer subjektiven Präferenz dem ihnen durch Marktaufteilung oder Koppelung aufgezwungenen Lieferanten einen anderen vorziehen.⁴⁰³ Während vermögensmäßige Nachteile durch Schadenersatz wiedergutmacht werden können, bliebe für den Wechsel zum subjektiv präferierten Anbieter ohne Nichtigkeitsfolge kein Raum, sodass die Kartellwirkung insoweit fortauern müsste. Überdies könnte die Aufrechterhaltung der Koppelungsgeschäfte neue Marktzutritte verhindern oder zumindest erschweren. Gegebenenfalls käme es zu einer Marktabstottung, sodass die Vertragsgültigkeit trotz geldwerter Entschädigung der betroffenen Folgevertragspartner eine Wettbewerbsbehinderung zur Folge hätte.

Zweitens sollte auch die Möglichkeit der amtswegigen Wahrnehmung von Wettbewerbsverstößen durch Zivilgerichte nicht außer Betracht bleiben. Der EuGH verlangt in seiner Rsp zu verpönten Klauseln in Verbraucherverträgen die absolute Wirkung der einschlägigen Nichtigkeitsfolge, wodurch ein amtswegiges Einschreiten der Zivilgerichte zu Gunsten der Verbraucher ermöglicht werden soll.⁴⁰⁴ Es erscheint naheliegend, dieses Argument auch in Bezug auf Folgeverträge zumindest bei der Vertragsbeteiligung eines Verbrauchers gelten zu lassen. Dies umso mehr, als bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts nicht nur die Interessen der jeweils betroffenen Vertragspartner, sondern auch das öffentliche Interesse am funktionierenden Binnenmarkt im Spiel ist. Da die amtswegige Zuerkennung des Schadenersatzes unpraktikabel wäre, ist die Nichtigkeitsfolge erforderlich, um den Gerichten eine amtswegige Wahrnehmung des Wettbewerbsschutzes idZ möglich zu machen.

Überdies wäre es, wie *Graf* zu Recht hervorhebt,⁴⁰⁵ tatsächlich ein Wertungswiderspruch, wenn die Rechtsordnung den Folgevertrag als gültig anerkennen und ihm im Streitfall zur Durchsetzung verhelfen sollte, zugleich aber mit seinem Abschluss oder seiner Abwicklung die Entstehung eines Schadenersatzanspruchs verknüpfte. Überhaupt muss die Vollziehung der

⁴⁰³ Vgl *Kahle*, Leistungskondiktion 15 f.

⁴⁰⁴ EuGH C-240 - 244/98, *Océano et al*, ECLI:EU:C:2000:346, Rz 26, 29, Tenor; EuGH C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349, Rz 57, Tenor.

⁴⁰⁵ *Graf*, *ecolex* 2010, 646 (647).

Art 101 ff AEUV in erster Linie auf die Herstellung eines funktionierenden Wettbewerbs ausgerichtet sein, nicht auf die Hinnahme von Wettbewerbsverzerrungen unter gleichzeitiger Zuerkennung von Schadenersatzansprüchen an geschädigte Marktteilnehmer.

Weiters ist zu berücksichtigen, dass die Kartellbeteiligung in bestimmten Ausnahmesituationen schuldlos erfolgen kann. Ein Entschuldigungsgrund kann uU bejaht werden, wenn große Marktspieler kleineren Unternehmen die Mitwirkung an der Wettbewerbsbehinderung aufzwingen.⁴⁰⁶ Denkbar ist aber auch eine unverschuldete Fehleinschätzung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des eigenen Verhaltens. Zwar kennt das Wettbewerbsrecht der Union keinen allgemeinen Entschuldigungsgrund des nicht vorwerfbaren Rechtsirrtums.⁴⁰⁷ Allerdings wird die bußgeldrechtliche Verantwortung vom EuGH verneint, wenn sich die wettbewerbswidrig handelnden Unternehmen nach irreführenden Bekanntmachungen⁴⁰⁸ oder einer unrichtigen Verwaltungspraxis⁴⁰⁹ der Kommission ausrichteten. Speziell bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen kann aber auch ein unverschuldeter Tatbildirrtum vorkommen.⁴¹⁰ Entsprechend der unionsrechtlichen Vorgabe muss bei fehlendem Verschulden kein Schadenersatzanspruch zuerkannt werden.⁴¹¹ Es erscheint daher erforderlich, die Nichtigkeitsfolge zur Korrektur allfälliger Wettbewerbsverzerrungen zu statuieren. Diese Kombination führt zu einer durchaus sachgerechten Lösung: Ein „unschuldiger Kartellbeteiligter“ kann von Schadenersatzverpflichtungen dispensiert werden, er soll jedoch nicht zum Nachteil seiner Kunden an kartellbedingt ausgehandelten Konditionen festhalten können.

⁴⁰⁶ So kann nach EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 33 die Freiheit der unterlegenen Partei beim Vertragsabschluss nicht nur „*ernsthaft beschränkt*“, sondern sogar „*nicht vorhnaden*“ gewesen sein.

⁴⁰⁷ Insb wird die Verantwortung eines Kartellanten (jedenfalls im bußgeldrechtlichen Bereich) nicht dadurch ausgeschlossen, dass er die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens auf Grund einer unrichtigen Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde annahm, vgl EuGH C-681/11, *Schenker*, ECLI:EU:C:2013:404.

⁴⁰⁸ Bekanntmachungen der Kommission beschränken sie in ihrer Ermessensausübung, sind aber für die Behörden der Mitgliedstaaten (einschließlich Zivilgerichte) beim Vollzug des Unionsrechts nicht verbindlich, vgl hierzu EuGH C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, Rn 21; EuGH C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795, Rn 28 f. Zur Unzulässigkeit der Verhängung einer Geldbuße bei missverständlichen Bekanntmachungen der Kommission vgl EuGH 40/73, *Suiker Unie*, ECLI:EU:C:1975:174, Rn 555 ff.

⁴⁰⁹ Zur Unzulässigkeit der Sanktionierung durch Geldbuße vgl EuGH 344/85, *Ferriere San Carlo*, ECLI:EU:C:1987:486, Rn 13.

⁴¹⁰ Wollmann in T. Jaeger/Stöger Art 101 AEUV Rz 262.

⁴¹¹ Vgl RL 2014/104/EU Erwägungsgrund 11.

Zu bedenken sind schließlich Fälle der staatlichen Anordnung von Kartellabsprachen.⁴¹² Nach der Rsp des EuGH können diesfalls die beteiligten Unternehmen zunächst nicht mit Geldbußen belegt werden.⁴¹³ Das ändert sich allerdings, sobald die unionsrechtswidrige innerstaatliche Rechtsvorschrift förmlich für unanwendbar erklärt wird und die Beteiligten trotzdem an der wettbewerbswidrigen Vereinbarung festhalten.⁴¹⁴ Klar ist einerseits, dass den Kartellanten iaR kein Verschuldensvorwurf für ihr Verhalten vor dem Zeitpunkt der Unanwendbarkeitserklärung gemacht werden kann. Andererseits sollte die entstandene Wettbewerbsverzerrung zumindest nach diesem Zeitpunkt möglichst eliminiert werden, was am Ehesten durch Nichtigkeit kartellbedingter Folgevertragsklauseln zu erreichen ist. Hingegen bietet das Institut der Staatshaftung für Unionsrechtsverletzungen keine ausreichende Abhilfe, da es keine Beseitigung des wettbewerbswidrigen Vorteils der Kartellanten ermöglicht.

Mangels einer ausdrücklichen unionsrechtlichen Regelung über die Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge ist bei der Ermittlung diesbezüglicher Vorgaben auf das *effet utile* abzustellen: Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet durch ihre zivilrechtlichen Bestimmungen dem Wettbewerbsrecht der Union zur größtmöglichen Wirksamkeit zu verhelfen; insoweit mehrere Wege zu diesem Ergebnis führen, sind die Mitgliedstaaten in ihrer Entscheidung frei.

Zur Konkretisierung des *Effet-utile*-Gebots wird man sinngemäß die für missbräuchliche Verträge entwickelten *BRT-Formel* heranziehen können, wonach die Auswirkung der wettbewerbswidrigen Vertragsbestimmungen auf die Interessen der Vertragspartner der Kartellanten sowie auf die Interessen Dritter zu berücksichtigen ist.⁴¹⁵ Wiederum wird unter die Interessen „Dritter“ auch das Interesse der Union am funktionierenden Wettbewerb zu subsumieren sein. Die Maßgeblichkeit der *BRT-Formel* ergibt sich aus der weitgehend gleichen Interessenlage bei beiden betreffenden Vertragsgruppen. Eine der Vertragsparteien ist jeweils als Wettbewerbsrechtsbrecher zu betrachten, während die andere iaR als Opfer des Wettbewerbsbruchs oder zumindest als Unbeteiligter einzustufen ist. Überdies wäre in beiden Fallsituationen die ausschließliche Bedachtnahme auf die Interessen der übervorteilten

⁴¹² Zur Auseinandersetzung der Kommission mit ebensolchen Fallsituationen vgl. HorizontalLL der EK, ABl C 2011/11, 1 Rz 22; vgl. weiters T. Jaeger, *Europarecht*² 311 f.

⁴¹³ EuGH C-359/95 P und C-379/95 P, *Ladbroke Racing*, ECLI:EU:C:1997:531, Rn 33; EuGH C-198/01, *Consortio Industrie Fammiferi*, ECLI:EU:C:2003:430, Rn 53; EuGH C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:C:2010:603, Rn 80.

⁴¹⁴ EuGH C-198/01, *Consortio Industrie Fammiferi*, ECLI:EU:C:2003:430, Rn 55.

⁴¹⁵ Vgl. oben II.G.

Vertragspartei nicht zufriedenstellend; vielmehr müssen stets auch sonstige schutzwürdige Interessen in Erwägung gezogen werden.

E. Weitere Vorgehensweise

Im Folgenden wird zunächst die Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge bei Folgeverträgen der Kernbeschränkungen (Hardcore-Kartelle) im Lichte der *BRT-Formel* erörtert. Anschließend soll untersucht werden, ob bei Folgeverträgen sonstiger wettbewerbseinschränkender Vereinbarungen allenfalls abweichende Rechtsfolgen angebracht erscheinen. Die Unterscheidung zwischen beiden genannten Arten von Wettbewerbsbeschränkungen ist schon deswegen angebracht, weil die Kernbeschränkungen einen besonderen Unwertgehalt aufweisen.⁴¹⁶ Außerdem ist die Rechtswidrigkeit von Kernbeschränkungen offensichtlich,⁴¹⁷ sodass hier ein Rechtsirrtum der Kartellanten grundsätzlich ausgeschlossen werden kann. Im Übrigen erscheint die Unterscheidung der beiden Gruppen von Folgeverträgen auch deswegen sinnvoll, weil in der Lit Argumente aus innerstaatlichem Recht für die (Teil)Nichtigkeit der Folgeverträge von Kernbeschränkungen bei gleichzeitiger Gültigkeit sonstiger Folgeverträge vorgebracht wurden.⁴¹⁸ Damit die Unionsrechtskonformität dieses Vorschlags bewertet werden kann, sollen die Vorgaben des Unionsrechts für beide Vertragsgruppen eigens festgehalten werden.

Zum Begriff der *Kernbeschränkung* ist festzuhalten, dass er zwar im Primärrecht nicht vorkommt, jedoch in den Rechtsakten und Bekanntmachungen der Kommission sowie in der Lit häufig verwendet wird.⁴¹⁹ Er dient zur Bezeichnung besonders schwerwiegender Verstöße, die direkt auf eine Wettbewerbseinschränkung abzielen und insbesondere durch die Untertatbestände des Art 101 Abs 1 lit a), b) und c) AEUV verwirklicht werden können.⁴²⁰ Die

⁴¹⁶ T. Jaeger, *Europarecht*² 305.

⁴¹⁷ EuG T-14/89, *Montedipe*, ECLI:EU:T:1992:68, Rn 36; EuG T-148/89, *Trefilunion*, ECLI:EU:T:1995:68, Rn 109; EuG T-213/00, *CMA CGM*, ECLI:EU:T:2003:76, Rn 100, 210.

⁴¹⁸ *Eilmansberger*, JBl 2009, 427 (434). Vgl auch *Graf*, *ecolex* 2010, 646 (647), der sich für die Teilnichtigkeit der Folgeverträge von Preiskartellen ausspricht und das zivilrechtliche Schicksal sonstiger Folgeverträge offenlässt.

⁴¹⁹ Vgl etwa Art 4 Verordnung 2022/720 (EU) der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl L 2022/134, 4; VertikalLL der EK, ABl C 2022/248, 1 Rz 177 ff; De-minimis-Bekanntmachung ABl C 2014/291, 1 Rz 13 f. In engl Fassungen wird an entsprechenden Stellen der Begriff „*hardcore restrictions*“, in franz Fassungen der Begriff „*restrictions caractérisées*“ gebraucht.

⁴²⁰ Vgl zB T. Jaeger, *Europarecht*² 306.

Kernbeschränkungen werden öfters auch als „Hardcore-Kartelle“ bezeichnet und überwiegend mit *bezweckten* Wettbewerbsbeschränkungen identifiziert.⁴²¹ Im Folgenden werden auch hier alle drei Begriffe synonym gebraucht.

F. Fallgruppen von Kartell-Folgeverträgen

1. Folgeverträge horizontaler Kernbeschränkungen

a) Ausbeuterische Folgeverträge

Unter ausbeuterischen Folgeverträgen werden hier Vereinbarungen verstanden, die vom Kartell insofern inhaltlich determiniert sind, als der Kartellant dem Folgevertragspartner ungünstige Vertragsbedingungen aufzwingt, die er ohne Rückendeckung durch das Kartell nicht durchsetzen könnte. Dies kann auch ohne Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung verwirklicht werden: Es ist nicht notwendig, dass die Kartellanten als feste Einheit am Markt auftreten, vielmehr kann bereits durch eine Preisabsprache, Marktaufteilung oder auch Produktions- oder Absatzbeschränkung die Machtposition des Kartellanten gegenüber dem Folgevertragspartner ausreichend gefestigt sein. Die beschriebene Situation ist dem Ausbeutungsmissbrauch in vielerlei Hinsicht ähnlich. Daher stellt sich die Frage, ob die für den Ausbeutungsmissbrauch ermittelten Vorgaben⁴²² auf ausbeuterische Folgeverträge übertragen werden können.

Dies ist im Ergebnis zu bejahen. Zunächst ist festzuhalten, dass auch ausbeuterische Folgevertragsbestimmungen der absoluten Nichtigkeit unterliegen müssen. Denn wie beim Ausbeutungsmissbrauch so auch hier liegt die Nichtigkeit der betreffenden Vertragsbestimmungen nicht nur im Interesse des ausgebeuteten Vertragspartners, sondern auch im Interesse der Mitbewerber der Kartellanten und im öffentlichen Interesse. Ebenso ist keine Situation vorstellbar, in der ein Folgevertragspartner an der Durchsetzung ausbeuterischer

⁴²¹ Für „Hardcore-Kartell“ vgl etwa die alten HorizontalLL, ABl C 2011/11, 1 Rz 190. Für „bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen“ vgl *F. Schuhmacher*, Europarecht II⁷ 84. In den GVOs grenzt die Kommission den Begriff der Kernbeschränkung im jeweiligen Anwendungsbereich genau ab, vgl zB Art 4 GVO 2022/720. Abweichend von der überwiegenden Terminologie gebraucht *T. Jaeger*, Europarecht² 305 f den Begriff der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“ nicht deckungsgleich mit jenem der „Kernbeschränkung“.

⁴²² Vgl oben IV.D.

Vertragsbestimmungen interessiert sein könnte, sodass durch eine bloß relative Nichtigkeitswirkung für ihn nichts zu gewinnen wäre.

Weiters kann die Geltendmachung der Nichtigkeit von ausbeuterischen Vertragsbestimmungen nicht entgegen dem Willen des Folgevertragspartners die Gesamtnichtigkeit nach sich ziehen, da dieser sonst von der Geltendmachung seiner Rechte abgehalten sein könnte, was die Wirksamkeit der unionsrechtlich vorgegebenen Nichtigkeitsfolge wesentlich schmälern würde. Die Mitgliedstaaten können daher entweder die Restgültigkeit vorsehen oder das Schicksal des Restvertrags von einer Entscheidung des Folgevertragspartners abhängig machen.

Schließlich erscheint auch die für die Rückabwicklung des Ausbeutungsmissbrauchs ermittelte Lösung auf ausbeuterische Folgeverträge übertragbar: Zwecks Wahrung der Rechte des Kartellopfers und des öffentlichen Interesses am funktionierenden Wettbewerb muss die Nichtigkeit ex tunc wirken und dem Folgevertragspartner ein Anspruch auf Rückzahlung des kartellbedingt überhöhten Entgeltsteiles zustehen.

b) Wettbewerbswidrige Bindung des Folgevertragspartners

Ein Kartellant kann seinen Folgevertragspartner insbesondere dann zum Eingehen ungerechtfertigter Bindungen bewegen, wenn die Verwendung entsprechender Klauseln im Kartell vereinbart wurde, sodass die Klauseln gleichsam „branchenüblich“ geworden sind oder der Kartellant auf Grund einer Marktaufteilung über eine hinreichend starke Verhandlungsposition verfügt. Die ungerechtfertigte Bindung kann beispielsweise in der Vereinbarung einer unangemessenen Bindungsdauer, in der Festlegung einer Alleinbezugsverpflichtung oder im Aufzwingen eines Koppelungsgeschäftes (Art 101 Abs 1 lit e AEUV) bestehen.

Häufig werden die betreffenden Klauseln neben ihrem Folgevertragscharakter gleichzeitig als vertikale Wettbewerbseinschränkungen zu bewerten sein, sodass sie der absoluten Nichtigkeit nach Art 101 Abs 2 AEUV unterliegen. Allerdings kann eine vertikale Vereinbarung in den Genuss der Gruppenfreistellung gemäß Art 2 Abs 1 iVm Art 3 Abs 1 GVO 2022/720 kommen, sofern der Marktanteil jedes Vertragspartners nicht mehr als 30 % beträgt und die Vereinbarung

keine vertikale Kernbeschränkung (Art 4 GVO 2022/720) enthält. Somit bleibt Art 101 Abs 2 AEUV zB auf jene wettbewerbswidrigen Bindungen anwendbar, die den Folgevertragspartner zur Einhaltung eines bestimmten Verkaufspreises verpflichten oder einen absoluten Gebietsschutz gewähren. Andere Beschränkungen, insb Alleinbezugs- oder Koppelungsklauseln können freigestellt sein.⁴²³ Zwar ist die Kommission gemäß Art 6 GVO 2022/720 befugt, die Freistellung für unanwendbar erklären, wenn sie im Einzelfall Wirkungen hat, die mit Art 101 Abs 3 AEUV unvereinbar sind. Solange jedoch kein Freistellungsentzug erfolgt, bleiben betreffende Vertragsklauseln von der Nichtigkeitsfolge des Art 101 Abs 2 AEUV klarerweise unberührt. Außerdem werden wettbewerbsbehindernde Klauseln im oben beschriebenen Sinn trotz Rückendeckung durch das Kartell in vielen Fällen nicht mehr als die Hälfte des relevanten Marktes abdecken.

Zu prüfen, ob die betreffenden Klauseln, sofern sie nicht bereits auf Grund des Art 101 Abs 2 AEUV nichtig sind, auf Grund ihrer Folgevertrags-Eigenschaft einer Nichtigkeitsfolge unterliegen. Dies ist mE selbst für jene Klauseln zu bejahen, die in ihrer Eigenschaft als vertikale Vereinbarungen von der Freistellung profitieren. Denn zum einen bezieht sich die Freistellung nur auf die vertikale Vereinbarung und nicht auf das dieser zu Grunde liegende horizontale Hardcore-Kartell, welches zweifellos einen viel höheren Unwertgehalt aufweist. Zum anderen ist die Nichtigkeit der Folgevertragsklausel auch hier erforderlich, um eine Fortwirkung des horizontalen Kartells einzudämmen.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge kann auf die bereits zum *Behinderungsmissbrauch durch wettbewerbswidrige Bedingungen* erarbeitete Lösung zurückgegriffen werden: Klauseln, die einseitig die Handlungsfreiheit des Folgevertragspartners einschränken (wie etwa Alleinbezugsklauseln) sind mit der absoluten Nichtigkeitsfolge zu belegen, zumal sie auch gegen das öffentliche Interesse am funktionierenden Wettbewerb verstoßen und der Folgevertragspartner an ihrer Wirksamkeit nicht interessiert sein kann. Bei zweiseitigen Verpflichtungen wie bspw Koppelungsgeschäfte oder unangemessene Bindungsfristen erfordern die berechtigten Interessen des Folgevertragspartners die relative Nichtigkeit, die daher vorzuziehen ist. Zu beachten ist stets, dass diese Unterscheidung nur bei Anwendbarkeit der vertikalen Freistellung zum Tragen kommt. Andernfalls schlägt die absolute

⁴²³ Vgl VertikalLL, Rz 128 ff.

Nichtigkeitsfolge schon kraft des unmittelbar anwendbaren Art 101 Abs 2 AEUV durch, sodass für die Erwägung der relativen Nichtigkeit naturgemäß kein Raum verbleibt.

Betreffend die Restgültigkeit ist auch hier auf die praktische Wirksamkeit der Nichtigkeitsfolge Bedacht zu nehmen. Diese muss daher derart ausgestaltet werden, dass der Folgevertragspartner nicht von ihrer Geltendmachung abgehalten wird. Die Mitgliedstaaten können daher auch hier entweder die Restgültigkeit vorsehen oder das Schicksal des Restvertrags von einer diesbezüglichen Entscheidung des Folgevertragspartners abhängig machen. Dies wird auf Grund der besonderen Interessenlage auch im Fall der Idealkonkurrenz mit Art 101 Abs 2 AEUV gelten müssen.

Die Nichtigkeit muss jedenfalls ex tunc wirken, dem Kartellanten kann sinnvollerweise kein Recht auf Geltendmachung vergangener Verletzungen der wettbewerbswidrigen Bindung zustehen.

c) Folgeverträge von Marktaufteilungskartellen

Eine besondere Betrachtung verdienen Verträge, die nicht nur dem Inhalt nach, sondern gleichsam in ihrer Existenz auf das Kartell zurückzuführen sind. Als solche sind Folgeverträge von Marktaufteilungskartellen zu betrachten, da letztere die Wahlfreiheit der Folgevertragspartner einschränken und die potenziellen Vertragspartner einander gleichsam „zuteilen“. ⁴²⁴

Zwecks Wiederherstellung der Wahlfreiheit sind die betreffenden Folgeverträge mit relativer Nichtigkeit zu belegen. Dadurch erlangt der Folgevertragspartner die Möglichkeit, entweder am Vertragsverhältnis festzuhalten oder einen anderen Vertragspartner zu wählen und die erwünschte Leistung von diesem zu beziehen.

Für die Geltendmachung der Nichtigkeit durch den Folgevertragspartner darf von diesem nicht der (idR kaum zu erbringende) Nachweis verlangt werden, dass er unter wettbewerbskonformen

⁴²⁴ Vgl Eilmansberger, JBl 2009, 427 (433).

Bedingungen einen anderen Vertragspartner gewählt hätte. Vielmehr muss der Nachweis einer wettbewerbswidrigen Beeinträchtigung der Wahlfreiheit ausreichen. Eine gegenteilige mitgliedstaatliche Regelung wäre als übermäßige Erschwerung der Geltendmachung unionsrechtlich vorgesehener Ansprüche und somit als Verletzung des Effektivitätsprinzips zu werten. Überdies erscheint die vorgeschlagene Lösung auch deswegen sachgerecht, weil die relative Nichtigkeitsfolge nicht die Interessen der Kartellanten, die sich aus dem betreffenden Marktsegment zurückgezogen hatten, schützen soll, sondern vielmehr die Wahlmöglichkeit des Folgevertragspartners.

Die Nichtigkeitsfolge fördert zudem zusätzlich das öffentliche Interesse am funktionierenden Wettbewerb. Denn selbst nach der Auflösung des Kartells kann die Marktaufteilung in bestehenden Vertragsverhältnissen der Kartellanten fortwirken. Die relative Nichtigkeitsfolge kann die Beseitigung dieser Nachwirkung des Kartells beschleunigen.

Betreffend die Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge ist weiters festzuhalten, dass der Zweck des Wettbewerbsrechts naturgemäß die Gesamtnichtigkeit erfordert, zumal die Nichtigkeitsfolge dem Folgevertragspartner den Ausstieg aus dem Vertragsverhältnis ermöglichen soll. Der Zweck spricht zudem für die Möglichkeit der Rückabwicklung (und somit für die Rückwirkung der Nichtigkeitsfolge) was insbesondere für den Bezug teurer Produkte mit langer Haltbarkeit von Bedeutung ist. Sowohl dem oben beschriebenen öffentlichen Interesse als auch dem Interesse des Folgevertragspartners entspricht es, wenn letzterer die Möglichkeit erhält, die Ware gegen Rückerstattung des Kaufpreises (ggf unter Abzug eines Benutzungsentgelts) zurück zu geben, um bei einem neuen Vertragspartner eine Ersatzlieferung zu bestellen.

In der Praxis führt die Marktaufteilung neben der Beeinträchtigung der Wahlfreiheit sehr oft (bei entsprechender Marktmacht der Kartellanten) zusätzlich zu einer wettbewerbswidrigen Preisüberhöhung, sodass die *vom Kartell verursachten Verträge* diesfalls gleichzeitig als *ausbeuterische Folgeverträge* im oben beschriebenen Sinn einzustufen sind. Denkbar ist aber auch, dass der Kartellant infolge der Marktaufteilung in der Lage war, seinem Folgevertragspartner eine wettbewerbswidrige Bindung aufzuzwingen. Derartige Verträge werden nicht nur der relativen Gesamtnichtigkeit, sondern auch der oben herausgearbeiteten Rechtsfolge der absoluten Teilnichtigkeit unterliegen. Dieses Ergebnis ist keineswegs inkonsistent; die genannte Kombination kann etwa im österreichischen Rechtsbereich auch

außerhalb des Wettbewerbsrechts zum Tragen kommen, wenn ein wucherischer Vertrag im Anwendungsbereich des Verbraucherschutzes neben der grob unangemessenen Entgeltsbestimmung zusätzlich eine verpönte Klausel (§ 6 Abs 1 KSchG) zum Inhalt hat.

2. Folgeverträge vertikaler Kernbeschränkungen

Alle oben diskutierten Konstellationen können in ähnlicher Weise auch bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen vorkommen. So können vertikale Preisabsprachen zur Ausschaltung des Intra-brand-Preiswettbewerbs und zu einem überhöhten Preisniveau führen. Ebendiese Wirkung kann auch von einer Absatzbeschränkung oder vom verbotenen Gebiets- oder Kundenzuteilungen herrühren. Die beiden letztgenannten Wettbewerbsbeschränkungen können überdies auch für das Zustandekommen von Folgeverträgen im oben beschriebenen Sinn kausal sein. Aber auch die Ursächlichkeit eines vertikalen Kartells für das Aufzwingen wettbewerbswidriger Bindungen kann nicht ausgeschlossen werden: Sie ist gerade bei Dominanz eines Vertragspartners auf Grund einer Gebiets- oder Kundenaufteilung vorstellbar.

Es stellt sich die Frage, ob in den genannten Fallsituationen die Nichtigkeit in gleicher Weise eintreten soll wie bei Folgeverträgen horizontaler Kernbeschränkungen. Dagegen könnte eingewendet werden, dass vertikale Beschränkungen grundsätzlich weniger gefährlich sind als horizontale Beschränkungen und daher auch ihre Folgeverträge milder behandelt werden sollten. In gleiche Richtung könnte mit der subjektiven Vorwerfbarkeit des Wettbewerbsverstosses argumentiert werden: Eine schuldlose Kartellbeteiligung kann bei vertikalen Absprachen viel eher als bei horizontalen Absprachen vorkommen.⁴²⁵

Indessen geht das Argument der geringeren Gefährlichkeit deswegen ins Leere, weil diese bereits bei der Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit iSd Art 101 Abs 1 AEUV sowie bei der Anwendung der Freistellung gemäß Abs 3 *leg cit* berücksichtigt wird.⁴²⁶ Hier ist insb zu beachten, dass vertikale Kernbeschränkungen nicht von der Freistellung gemäß Art 2 GVO 2022/720 profitieren. Dies liegt nicht etwa daran, dass Kernbeschränkungen niemals die von Art 101 Abs 3 AEUV angestrebten wirtschaftlichen Vorteile bewirken könnten. Vielmehr ist

⁴²⁵ Vgl SA des GA Mischo, C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:181, Rn 40 f.

⁴²⁶ Vgl VertikalLL, Rz (177).

die Kommission als Normsetzerin der Ansicht, dass die einer Kernbeschränkung innewohnende Wettbewerbsverzerrung typischerweise durch die gewonnenen Vorteile nicht ausgeglichen werde.⁴²⁷ Gerade wegen ihres besonderen Unwertgehalts wurden die vertikalen Kernbeschränkungen in der „schwarzen Liste“ des Art 4 GVO 2022/720 zusammengefasst und führen somit zum Entfall der verordnungsmäßigen Freistellung für die gesamte Vereinbarung. Daran wird sichtbar, dass vertikale Kernbeschränkungen im Unionsrecht mit gleicher Strenge wie horizontale Kernbeschränkungen behandelt werden. Auch die mögliche (wenngleich selten vorkommende) Anwendung der Legalausnahme des Art 101 Abs 3 AEUV auf vertikale Kernbeschränkungen ändert daran nichts, da sie in ähnlichen Ausnahmefällen auch bei horizontalen Kernbeschränkungen vorkommen kann.⁴²⁸

Weiters kann auch das Verschuldensargument nicht überzeugen. Fehlendes Verschulden kann zu Recht den Entfall der Schadenersatzpflicht des betreffenden Kartellanten und seiner öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit zur Folge haben. Allerdings ist beim Entfall der Schadenersatzpflicht eines Kartellbeteiligten gegenüber seinen Folgevertragspartnern die (Teil)Nichtigkeit des Folgevertrages für die Beseitigung der Kartellnachwirkung umso notwendiger.⁴²⁹ Sollte ein unschuldiger Kartellbeteiligter seinerseits durch die im Rahmen des Kartells eingegangene Verpflichtung in Kombination mit der Folgevertragsanpassung einen Schaden erlitten haben, kann er diesen gegen die (den) schuldtragenden Kartellanten schadenersatzrechtlich geltend machen. Dem unschuldigen Kartellanten ist das haftungsrechtliche Vorgehen gegen den schuldtragenden Kartellanten auch viel eher zuzumuten als dem Folgevertragspartner, der bei voller Gültigkeit des Folgevertrages hierauf verwiesen wäre. Zum einen wählte der unschuldige Kartellbeteiligte selbst den schuldtragenden Kartellanten als seinen Vertragspartner aus und beging durch die Kartellbeteiligung eine rechtswidrige (obgleich schuldlose) Handlung. Insofern ist die Wettbewerbsverzerrung eher seiner Sphäre als jener des Folgevertragspartners zuzuordnen. Zum anderen ist er als Vertragspartner des Schädigers diesem gegenüber häufig in einer stärkeren Position als sonstige Marktteilnehmer; so kann er uU ein Aufrechnungsrecht ausüben.

⁴²⁷ GVO 2022/720 Erwägungsgrund 12.

⁴²⁸ Allgemeine LL, ABl C 2004/101, 97 Rz 32.

⁴²⁹ Ausführlich dazu oben V.D.

Allerdings muss im Kontext der vertikalen Kooperation erhöhte Aufmerksamkeit der Identifizierung von *Folgeverträgen* gewidmet werden, da die Abgrenzung mitunter schwierig sein kann. Entscheidend ist, ob die interessierende Kernbeschränkung (zumindest potentiell) auf den konkreten Vertrag einwirkt. Dies ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Kernbeschränkung objektiv betrachtet den Kartellanten gerade im Hinblick auf sein (künftiges) Vertragsverhältnis zum betreffenden Vertragspartner absichern sollte, wie es bspw. beim absoluten Gebietsschutz der Fall ist. Wird eine Partei der unzulässigen vertikalen Vereinbarung im Hinblick auf den Wettbewerb am relevanten Markt lediglich beschränkt (etwa durch die Verpflichtung in ein bestimmtes Gebiet nicht zu liefern) ohne ihrerseits Schutz vor potentielltem Wettbewerb zu erhalten, so sind die von ihr abgeschlossenen Vereinbarungen grundsätzlich nicht als Folgeverträge zu betrachten; als solche sind diesfalls nur die von ihren Konkurrenten innerhalb des „geschützten Gebiets“ abgeschlossenen Verträge einzustufen. Selbstverständlich muss die Vereinbarung über den Schutz des Abnehmers nicht explizit im gegenständlichen Vertrag niedergeschrieben sein. Besteht unter den Parteien Einvernehmen, dass der Abnehmer im Gegenzug für die Hinnahme der festgelegten Einschränkung seinerseits durch entsprechende Vereinbarungen des Anbieters mit anderen Abnehmern geschützt werden soll, ist dies ausreichend.

Es gibt aber auch vertikale Beschränkungen, die auf Folgeverträge des Abnehmers einwirken, ohne ihm einen Schutz zu gewähren. So kann die verbotene Absprache eine für den Abnehmer einseitig verbindliche Preisbindung enthalten, die nur die Konkurrenten des Abnehmers, darunter möglicherweise auch den Lieferanten selbst, schützen soll. Dies zeigt sich daran, dass der Lieferant weder die Aufnahme einer entsprechenden Preisbindungsklausel in Verträge mit anderen Abnehmern noch deren Beachtung bei eigenen Geschäftsabschlüssen verspricht. In dieser Konstellation sind sowohl Verträge, die der Abnehmer mit seinen Kunden abschließt, als auch parallele Verträge seiner Konkurrenten mit deren Kunden als „Folgeverträge“ zu qualifizieren, da bei allen betreffenden Vertragsverhältnissen die Preisgestaltung dem Einflussbereich des Kartells unterliegt.

Betreffend die Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge kann auf die oben vorgelegten Erwägungen zu den einzelnen Spielarten von horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen verwiesen werden. Die dort erarbeiteten Vorgaben sind auf Grund übereinstimmender Interessenlage auch für vertikale Kartelle verbindlich. Demnach müssen Preisüberhöhungen und wettbewerbswidrige

Bindungen ex tunc der absoluten Nichtigkeit unterliegen, wobei keine Gesamtnichtigkeit gegen den Willen des Folgevertragspartners eintreten darf. Folgeverträge, die im Rahmen von absolut geschützten Gebieten oder Kundengruppen abgeschlossen werden, müssen mit einer relativen und ex tunc wirkenden Gesamtnichtigkeit belegt werden.

3. Folgeverträge bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen

a) Allgemeines

In der Entscheidungspraxis der Kommission und der innerstaatlichen Wettbewerbsbehörden werden die allermeisten Geldbußen auf Grund nachgewiesener bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen verhängt. Verfahren, die bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen zum Gegenstand haben, sind vergleichsweise selten und werden größtenteils durch Verpflichtungszusagen der beteiligten Unternehmen abgeschlossen. Nichtsdestotrotz hat das Verbot bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen eine nicht zu unterschätzende präventive Wirkung.

Freilich spielen die bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen in der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts keine große Rolle, zumal privatrechtliche Schadenersatzklagen i.a.R. an öffentlich-rechtliche Sanktionierung des Kartells anknüpfen.⁴³⁰ Es ist zu erwarten, dass auch bei allfälligen künftigen Nichtigkeitsklagen eine ähnliche Tendenz bestehen wird. Trotzdem erscheint es angebracht, drei Konstellationen bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen zu untersuchen, die in den Leitlinien der Kommission an prominenten Stellen angesprochen werden⁴³¹ und die für die Praxis auch in Bezug auf das Schicksal ihrer Folgeverträge bedeutsame Fragen aufwerfen können. Systematisierend kann man diese Konstellationen wie folgt einordnen: (i) Vereinbarungen, die „eine Kollusion begünstigen“; (ii) Vereinbarungen, die die technische Entwicklung einschränken oder verlangsamen; sowie (iii) Vereinbarungen, die den Kernbeschränkungen ähnlich sind oder sich zumindest in ähnlicher Weise auf Folgeverträge

⁴³⁰ Zum Letzteren vgl. *Reidlinger* in FS Wiedemann 643 (658); EuGH, SA des GA *Mazák*, C-360/99, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, Rn 40 samt Verweis auf das dort zitierte Weißbuch der Kommission.

⁴³¹ Vgl. etw. HorizontalLL der EK ABl C 2023/259, 1 Rz 30 ff, 143 ff, 226 ff, 285 ff, 330 ff; VertikalLL Rz 18 ff.

auswirken. Im Folgenden soll jede der drei Gruppen eigens erörtert und im Hinblick auf unsere Forschungsfrage untersucht werden.

b) Folgeverträge „kollusionsbegünstigender“ Vereinbarungen

Als *kollusionsbegünstigend* bezeichnet die Kommission jene Absprachen, die an sich keine Kernbeschränkung enthalten, jedoch die Durchführung einer Geheimabsprache oder dieser gleichzuhaltender abgestimmter Verhaltensweise beträchtlich erleichtern; es handelt sich hier bspw um die Teilung von preispolitisch relevanten Betriebsdaten oder um Erzielung einer Kostenangleichung durch gemeinsamen Einkauf. Die Subsumierung derartiger Handlungsweisen unter bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen⁴³² soll es den Wettbewerbsbehörden offenbar möglich machen, potentiellen Kernbeschränkungen vorzubeugen, bzw ihre Beseitigung auch dann zu erzwingen, wenn sie auf Grund unzureichender Beweislage nicht nachgewiesen werden können.

Allerdings wird durch die „Kollusionsbegünstigung“ *per se* die Wirksamkeit von Folgeverträgen nicht in Frage gestellt. Vereinbarungen mit potentiell negativer Auswirkung auf den Wettbewerb können zwar wettbewerbsbehördlich sanktioniert werden. Zivilrechtlichen Beziehungen der Kartellanten zu den Folgevertragspartnern werden davon jedoch nicht tangiert, solange keine tatsächliche Auswirkung nachgewiesen werden kann. Dementsprechend vermag auch der hier angesprochene Informationsaustausch nur dann vertragsrechtliche Rechtsfolgen auszulösen, wenn die „begünstigte Kollusion“ tatsächlich eingetreten ist und die Preisentscheidungen koordiniert wurden. In solchen Fällen kommen aber ohnehin die für ausbeuterische Folgeverträge erarbeiteten Rechtsfolgen zur Anwendung.

⁴³² HorizontalLL, Rz 32 (FN 39), 300, 429.

c) Folgeverträge schädlicher Forschungsk Kooperationen

aa) Allgemeines

Eine gesonderte Abhandlung verdienen wettbewerbswidrige Forschungsk Kooperationen, die schlimmstenfalls die Entwicklung neuer Technologien sogar verlangsamen können.⁴³³ Während Vereinbarungen, die eine Innovationseinschränkung *bezwecken*, in der Praxis selten vorkommen, sind negative *Auswirkungen* von Forschungsvereinbarungen auf die technische Entwicklung durchaus anzutreffen und werden in den HorizontalLL der Kommission ausführlich diskutiert.⁴³⁴

Negative wirtschaftliche Folgen derartiger Vereinbarungen für Kunden der beteiligten Unternehmen liegen auf der Hand: Wegen der Abbremsung der technologischen Entwicklung kann der Folgevertragspartner ein weniger wertvolles Produkt gekauft haben, als er sonst beim gleichen Preis bekommen hätte. Oder anders betrachtet: Jenes Produkt, das der Folgevertragspartner in den Händen hat, könnte nach einer Markteinführung weiterentwickelter Produkte günstiger (uU viel günstiger) zu erwerben gewesen sein.

Im Folgenden soll zunächst erörtert werden, inwiefern die beschriebene Situation einen Schadenersatzanspruch der Folgevertragspartner gegen die Kartellanten rechtfertigt. Daran anschließend soll untersucht werden, ob die Interessen der Folgevertragspartner oder das öffentliche Interesse am funktionierenden Wettbewerb bei gegebener schadenersatzrechtlicher Rechtslage die (Teil)Nichtigkeit von Folgeverträgen erfordern.

bb) Schadenersatzanspruch

Die RL 2014/104/EU enthält keine Regeln über die Bewertung des kausalen Zusammenhangs zwischen rechtswidrigem Verhalten und dem eingetretenen Schaden. Diese Frage bestimmt sich daher nach innerstaatlichem Recht, wobei das Effektivitäts- und das Äquivalenzprinzip zu

⁴³³ HorizontalLL, Rz 54.

⁴³⁴ HorizontalLL, Rz 143 ff. Allerdings lassen sich die im Folgenden angeführten Erwägungen durchaus auch auf etwaige bezweckte Forschungseinschränkungen übertragen.

beachten sind.⁴³⁵ Der EuGH lehnte in zwei (vom OGH eingeholten) Vorabentscheidungen eine strenge Anwendung des haftungsrechtlichen Adäquanzgrundsatzes und der Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang ab.⁴³⁶ Klar ist allerdings, dass ein Schaden nur geltend gemacht werden kann, falls er durch den Wettbewerbsverstoß *verursacht* wurde. Die Maßgeblichkeit der *conditio sine qua non* als Minimalerfordernis für die Bejahung des Kausalzusammenhangs steht außer Zweifel.⁴³⁷ Davon ausgehend kann Folgendes festgehalten werden:

1. Die betroffenen Folgevertragspartner werden im Sinne des vom EuGH postulierten weit verstandenen ursächlichen Zusammenhangs grundsätzlich (bei Erfüllung sonstiger Haftungsvoraussetzungen) Schadenersatzansprüche geltend machen können.

2. Entsprechend der *conditio sine qua non* wird der Schadenersatzanspruch auf die Herstellung jenes Zustandes ausgerichtet sein, der bei rechtmäßigem Verhalten der Kartellanten gegeben wäre. Dabei wird man iaR annehmen müssen, dass der Kunde beim Ausbleiben des Wettbewerbsverstoßes statt des gekauften Produkts ein besser entwickeltes (oft für einen annähernd gleichen Preis) erworben hätte. Dadurch gestaltet sich der Beweis des Schadensumfangs problematisch, er kann jedoch durch eine Schadensschätzung gemäß Art 17 Abs 1 RL 2014/104/EU ersetzt werden.⁴³⁸ Bei unternehmerisch tätigen Folgevertragspartnern wird zu berücksichtigen sein, dass die Forschungseinschränkung im gleichen Ausmaß auch die Konkurrenz getroffen hat, was den Schadensumfang geringer ausfallen lassen kann.

cc) Schlussfolgerungen für Folgeverträge

Die Nichtigkeit von Folgeverträgen (oder einzelner ihrer Bestimmungen) könnte in zweifacher Hinsicht über die schadenersatzrechtliche Rechtsfolge hinausgehen. Zum einen könnte die

⁴³⁵ Vgl Erwägungsgrund 11 RL 2014/104/EU sowie bereits oben III.D.

⁴³⁶ Vgl EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn 33; EuGH C-435/18, *Otis*, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn 30 ff sowie oben III.D.2.a und III.D.2.c.

⁴³⁷ Wie die Kausalität zusätzlich zur *conditio sine qua non* (zwecks Vermeidung einer sinnwidrigen Ausuferung der Schadenersatzpflicht) einzugrenzen ist, ließ der Gerichtshof bislang offen. Nach GA *Kokott* ist insbesondere auf die Vorhersehbarkeit des Schadens für die Kartellanten abzustellen. Vgl EuGH, SA der GA *Kokott*, C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:45, Rn 31 ff; EuGH, SA der GA *Kokott*, C-435/18, *Otis*, ECLI:EU:C:2019:651, Rn 82 f. Vgl auch oben III.D.2.

⁴³⁸ Für innerstaatliche Umsetzungsnormen vgl etwa § 273 Abs 1 ZPO, § 287 Abs 1 dZPO.

Nichtigkeitsfolge auch Fälle unverschuldeter Kartellteilnahme erfassen. Zum anderen könnte sie zur Preisherabsetzung auf den für gleiches Produkt bei wettbewerbskonformen Marktverhältnissen erzielbaren Betrag führen. Hier ist zu beachten, dass die Preissenkung deutlich über den Schadenersatzanspruch hinausgehen könnte, falls das betreffende Produkt durch Entwicklung qualitativ hochwertigerer (Massen)Produkte deutlich am Wert eingebüßt hätte.⁴³⁹ Fraglich ist jeweils, ob eine dahingehende unionsrechtliche Vorgabe anzunehmen ist.

Das öffentliche Interesse erfordert eine derartige Vorgabe jedenfalls nicht. Denn die hier interessierenden Folgeverträge verleihen den Kartellanten (anders als zB Folgeverträge von Preisabsprachen) keinen unfairen Vermögensvorteil, dessen Entzug selbst bei unverschuldeter Kartellteilnahme aus Gründen des effektiven Wettbewerbsschutzes erstrebenswert wäre. Ebenso wenig führen sie zu einer wettbewerbswidrig bedingten Bindung der Folgevertragspartner an die Kartellanten oder erschweren Marktzutritte potentieller Konkurrenten. Insgesamt wird in den betreffenden Fallsituationen die Wettbewerbsverzerrung durch das Abstellen der rechtswidrigen Kooperation eliminiert, die Nichtigkeit von Folgeverträgen ist nicht notwendig.

Im Verhältnis eines Kartellbeteiligten zu seinen Folgevertragspartnern ist wiederum ausschlaggebend, dass die Folgeverträge *per se* keinen kartellbedingten Vorteil des Kartellanten gegenüber seinen Vertragspartnern statuieren (wie es idR bei Preisüberhöhungen infolge von Preisabsprachen oder von Kundenzuteilungen der Fall ist). Der Folgevertragspartner wird durch die wettbewerbswidrige Vereinbarung auch nicht in seiner Wahlfreiheit beschränkt. Insofern besteht kein Bedürfnis nach einer Korrektur der ausgehandelten Vertragsbedingungen oder nach einer Wiederherstellung der Wahlfreiheit. Folglich erscheint es sachgerecht, den zivilrechtlichen Ausgleich zwischen Kartellanten und Kunden ausschließlich über den Schadenersatzanspruch vorzusehen. Eine unionsrechtliche Vorgabe hinsichtlich vertragsrechtlicher Rechtsfolgen ist nicht anzunehmen.

⁴³⁹ Der Anspruch auf den Preisunterschied ließe sich mangels Kausalzusammenhangs nicht schadenersatzrechtlich begründen, falls anzunehmen wäre, dass der Kunde das neuere Produkt gekauft hätte.

d) Den Kernbeschränkungen „ähnliche“ Vereinbarungen und ihre Folgeverträge

Viele bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen beeinflussen die Ausgestaltung von Folgeverträgen in ähnlicher Weise, wie es bei oben diskutierten bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen der Fall ist: Sie können zur Preisüberhöhung oder sonstiger Konditionenverschlechterung führen, eine wettbewerbswidrige Bindung des Folgevertragspartners an den Kartellanten nach sich ziehen oder auch für das Zustandekommen der Verträge zwischen den konkreten Vertragspartnern kausal sein. Ersteres kann etwa infolge einer wettbewerbsschädlichen Normenvereinbarung und der daraus resultierenden Marktabstottung eintreten.⁴⁴⁰ Die beiden anderen Fallsituationen kommen insb bei bestimmten vertikalen Absprachen vor, wie etwa Alleinvertrieb, Markenzwang, Alleinbelieferung oder Kopplungsbindungen.⁴⁴¹ Diese Absprachen sind als Wettbewerbsverstöße zu werten, falls sie wegen der Überschreitung der Marktanteilsschwelle des Art 3 GVO 2022/720 nicht in den Genuss der Gruppenfreistellung kommen und auch die Legalausnahme gem Art 101 Abs 3 AEUV iVm Art 1 Abs 2 VO 1/2003 nicht zur Anwendung gelangt. Die Einstufung dieser Wettbewerbsverstöße als bloß bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen erscheint gerechtfertigt, zumal sie objektiv gesehen primär auf eine Optimierung wirtschaftlicher Abläufe abzielen.⁴⁴² In die gleiche Kategorie fallen weiters auch Gebiets- und Kundenzuteilungen, die in ihrer konkreten Ausgestaltung nicht als Kernbeschränkungen qualifiziert werden (vgl Art 4 lit b GVO 2022/720), gleichzeitig aber die Freistellungsvoraussetzungen verfehlen.

Auf Grund der gleichartigen Wirkung erscheint es angebracht, die betreffenden Folgeverträge denselben Rechtsfolgen zu unterstellen, denen auch entsprechende Kernbeschränkungen unterliegen.

Im Folgenden sollen mögliche Einwendungen gegen den vorgebrachten Lösungsvorschlag geprüft werden.

Erstens könnte die vorgeschlagene Rechtsfolge aus Praktikabilitätsbetrachtungen heraus angezweifelt werden. Immerhin werden die in Frage stehenden Vereinbarungen großteils auf der

⁴⁴⁰ HorizontalLL, Rz 495, 550.

⁴⁴¹ Vgl VertikalLL, Rz 119 ff, 298 ff, 321 ff, 389 ff.

⁴⁴² Grundsätzliches zu dieser Einstufung siehe bei *Thalmann in Klamert*, EU-Recht³ Rz 894 ff.

Einzelhandelsstufe abgeschlossen, was die Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung der Nichtigkeitsfolge eher gering ausfallen lässt. Allerdings können auch sehr teure (langlebige) Erzeugnisse Vertragsgegenstand sein und in dieser Konstellation wird der Käufer ein entsprechend starkes Interesse an der Rückabwicklung des Folgevertrages haben. Überdies kann die hier interessierende Art bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen auch auf der Großhandelsstufe verwirklicht werden, insbesondere wenn der Anbieter über einen beträchtlichen Marktanteil verfügt.⁴⁴³

Zweitens könnte eingewendet werden, dass die betreffenden Vereinbarungen objektiv gesehen einen im Vergleich zu Kernbeschränkungen weniger schwerwiegenden Wettbewerbsverstoß darstellen und daher nicht die stärkst mögliche Reaktion der Rechtsordnung bis hin zur Nichtigkeit von Folgeverträgen erforderlich machen. Allerdings liegt der (im Vergleich zu Kernbeschränkungen) „reduzierte“ Unwertgehalt darin begründet, dass die Parteien einen erlaubten Zweck abseits der Wettbewerbsbeschränkung verfolgen. Dementsprechend werden die betreffenden Vereinbarungen nur deswegen als wettbewerbswidrig eingestuft, weil unter gegebenen Umständen eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung angenommen werden muss. Lässt sich diese nachweisen, so ist allerdings auch die oben beschriebene Nichtigkeitsfolge erforderlich.

Letztlich könnte das typischerweise reduzierte (im äußersten Fall sogar gänzlich entfallende) Verschulden der Kartellanten gegen die Nichtigkeitsfolge ins Treffen geführt werden. Dagegen wäre dasselbe Gegenargument gültig, welches bereits bei der Erörterung der Folgeverträge von vertikalen Kernbeschränkungen ausschlaggebend war: Der Verschuldensgrad kann zu Recht im Rahmen der Festsetzung der Geldbuße berücksichtigt werden, in keiner Weise könnte er jedoch ein Absehen von der teleologisch gebotenen Nichtigkeitsfolge rechtfertigen. Selbst bei einem geringen Verschulden der Kartellbeteiligten ist deren Vertrauen auf die Perpetuierung des (wettbewerbsverzerrenden) *status quo* nicht schutzwürdig. Denn auch wenn die Kartellanten (oder zumindest den Abnehmer, der das Produkt an den Folgevertragspartner weiterverkauft) ausnahmsweise überhaupt kein Verschuldensvorwurf treffen sollte, müsste dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung der Wahlfreiheit der Folgevertragspartner durch die vorgeschlagene Nichtigkeitsfolge zur Durchsetzung verholfen werden. Immerhin ist gerade bei

⁴⁴³ Vgl. VertikalLL, Rz 134 f.

fehlendem Verschulden des Abnehmers die Nichtigkeitsfolge die einzig in Betracht kommende Abhilfe gegen die Einzementierung des wettbewerbswidrigen Zustandes. Zudem wird die Geltendmachung der Nichtigkeit den Abnehmer nicht über Gebühr belasten, da er seinerseits gegen den Anbieter die Teilnichtigkeit der Vereinbarung gemäß Art 101 Abs 2 AEUV und uU (bei einem wesentlichen Unterschied im Verschuldensgrad der beiden Kartellbeteiligten) zusätzlich einen Schadenersatzanspruch geltend machen kann.

4. Folgeverträge weiteren Grades

Unter Folgeverträgen des zweiten Grades werden jene Verträge verstanden, die die Folgevertragspartner der Kartellanten in Fortsetzung der Produktions- und Vertriebskette mit ihren eigenen Kunden abschließen und die ihrerseits durch das Kartell geprägt sind. Die „Prägung“ kann in weitergegebener Preisüberhöhung bestehen, möglich ist aber auch die „Verursachung“ des konkreten Vertragsverhältnisses durch die kartellmäßige Marktaufteilung. Im weiteren Verlauf der Produktions- und Vertriebskette entstehen gegebenenfalls Folgeverträge des dritten und vierten Grades usw.

Bei jeglichen Folgeverträgen weiteren Grades ist der Vertragsabschluss (anders als bei Folgeverträgen des ersten Grades) nicht als Umsetzung der Kartellvereinbarung anzusehen. Dies spricht eher gegen die Belegung derartiger Verträge mit der Nichtigkeitsfolge. Allerdings entscheidet sich die Frage des zivilrechtlichen Schicksals der Verträge auch hier in erster Linie nach teleologischen Gesichtspunkten, nämlich im Sinne berechtigter Interessen der Kartellopfer und Dritter (wiederum einschließlich des öffentlichen Interesses).

Zu beachten ist, dass auf Grund der Verschiebung in der Vertriebskette keine typische Auswirkung des Kartells auf die betreffenden Vertragsverhältnisse konstruiert werden kann. Es treten nämlich mehrere zusätzliche Faktoren ins Spiel, die die Fortwirkung der Wettbewerbseinschränkung auf nachgelagerten Märkten beeinflussen, so etwa der Intra-Brand-Wettbewerb unter Abnehmern eines Kartellanten.

Im Verhältnis der Vertragspartner zueinander ist zu berücksichtigen, dass die (möglicherweise vorliegende) Wettbewerbsverzerrung gleichsam in die „neutrale Sphäre“ fällt: Keiner der

Vertragspartner war an der Herbeiführung der Wettbewerbsverzerrung beteiligt und muss eher als der andere die daraus erfließenden Nachteile hinnehmen.

Weiters ist unter gegebenen Umständen nicht anzunehmen, dass ein die Wettbewerbsverfälschung (etwa in Form einer Preisüberhöhung) „weitergebende“ Vertragspartner einen Vorteil gegenüber ihren (potentiellen) Konkurrenten erlangen können. Denn diese Vertragspartner haben vorhin selbst einen überhöhten Preis zahlen müssen. Insofern besteht kein Anlass zur vertragsrechtlichen Rückführung der Preisüberhöhung, wie dies bei Folgeverträgen des ersten Grades gegenüber „unschuldigen Kartellbeteiligten“ angebracht erscheint.

Vorstehende Erwägungen sprechen allesamt gegen eine unionsrechtliche Vorgabe der Vertragsnichtigkeit. In diese Richtung sprechen zusätzlich auch Argumente, die in der Lehre⁴⁴⁴ mitunter als Gründe gegen die Nichtigkeit von Folgeverträgen des ersten Grades angeführt werden: Rechtssicherheit und Vermeidung einer ungebührlichen Belastung des Geschäftsverkehrs. Sosehr die beiden Argumente nicht überzeugen können, wenn sie im Zusammenhang mit Folgeverträgen des ersten Grades angeführt werden, sosehr sind sie im Hinblick auf die nunmehr interessierenden Verträge valide.⁴⁴⁵ Die Rechtssicherheit spricht hier deswegen gegen die Vertragsnichtigkeit, weil keiner der Vertragspartner die kartellmäßige Determinierung des betreffenden Vertrags kennen muss. Anders als bei Folgeverträgen des ersten Grades lässt sich der Schutz der am Kartell unbeteiligten Marktteilnehmer daher nicht durch eine entsprechende Ausgestaltung der Nichtigkeitsfolge sicherstellen. Tatsächlich wäre bei Anwendbarkeit der Nichtigkeitsfolge praktisch jeder Vertrag von Ungewissheit betroffen, was den Geschäftsverkehr erheblich belasten würde.

Auf Grund des Vorgesagten ist eine unionsrechtliche Vorgabe der Nichtigkeit von Folgeverträgen weiteren Grades zu verneinen. Der unionsrechtlich begründete Schutz von Zivilrechtspositionen der betroffenen Marktteilnehmer erschöpft sich im gegebenen Zusammenhang in der Gewährung von Schadenersatzansprüchen gegen die Kartellanten.

⁴⁴⁴ Vgl. *Krauß* in *Langen/Bunte*¹³ § 1 GWB Rz 360; *Wollmann*, *ecolx* 2010, 688 (690); *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*⁶ § 1 GWB Rz 62.

⁴⁴⁵ So im Wesentlichen auch *Eilmansberger*, *JBl* 2009, 427 (432), der jedoch ausschließlich auf Grundlage des österreichischen Zivilrechts argumentiert.

G. Zusammenfassung unionsrechtlicher Vorgaben

1. Ausbeuterische Folgevertragsklauseln sind mit einer absoluten, ex tunc wirkenden Nichtigkeitsfolge zu belegen. Den Mitgliedstaaten steht es weiters frei entweder die Restgültigkeit der Folgeverträge vorzusehen oder sie vom Willen des Folgevertragspartners abhängig zu machen.

2. In Folgeverträgen von Kernbeschränkungen enthaltene wettbewerbswidrige Bindungen sind iaR unter Art 101 AEUV zu subsumieren und unterliegen diesfalls der in Abs 2 leg cit festgelegten Rechtsfolge und der dazu ergangenen Rsp. Sollte Art 101 Abs 2 AEUV ausnahmsweise nicht zur Anwendung gelangen, so ist die wettbewerbswidrige Bindung dennoch der absoluten Nichtigkeitsfolge zu unterstellen, falls sie in einer reinen Verhaltenseinschränkung besteht (wie zB in einer Verpflichtung zum Alleinbezug). Stellt sich die wettbewerbswidrige Bindung hingegen als ein Leistungsaustausch dar (wie zB bei Kopplungsgeschäften) so ist relative Nichtigkeit vorzusehen. In beiden Fällen muss die Nichtigkeit ex tunc wirken. Weiters darf in keinem Fall Gesamtnichtigkeit gegen den Willen des Folgevertragspartners eintreten.

3. Folgeverträge von Marktaufteilungskartellen müssen einer relativen Gesamtnichtigkeit unterliegen. Die Nichtigkeit ist als rückwirkend zu gestalten, sodass dem Folgevertragspartner gegebenenfalls auch das Recht auf bereicherungsrechtliche Rückabwicklung zusteht. Hatte die Marktaufteilung auch eine ausbeuterische Preisüberhöhung oder das Aufzwingen einer wettbewerbswidrigen Bindung zur Folge, so ist die betreffende Klausel jedenfalls mit absoluter Nichtigkeit zu sanktionieren.

4. Die oben dargelegten Regeln gelten ohne jegliche Einschränkung auch für Folgeverträge von vertikalen Kernbeschränkungen.

5. Folgeverträge von Vereinbarungen, die eine wettbewerbswidrige Kollusion begünstigen sowie von wettbewerbswidrigen Forschungs Kooperationen unterliegen keiner unionsrechtlichen Nichtigkeitsvorgabe.

6. Haben bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen, ähnliche Folgen wie oben beschriebene bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen (Preisüberhöhung, wettbewerbswidrige Bindung bzw

Marktaufteilung) so unterliegen die jeweiligen Folgeverträge den gleichen Nichtigkeitsvorgaben, wie Folgeverträge entsprechender Kernbeschränkungen.

7. Summarisch kann festgehalten werden, dass ausbeuterische Folgeverträge sowie Folgeverträge, die eine wettbewerbswidrige Bindung enthalten, den gleichen Rechtsfolgen unterliegen, wie dies bei den jeweils korrespondierenden Formen des Marktmissbrauchs der Fall ist.

8. In Bezug auf Folgeverträge weiteren Grades lässt sich keine unionsrechtliche Nichtigkeitsvorgabe ableiten.

H. Innerstaatliche Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben

1. Allgemeines

Wie bereits erörtert wurde, orientiert sich die Anwendung der Nichtigkeitsfolge des § 879 ABGB nach dem Zweck der jeweils verletzten Rechtsnorm. Dementsprechend wurde im Hinblick auf missbräuchliche Verträge bereits festgehalten, dass einschlägigen unionsrechtlichen Nichtigkeitsvorgaben durchaus ungezwungen durch Anwendung der *lex cit* genugs getan werden kann.⁴⁴⁶ Dies gilt entsprechend auch für Kartell-Folgeverträge.

Allerdings wird in der Lit tlw vertreten, dass Folgeverträge nur in der Art ihres Zustandekommens und nicht durch ihren Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und deswegen nicht von der Rechtsfolge des § 879 Abs 1 ABGB getroffen werden.⁴⁴⁷

Dagegen konnte *Eilmansberger* überzeugend darlegen, dass Verstöße gegen Vorschriften über die Abschlussart, die für das Zustandekommen oder den Inhalt des fraglichen Vertrages kausal sind, in bestimmten Situationen sehr wohl der Nichtigkeitsfolge unterliegen. Als Beispiele

⁴⁴⁶ Vgl oben IV.C.

⁴⁴⁷ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ § 8 Rz 50; *Wollmann*, *ecolex* 2010, 688 (689).

jenseits des kartellrechtlichen Bereichs nannte er Verstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften sowie die Inhaltskontrolle der AGB.⁴⁴⁸

Dem kann hinzugefügt werden, dass bspw ausbeuterische Folgeverträge in gleicher Weise rechtswidrig sind, wie es bei ausbeutungsmissbräuchlichen Verträgen der Fall ist. In beiden Fällen ist der Vertragsinhalt iaR abstrakt gesehen zulässig; rechtswidrig ist die kartellrechtswidrige Ausnutzung der stärkeren Position des Kartellrechtsbrechers, die in der marktbeherrschenden Stellung bzw in der Rückendeckung durch das Kartell begründet ist. Es kann durchaus sachgerecht argumentiert werden, dass die Kartellmitglieder nicht nur durch die wettbewerbswidrige Absprache, sondern in deren Folge auch durch die Ausnutzung des Kartells zur Durchsetzung unangemessener Preise einen Wettbewerbsverstoß begehen.⁴⁴⁹

Letztlich entscheidend ist jedoch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer primärrechtskonformen Auslegung des innerstaatlichen Rechts. Diese gebietet insb, dass § 879 Abs 1 ABGB entsprechend dem Zweck der unionsrechtlichen Nichtigkeitsvorgabe ausgelegt wird. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers ist nicht erforderlich, zumal die *lex cit*, wie von *Eilmansberger* gezeigt wurde, einer Auslegung im Sinne der Nichtigkeit von Folgeverträgen jedenfalls zugänglich ist.⁴⁵⁰ Dies sollte auch von jenen anerkannt werden, die *Eilmansbergers* Interpretationsansatz nicht für den bestmöglichen halten und ihm allein nach Maßstäben des österreichischen nicht folgen würden.

2. Rechtsprechung des OGH

Im bisher einzigen einschlägigen Judikat stellte sich der OGH auf den Standpunkt, dass Folgeverträge nicht von der Nichtigkeit bedroht seien. Es erscheint daher erforderlich, die zitierte Aussage des OGH einer näher Analyse zu unterziehen.

⁴⁴⁸ *Eilmansberger*, JBl 2009, 427 (433). Vgl auch *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 91, die die Nichtanwendung der Nichtigkeitsfolge beim Verstoß gegen ein Abschlussverbot als „Faustregel“ bezeichnen und somit Ausnahmen zulassen.

⁴⁴⁹ So auch *Told*, JBl 2014, 14 (21 f).

⁴⁵⁰ *Eilmansberger*, JBl 2009, 427 (432 ff).

Im betreffenden Verfahren zu 16 Ok 8/08 beantragten mehrere Großkunden von Fahrtreppengesellschaften die Erlassung einer kartellrechtlichen Abstellungsanordnung gegen führende Fahrtreppenunternehmer mit der Begründung, die vom Kartellgericht bereits geahndete Kartellrechtsverletzung sei nicht beendet worden. Im Rahmen des Abstellungsauftrags sollten die Kartellanten unter anderem zu einer Preisherabsetzung verpflichtet werden: Bei allen noch aufrechten Wartungsverträgen wären die Preise auf ein um den Kartellaufschlag bereinigtes Entgelt, zumindest aber um 30%, zu reduzieren.⁴⁵¹

Das OLG Wien als KG wies den Abstellungsantrag in seiner Gesamtheit ab und der OGH als KOG bestätigte im Rekursverfahren diese Entscheidung. Im Hinblick auf die begehrte Preisherabsetzung äußert sich der Gerichtshof auch zum zivilrechtlichen Schicksal von Folgeverträgen:

„Solche Folgeverträge mit kartellfremden Dritten können zwar in Durchführung verbotener Absprachen oder verbotenen abgestimmten Verhaltens zustande kommen, sie sind aber selbst nicht tatbildlich iSd Kartellverbots des § 1 KartG 2005 und die Erfüllungshandlungen solcher Leistungsaustauschverträge sind nicht Mittel zur Durchführung einer verbotenen Kartellvereinbarung, sondern dienen der Durchführung des eigenen Schuldverhältnisses zwischen den Vertragsparteien. Solche Folgeverträge sind in ihrem Bestand daher auch nicht von Nichtigkeit (§ 1 Abs 3 KartG 2005) bedroht“.

Die zitierte Aussage wurde in der Lehre überwiegend kritisch aufgenommen und tlw als ein bloßes obiter dictum eingestuft.⁴⁵² Im Hinblick auf unsere Forschungsfrage sind vier Anmerkungen anzubringen:

Erstens kann dem Höchstgericht insofern zugestimmt werden, als die Folgeverträge nicht von § 1 Abs 3 KartG getroffen werden. Dies schließt aber keineswegs die Anwendbarkeit der allgemeinen Nichtigkeitsanordnung des § 879 Abs 1 ABGB aus. Während § 1 Abs 3 KartG

⁴⁵¹ OGH 8. 10. 2008, 16 Ok 8/08. Der Zusammenfassung des Abstellungsbegehrens kann entnommen werden, dass die Antragsteller diesen Teil des Antrags insbesondere auf das Verbot des Missbrauchs einer (kollektiven) marktbeherrschenden Stellung gestützt haben. Allerdings behandelte der OGH die Frage ausschließlich im Licht des Kartellverbots.

⁴⁵² Kritisch *Eilmansberger*, JBl 2009, 427 (432); ebenso *Graf*, ecolex 2010, 646 (646 f) und *Told*, JBl 2014, 14 (21), die das Urteil als ein obiter dictum bezeichnen; zust hingegen *Wollmann*, ecolex 2010, 688 (689), der die Einstufung als obiter dictum ablehnt und das Urteil als „zu der ... Frage [der Folgeverträge ergangene] klare höchstgerichtliche Entscheidung“ versteht.

schon seinem Wortlaut nach die Folgeverträge nicht einschließt und auch die von ihm gebotene Ausgestaltung der Nichtigkeit für Folgeverträge unpassend erscheint, ist § 879 Abs 1 ABGB in beiden Punkten viel flexibler. Dies wurde vom OGH offenbar nicht ausreichend reflektiert, sodass das Höchstgericht von der Unanwendbarkeit des § 1 Abs 3 KartG automatisch auf die volle Gültigkeit der Folgeverträge schloss.

Zweitens ist über das zivilrechtliche Schicksal von Folgeverträgen nicht in einem kartellgerichtlichen Verfahren abzusprechen, die Frage ist der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit zuzuordnen. Aus diesem Grund konnte das Urteil auch keine rechtskräftige Entscheidung hinsichtlich der Wirksamkeit der betreffenden Wartungsverträge darstellen.

Drittens erscheint die Erwägung, die Folgeverträge seien „*selbst nicht tatbildlich iSd Kartellverbots*“ fragwürdig. Beipflichten kann man ihr nur, falls hier bloß die *Erfüllung* von folgevertraglichen Verpflichtungen gemeint sein sollte. Der kartellmäßige *Abschluss* von Folgeverträgen muss nämlich als kartellrechtswidrig eingestuft werden.⁴⁵³ Zu Recht bestimmen die Kommission und die Gerichtsbarkeit die Dauer einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung nicht einfach nach der Zeitspanne der kartellbegründenden Kommunikation, sondern schließen auch den Zeitraum des vereinbarungsgemäßen Marktverhaltens ein.⁴⁵⁴ Es wäre auch vollkommen absurd, die Zuwiderhandlung mit dem Abschluss einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung als beendet zu betrachten und die anschließende Umsetzung dieser Vereinbarung als kartellrechtlich unbedenklich verstehen zu wollen. Im Übrigen kommt bei abgestimmten Verhaltensweisen die verpönte Verständigung (möglicherweise ohne sonstige Kommunikation der Kartellteilnehmer) gerade erst durch ihr Marktverhalten auf die Welt.⁴⁵⁵

Viertens ist aber der Entscheidung des OGH in der Sache selbst zuzustimmen. Denn das Festhalten eines Kartellanten am Folgevertrag ist (anders als der kartellgemäße *Abschluss* des Folgevertrages) an sich kein Wettbewerbsverstoß.⁴⁵⁶ Deswegen kann im Zuge des kartellrechtlichen Abstellungsauftrags auch keine Vertragsanpassung angeordnet werden. (Eine

⁴⁵³ Zum letzteren ausführlich Paul, Gesetzesverstoß 121 ff, 231.

⁴⁵⁴ Vgl statt aller EuGH C-441/11 P, *Kommission/Verhuizingen Coppens*, ECLI:EU:C:2012:778, Rn 72; EuGH, SA der GA Kokott, C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve/Kommission*, ECLI:EU:C:2005:751, Rn 38.

⁴⁵⁵ *Eilmansberger*, JBl 2009, 427 (433).

⁴⁵⁶ Der Kartellant kann am Folgevertrag zB mit der (wahrheitswidrigen) Behauptung festhalten, dass er an keiner verbotenen Vereinbarung beteiligt war bzw dass eine solche für die Ausgestaltung des Kartells nicht kausal war. Würde man dies als Wettbewerbsverstoß werten, so würde bereits die Bestreitung eines berechtigten Anspruchs vor Gericht als neuerliche Rechtsverletzung gelten. Dies wäre in einem Rechtsstaat nicht akzeptabel.

solche wäre in einem zivilgerichtlichen Verfahren durchzusetzen.) Zu bedauern bleibt freilich, dass der OGH seiner Entscheidung eine unnötige Erwägung vorangestellt hat, die zudem unionsrechtlich unhaltbar erscheint.

3. Lehrmeinungen

Die österreichische Zivilrechtslehre geht einhellig (und insoweit übereinstimmend mit den Lehrmeinungen aus Deutschland) von der alleinigen Maßgeblichkeit des innerstaatlichen Rechts für das zivilrechtliche Schicksal von Kartell-Folgeverträgen aus.⁴⁵⁷ Immerhin sprachen sich vier – insgesamt durchaus gewichtige – Literaturstimmen für die Teilnichtigkeit von Folgeverträgen nach österreichischem Zivilrecht aus.⁴⁵⁸ Hingegen lehnt *Wollmann* die grundsätzliche Erfassung der Folgeverträge durch die Nichtigkeitsfolge vehement ab; nur beim Hinzutreten eines zusätzlichen Elements der Sittenwidrigkeit (wie zB Bestechung der Mitarbeiter des Kunden) bejaht er unter Hinweis auf Judikatur zu wucherähnlichen Ausbeutungsverträgen die Anwendbarkeit des § 879 Abs 1 ABGB.⁴⁵⁹

Eilmansberger und *Graf* äußern sich in ihren Abhandlungen jeweils auch zur Reichweite der Nichtigkeitsfolge, wobei sie Standpunkte vertreten, die zum Teil von der hier vertretenen Auffassung abweichen.

Nach *Eilmansberger* und *Told* sollen kartellmäßig geprägte Folgeverträge einer relativ wirkenden Teilnichtigkeit (samt Rückabwicklungsanspruch des Kartellopfers in Bezug auf den überhöhten Entgeltteil) unterliegen.⁴⁶⁰ Folgeverträge weiteren Grades werden von beiden als voll wirksam betrachtet.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ Für Nw und Kritik vgl bereits oben II.C und V.C.

⁴⁵⁸ *Eilmansberger*, JBl 2009, 427 (434); *Graf*, *ecolex* 2010, 646 (647); *Holzinger*, *Marktmisbrauch* 263; *Told*, JBl 2014, 14 (20 f). *Holzinger* merkt gleichzeitig an, dass die Nichtigkeit dann nicht erforderlich sei, wenn die Kartellbildung zu keinen überhöhten Preisen oder sonstigen nachteiligen Konditionen geführt habe.

⁴⁵⁹ *Wollmann*, *ecolex* 2010, 688 (690).

⁴⁶⁰ *Eilmansberger*, JBl 2009, 427 (434 f); *Told*, JBl 2014, 14 (20 f, 24). *Eilmansberger* nimmt allerdings an, dass die kartellbedingte Belastung nur bei Folgeverträgen bezweckter, nicht jedoch bei jenen bloß bewirkter, Wettbewerbsbeschränkungen vorliege, vgl ebendort 434.

⁴⁶¹ *Eilmansberger*, JBl 2009, 427 (434); *Told*, JBl 2014, 14 (23).

Graf hat offenbar insbesondere Folgeverträge von Preisabsprachen vor Augen und hält ebenfalls die Teilnichtigkeit für angemessen; ob sie absolut oder relativ wirken soll, lässt er offen.⁴⁶²

Insofern die Autoren somit tlw Rechtsfolgen vertreten, die von oben ermittelten Vorgaben abweichen, kann ihnen aus unionsrechtlicher Hinsicht nicht gänzlich beigegeben werden. Insb zu der von *Eilmansberger* und *Told* zum Schutz des Folgevertragspartners befürworteten *relativen* Nichtigkeitswirkung⁴⁶³ ist festzuhalten, dass für den Folgevertragspartner durch die hier (als unionsrechtlich geboten) vertretene *absolute* Nichtigkeit nichts zu verlieren ist. Diese bezieht sich nämlich ausschließlich auf Vertragsteile, an deren Durchsetzung der Folgevertragspartner nicht interessiert sein kann, wie etwa die überhöhte Preisbestimmung oder die Einschränkung seiner unternehmerischen Handlungsfreiheit. Die absolute Nichtigkeit bringt es mit sich, dass die Unwirksamkeit derartiger Vertragsklauseln in Zivilverfahren von Amts wegen wahrzunehmen ist, was die Position des Folgevertragspartners nur stärkt.

Beachtenswert ist weiters, dass nach *Graf* auch der unmittelbare Abnehmer des Kartellanten von seinen eigenen Vertragspartnern in Anspruch genommen werden kann, soweit er die kartellbedingte Preisüberhöhung auf sie überwälzte und nachträglich vom Kartellanten zurückerlangte.⁴⁶⁴ Die dogmatische Rechtsgrundlage dieses Anspruchs wird von *Graf* nicht spezifiziert. Da der Anspruch von der Rückerstattung des Kartellaufschlags durch den Kartellanten abhängig gemacht wird, wird *Graf* wohl einen Verwendungsanspruch annehmen. Im Lichte der oben erörterten unionsrechtlichen Vorgaben wäre eine derartige Regelung nicht geboten; sie steht aber den unionsrechtlichen Zielsetzungen in keiner Weise entgegen und wäre daher unionsrechtlich nicht zu beanstanden.

4. Schlussfolgerungen

Abschließend ist festzuhalten, dass der bisher ergangenen Rsp keine klare Positionierung zur Frage der Bewertung von Folgeverträgen nach innerstaatlichem Recht entnommen werden kann. Das einzige höchstgerichtliche Urteil, das hierzu eine relevante Äußerung enthält, ist in einem

⁴⁶² *Graf*, *ecolex* 2010, 646 (647).

⁴⁶³ *Eilmansberger*, *JBl* 2009, 427 (435); *Told*, *JBl* 2014, 14 (22 f).

⁴⁶⁴ *Graf*, *ecolex* 2010, 646 (648).

kartellgerichtlichen Verfahren ergangen, in dem nicht verbindlich über Vertragswirksamkeit abgesprochen werden konnte.

Die Lehrmeinungen zum angesprochenen Problem sind geteilt, überwiegend wird jedoch die Teilnichtigkeit von Folgeverträgen vertreten. Allerdings wurden bislang die unionsrechtlichen Vorgaben in der Lehre nicht erörtert und nicht ausreichend berücksichtigt.

Im Allgemeinen ist § 879 Abs 1 ABGB als eine zur Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben geeignete Rechtsnorm anzusehen, das Tätigwerden des Gesetzgebers ist insofern nicht erforderlich. Selbstverständlich muss die genannte Rechtsnorm im Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts stets im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben ausgelegt werden.

VI. Gemeinsame Fragestellungen

A. Anwendung des Äquivalenzprinzips

1. Problem und Lösungsvorschlag

An mehreren Stellen wurde festgehalten, dass dem nationalen Gesetzgeber ein Ermessen bei der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben zukommt, wobei er jedoch an das Äquivalenz- und das Effektivitätsprinzip gebunden ist. Beide Prinzipien beziehen sich nicht nur auf die prozessrechtliche Durchsetzung unionsrechtlich determinierter Ansprüche, sondern auch auf deren materiell-rechtliche Ausgestaltung.⁴⁶⁵

Spezifisch im Hinblick auf das Äquivalenzprinzip ist zu klären, welche innerstaatlichen Rechtsvorschriften die *Vergleichsbasis* für seine Anwendung auf das zivilrechtliche Schicksal von Kartell-Folgeverträgen und missbräuchlichen Verträgen bilden. Die richtige Beschreibung der einschlägigen Vergleichsbasis ist insb zur Eingrenzung des Gestaltungsspielraums des nationalen Gesetzgebers erforderlich.

Eine Möglichkeit wäre es, ausschließlich Regelungen betreffend unionsrechtlich unbeachtliche Vereinbarungen im Anwendungsbereich korrespondierender innerstaatlicher Tatbestände (§§ 1, 5 KartG) heranzuziehen. Alternativ könnte die Wirksamkeit aller rechtswidrigen bzw in ähnlicher Weise durch einen Rechtsbruch determinierten (Folge)Verträge als Vergleichsmaßstab dienen.

Sachgerecht erscheint es mE, einen Mittelweg zu wählen und auf die Rechtfertigung einer Sonderregelung abzustellen: Erscheint eine Sonderregelung für kartellrechtliche Tatbestände sachgerecht, so ist die Vergleichsbasis auf parallele Tatbestände der innerstaatlichen Rechtsordnung zu beschränken. Andernfalls sind alle rechtswidrigen bzw durch einen Rechtsbruch determinierten Verträge miteinzubeziehen.

⁴⁶⁵ Vgl etwa EuGH C-300/04, *Eman*, ECLI:EU:C:2006:545, Rn 68; EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 92 f.

Denn einerseits könnte die strikte Beschränkung auf innerstaatliche kartellrechtliche Tatbestände einer Aushöhlung des Äquivalenzprinzips gleichkommen. Andererseits gibt es tatsächlich zahlreiche Aspekte, die eine Spezialregelung für die hier interessierenden Konstellationen angemessen oder sogar erforderlich erscheinen lassen.

Zwar besteht bislang keine EuGH-Judikatur zum Vergleichsmaßstab bei der Anwendung des Äquivalenzprinzips auf Folgeverträge und missbräuchliche Verträge. Es kann jedoch auf die insoweit durchaus aussagekräftigen Stellungnahmen des Gerichtshofs zur Vergleichsbasis betreffend den kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch verwiesen werden. Diese harmonisieren, wie sogleich gezeigt wird, mit dem hier vertretenen Vorschlag.

2. Rechtsprechung zum Vergleichsmaßstab

Der EuGH wurde in der Rs *Donau Chemie*⁴⁶⁶ explizit mit dem Vergleichsmaßstab bei der Anwendung des Äquivalenzprinzips auf den kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch iZm der Einsichtnahme in kartellgerichtliche Akten befasst. Der genannte Fall wurde noch vor dem Inkrafttreten der RL 2014/104/EU erlassen und war daher unmittelbar auf Grundlage der unionsrechtlichen Prinzipien zu entscheiden. Nach der heutigen Rechtslage wären Art 6 f leg cit⁴⁶⁷ einschlägig, doch bleiben die vom EuGH und seinem GA im genannten Verfahren angewendeten Grundsätze weiterhin maßgeblich.

Im Anlassfall hätte das OLG Wien als KG die Bestimmung des § 39 Abs 2 KartG anzuwenden, wonach die Einsichtnahme in Akten eines kartellgerichtlichen Verfahrens durch verfahrensfremde Personen nur mit Zustimmung der Parteien erfolgen durfte. Die Bestimmung galt sowohl für Verfahren zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts als auch für solche, die ausschließlich das innerstaatliche Kartellrecht zum Gegenstand hatten. Seine Übereinstimmung mit dem Äquivalenzprinzip wurde deswegen in Zweifel gezogen, weil im allgemeinen zivilgerichtlichen Verfahren gem § 219 Abs 2 ZPO (sowie im Strafprozess gem § 77 Abs 1 StPO) Dritten selbst bei fehlender Zustimmung der Parteien die Akteneinsicht

⁴⁶⁶ EuGH C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366.

⁴⁶⁷ Zur aktuellen Diskussion zu den genannten Bestimmungen und insb zur Vereinbarkeit des Art 6 Abs 6 RL 2014/104/EU mit dem Primärrecht vgl *Zelger*, ÖZK 2023, 127 (133 ff).

zusteht, soweit sie diesbezüglich ein rechtliches Interesse glaubhaft machen und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen der Einsichtnahme entgegenstehen. Der auf das Äquivalenzprinzip bezogene Teil des Vorabentscheidungsersuchens wurde allerdings als Eventualfrage formuliert. Mit der ersten, absolut formulierten Frage wollte das KG wissen, ob § 39 Abs 2 KartG möglicherweise dem Effektivitätsprinzip entgegenläuft, dh ob die Durchsetzung der Schadenersatzansprüche von Kartellopfen durch den eingeschränkten Dokumentenzugang praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wurde.⁴⁶⁸

Da der Gerichtshof die Vereinbarkeit der *leg cit* mit dem Effektivitätsprinzip verneinte, konnte er die Eventualfrage unbeantwortet lassen.⁴⁶⁹ In den Schlussanträgen hatte sich jedoch der GA *Jääskinen* ausführlich mit der Eventualfrage auseinandergesetzt. Er sah in der weniger günstigen Behandlung von wettbewerbsrechtlich bezogenen Schadenersatzansprüchen keine Verletzung des Äquivalenzprinzips. Dabei verwies er auf das kurz vorher erlassene Urteil in der Rs *Littlewoods Retail*⁴⁷⁰, wonach die zum Vergleich herangezogenen Rechtsbehelfe einen „*ähnlichen Gegenstand und Rechtsgrund*“ haben sollten. Das allgemeine Zivilverfahren sowie der Strafprozess wären mit dem Kartellverfahren allerdings nicht vergleichbar, „*denn bei [ihnen] geht es nicht um den Schutz von Kronzeugenregelungen oder um sonstige Besonderheiten eines öffentlich-rechtlichen Verfahrens zur Durchsetzung der Wettbewerbspolitik.*“⁴⁷¹

Sieben Jahre zuvor hatte sich der Gerichtshof in der Rs *Manfredi*⁴⁷² zum Äquivalenzprinzip geäußert, wobei seine Äußerungen *prima facie* in zwei entgegengesetzte Richtungen gedeutet hatten. Zunächst befasste er sich mit der Frage, ob das Äquivalenzprinzip einer speziellen Zuständigkeitsvorschrift entgegenstehe, infolge derer zivilgerichtliche Verfahren wegen Verletzung des europäischen Kartellrechts im Ergebnis langwieriger und teurer als allgemeine zivilgerichtliche Verfahren würden. Der Gerichtshof gab eindeutig zu erkennen, dass diesbezüglich nur Schadensersatzklagen auf Grund von Verstößen gegen nationale Wettbewerbsvorschriften den Vergleichsmaßstab darstellten.⁴⁷³

⁴⁶⁸ EuGH C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rn 3 f, 13.

⁴⁶⁹ EuGH C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rn 49 f.

⁴⁷⁰ EuGH C-591/10, *Littlewoods Retail*, ECLI:EU:C:2012:478.

⁴⁷¹ EuGH, SA des GA *Jääskinen*, C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:67, Rn 31 f, 35 f.

⁴⁷² EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

⁴⁷³ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 72; im gleichen Sinne auch der GA *Geelhoed* in EuGH, SA des GA *Geelhoed*, C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:67, Rn 50.

Überdies hatte der EuGH im genannten Verfahren aber auch die Frage zu beantworten, ob wegen der Verletzung des Art 101 AEUV Strafschadenersatz zugesprochen werden muss. Hierzu sprach er aus, der Strafschadenersatz müsse grundsätzlich nicht gewährt werden, es sei denn, er wäre im Rahmen *vergleichbarer*, auf das innerstaatliche Recht gestützter Klagen zuzusprechen; dann folgte die Pflicht zu seiner Gewährung aus dem Äquivalenzprinzip.⁴⁷⁴ Auffallend ist, dass der Gerichtshof die Vergleichsbasis in diesem Zusammenhang nicht mehr auf Klagen aus einer Kartellrechtsverletzung eingegrenzte.⁴⁷⁵

Der Unterschied zwischen den beiden Stellen aus ein und demselben Urteil lässt sich durch den Kontext der beiden Äußerungen erklären. Bei der Gewährung eines Strafschadenersatzanspruchs ist kein Grund für eine grundsätzliche Sonderbehandlung wettbewerbsrechtlicher Sachverhalte ersichtlich; das Urteil bringt daher zum Ausdruck, dass der Vergleichsmaßstab vom gesamten Schadenersatzrecht gebildet wird. Bei der Festlegung der Gerichtszuständigkeit lässt sich die Rechtfertigung einer *lex specialis* für wettbewerbsrechtliche Angelegenheiten leicht einsehen. Daher werden hier nur Klagen aus einer Verletzung des innerstaatlichen Wettbewerbsrechts als Vergleichsmaßstab herangezogen.⁴⁷⁶

Mit dieser Deutung stehen auch die oben zitierten SA des GA *Jääskinen* in der Rs *Donau Chemie* im Einklang. Die betreffende Vorabentscheidungsfrage bezog sich nämlich auf den Zugang zu den Verfahrensakten und damit auf einen prozessualen Aspekt, der im Hinblick auf die Kronzeugenproblematik eine Sonderbehandlung wettbewerbsrechtlicher Fälle nahelegt.

3. Fazit

Bei der Festlegung des zivilrechtlichen Schicksals von Kartell-Folgeverträgen und missbrauchsverbotswidrigen Verträgen bilden grundsätzlich alle inhaltlich rechtswidrigen bzw

⁴⁷⁴ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 93.

⁴⁷⁵ Vgl auch GA *Geelhoed* in EuGH, SA des GA *Geelhoed*, 26. 1. 2006, C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:67, Rn 70.

⁴⁷⁶ Der Strafschadenersatz ist nunmehr durch Art 3 Abs 3 RL 2014/104/EU ausgeschlossen. Somit wäre eine „Schlechterbehandlung“ des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs nicht mehr als Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip zu werten, zumal den Mitgliedstaaten insofern kein Ermessensspielraum verbleibt. Die von der zitierten Rsp gewonnenen Kriterien für die Identifizierung des Vergleichsmaßstabs büßen durch die legislative Entwicklung jedoch nichts von ihrer Bedeutung ein.

durch einen Rechtsbruch inhaltlich determinierten (Folge)Verträge den Vergleichsmaßstab. Nur dort, wo ein sachlicher Grund eine Sonderbehandlung wettbewerbsrechtlicher Tatbestände rechtfertigt, beschränkt sich der Vergleichsmaßstab auf *rein innerstaatlich tangierte* Kartell-Folgeverträge und *rein innerstaatlich tangierte* missbräuchliche Verträge.

4. Würdigung der österreichischen Rechtslage

Österreichisches Zivilrecht enthält keine Sonderregelungen betreffend die Nichtigkeit von Kartell-Folgeverträgen oder missbräuchlichen Verträgen. Insofern bilden alle rechtswidrigen Verträge den Vergleichsmaßstab bei der Anwendung des Äquivalenzprinzips.

Besonderes gilt für verfahrensrechtliche Regeln. Hier sieht § 39 Abs 2 KartG, wie soeben erörtert wurde, eine von allgemeinen zivilprozessrechtlichen Bestimmungen abweichende Regelung für den Zugang zu Verfahrensakten des Kartellgerichtes vor. Diesbezüglich wird auf Grund der identen Interessenlage der Ausspruch des EuGH in *Donau Chemie*⁴⁷⁷ sinngemäß zur Geltung kommen müssen: Die einschränkende Regelung der *leg cit* muss in Verfahren zur Durchsetzung der Nichtigkeit von Kartell-Folgeverträgen und missbräuchlichen Verträgen als unionsrechtswidrig unangewendet bleiben, sodass mangels einer Sonderbestimmung die allgemeine Vorschrift des § 219 Abs 2 ZPO ausschlaggebend bleibt.

B. Verjährung

In Bezug auf die Verjährung der Geltendmachung der Nichtigkeit der betreffenden Verträge (und der daraus erfließenden Rückabwicklungsansprüche) können dem Unionsrecht keine teleologischen Vorgaben entnommen werden, die über die Verbindlichkeit des Äquivalenz- und des Effektivitätsprinzips hinausgingen. Eine entsprechende Rechtslage galt vor der Erlassung der RL 2014/104/EU für die innerstaatliche Regelung der Verjährung des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs.⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ EuGH C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rn 49 f.

⁴⁷⁸ EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 77 ff.

Freilich ist im Hinblick auf zivilrechtliche Ansprüche aus Kartellrechtsverstößen die Verjährung ein brisantes Thema, da der Berechtigte oft erst nach mehreren Jahren und nach (oft langwierigen) Verfahren der Wettbewerbsbehörden von seinem Anspruch eine gesicherte Kenntnis erlangt. Insofern spielt hier gerade das Äquivalenzprinzip eine große Rolle. Im Allgemeinen wird man jedenfalls eine Art 10 RL 2014/104/EU nachgebildete Regelung für unionsrechtskonform halten können.

Aber auch die einschlägige Regelung des österreichischen Zivilrechts, wonach das Recht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit nicht verjährt und der Anspruch auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung der 30-jährigen Verjährungsfrist gemäß § 1478 ABGB unterliegt,⁴⁷⁹ erscheint unproblematisch.

C. Passing-on defense

Die Frage, ob einem Kunden, der kartellbedingt überhöhte Preise bezahlen musste, im Schadenersatzprozess der Einwand der Weitergabe des Preisaufschlags entgegengesetzt werden kann, erfuhr mit der Erlassung der RL 2014/104/EU eine sekundärrechtliche Lösung. Demnach vermindert die Weitergabe des Preisaufschlags den Schadenersatzanspruch des Geschädigten, wobei die Höhe des weitergegebenen Anteils (ähnlich wie der Schadenersatzanspruch selbst) gerichtlich geschätzt werden kann. Allerdings kann das betroffene Mitglied der Vertriebskette den ihm infolge der weitergegebenen Preisüberhöhung entgangenen Gewinn gegen die Kartellanten schadenersatzrechtlich in Anschlag zu bringen.⁴⁸⁰ Dieser ergibt sich aus dem Umstand, dass infolge des erhöhten Kaufpreises typischerweise weniger Waren verkauft werden, was als sog Mengeneffekt bezeichnet wird.⁴⁸¹

Auf den nichtigkeitsbedingten Rückabwicklungsanspruch kann die zitierte Regelung ausweislich ihres eindeutig abgegrenzten Anwendungsbereichs nicht bezogen werden. Gegen eine analoge Anwendung spricht, dass die Vertragsnichtigkeit und die darauf gestützten

⁴⁷⁹ Graf in Kletečka/Schauer, § 879 Rz 239 mwN. Vgl ebendort zur Lehrmeinung, wonach auch die relative Nichtigkeit als solche binnen 30 Jahren gerichtlich geltend gemacht werden müsste. Auch diese Frist würde die Durchsetzung der Nichtigkeit nicht praktisch unmöglich machen und wäre daher unionsrechtlich zulässig.

⁴⁸⁰ Vgl Art 12 RL 2014/104/EU sowie § 37f KartG.

⁴⁸¹ Holzweber/Madari, RdW 2019, 666 (667).

bereicherungsrechtlichen Ansprüche einen vom Schadenersatz unterschiedlichen Zweck verfolgen. Daher muss berücksichtigt werden, dass die Überwälzung des Preisaufschlags zwar den Schaden des betreffenden Mitglieds der Vertriebskette vermindert, nicht unbedingt jedoch die (im Lichte der Teilnichtigkeit der Preisabsprache rechtsgrundlose) Bereicherung des Kartellanten.

Allerdings kann, wie oben gezeigt wurde, aus dem Urteil des EuGH in *GT-Link*⁴⁸² abgeleitet werden, dass die Zulassung der passing-on defense auch gegenüber Klagen, die sich auf Teilnichtigkeit einer ausbeuterischen Preisbestimmung stützen, als unionsrechtskonform erachtet wird.⁴⁸³ Freilich gibt es keinen Grund zur Annahme, dass die Mitgliedstaaten hiezu verpflichtet wären. Es besteht nämlich kein allgemeines unionsrechtliches Verbot der Überkompensation durch *private enforcement*.⁴⁸⁴

Aus dem Vorgesagten kann geschlossen werden, dass die Mitgliedstaaten bei geltender Rechtslage über die Zulassung der passing-on defense iZm dem Anspruch auf Rückabwicklung (teil)nichtiger Folgeverträge oder missbräuchlicher Verträge frei entscheiden können. In Österreich lässt sich weder einschlägige Judikatur noch eine herrschende Lehrmeinung ausmachen. Bisherige Stellungnahmen in der Lit fallen widersprüchlich aus: *Told* geht von einem „bereicherungsrechtlichen Bereicherungsverbot“ aus und lässt den Einwand der Schadensabwälzung zu.⁴⁸⁵ Dagegen sprechen sich *Eilmansberger* und *Graf* gegen die Zulässigkeit der passing-on defense aus, wobei *Graf* den beklagten Kartellanten immerhin durch Anwendung des § 890 Satz 2 ABGB vor doppelter Inanspruchnahme schützen will.⁴⁸⁶

⁴⁸² *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376.

⁴⁸³ Vgl oben II.F.4.

⁴⁸⁴ Vgl EuGH C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rn 92 f, der mangels einer einschlägigen unionsrechtlichen Regelung die Zuerkennung von Strafschadenersatz auf Grund mitgliedstaatlicher Regelungen für zulässig erklärte.

⁴⁸⁵ *Told*, JBl 2014, 14 (24 ff).

⁴⁸⁶ *Eilmansberger*, JBl 2009, 427 (432). *Graf*, ecolex 2010, 646 (648 f).

VII. Missbrauch der Vertretungsmacht und seine vertragsrechtlichen Rechtsfolgen

A. Problemschilderung

Der Missbrauch der Vertretungsmacht wird in der österreichischen Zivilrechtlehre seit Jahrzehnten thematisiert und erfreut sich auch in den letzten Jahren ungebrochener Aufmerksamkeit. Insgesamt wurde deutlich, dass die nunmehr hL bereits dann den Vollmachtsmissbrauch auf das Außenverhältnis durchschlagen lässt, wenn er dem Vertragspartner bekannt war oder sich als „evident“ aufdrängen musste. Für derartige Fälle wird von der hM eine schwebende Unwirksamkeit iSd § 1016 ABGB vertreten; eine schädigende Wirkung des Vertrags gegenüber dem Geschäftsherrn sei hierfür nicht zwingend erforderlich.⁴⁸⁷ Der OGH schloss sich in zwei rezenten Urteilen der hM an.⁴⁸⁸

Da als Ausfluss der sog *gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht* auch die Verletzung von allgemeinen Rechtsvorschriften durch einen Organwalter als Missbrauch der Vertretungsmacht gewertet wird,⁴⁸⁹ kommt dieser Rechtsfigur auch im Zusammenhang mit zivilrechtlichem Schicksal der hier interessierenden Verträge Bedeutung zu. Sie könnte namentlich in jenen Konstellationen zu einer Modifizierung der ermittelten Rechtsfolgen führen, die im Sinne der vorstehenden Schlussfolgerungen eine relative Nichtigkeit oder absolute Teilnichtigkeit des betreffenden Vertrags nach sich ziehen.⁴⁹⁰ Es stellt sich nämlich die Frage, ob es dem Marktbeherrscher bzw dem Kartellanten möglich sein soll, unter Berufung auf Missbrauch der Vertretungsmacht die Gesamtnichtigkeit des Vertrages durchzusetzen, auf dessen Teilnichtigkeit sich sein Vertragspartner beruft, oder allenfalls die Unwirksamkeit eines Vertrags geltend zu

⁴⁸⁷ Apathy in Schwimann/Kodek⁵ § 1017 ABGB Rz 13; Auer, GesRZ 2000, 138; Baumgartner, JBl 2018, 681; Frotz, Verkehrsschutz 621 ff; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1017 ABGB Rz 31 ff; Kalss, GesRZ 2020, 158; Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter⁴ § 126 UGB Rz 9 ff; Koppensteiner/Rüffler³ § 20 GmbHG Rz 26; Perner in Kletečka/Schauer § 1007 ABGB Rz 4; Thöni in Zib/Dellinger § 126 UGB Rz 94 ff; Zehentmayer, Missbrauch 84 ff. Nicht einhellig beantwortet wird von zitierten Autoren jedoch die Frage, was igZ unter „Evidenz“ zu verstehen ist, insbesondere, ob dem Vertragspartner des Geschäftsherrn (grobe) Fahrlässigkeit schaden kann. Dazu vgl weiter unten VII.C.

⁴⁸⁸ OGH 25. 4. 2019, 6 Ob 35/19v; OGH 24. 2. 2021, 9 Ob A32/20a.

⁴⁸⁹ Zur Legalitätspflicht im Gesellschaftsrecht vgl Kalss, GesRZ 2020, 158 (162); Felt/Told in Gruber/Harrer² § 25 GmbHG Rz 38 ff; Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 253; Rüffler, GES 2012, 375 (376 f); Zehentmayer, Missbrauch 152.

⁴⁹⁰ Vgl oben IV.D.4, IV.E.6, IV.F.8 sowie

machen, der auf Grund wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen einer relativen (vom Vertragspartner des Rechtsbrechers geltend zu machenden) Nichtigkeit unterliegt.

Um der aufgeworfenen Frage nachzugehen, sollen zunächst die Rechtsfolgen des Fehlgebrauchs der Vollmacht näher erörtert werden. Daraufhin soll geprüft werden, ob die Rechtsfolgen, die sich aus der österreichischen Rechtsordnung ergeben, mit dem Unionsrecht im Einklang stehen oder in eine Richtung modifiziert werden müssen. Schließlich wird zu erläutern sein, ob (und gegebenenfalls wie) sich die erarbeiteten Rechtsfolgen des Vollmachtsmissbrauchs auf das zivilrechtliche Schicksal von Folgeverträgen und missbräuchlichen Verträgen auswirken.

B. Judikatur zum Fehlgebrauch der Vertretungsmacht

Die höchstgerichtliche Rsp erfuhr im Laufe der Jahrzehnte eine durchaus bedeutende Entwicklung, die sowohl die Bedeutung des Begriffs des *Missbrauchs der Vertretungsmacht* als auch die Folgen des pflichtwidrigen Vertreterhandelns betraf. In den älteren Entscheidungen wurde der *Missbrauch der Vertretungsmacht* eng verstanden; er bezeichnete eine bewusste Schädigung des Geschäftsherrn. Judiziert wurde, dass ein derartiges Handeln des Vertreters die (schwebende) Unwirksamkeit des Vertrages nach sich zieht, wenn der Dritte mit dem treuwidrigen Vertreter bewusste zusammenarbeitete oder die Schädigungsabsicht des Vertreters dem Dritten bekannt oder objektiv evident war.⁴⁹¹

Bei naheliegender Verdacht so verstandenen Vollmachtsmissbrauch sollte den Dritten sogar eine Prüfungspflicht treffen, die jedoch nicht überspannt werden dürfte; im Ergebnis könnte dem Dritten jedoch auch grobe Fahrlässigkeit schaden.⁴⁹²

Trotz mehrerer Unschärfen⁴⁹³ wurde die oben wiedergegebene Jud über mehrere Jahrzehnte sowohl im Bereich der zivilrechtlichen Vollmacht als auch für unternehmens- und gesellschaftsrechtliche Formalvollmachten im Wesentlichen beibehalten. In dieser Zeit wurde

⁴⁹¹ OGH 10. 7. 1985, 1 Ob 576/85; OGH 2. 4. 1997, 7 Ob 2343/96a; OGH 16.05.2000, 5 Ob 164/99z; OGH 23.10.2000 8 Ob 6/00s; OGH 28.05.2003 3 Ob 117/03g; OGH 10.07.2008 8 Ob 84/08y.

⁴⁹² OGH 8. 2. 1996, 6 Ob 1731/95; OGH 10.07.2008, 8 Ob 84/08y; OGH 05.08.2009, 9 Ob 25/08d; OGH 31.01.2017, 1 Ob 6/17i.

⁴⁹³ Dazu vgl P. Bydlinski in FS F. Bydlinski 19 (25 ff).

eine pflichtwidrige Vertretungshandlung ohne beabsichtigte materielle Schädigung des Geschäftsherrn nicht als ausreichender Grund für die Unwirksamkeit eines Vertragsabschlusses angesehen; in zumindest einem älteren Judikat wurde sogar ausdrücklich ausgesprochen, dass dem Dritten nicht einmal diesbezügliches Wissen schade.⁴⁹⁴

Im Laufe der Jahre begann der OGH jedoch vorsichtig den Willen des Vertretenen als ein relevantes Kriterium zur Geltung zu bringen. So betonte er bereits in 4 Ob 544/90⁴⁹⁵, dass ein – wenngleich objektiv für den Geschäftsherrn nachteiliges – Handeln des Vertreters dann nicht als Vollmachtsmissbrauch eingestuft werden kann, wenn es dem Willen des Vertretenen entspricht. Weiters wurde in zwei Entscheidungen⁴⁹⁶ anerkannt, dass auch die Schädigung einer vertragsfremden Person durch das Vertreterhandeln zur Unwirksamkeit des Vertrages führt, wenn der Geschäftsherr offensichtlich auf Interessen des Vertragsfremden Bedacht nehmen wollte.⁴⁹⁷

Eine wirkliche Wende vollzog der OGH aber erst in 6 Ob 35/19v.⁴⁹⁸ Dort erkannte das Höchstgericht unter dem Einfluss der bereits hL⁴⁹⁹ an, dass die Kenntnis des Dritten von der Pflichtwidrigkeit des Vertreterhandelns oder die objektive Evidenz derselben ohne Rücksicht auf etwaige Schädigungsabsicht die schwebende Unwirksamkeit des Vertragsabschlusses iSd § 1016 ABGB zur Folge haben. Terminologisch wurde eine schädigende Handlung des Vertreters nunmehr als *Vollmachtsmissbrauch im engeren Sinn* eingestuft,⁵⁰⁰ sodass sonstiges pflichtwidriges Handeln des Vertreters im Umkehrschluss wohl als *Vollmachtsmissbrauch im weiteren Sinn* verstanden wurde. Die Entscheidung bezog sich unmittelbar auf die Vertretung einer Privatstiftung; aus ihrer Begründung⁵⁰¹ kann jedoch gefolgert werden, dass ein pflichtwidriges Vertreterhandeln im sonstigen unternehmensrechtlichen und zivilrechtlichen Bereich nach der Ansicht des erkennenden Senats die gleiche Rechtsfolge herbeiführt.⁵⁰² In weiterer Folge wurde die neue Judikaturlinie in 9 ObA 32/20a⁵⁰³ in einem GmbH-Fall

⁴⁹⁴ OGH 19. 4. 1978, 8 Ob 505/78.

⁴⁹⁵ OGH 25. 9. 1990, 4 Ob 544/90.

⁴⁹⁶ OGH 13. 1. 1988, 3 Ob 565/87; OGH 21. 5. 1997, 7 Ob 2350/96f.

⁴⁹⁷ Zur Bedeutung der drei zitierten Entscheidungen vgl. *Zehentmayer*, Missbrauch 76 f.

⁴⁹⁸ OGH 25. 4. 2019, 6 Ob 35/19v.

⁴⁹⁹ Für Verweise auf diese vgl. OGH 25. 4. 2019, 6 Ob 35/19v, Rn [3.2.1] ff, [3.4.1] ff.

⁵⁰⁰ OGH 25. 4. 2019, 6 Ob 35/19v, Rn [4.2].

⁵⁰¹ OGH 25. 4. 2019, 6 Ob 35/19v, Rn [4.1] ff.

⁵⁰² Für den Bereich der Kapitalgesellschaften ausdrücklich in diesem Sinne *Kalss*, GesRZ 2020, 158 (161).

⁵⁰³ OGH 24. 2. 2021, 9 ObA 32/20a.

vollinhaltlich bestätigt. Allerdings ergingen nur wenig später zwei höchstgerichtliche Entscheidungen, die zumindest prima facie wieder der älteren Jud beipflichteten.

In erster der beiden betonte der OGH im Hinblick auf pflichtwidrigen Missbrauch einer Handlungsvollmacht, dass der Dritte dann nicht (in seinem Vertrauen auf die Wirksamkeit des Geschäftsabschlusses) schutzwürdig sei, *„wenn der Vertreter und der Dritte kollusiv, also absichtlich zusammengewirkt haben, um den Vertretenen zu schädigen“*. Dem sei gleichzuhalten, *„dass der Vertreter mit Wissen des Dritten bewusst zum Nachteil des Vertretenen handelte oder sich der Missbrauch dem Dritten geradezu aufdrängen musste“*, wobei nur *„bei besonderen Umständen, die den Verdacht eines Missbrauchs der Vertretungsmacht nahelegen, ... eine Erkundungspflicht des Dritten“* bestehe. Im Ergebnis genüge daher für die Unwirksamkeit des Geschäfts mit dem Dritten dessen grob fahrlässige Unkenntnis des Vollmachtsmissbrauchs.⁵⁰⁴

Bemerkenswert ist, dass der OGH in der zitierten Entscheidung die Unternehmereigenschaft des Vertretenen nur im Hinblick auf den Ausschluss der Anwendung von laesio enormis, nicht jedoch im Hinblick auf die Rechtsfolgen des pflichtwidrigen Vertreterhandelns als ausschlaggebend erachtete.⁵⁰⁵ Dies deutet darauf hin, dass er auch beim Fehlegbrauch einer rein zivilrechtlichen Vollmacht die gleiche Rechtsfolge gezogen hätte.

Eine fast wortgleiche Bezugnahme auf den Vertretungsmachtmissbrauch äußerte der OGH in der zweiten Entscheidung⁵⁰⁶, die den Dienstvertrag eines GmbH-Geschäftsführers zum Gegenstand hatte. Auch hier wurde nur das Vertreterhandeln in Schädigungsabsicht als vertragsrechtlich relevanter Missbrauch der Vertretungsmacht benannt.

Fraglich ist, ob die beiden zuletzt referierten Judikate als ein Abgehen von der Judikaturlinie der zwei vorgehenden Entscheidungen zu werten sind. Dagegen spricht, dass jene sich gerade nicht mit den vertragsrechtlichen Folgen des pflichtwidrigen Vertreterhandelns ohne Schädigungsabsicht auseinandersetzten. In beiden Fällen wurde ein Verstoß gegen eine interne Anweisung oder gegen ein internes Zustimmungserfordernis weder behauptet noch festgestellt,

⁵⁰⁴ OGH 28. 4. 2022, 7 Ob 19/22b Rz [7].

⁵⁰⁵ OGH 28. 4. 2022, 7 Ob 19/22b Rz [7] bzw Rz [13 ff].

⁵⁰⁶ OHG 21. 11. 2022, 8 ObA 70/22k Rz [1].

auch wurden derartige Konstellationen in der jeweiligen Entscheidungsbegründung nicht angesprochen. Behauptet wurde jeweils, dass ein Stellvertreter das ihm an sich zweifellos zustehende Ermessen zur materiellen Schädigung des Vertretenen missbraucht habe. Aus diesem Grund erscheint es als überzeugend, die Aussagekraft der Urteile auf die Schädigungsfälle einzuschränken. Zwecks Rechtssicherheit wäre es mE begrüßenswert, die Frage nach den Rechtsfolgen des pflichtwidrigen Vertreterhandelns ohne Schädigungsabsicht künftig von einem verstärkten Senat entscheiden zu lassen. Vorläufig sprechen jedoch gute Gründe dafür, die neuere - geschäftsherrnfreundlichere - Judikaturlinie als nach wie vor ausschlaggebend zu betrachten. Hierfür spricht auch, dass sie (jedenfalls im Hinblick auf unternehmens- und gesellschaftsrechtliche Sachverhalte) inzwischen auch in einer neueren höchstgerichtlichen Entscheidung bestätigt wurde.⁵⁰⁷

Nicht zu übersehen ist jedoch, dass der OGH in 7 Ob 19/22b explizit eine seit Jahrzehnten entwickelte Rsp⁵⁰⁸ bestätigte, wonach bei Verdacht auf Schädigungsabsicht des Vertreters den Dritten ausnahmsweise eine Nachforschungsobliegenheit treffen und ihm im Ergebnis auch grobe Fahrlässigkeit schaden kann.⁵⁰⁹ Dies stellt nunmehr insofern eine Sonderregel dar, als nach 6 Ob 35/19v den Dritten beim Verdacht auf (bloß) pflichtwidriges Handeln des Vertreters generell keine Nachforschungspflicht trifft.⁵¹⁰

Zusammengefasst ergibt die aktuelle höchstgerichtliche Judikatur somit folgendes (wenngleich noch nicht gänzlich gefestigtes) Bild:

1. Das pflichtwidrige Handeln des Stellvertreters verhindert einen wirksamen Vertragsabschluss, falls die Pflichtwidrigkeit dem Geschäftspartner bekannt oder objektiv evident war. Auf ein subjektives Verschuldenselement des Vertreters kommt es grundsätzlich nicht an. Den Dritten trifft grundsätzlich keine Nachforschungsobliegenheit.

2. Besonderes gilt, falls der Vertreter in Schädigungsabsicht gegenüber dem Geschäftsherrn handelt: Hier trifft den Geschäftspartner bei entsprechenden Verdachtsmomenten eine

⁵⁰⁷ OGH 24. 3. 2023, 6 Ob 233/22s Rz [30].

⁵⁰⁸ OGH 8. 2. 1996, 6 Ob 1731/95; OGH 10.07.2008, 8 Ob 84/08y; OGH 05.08.2009, 9 Ob 25/08d; OGH 31.01.2017, 1 Ob 6/17i.

⁵⁰⁹ OGH 28. 4. 2022, 7 Ob 19/22b Rz [7].

⁵¹⁰ OGH 25. 4. 2019, 6 Ob 35/19v Rz [4.3] f.

Nachforschungsobliegenheit. Verkennt der Geschäftspartner die Schädigungsabsicht infolge grober Fahrlässigkeit, kommt es zu keinem wirksamen Vertragsabschluss.

3. Die oben beschriebenen Grundsätze gelten sowohl für die zivilrechtliche Vollmacht als auch für unternehmens- und gesellschaftsrechtliche Vollmachten. In jeder Konstellation kann der Geschäftsherr den Vertrag durch eine nachträgliche Genehmigung gem § 1016 ABGB sanieren.

C. Lehrmeinungen und Stellungnahme

1. Gesetzeswortlaut und historische Interpretation

a) Zivilrechtliche Vollmacht gem §§ 1002 ff ABGB

Für die Diskussion der Rechtsfolgen des Fehlgebrauchs der Vertretungsmacht im Bereich des allgemeinen Zivilrechts ist das im ABGB verankerte Verhältnis zwischen Auftrag und Vollmacht von einschneidender Bedeutung. In §§ 1002 ff ABGB werden Vollmacht und Auftrag gemeinsam behandelt. Nach der ganz überwiegenden Meinung ist trotzdem zwischen beiden zu unterscheiden, sodass nicht nur das Innenverhältnis abweichend vom Außenverhältnis ausgestaltet werden kann, sondern Vollmacht und Auftrag auch unabhängig voneinander entstehen können.⁵¹¹ Diese „Unabhängigkeit“ der Vollmacht vom Auftrag wird auch als *Abstraktheit der Vollmacht* bezeichnet.⁵¹² Es wäre jedoch überschießend, die Regelung des ABGB als gleichsam durch die Lehre überholt darzustellen, was unnötigerweise den Eindruck einer Rechtsfindung contra legem insinuieren würde. Dem Gesetzestext (§ 1027 ABGB) kann nämlich entnommen werden, dass im Innenverhältnis statt eines Auftrags auch eine andere vertragliche Beziehung bestehen kann.⁵¹³ Der gesetzlich vorausgesetzte Zusammenlauf von Auftrag und Vollmacht im Bevollmächtigungsvertrag ist daher als „Prototyp“⁵¹⁴ und nicht als zwingende Verbindung zu verstehen. In der Folge erscheint auch die von der hL vertretene Auffassung über die Abstraktheit der Vollmacht als wortlautkonform.

⁵¹¹ Vgl nur Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas⁴ § 1002 ABGB Rz 5 mwN; P. Bydlinski in KBB⁷ § 1002 ABGB Rz 3; Welser/Kletečka¹⁵ Rz 642. AA Lukas in FS H. Torggler 815 (824 ff); Wilhelm JBl 1985, 449 (455, 457 f).

⁵¹² Vgl etwa Baumgartner, JBl 2018, 681 (682).

⁵¹³ So auch Lukas in FS H. Torggler 815 (818).

⁵¹⁴ Vgl Lukas in FS H. Torggler 815 (818).

Zusätzlich kann die Trennbarkeit von Auftrag und Vollmacht auf § 1017 ABGB gestützt werden, der zwischen einer „offenen“ und einer „geheimen“ Vollmacht unterscheidet, wobei nur erstere zur Entstehung eines Schuldverhältnisses zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten führen kann, während letztere „auf die Rechte des Dritten keinen Einfluss“ hat. Die „geheime Vollmacht“ iSd zitierten Vorschrift wird von der (noch) hL primär als Auftrag zur indirekten Stellvertretung verstanden.⁵¹⁵ Demgegenüber konnte *Baumgartner* durch eine gründliche Analyse der Entstehungsgeschichte des § 1017 ABGB nachweisen, dass hier (jedenfalls primär) eine interne Ausgestaltung der Ermächtigung gemeint ist.⁵¹⁶ *Baumgartners* Deutung erscheint umso überzeugender, als sie auch in der zeitgenössischen Lehre überwiegend vertreten wurde.⁵¹⁷ So führte *Zeiller* in seinem Kommentar aus, dass die „geheime Vollmacht ... Instruktionen, z. B. auf welche Bedingungen der Machthaber im äußersten Falle einen Vertrag (z. B. um welchen hohen Preis er einen Kauf) abschließen dürfe“.⁵¹⁸

Freilich wurde gegen das Verständnis der „geheimen Vollmacht“ als interne *Beschränkung der Befugnisse* des Gewalthabers eingewendet, dass es dem Wortsinn des ausgelegten Begriffs nicht gerecht werde.⁵¹⁹ Dieser Einwand kann mE nicht überzeugen. Denn selbst wenn man vom entsprechenden Gebrauch des in Frage stehenden Begriffs in zeitgenössischer Literatur einschließlich der Vorentwürfe zum ABGB⁵²⁰ absehen möchte, erweist sich *Baumgartners* Vorschlag als plausibel und überzeugt auch auf der Ebene der reinen Verbalinterpretation mehr als die Gegenmeinung. So muss sich letztere entgegenhalten lassen, dass die Heimlichkeit gerade nicht zum Wesen der indirekten Stellvertretung gehört. Kommen zwei Personen überein, jeweils im eigenen Namen zu kontrahieren, so werden sie selbst dann Vertragsparteien, wenn bekannt ist, dass eine von ihnen im Auftrag und auf Rechnung eines Dritten handelt.⁵²¹

⁵¹⁵ *Hartlieb/Zollner* in *Rummel/Lukas*⁴ § 1017 ABGB Rz 1; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer* § 873 ABGB Rz 3; für weitere Nw vgl *Baumgartner*, JBl 2018, 681 (685 FN 47).

⁵¹⁶ *Baumgartner*, JBl 2018, 681 (685 ff); offenlassend nunmehr *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*⁵ § 1017 ABGB Rz 10 (eindeutig iSd alten hL noch *Apathy* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1017 ABGB Rz 10).

⁵¹⁷ Für Nw vgl *Baumgartner*, JBl 2018, 681 (685).

⁵¹⁸ *Zeiller*, Kommentar III/I, 294.

⁵¹⁹ *P. Bydlinski* in *KBB*⁷ § 1017 Rz 9.

⁵²⁰ Hierzu vgl *Baumgartner*, JBl 2018, 681 (686).

⁵²¹ Freilich könnte die „geheime Vollmacht“ in einer Innenvollmacht bestehen, die mit einem Auftrag verbunden wäre, wobei sich der Beauftragte für eine direkte oder indirekte Stellvertretung entscheiden könnte. Dies dürfte einen zusätzlichen (wenngleich in heutiger Praxis weniger relevanten) Anwendungsfall der „geheimen Vollmacht“ iSd § 1017 S 3 ABGB darstellen, vgl *Zeiller*, Kommentar III/I, 296.

Überdies ist die Begriffsbestimmung des § 1005 S 2 ABGB zu beachten, worin die Vollmacht als „die von dem Gewaltgeber dem Gewalthaber hierüber [dh über den Bevollmächtigungsvertrag] ausgestellte Urkunde“ beschrieben wird. Insofern kann der Gesetzesbegriff der „geheimen Vollmacht“ zwanglos als eine geheime (interne) Urkunde mit Anweisungen für den Stellvertreter über die Durchführung des Bevollmächtigungsvertrages (dh über den Vertragsabschluss mit Dritten) gedeutet werden. Durch Analogieschluss aus § 1005 S 1 sowie § 883 ABGB kann weiters gefolgert werden, dass mündlich gegebenen internen Anweisungen an den Stellvertreter die gleiche Wirkung wie der hierüber ausgestellten „geheimen“ Urkunde zukommt.

Aus der so gewonnenen Deutung des § 1017 S 3 ABGB ergeben sich wichtige Folgen für den Fall einer pflichtwidrigen Handlung des Stellvertreters. Liegt die Bedingung der mangelnden Auswirkung von internen Anweisungen auf das Außenverhältnis gerade in deren Heimlichkeit, so führt im Umkehrschluss die Kenntnis des Dritten von den internen Anweisungen zu ihrer Beachtlichkeit im Außenverhältnis.⁵²² Insofern kann festgehalten werden, dass die wörtliche und historische Interpretation des ABGB klar für die Durchbrechung der Abstraktheit der Vollmacht bei Kenntnis des Geschäftspartners von internen Beschränkungen streiten. Auf Grund des beträchtlichen Alters der einschlägigen Rechtsnorm wird dieses Ergebnis jedoch einer Überprüfung im Wege der teleologischen Auslegung unterzogen werden müssen.⁵²³

b) Unternehmens- und gesellschaftsrechtliche Vollmachten

Im Hinblick auf die Vollmachten außerhalb des ABGB ist zwischen der Handlungsvollmacht (§§ 54 f UGB) einerseits und den Formalvollmachten andererseits zu unterscheiden. Zu letzteren gehören neben der Prokura (§§ 48 ff UGB) auch die gesellschaftsrechtlichen Organvollmachten, insb jene nach § 125 UGB, § 18 GmbHG und § 71 AktG.

Der spezialgesetzliche Normgehalt der UGB-Vorschriften über die Handlungsvollmacht erschöpft sich in der Festlegung des gesetzlich vermuteten Umfangs der Vertretungsmacht und der Möglichkeit seiner Einschränkung im Außenverhältnis. Ob und wann bloß intern

⁵²² So auch *Baumgartner*, JBl 2018, 681 (687).

⁵²³ Dazu vgl unten VII.C.2.

ausgesprochene Beschränkungen ausnahmsweise auf das Außenverhältnis durchschlagen, wird nicht geregelt. Folgerichtig erscheint es sachgerecht, diese Frage nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zu lösen.

Besonderes gilt hingegen hinsichtlich der Formalvollmachten. In einschlägigen Rechtsnormen wird nicht nur der Umfang der Vertretungsbefugnis verbindlich vorgegeben, sondern auch explizit angeordnet, dass etwaige Beschränkungen Dritten gegenüber unwirksam sind (§ 50 Abs 1 UGB; § 126 Abs 2 UGB; § 20 Abs 2 GmbHG; § 74 Abs 2 AktG). Hievon ist im Normtext keine Ausnahme vorgesehen.

Der Wille des historischen Gesetzgebers im Hinblick auf mögliche Durchbrechung des genannten Prinzips wird in der Lit unterschiedlich gedeutet. Aus den verfügbaren Materialien und Protokollen wird die Zulassung einer Ausnahme für listiges Verhalten des Dritten abgeleitet, worunter ein Teil der Lit auch Vertragsabschluss entgegen dem bekannten Willen des Geschäftsherrn subsumiert.⁵²⁴ Demgegenüber geht ein anderer Teil der Lehre davon aus, dass der historische Gesetzgeber nur für den Fall einer Kollusion eine Ausnahme erlauben wollte.⁵²⁵ Dies wird auch von zumindest einer Literaturstimme vertreten, die letztlich (auf Grund teleologischer Erwägungen) für jedwede Kenntnis vom pflichtwidrigen Handeln des Vertreters Vertragsunwirksamkeit annimmt.⁵²⁶

Unbestritten ist, dass §§ 48 ff UGB an Bestimmungen des vormals geltenden ADHGB anknüpfen⁵²⁷. Mangels eines mit Erläuterungen versehenen Antrags basiert die historische Interpretation des ADHGB insb auf Protokollen und Denkschriften der zuständigen Beratungskommission.⁵²⁸ Aus den Materialien wird unwidersprochen geschlossen, dass Prokura und gesellschaftsrechtliche Organvollmachten einer einheitlichen Regelung hinsichtlich des Vollmachtsmissbrauchs zugeführt werden sollten und dass jedenfalls bei Kollusion kein wirksamer Vertragsabschluss erfolgt.⁵²⁹

⁵²⁴ Zehentmayer, Missbrauch 66 f mit mehreren Nw entsprechender Lehrmeinungen in der zeitgenössischen Lehre. Nach Auer, GesRZ 2000, 138 (144) lässt sich der Umfang der vom historischen Gesetzgeber beabsichtigten *exceptio doli* hingegen nicht klären.

⁵²⁵ Hofmann, Missbrauch 35 f mwN.

⁵²⁶ P. Bydlinski in FS F. Bydlinski 19 (32 f).

⁵²⁷ Auer, GesRZ 2000, 138 (141); P. Bydlinski in FS F. Bydlinski 19 (31 f); Zehentmayer, Missbrauch 69.

⁵²⁸ Auer, GesRZ 2000, 138 (141); Näheres dazu sowie zur Genese des ADHGB vgl bei Zehentmayer, Missbrauch 46 ff.

⁵²⁹ Auer, GesRZ 2000, 138 (143 f).

Dass darüber hinaus ein klarer Wille des historischen Gesetzgebers erweisbar wäre, ist mE zu verneinen. Zwar wurden bei den Beratungen über den Umfang der Prokura im Rahmen der dritten Lesung Änderungsvorschläge ausgeschieden, die auf eine Durchbrechung der abstrakten Vertretungsmacht für Fälle der Kenntnis des Geschäftspartners vom pflichtwidrigen Handeln des Prokuristen abzielten.⁵³⁰ Auch wurde im Rahmen der Abgrenzung der Vollmacht von vertretungsbefugten OHG-Gesellschaftern bewusst vom preußischen Entwurf Abstand genommen, wonach die Gesellschaft nicht an den Vertragsabschluss gebunden sein sollte, falls dem Dritten bekannt war, dass der ihm gegenüber agierende Gesellschafter durch den Geschäftsabschluss einem berechtigten Widerspruch eines anderen Gesellschafters oder einem Gesellschafterbeschluss zuwiderhandelte.⁵³¹ Allerdings lässt sich aus den protokollierten Beiträgen von Mitgliedern der Beratungskommission⁵³² kein eindeutiges Bild zu Gunsten der Begrenzung der Beachtlichkeit des Vollmachtsmissbrauchs auf Kollusionsfälle gewinnen. Vielmehr lassen die relevanten Wortmeldungen in ihrer Gesamtheit offen, wie weit die als zulässig erachtete *exceptio doli* reichen sollte.

Mangels einer ergiebigen historischen Auslegung der einschlägigen Rechtsvorschriften muss das Problem des pflichtwidrigen Gebrauchs von Formalvollmachten durch teleologische Interpretation gelöst werden.

2. Teleologische Interpretation

In Bezug auf die allgemeine zivilrechtliche Vollmacht ist festzuhalten, dass teleologische Erwägungen der oben ermittelten historischen Interpretation, wonach beim Wissen des Geschäftspartners von internen Beschränkungen diese ausnahmsweise auf das Außenverhältnis durchschlagen,⁵³³ durchaus beipflichten. Denn die Abstraktheit der Vollmacht macht es einerseits dem Geschäftsherrn möglich, das Ermessen des Stellvertreters durch Anweisungen einzuschränken; sie schützt aber zugleich das Vertrauen des Dritten auf den bekanntgegebenen Vollmachtsumfang. Bei Kenntnis der internen Einschränkung (dh des ablehnenden Willens des

⁵³⁰ Nw vgl bei Zehentmayer, Missbrauch 55 f.

⁵³¹ Vgl Auer, GesRZ 2000, 138 (143).

⁵³² Für Nw vgl Auer, GesRZ 2000, 138 (143); Zehentmayer, Missbrauch 64 ff.

⁵³³ Vgl oben VII.B.1.a.

Geschäftsherrn gegenüber dem konkreten Geschäftsabschluss) entfällt das Bedürfnis nach dem Vertrauensschutz.⁵³⁴

Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob das gleiche Argument auch für Formalvollmachten zur Geltung gebracht werden kann. Der professionelle unternehmerische Geschäftsverkehr erfordert nämlich einen umfassenderen Verkehrsschutz, dem gerade das Rechtsinstitut der Formalvollmacht dienen soll.⁵³⁵ Anders als bei der zivilrechtlichen Vollmacht ist der Dritte gerade nicht angehalten, sich über den Umfang der Vertretungsmacht zu erkundigen; er soll von den gesetzlich festgelegten Befugnissen ausgehen können.

Entscheidend ist somit die Frage, unter welchen Umständen die Schutzwürdigkeit des Dritten ausnahmsweise entfällt, sodass eine Durchbrechung der Unbeschränkbarkeit der Formalvollmacht gerechtfertigt ist. Die früher hL bejahte dies nur, wenn das Geschäft mit einem Vermögensnachteil für den Geschäftsherrn verbunden war und der Geschäftspartner dies wusste oder seine diesbezügliche Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhte.⁵³⁶ Diese Auffassung wird von den nunmehr hL zurecht abgelehnt.⁵³⁷

Denn ein redliches Verhalten erfordert nicht nur die Rücksichtnahme auf Vermögensinteressen des Geschäftspartners, sondern auch auf seinen vertragsbezogenen Willen. Die Rechtfertigung für die Rechtsverbindlichkeit von Verträgen liegt nämlich gerade in der übereinstimmenden Willensbildung und Selbstbindung der Vertragspartner.⁵³⁸ Lehnt ein Verkehrsteilnehmer den Vertragsabschluss etwa aus ethischen Überzeugungen oder sonstigen persönlichen Gründen ab, oder bedingt er seine Zustimmung durch eine zusätzliche Überprüfung, so ist sein Wille ebenso zu respektieren, wie wenn das Geschäft seinen kommerziellen Interessen zuwiderläuft. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich beim Geschäftsherrn um eine natürliche Person oder um eine rechtsfähige Gesellschaft handelt.

⁵³⁴ Vgl. *Baumgartner*, JbI 2018, 681 (693 f). AA noch *Strasser* in *Rummel*³ § 1017 ABGB Rz 23.

⁵³⁵ *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 19 (34, 37); *Kalss*, GesRZ 2020, 158 (160); *Zehentmayer*, Missbrauch 83.

⁵³⁶ *Harrer*, Personengesellschaft 251 ff; *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 288 f; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/242 ff; *Strasser* in *Rummel*³ § 1017 ABGB Rz 23.

⁵³⁷ *Auer*, GesRZ 2000, 138; *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 19 (44); *Kalss*, GesRZ 2020, 158; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*⁴ § 126 UGB Rz 9 ff; *Koppensteiner/Rüffler*³ § 20 GmbHG Rz 26; *Schinko* in *Straube/Ratka/Rauter*⁴ § 50 UGB Rz 9; *Thöni* in *Zib/Dellinger* § 126 UGB Rz 94 ff; *Zehentmayer*, Missbrauch 84 ff.

⁵³⁸ Zur Bedeutung der Prinzipien der Privatautonomie igZ vgl. auch *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 19 (37).

Zwar genießt das Vermögen in zivilrechtlichen Beziehungen insofern einen besonderen Schutz, als grundsätzlich nur ein materieller Schaden, ein ideeller Schaden hingegen nur ausnahmsweise, einen Schadenersatzanspruch begründet und kann sich dieser Unterschied auch auf das vorvertragliche Schuldverhältnis, welches hier im Spiel ist, auswirken. Dennoch wäre es verfehlt, iGZ daraus auf Unbeachtlichkeit des „immateriell bedingt“ fehlenden Kontrahierungswillens eines Beteiligten zu schließen. Immerhin ist die Privatautonomie nicht nur als ein Grundpfeiler der österreichischen Privatrechtsordnung anerkannt, sondern auch als ein bedeutender Bestandteil der liberalen Verfassungsordnung, der nach Art 5 StGG und Art 1 1. ZP EMRK geschützt wird.⁵³⁹ Dies ist deswegen relevant, weil Grundrechte, obgleich ihnen keine unmittelbare Wirkung in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten zukommt, im Rahmen der sog mittelbaren Drittwirkung auch für die Auslegung von zivilrechtlichen Rechtsvorschriften heranzuziehen sind.⁵⁴⁰

Gegen diese Auffassung kann auch nicht eingewendet werden, dass der Vertreter annehmen könnte, der Geschäftsherr würde bei Nachfrage von seinen Anweisungen Abstand nehmen und sich mit dem konkreten Geschäft einverstanden erklären. Vielmehr muss eine bekannte Willensäußerung des Geschäftsherrn ernst genommen werden. Will sich der Dritte trotz einer solchen um Vertragsabschluss bemühen, so muss er eine abweichende Willenskundgebung des Geschäftsherrn abwarten. Er kann etwa mit dem Gewalthaber den Vertragsabschluss vereinbaren und dem Geschäftsherrn in analoger Anwendung des § 865 Abs 5 ABGB eine Frist für die Erteilung der nachträglichen Genehmigung gem § 1016 ABGB setzen.⁵⁴¹ Nur bei Gefahr in Verzug wird legitim angenommen werden können, dass die Abweichung des Gewalthabers von den Anweisungen gerechtfertigt ist, sodass in diesem Fall der Vertrag ohne Konsultation des Geschäftsherrn wirksam abgeschlossen werden kann.⁵⁴²

Den Anweisungen des Geschäftsherrn sind bei juristischen Personen die Beschlüsse der jeweils weisungsbefugten Organe gleichzuhalten. Hat der Vertreter nach einer gesetzlichen oder satzungsmäßigen Anordnung vor Geschäftsabschluss intern die Zustimmung eines anderen

⁵³⁹ VfGH 30. 11. 1989, G 139/88 ua; VfGH 13. 6. 1996, G 1395/95 ua; VfGH 9.10. 2018, G 9/2018; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ Rz 868.

⁵⁴⁰ Dies entspricht der st Rsp und der allgemeinen Ansicht in der Lehre. Vgl nur OGH 11.08.1993, 9 ObA 133/93; OGH 19.12.2005, 8 Ob 108/05y; OGH 20.12.2006, 9 ObA 109/06d; OGH 16.02.2023 9 ObA 74/22f; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ Rz 743; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 121 f mwN.

⁵⁴¹ *Apathy/Burtscher* in *Schwimann/Kodek*⁵ § 1016 ABGB Rz 2; *Kalss*, GesRZ 2020, 158 (167); *Zehentmayer*, Missbrauch 108 f.

⁵⁴² *P. Bydlinski* in FS F. Bydlinski 19 (35); großzügiger *Baumgartner*, JBl 2018, 681 (694).

Organs (etwa des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung) einzuholen,⁵⁴³ so ist der Geschäftsabschluss bei fehlender Zustimmung ebenfalls als pflichtwidrige Handlung des Vertreters zu werten⁵⁴⁴.

IdZ wurde gegen die Durchbrechung der Abstraktheit der Vollmacht eingewendet, der Aufsichtsrat einer AG könnte die gesetzliche Bestimmung über die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis durch die Bekanntgabe seiner Weisungen nach außen aushöhlen.⁵⁴⁵ Dieser Einwand wäre jedoch nur dann berechtigt, wenn die Unbeschränktheit der Vertretungsmacht ihrem Normzweck nach auf den Schutz der Befugnisse der Vorstandsmitglieder im Innenverhältnis ausgerichtet wäre, was klarerweise nicht der Fall ist. In Anbetracht des oben erörterten Normzwecks der Formalvollmacht wäre auch eine Mitteilung der Beschlüsse des Aufsichtsrats an die Geschäftspartner und die damit verbundene „effektive Reduktion“ der Vertretungsmacht des Vorstandes nicht als Gesetzesumgehung zu werten.⁵⁴⁶ Auch würde eine derartige Vorgehensweise die Formalvollmacht keineswegs überflüssig machen. Letztere ist nämlich gerade deswegen von Bedeutung, weil es einer Gesellschaft iaR nicht gelingen wird, gesichert alle (potentiellen) Geschäftspartner von bestehenden internen Vorgaben in Kenntnis zu setzen.

Angesichts der uneinheitlichen Deutung der Absicht des historischen Gesetzgebers stellt sich zusätzlich die Frage, ob hypothetisch noch (neu aufzufindende) historische Materialien das Ergebnis der oben angeführten teleologischen Erwägungen überwiegen könnten. Tatsächlich gehen einige Literatur- und Judikaturstimmen, die *entgegen* dem von ihnen angenommenen Willen des historischen Gesetzgebers die Unwirksamkeit des Vertrags iSd hL bereits bei bekannter Pflichtwidrigkeit des Vertreterhandelns bejahen, auf das Verhältnis der historischen und teleologischen Auslegung ein. Der Vorrang der teleologischen Auslegung wird zT mit einem „Anschauungsfehler“ des Gesetzgebers begründet.⁵⁴⁷ Tlw wird dem historischen Gesetzgeber aber auch angelastet, er habe „*ganz wesentliche Prinzipien des Privatrechts negiert*“⁵⁴⁸ und „*wesentliche Gerechtigkeitsaspekte bei der Formulierung der hier interessierenden Norm nicht*

⁵⁴³ Vgl etwa § 95 Abs 5 AktG, § 30j Abs 5 GmbHG.

⁵⁴⁴ P. Bydlinski in FS F. Bydlinski 19 (40); Kalss, GesRZ 2020, 158 (162 f).

⁵⁴⁵ Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ §§ 71-74 Rz 72.

⁵⁴⁶ So auch P. Bydlinski in FS F. Bydlinski 19 (34 f).

⁵⁴⁷ So ausdrücklich OGH 25. 4. 2019, 6 Ob 35/19v, Rn [4.3].

⁵⁴⁸ P. Bydlinski in FS F. Bydlinski 19 (38).

beachtet“.⁵⁴⁹ Obwohl die beiden zuletzt zitierten Behauptungen etwas gewagt klingen mögen, können sie überzeugen, wenn man bedenkt, dass die ihnen zu Grunde liegende Wertung in die geltende Rechtsordnung Eingang fand. Wie oben gezeigt wurde, ist die Privatautonomie nunmehr auch ein Bestandteil der liberalen Verfassungsordnung und kann daher argumentiert werden, dass ihr bei geltender Rechtslage ein (noch viel) stärkerer Wert zukommt, als es bei Entstehung des Rechtsinstituts der Formalvollmacht der Fall war. Aus diesem Grund können der von der hL vertretenen Norminterpretation auch jene zustimmen, die aus den zugänglichen Materialien einen abweichenden Willen des historischen Rechtsetzers ableiten.

Auf Grund eindeutiger teleologischer Erwägungen ist auch das Argument zurückzuweisen, wonach die Kenntnis des Dritten von der Pflichtwidrigkeit der Handlung des Vertreters abseits von Kollusionsfällen deswegen unbeachtlich sein soll, weil sie dem Dritten sonst auch tatsachenwidrig vorgeworfen werden könnte, was per se bereits eine Beeinträchtigung des angestrebten besonderen Verkehrsschutzes zur Folge hätte. Dieses Argument kann nicht überzeugen, obwohl es auch in den historischen Protokollen der zuständigen Beratungskommission vorkommt.⁵⁵⁰ Dem modernen Rechtsstaat kann nicht unterstellt werden, er wolle einem unredlichen Verhalten zum angestrebten Rechtserfolg verhelfen, um redlichen Verkehrsteilnehmern die Auseinandersetzung mit unberechtigten Vorwürfen zu ersparen.

D. Besondere Konstellationen

1. Evidenz des Vollmachtsmissbrauchs

Wie oben erörtert, erfordert der klare Normzweck der Formalvollmacht den Schutz des redlichen Geschäftsverkehrs durch grundsätzlichen Ausschluss von Nachforschungsobliegenheiten des Dritten. Neben der positiven Kenntnis wird dem Dritten daher grds nur die Evidenz der Pflichtverletzung schaden können. Die Beachtlichkeit der Evidenz wird zu Recht auch von gewichtigen Literaturstimmen bejaht, die dies zT mit der Unbeweisbarkeit innerer Tatsachen⁵⁵¹

⁵⁴⁹ P. Bydlinski in FS F. Bydlinski 19 (39).

⁵⁵⁰ Für Nw vgl Auer, GesRZ 2000, 138 (143).

⁵⁵¹ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 26.

und zT mit der Verpflichtung des Geschäftspartners „seine Augen aufzumachen“⁵⁵² begründen. Stellt sich die Pflichtwidrigkeit hingegen nicht als evident, sondern bloß möglich oder wahrscheinlich dar, so muss der Dritte grds keine Nachforschungen unternehmen und ist ein etwaiger Vertragsabschluss wirksam. Vertragsunwirksamkeit infolge grober Fahrlässigkeit des Dritten kann daher grds nur bejaht werden, wenn dieser den durch offenkundige Tatsachen gebotenen Schluss auf Pflichtwidrigkeit des Vertragsabschlusses durch den Stellvertreter zu ziehen verabsäumt.⁵⁵³ Für den Geschäftsverkehr entsteht daraus keine Belastung, zumal dem Dritten keine Obliegenheit außer der ohnehin durch allgemeine vorvertragliche Schutzpflichten gebotenen Achtsamkeit aufgebürdet wird.⁵⁵⁴

Das oben angeführte Argument gilt unterschiedslos für die zivilrechtliche wie auch für unternehmens- und gesellschaftsrechtliche Vollmachten. Dementsprechend ist die Wirkung der objektiven Evidenz unterschiedslos für alle Ausprägungen der Vollmacht zu bejahen. Im zivilrechtlichen Bereich wird dieses Ergebnis auch durch die Wortinterpretation bestätigt, zumal bei Evidenz der internen Abgrenzung des Ermessensspielraums des Vertreters von keiner „geheimen Vollmacht“⁵⁵⁵ gesprochen werden kann.⁵⁵⁶

Literaturstimmen, die der vom OGH angesprochenen Evidenz nur eine Indizwirkung im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung zukommen lassen wollen,⁵⁵⁷ sind im Lichte der oben angeführten Erwägungen nicht überzeugend. Allerdings ist die praktische Relevanz des Meinungsunterschieds idZ gering. Denn selbst wenn man bei offenkundigem Vollmachtsmissbrauch einen „Gegenbeweis des Unwissens“ zulässt, wird ein solcher dem Dritten nur äußerst selten gelingen können.

Abweichend von der soeben erörterten allgemeinen Regel könnten Nachforschungsobliegenheiten des Dritten in besonderen Fallsituationen, nämlich beim Verdacht auf Schädigungsabsicht des Stellvertreters oder auf verbotene Einlagenrückgewähr, in Frage kommen. In diesen Fällen kann die besondere Interessenlage einen strengeren Maßstab für die

⁵⁵² Auer, GesRZ 2000, 138 (149); für den dt Rechtsbereich idS Frotz, Verkehrsschutz 621.

⁵⁵³ Vgl Auer, GesRZ 2000, 138 (149); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 26. Zur groben Fahrlässigkeit vgl weiters Kalss, GesRZ 2020, 158 (160, 162, 164, 166).

⁵⁵⁴ Ähnlich Frotz, Verkehrsschutz 621 f; ihm folgend Auer, GesRZ 2000, 138 (149).

⁵⁵⁵ Zur Bedeutung des Begriffs der „geheimen Vollmacht“ igZ vgl oben VII.C.1.a.

⁵⁵⁶ AM Baumgartner, JBl 2018, 681 (694).

⁵⁵⁷ P. Bydlinski in FS F. Bydlinski 19 (43 f); Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger⁴ § 1017 ABGB Rz 37; Zehentmayer, Missbrauch 88 ff mwN.

Beurteilung der Redlichkeit des Dritten erfordern. Im Folgenden soll auf beide genannten Konstellationen eingegangen werden.

2. Verschulden des Stellvertreters und Schädigung des Geschäftsherrn

Die Frage, inwiefern sich ein subjektives Verschulden des Gewalthabers auf die Wirksamkeit des Vertragsabschlusses auswirken soll, wird im Schrifttum unterschiedlich beantwortet. Vor allem ein gewichtiger Teil der älteren Lehre sah eine *vorsätzliche* Pflichtverletzung durch den Gewalthaber als eine zwingende Voraussetzung für den Entfall der Bindungswirkung seiner Handlung für den Geschäftsherrn.⁵⁵⁸ Überzeugend erscheint jedoch die von P. Bydlinski und Zehentmayer herausgearbeitete These, wonach bei der Entscheidung über Vertragswirksamkeit nur die Interessen des Geschäftsherrn und des Dritten betroffen sind, weshalb, auch nur die Schutzwürdigkeit der beiden eine Rolle spielen sollte, sodass jedenfalls im Prinzip der subjektiven Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzung gegenüber dem Stellvertreter keine Relevanz zukommt.⁵⁵⁹ Zurecht wird darauf hingewiesen, dass eine ähnliche Interessenabwägung in § 367 ABGB für den gutgläubigen Eigentumserwerb vom Vertrauensmann des bisherigen Eigentümers vorgesehen ist, wo ebenfalls nur auf die Redlichkeit des Erwerbers, nicht jedoch auf jene des Vertrauensmanns, abgestellt wird.⁵⁶⁰

Fraglich ist, ob dies auch uneingeschränkt gelten kann, wenn der Vertragsabschluss einen materiellen Nachteil für den Geschäftsherrn zur Folge hätte. Hier ist nämlich zu beachten, dass die Wahrung der geschäftlichen Interessen des Vertretenen stets zu allgemeinen Pflichten des Gewalthabers gehört. Stimmt der Vertreter ohne Not einem Geschäftsabschluss zu, der für den Geschäftsherrn ungünstig ist, so handelt er auch abseits konkreter Vorgaben oder Zustimmungserfordernisse objektiv pflichtwidrig. Ist dies dem Dritten bewusst, so wäre der Geschäftsherr nach der oben angeführten allgemeinen Regel an das Geschäft nicht gebunden. Insofern wäre der Dritte bei Stellvertretung etwas schlechter gestellt als beim Vertragsabschluss direkt mit dem (ungünstig kontrahierenden) Geschäftsherrn, der in letzterer Konstellation das Geschäft nur bei List, Wucher oder Verkürzung über die Hälfte beseitigen könnte. Eine derartige

⁵⁵⁸ Für Nw vgl Zehentmayer, Missbrauch 96.

⁵⁵⁹ P. Bydlinski in FS F. Bydlinski 19 (39 f); Zehentmayer, Missbrauch 98 ff.

⁵⁶⁰ P. Bydlinski in FS F. Bydlinski 19 (40); Zehentmayer, Missbrauch 102.

Ungleichbehandlung lässt sich jedoch nicht rechtfertigen. Es ist nicht der Zweck der Stellvertretung, den Schutz vor nachteiligen Rechtsgeschäften über die genannten Ausnahmetatbestände hinaus auszuweiten.⁵⁶¹

Folglich erscheint der Vorschlag von *U. Torggler* überzeugend, der im Hinblick auf interne Beschränkungen der Handlungsfreiheit des Gewalthabers zwischen starrer Schranke (inhaltliche Vorgaben) und beweglicher Schranke (allgemeine Pflicht zum Abschluss von möglichst günstigen Rechtsgeschäften) unterscheidet und der Verletzung der letzteren nur bei Böswilligkeit des Gewalthabers Beachtlichkeit zuschreibt.⁵⁶²

Zu klären bleibt letztlich, ob bei vermuteter böswilliger Schädigung des Geschäftsherrn durch den Gewalthaber den Dritten ausnahmsweise eine Nachforschungsobliegenheit treffen soll, wie vom OGH auch in seiner neuen Rsp judiziert wird.⁵⁶³ Dies ist mE zu bejahen. Denn der Ausschluss der Nachforschungspflichten soll den Dritten vor Belastung durch das Wissensdefizit betreffend die Willensbildung des Geschäftsherrn (betreffend Interna der vertretenen Gesellschaft) schützen.⁵⁶⁴ Ein derartiges Defizit liegt bei fast jedem Vertragsabschluss im Wege der Stellvertretung vor und wäre daher an sich geeignet, den Geschäftsverkehr zu beeinträchtigen. Hingegen ist der Verdacht auf Schadenswillen des Stellvertreters ein atypischer Fall, der zudem die Gefahr einer besonders krassen Verletzung der Interessen des Geschäftsherrn impliziert. Es erscheint daher als gerechtfertigt, dem Dritten diesfalls auch die Anstellung geeigneter Erkundigungen zuzumuten. Die Ausnahme darf jedoch nicht überstrapaziert werden; in Übereinstimmung mit der zitierten Rsp sollte der Vertragsabschluss nur bei *grober* Fahrlässigkeit des Dritten unwirksam bleiben.⁵⁶⁵ Übersieht der Dritte die Verdachtsmomente infolge leichter Fahrlässigkeit oder ist ihm hinsichtlich der Durchführung der Erkundigungen leichte Fahrlässigkeit anzulasten, so ist der Vertragsabschluss wirksam. Im Wege des Analogieschlusses wird unter Unternehmern der objektive Sorgfaltsmaßstab des § 347 UGB zur Anwendung kommen, währenddessen im Anwendungsbereich des Zivilrechts ein

⁵⁶¹ Ähnlich *Baumgartner*, JBl 2018, 681 (693).

⁵⁶² *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht Rz 516: „Mit anderen Worten darf ein Vertragspartner die Unfähigkeit des organschaftlichen Vertreters ausnützen, nicht aber dessen Unehrlichkeit.“ Ihm folgend *Baumgartner*, JBl 2018, 681 (693 f).

⁵⁶³ OGH 8. 2. 1996, 6 Ob 1731/95; OGH 10.07.2008, 8 Ob 84/08y; OGH 05.08.2009, 9 Ob 25/08d; OGH 31.01.2017, 1 Ob 6/17i; OGH 28. 4. 2022, 7 Ob 19/22b; Näheres dazu vgl oben unter VII.C.

⁵⁶⁴ *Auer*, GesRZ 2000, 138 (139).

⁵⁶⁵ OGH 28. 4. 2022, 7 Ob 19/22b Rz [7].

individualisierter Sorgfaltsmaßstab, freilich unter Bedachtnahme auf die Vermutungsregel des § 1297 Satz 1 ABGB, ausschlaggebend sein wird.

3. Verbotene Vermögensauskehr

Das gesellschaftsrechtliche Kapitalerhaltungsgebot (§ 82 GmbH; § 52 AktG) führt uA zur Nichtigkeit eines dagegen verstoßenden Vertrags zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter sowie, im Falle einer bereits erfolgten Vermögensauskehr, zu einem Rückforderungsanspruch der Gesellschaft. Komplizierter ist die Frage über die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften im Vertrag der Gesellschaft mit einem Dritten, bspw wenn die Gesellschaft die Bürgschaft für eine Verbindlichkeit ihres Gesellschafters übernimmt. Eine undifferenzierte Belegung eines solchen Vertrags mit der Nichtigkeitsfolge würde nicht nur den Verkehrsschutz ungebührlich belasten, sondern wäre auch angesichts der Ausrichtung des Verbots, welches an die Gesellschaft und deren Geschäftsführer und Gesellschafter, nicht jedoch an Dritte adressiert ist,⁵⁶⁶ nicht gerechtfertigt. Zu Recht wird daher für die Unwirksamkeit des Vertrags der *Hinzutritt qualifizierender Tatbestandsmerkmale*⁵⁶⁷ bzw eine *Zurechnungsbeziehung* des Dritten⁵⁶⁸ mit der Verbotsübertretung gefordert.

Eine derartige „Zurechnung“ kann durch die Rechtsfigur des Missbrauchs der Vertretungsmacht hergestellt werden.⁵⁶⁹ In der Tat stellt die gesellschaftsrechtswidrige Vermögensauskehr inzwischen einen der Hauptanwendungsfälle des Vollmachtsmissbrauchs dar,⁵⁷⁰ obgleich in der Lit tlw vertreten wird, dass einschlägige Regeln nur sinngemäß bzw analog zur Anwendung gelangen.⁵⁷¹ Die Subsumtion der verbotenen Vermögensausschüttung unter den Vollmachtsmissbrauch erscheint überzeugend und ist etwa auch gegenüber dem Tatbestand der Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB) zu bevorzugen. Denn es leuchtet ein, dass der Vertreter im

⁵⁶⁶ So auch stRsp und Lehre. Vgl nur OGH 25. 6.1996, 4 Ob 2078/96h; OGH 26. 6. 2001, 1 Ob 290/00d; OGH 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v; OGH 22. 12. 2021, 6 Ob 89/21p; *Canaris* in FS Fischer 31 (34); *Kalss*, GesRZ 2020, 158 (161); *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 86 (89); *Koppensteiner/Rüffler*³ § 83 GmbHG Rz 7.

⁵⁶⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GesRZ 1999, 144 (145); *Koppensteiner/Rüffler*³ § 83 GmbHG Rz 7.

⁵⁶⁸ *Kalss*, GesRZ 2020, 158 (161).

⁵⁶⁹ *Kalss*, GesRZ 2020, 158 (162); vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*³ § 83 GmbHG Rz 7.

⁵⁷⁰ Für Nw vgl *Zehentmayer*, Missbrauch 135 ff.

⁵⁷¹ *Koppensteiner/Rüffler*³ § 83 GmbHG Rz 7; für unmittelbare Anwendung hingegen *Kalss*, GesRZ 2020, 158 (162); *Zehentmayer*, Missbrauch 176.

Innenverhältnis nicht die Ermächtigung zur rechtswidrigen Vermögensauskehr haben kann, sodass die Frage der Unwirksamkeit bereits auf der Ebene der Zurechenbarkeit seiner Handlungen gegenüber der Gesellschaft zu behandeln ist, bevor sich die Frage über die Sittenwidrigkeit des Geschäfts überhaupt stellt.

Damit die erforderliche „Zurechnungsbeziehung“ bejaht werden kann, muss auf Seiten des Dritten ein subjektives Element identifiziert werden, welches die Geltendmachung des Verbots ihm gegenüber rechtfertigt.⁵⁷² Klarerweise wird die Kenntnis sowie die Evidenz der Verletzung des Verbots dieser Bedingung genügen und (wie auch bei jedem anderen Vollmachtsmissbrauch) die Bindung der Gesellschaft an den Vertrag ausschließen.⁵⁷³ Zu Recht wird jedoch von einem Teil der Lehre vertreten, dass darüber hinaus die Pflichtwidrigkeit der Einlagenrückgewähr dem Dritten auch bei grober Fahrlässigkeit entgegengehalten werden kann und dass den Dritten bei Kenntnis der Gesellschafterstellung des Hauptschuldners auch eine Erkundigungsobliegenheit treffen soll.⁵⁷⁴ Dies wird auch von hRsp bejaht.⁵⁷⁵

Vom OGH wurde der relativ starke Schutz des Geschäftsherrn mit der Erwägung begründet, dass in vorliegender Konstellation die Pflichtwidrigkeit nicht aus internen Anweisungen, sondern direkt aus dem Gesetz resultiert.⁵⁷⁶ Das ist überzeugend, weil das Rechtsinstitut der Formalvollmacht dem Dritten Erkundigungen in die Interna der Gesellschaft,⁵⁷⁷ nicht jedoch das Kennenmüssen der einschlägigen Rechtsnormen ersparen soll.⁵⁷⁸ Zusätzlich kann diese Erwägung mittels gegenseitiger Abwägung von Interessen der Beteiligten begründet werden. Hier ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften nicht nur den Schutz der Interessen der Gesellschaft, sondern auch (und sogar primär) jener der Gesellschaftsgläubiger bezwecken.⁵⁷⁹ Bei Verletzung der internen Vorgaben kann man die Einschränkung des Schutzes des Geschäftsherrn auf Kenntnis- und Evidenzfälle damit begründen, dass er selbst für die Auswahl des pflichtwidrig handelnden Stellvertreters

⁵⁷² Vgl. Kalss, GesRZ 2020, 158 (162).

⁵⁷³ Auer in Gruber/Harrer² § 82 GmbHG Rz 81; Kalss, GesRZ 2020, 158 (162); Zehentmayer, Missbrauch 176 verlangt auch hier die Kenntnis des Dritten vom Verstoß.

⁵⁷⁴ Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 144 (149).

⁵⁷⁵ Vgl. insbesondere OGH 25. 6.1996, 4 Ob 2078/96h; OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z; OGH 17. 5. 2023, 6 Ob 24/23g.

⁵⁷⁶ OGH 25. 6.1996, 4 Ob 2078/96h.

⁵⁷⁷ Vgl. statt aller OGH 25. 4. 2019, 6 Ob 35/19v Rn [4.1]; Auer, GesRZ 2000, 138 (139).

⁵⁷⁸ Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 144 (148).

⁵⁷⁹ Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 86 (88) mwN.

Verantwortung trägt und daher gegenüber einem unwissenden Dritten als weniger schutzwürdig erscheint. Zu Lasten von Gläubigern einer Kapitalgesellschaft kann eine derartige Interessenabwägung jedoch nicht vorgenommen werden, da sie für die Bestellung der Gesellschaftsorgane und der Bevollmächtigten keine Verantwortung tragen.

In Übereinstimmung mit dem Verbotszweck kommt die Heilung der unzulässigen Vermögensverschiebung im Wege einer nachträglichen Genehmigung des Geschäfts durch ein Gesellschaftsorgan (§ 1016 ABGB) nicht in Frage. Der betreffende Vertrag bleibt somit endgültig unwirksam.⁵⁸⁰

Es stellt sich freilich die Frage, inwiefern die zur verbotenen Vermögensauskehr erarbeiteten Lösungsansätze auch für andere Verletzungen der Legalitätspflicht durch den Vollmachtsträger Gültigkeit beanspruchen können. Ohne weiteres kann dies mE nur für Verletzungen jener Rechtsvorschriften bejaht werden, die eine vergleichbare Interessenlage regeln. Eine solche liegt dann vor, wenn die verletzte Regelung an die Gesellschaft adressiert und auf den Schutz eines öffentlichen Interesses ausgerichtet war, der Vertragspartner jedoch an Vertragswirksamkeit interessiert ist. Bei anders gestalteten Interessenlagen müssen die einschlägigen Rechtsfolgen im Hinblick auf den jeweiligen Normzweck eigens untersucht werden. Für Kartellverträge und missbräuchliche Verträge soll die notwendige Untersuchung nachfolgend unter Erörterung der einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben vorgenommen werden.

E. Zusammenfassung der österreichischen Rechtslage

Auf Grund des Vorgesagten können folgende Regeln festgehalten werden, die sich, wie gezeigt wurde, auch auf die neue Rsp des OGH stützen können:

1. Der durch einen Stellvertreter unter Verletzung interner Verpflichtungen abgeschlossene Vertrag ist schwebend unwirksam, falls die Verletzung dem Dritten bekannt oder objektiv evident war. Den Dritten trifft jedoch keine Nachforschungsobliegenheit. Auf ein Verschulden des Stellvertreters kommt es grds nicht an.

⁵⁸⁰ Kalss, GesRZ 2020, 158 (167); Zehentmayer, Missbrauch 167 mwN.

2. Besonderes gilt, beim ernsthaften Verdacht auf eine Schädigungsabsicht des Stellvertreters. Hier trifft den Dritten ausnahmsweise auch eine Nachforschungsobliegenheit.

3. Fälle der verbotenen Vermögensauskehr sind ebenfalls unter dem Missbrauch der Vertretungsmacht zu subsumieren. Auch hier trifft den Dritten bei entsprechendem Verdacht eine Nachforschungsobliegenheit. Überdies kommt eine nachträgliche Genehmigung des Vertrags gem § 1016 ABGB nicht in Frage, sodass der Vertrag endgültig unwirksam bleibt.

F. Unionsrechtskonformität der österreichischen Rechtslage

Im zivil- und unternehmensrechtlichen Bereich sind die Rechtsfolgen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht unionsrechtlich nicht determiniert. Gleiches gilt in Bezug auf Personengesellschaften. Im Hinblick auf Kapitalgesellschaften ist jedoch Art 9 Abs 1 Unterabs 1 GesellschaftsrechtsRL⁵⁸¹ zu beachten, wonach die Gesellschaften durch das Handeln ihrer Organe verpflichtet werden, *„selbst wenn die Handlungen nicht zum Gegenstand des Unternehmens gehören, es sei denn, dass diese Handlungen die Befugnisse überschreiten, die nach dem Gesetz diesen Organen zugewiesen sind oder zugewiesen werden können.“* Darin kann die Verankerung des Prinzips der unbeschränkten und unbeschränkbaren organschaftlichen Vollmacht auf europäischer Ebene erachtet werden.⁵⁸²

Was gelten soll, falls der organschaftliche Stellvertreter mit Wissen des Dritten pflichtwidrig handelt, wird in der RL nicht explizit geregelt. Als Ausnahme vom Prinzip der unbeschränkbaren Vertretungsmacht wird in Art 9 Abs 1 Unterabs 2 leg cit den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit belassen vorzusehen, *„dass die Gesellschaft nicht verpflichtet wird, wenn sie beweist, dass dem Dritten bekannt war, dass die Handlung den Unternehmensgegenstand überschritt, oder dass er darüber nach den Umständen nicht in Unkenntnis sein konnte“.*

⁵⁸¹ RL (EU) 2017/1132 des Rates und des Europäischen Parlaments vom 14. 6. 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl L 2017/169, 46. Gemäß Art 7 iVm Anhang II der RL umfasst der Anwendungsbereich des Art 9 für den österreichischen Bereich die AG und die GmbH.

⁵⁸² Für Analyse der zitierten Bestimmung vgl Kalss, GesRZ 2020, 158 (159) sowie (zu der inhaltsgleichen Vorgängerbestimmung) Kalss/Klampfl, EuGesR Rz 247.

Demgegenüber wird in Abs 2 leg cit ausdrücklich angeordnet, dass „*satzungsmäßige oder auf einem Beschluss der zuständigen Organe beruhende Beschränkungen der Befugnisse der Organe der Gesellschaft*“ Dritten nicht entgegengesetzt werden können, wobei klarstellend festgelegt wird, dass dies auch dann gelten soll, „*wenn sie bekannt gemacht worden sind*“. Ob dies selbst dann gelten sollte, wenn die Beschränkung objektiv evident oder gar dem Dritten bekannt war, wird in der RL nicht ausdrücklich beantwortet. Es stellt sich daher die Frage, ob aus der letzteren Bestimmung im Wege eines Umkehrschlusses abgeleitet werden kann, dass für Fälle von Kenntnis oder Evidenz des pflichtwidrigen Vertreterhandelns die Mitgliedstaaten die (schwebende) Unwirksamkeit des Vertragsabschlusses vorsehen können. Dies wird von der hL bejaht.⁵⁸³ Dagegen könnte freilich eingewendet werden, dass gem Abs 1 Unterabs 2 leg cit eine Ausnahme eben nur für Überschreitung des Unternehmensgegenstands vorgesehen ist und dass Ausnahmen von unionsrechtlichen Verpflichtungen eng ausgelegt werden sollten.

ME sprechen jedoch folgende überzeugende Gründe für die Zulässigkeit einer Ausnahme für alle Fälle von Kenntnis oder Evidenz des Fehlgebrauchs der Vollmacht:

1. Im Hinblick auf die Genese der Rechtsvorschrift ist zu beachten, dass die RL der Unbeschränkbarkeit der Vollmacht gegenüber der angelsächsischen Ultra-Vires-Lehre sowie dem romanischen Grundsatz der *specialité statutaire* Vorzug gewährte.⁵⁸⁴ Die Bezugnahmen auf die Rechtfolgen einer Überschreitung des Unternehmensgegenstands sind in diesem Zusammenhang zu verstehen. Seine Überschreitung sollte eben nur dann zur Unwirksamkeit des Vertragsabschlusses führen können, wenn sie dem Dritten bekannt war oder er darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. Die Anordnung der Unerheblichkeit der Bekanntmachung von satzungsmäßigen oder auf Organbeschlüssen basierenden Beschränkungen der organschaftlichen Vertretungsbefugnisse für den Vertragsabschluss sollte wiederum die Ablehnung des angelsächsischen Konzeptes einer *constructive notice* zum Ausdruck bringen.⁵⁸⁵ In Bezug auf unredliches Verhalten des Dritten, einschließlich der Kenntnis der Pflichtwidrigkeit des Vertreterhandelns, setzte sich hingegen im Rahmen der Beratungen im Rat die Meinung durch,

⁵⁸³ Vgl nur *Habersack/Verse*, EuGesR⁵ § 5 Rz 36; *Kalss*, GesRZ 2020, 158 (160); *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EUK⁶ Rz 18.81 jeweils mwN.

⁵⁸⁴ Dies ist allgemein anerkannt. Vgl *Auer*, GesRZ 2000, 138 (145); *Kalss*, GesRZ 2020, 158 (159); *Zehentmayer*, Missbrauch 127 f.

⁵⁸⁵ Dazu vgl *Auer*, GesRZ 2000, 138 (147).

dass diesbezüglich keine gemeinschaftsrechtliche Regelung notwendig sei und die einschlägigen Rechtsfolgen aus den Rechtsordnungen der MS abgeleitet werden sollten.⁵⁸⁶

2. Rechthistorisch spricht für die Zulässigkeit von einschränkenden mitgliedstaatlichen Regelungen in derartigen Fällen zusätzlich auch die Entwicklung des Wortlauts der Rechtsnorm. Diese war nämlich bereits in der alten PublizitätsRL⁵⁸⁷ enthalten und wurde bei deren Ersetzung durch die neue PublizitätsRL⁵⁸⁸ und folglich auch in deren Nachfolgevorschrift, die nunmehr geltende GesellschaftsrechtsRL übernommen. In der ursprünglichen Regelung des Art 9 Abs 2 PublizitätsRL alt war noch davon die Rede, dass satzungsmäßige oder auf Beschlüssen der zuständigen Organe basierende Beschränkungen der organschaftlichen Vertretungsbefugnisse „*Dritten nie entgegengesetzt werden [können]*“. Bei Erlassung der PublizitätsRL neu wurde (soweit überblickbar in allen sprachlichen Fassungen) stattdessen die etwas abgeschwächte Formulierung gewählt, wonach derartige Beschränkungen „*Dritten nicht entgegengesetzt werden [können]*“. Bis auf diese Änderung des „*nie*“ in „*nicht*“ wurde der einschlägige Artikel der RL in beiden Nachfolgeregelungen wortgleich übernommen. Die Änderung deutet darauf hin, dass der historische Rechtsetzer Fälle für denkbar hielt, in denen die internen Beschränkungen ausnahmsweise doch auch nach außen durchschlagen können.

3. Zusätzlich sprechen auch teleologische Erwägungen für die Zulassung einer einschränkenden mitgliedstaatlichen Regelung. Klar ist zunächst, dass bei strikter Limitierung der zulässigen Ausnahme vom Prinzip der Unbeschränkbarkeit der organschaftlichen Vertretungsmacht auf den explizit geregelten Fall der Überschreitung des Unternehmensgegenstandes (Art 9 Abs 1 Unterabs 2 GesellschaftsrechtsRL) die Gesellschaft selbst bei Kollusion ihres Vertreters mit dem Dritten an den so abgeschlossenen Vertrag gebunden wäre.⁵⁸⁹ Eine derartige Regelung ist jedoch dem Unionsgesetzgeber nicht zu unterstellen. Auch im europarechtlichen Bereich ist

⁵⁸⁶ Für stichhaltige Nw aus Materialien des Rechtssetzungsverfahrens vgl. Auer, GesRZ 2000, 138 (148 f). Ihm folgend ebenso Zehentmayer, Missbrauch 131.

⁵⁸⁷ Erste RL 68/151/EWG des Rates vom 9. März. 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl L 1968/65, 8.

⁵⁸⁸ RL 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September. 2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl L 2009/258, 11.

⁵⁸⁹ Auer, GesRZ 2000, 138 (145).

unbestritten, dass die zwingenden vertretungsrechtlichen Regelungen nicht zum Schutz *unredlicher* Dritter führen sollen.⁵⁹⁰

Fraglich ist daher, ob der Geschäftspartner tatsächlich nur bei Kollusion mit dem Stellvertreter oder auch in anderen Fällen als unredlich gelten soll. Hier sprechen wiederum Argumente, die oben bereits für den österreichischen Rechtsbereich ins Treffen geführt wurden,⁵⁹¹ für einen umfassenden Schutz der vertretenen Gesellschaft. Zum einen ist die Vertragsfreiheit auch im Unionsrecht grundrechtlich geschützt,⁵⁹² wobei Grundrechte reflexartig auch für Beziehungen unter Privaten von Bedeutung sind.⁵⁹³ Zum anderen erscheint auch grundsätzlich ein Geschäftspartner nicht schutzbedürftig, dem bekannt ist, dass sein Partner das von seinem Stellvertreter abgeschlossene Geschäft etwa aus ethischen Gründen ablehnt. Die Einschränkung der Durchgriffswirkung auf Fälle materieller Schädigung erscheint daher nicht sachgerecht.

4. Zuletzt sprechen auch die Aussagen des EuGH und seines GA in der Rs *Rabobank*⁵⁹⁴ für die hier vertretene Auslegung der RL.⁵⁹⁵ Streitgegenständlich in der genannten Rs war die Vereinbarung zwischen mehreren, untereinander konzernmäßig verbundenen, Gesellschaften einerseits und der *Rabobank* andererseits, wonach die Guthaben und Sollsalden auf Konten einzelner Konzerngesellschaften laufend gegeneinander zu verrechnen waren. Nachdem die Gesellschaften in Konkurs gegangen waren, klagte der Masseverwalter einer von ihnen auf die Zuerkennung des Guthabens, das der Gesellschaft ohne die Verrechnung zustünde. Hierbei argumentierte er mit der Unwirksamkeit der Vertretungshandlung beim Abschluss der Verrechnungsvereinbarung, zumal alle Gesellschaften durch den Geschäftsführer der Holding vertreten wurden. Das niederländische Höchstgericht ersuchte den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsantrags um die Überprüfung der einschlägigen innerstaatlichen Regelung, welche die Nichtigkeit derartiger Insichgeschäfte vorsah, auf ihre Vereinbarkeit mit Art 9 PublizitätsRL alt.⁵⁹⁶

⁵⁹⁰ Vgl. statt aller Auer, GesRZ 2000, 138 (148); Kalss, GesRZ 2020, 158 (159).

⁵⁹¹ Vgl. oben VII.C.2.

⁵⁹² EuGH C-426/11, *Alemo-Herron*, ECLI:EU:C:2013:118, Rn 31 f.

⁵⁹³ Perner, Grundfreiheiten 178 f.

⁵⁹⁴ EuGH C-104/96, *Rabobank*, ECLI:EU:C:1997:610; EuGH, SA des GA Pergola, C-104/96, *Rabobank*, ECLI:EU:C:1997:145.

⁵⁹⁵ So auch Auer, GesRZ 2000, 138 (149); aA Zehentmayer, Missbrauch 134, der das Urteil igZ als irrelevant betrachtet.

⁵⁹⁶ EuGH C-104/96, *Rabobank*, ECLI:EU:C:1997:610, Rn 1 ff.

Der EuGH antwortete in Übereinstimmung mit den Schlussanträgen seines GA⁵⁹⁷, dass Interessenkonflikte zwischen vertretenden Organen und der vertretenen Gesellschaft nicht in den Anwendungsbereich der PublizitätsRL fallen, sondern auf Grundlage des nationalen Rechts zu lösen seien.⁵⁹⁸

Klar ist, dass dem Urteil keine direkte Stellungnahme zum Problem des Vollmachtsmissbrauchs entnommen werden kann. Daher sind letztinstanzlich entscheidende innerstaatliche Gerichte im Anwendungsbereich der GesellschaftsrechtsRL zur Konsultation des EuGH verpflichtet, falls aus innerstaatlichem Recht in dieser Konstellation die Unwirksamkeit der Vertretungshandlung abzuleiten wäre. Trotzdem lässt das Urteil, insb wenn es zusammen mit den Schlussanträgen gelesen wird, eine starke Tendenz zur restriktiven Auslegung der Grundsatzregel des Art 9 Abs 1 Untabs 1 GesellschaftsrechtsRL und zur großzügigen Zulassung von einschränkenden innerstaatlichen Regelungen allgemeiner vertretungsrechtlicher Natur erkennen. Daher wäre zu erwarten, dass der Gerichtshof in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung die oben erläuterten Rechtsfolgen des Fehlegebrauchs der Vertretungsmacht, wie sie sich aus den einschlägigen Bestimmungen des österreichischen Privatrechts auch für den Bereich der Kapitalgesellschaften ergeben, als unionsrechtskonform ansehen würde.

G. Schlussfolgerungen im Hinblick auf das Forschungsthema

1. Mögliche Modifizierung des Vertragsschicksals

Aus den oben erörterten Rechtsfolgen eines Vollmachtsmissbrauchs könnte in zweierlei Hinsicht eine Modifizierung des zivilrechtlichen Schicksals von Kartell-Folgeverträgen und missbräuchlichen Verträgen abgeleitet werden. Erstens könnte auch der Kartellant bzw der Marktbeherrscher die Unwirksamkeit eines relativ nichtigen Vertrags geltend machen, indem er sich auf den Vertretungsmissbrauch berufen und die nachträgliche Genehmigung verweigern würde. Die Wahlmöglichkeit des anderen Vertragspartners im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des Vertrages wäre somit beeinträchtigt. Zweitens könnte die Rechtsfigur des Vollmachtsmissbrauchs die Restgültigkeit von wettbewerbsrechtlich unbedenklichen

⁵⁹⁷ EuGH, SA des GA *Pergola*, C-104/96, *Rabobank*, ECLI:EU:C:1997:145.

⁵⁹⁸ EuGH C-104/96, *Rabobank*, ECLI:EU:C:1997:610, Rn 24, Tenor.

Bestimmungen eines teilnichtigen Vertrags verhindern, da das pflichtwidrige Handeln des Stellvertreters zur (schwebenden) Nichtigkeit des gesamten Vertrags führt. Keine Modifizierung der vertragsrechtlichen Rechtsfolgen kann von vornherein im Hinblick auf Vertragsbestimmungen eintreten, die der absoluten Nichtigkeit unterliegen. Hier kommt auf Grund ihres wettbewerbswidrigen Inhaltes verständlicherweise auch keine nachträgliche Genehmigung in Frage.

Im Hinblick auf das Gebot der wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts erscheint es zweckmäßig, zunächst die unionsrechtliche Zulässigkeit der Modifizierung zu prüfen und daraus im Anschluss entsprechende Schlussfolgerungen für die Auslegung der einschlägigen österreichischen Rechtsnormen zu ziehen.

2. Unionsrechtliche Vorgaben

Wie oben gezeigt wurde, sind ausbeuterische Konditionen oder wettbewerbswidrige Bindungen in missbräuchlichen Verträgen und Kartell-Folgeverträgen mit absoluter Nichtigkeit zu belegen, wobei jedoch dem Vertragspartner des Marktbeherrschers bzw des Kartellanten das Recht auf die Aufrechterhaltung des bereinigten Vertragsverhältnisses zustehen muss. Die Mitgliedstaaten können folgerichtig entweder die Restgültigkeit des Vertragstorsos vorsehen oder dem Vertragspartner diesbezüglich ein Wahlrecht einräumen.⁵⁹⁹

Die Berufung des Wettbewerbsrechtsbrechers auf die Pflichtwidrigkeit der Vertretungshandlung seines Bevollmächtigten würde in diesen Konstellationen die Bewertung des Vertragsabschlusses als (schwebend) unwirksam nach sich ziehen. Im Ergebnis hätte daher der Marktbeherrscher bzw der Kartellant die Möglichkeit, sich für die Durchsetzung der absoluten Nichtigkeit der wettbewerbswidrigen Klauseln mit der gänzlichen Beseitigung des Vertragsverhältnisses zu revanchieren.

Wie bereits gezeigt wurde⁶⁰⁰ wäre gerade ein derartiges Recht des Wettbewerbssünders der wirksamen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts abträglich, zumal es seinen Vertragspartner

⁵⁹⁹ Vgl oben IV.D.2, IV.F.3, V.F.1.a, V.F.1.b und V.F.2.

⁶⁰⁰ Vgl oben IV.D.2, IV.F.3, V.F.1.a, V.F.1.b und V.F.2.

von der Durchsetzung seiner Rechte (und damit auch von der Korrektur des wettbewerbsverzerrenden Zustandes) abhalten könnte. Dies streitet für die Unzulässigkeit der Modifizierung der Rechtsfolgen. Gegen dieses Argument könnte allenfalls eingewendet werden, dass die Rechtsfigur des Vollmachtsmissbrauchs auf wettbewerbsrechtsfremden Prinzipien beruhe, die innerstaatlich festgelegt werden dürfen. Allerdings gab der EuGH gerade in der Rs *Courage* zu erkennen, dass auch allgemeine innerstaatliche Rechtsprinzipien außer Betracht bleiben müssen, sofern ihre Anwendung in der jeweiligen Fallsituation die wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts beeinträchtigen würde.⁶⁰¹

Aus diesem Grund müssen die Mitgliedstaaten dem Kartell- bzw Missbrauchsoffer das Recht auf die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses zuerkennen und auch gegen etwaige Berufung des Kartellanten bzw des Marktbeherrschers auf Pflichtwidrigkeit der Vertretungshandlung schützen.

Bei Folgeverträgen von Marktaufteilungskartellen ist die relative Nichtigkeit geboten.⁶⁰² Hier könnte sich der Kartellant deswegen auf die Verletzung der Legalitätspflicht durch seinen Stellvertreter berufen wollen, weil kartellmäßiger Abschluss von Folgeverträgen richtigerweise als Durchführung des Kartells und somit als Wettbewerbsverstoß zu qualifizieren ist.⁶⁰³

Allerdings würde auch hier die Einräumung eines derartigen Rechts an den Kartellanten die wirksame Durchsetzung des Kartellverbots erschweren. Marktaufteilungskartelle gehen nämlich iaR mit Ausbeutung oder wettbewerbswidriger Bindung des Folgevertragspartners einher, sodass sich dieser statt der Geltendmachung der relativen Gesamtnichtigkeit auf die Durchsetzung der (absoluten) Nichtigkeit der ausbeuterischen bzw behindernden Vertragsbestimmungen beschränken kann.⁶⁰⁴ Auch hier würde die Modifizierung der Rechtsfolgen dem Kartellanten die Möglichkeit bieten, entgegen dem Interesse des Folgevertragspartners Gesamtnichtigkeit durchzusetzen und letzteren somit für die Geltendmachung seiner Rechte zu sanktionieren. Aus diesem Grund darf es auch hier zu keiner Modifizierung der oben ermittelten Rechtsfolgen kommen.

⁶⁰¹ EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 11, 26 ff; vgl auch EuGH, SA des GA *Mischo*, C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:181, Rn 29 ff.

⁶⁰² Vgl oben V.F.1.c.

⁶⁰³ Vgl oben V.H.2.

⁶⁰⁴ Vgl oben V.F.1.c.

3. Bewertung im Lichte der österreichischen Rechtslage

Das unionsrechtlich vorgegebene Ergebnis ist mE im Einklang mit Wertungen, die sich aus der österr Rechtsordnung ergeben. Die Berufung des Marktbeherrschers bzw des Kartellanten auf das pflichtwidrige Handeln seiner Vertreter darf im Lichte des innerstaatlichen Rechts schon deswegen nicht zugelassen werden, weil sie ein unbilliges Ergebnis herbeiführen würde. Denn der Vertragsabschluss zu wettbewerbswidrigen Konditionen erfolgt nicht im Interesse des anderen Vertragspartners, vielmehr soll er der vertretenen Gesellschaft einen unfairen Vermögensvorteil bringen. Kommt es zu keiner Geltendmachung des Wettbewerbsverstoßes, so profitiert diese tatsächlich von den wettbewerbswidrigen Vertragsklauseln. Deswegen erscheint es sachgerecht, ihr den wettbewerbswidrigen Vertragsabschluss zuzurechnen.

Zudem ist die Begehung rechtswidriger Handlungen nicht ein Risiko, das erst durch die Einschaltung eines Stellvertreters entsteht. Vielmehr zeigt die Erfahrung, dass auch Einzelunternehmer oft genug der einschlägigen Versuchung unterliegen. Aus der schadenersatzrechtlichen Haftung der Gesellschaft für die Handlungen ihrer Organe und Machthaber sowie aus der strafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeit kann das Prinzip abgeleitet werden, dass die Gesellschaften grundsätzlich nach außen für Rechtsverletzungen einzustehen haben, die bei Führung ihrer Geschäfte begangen wurden. Die Anwendung dieses Prinzips im Vertragsrecht streitet für die Versagung der Berufung auf Vollmachtsmissbrauch durch Verletzung der Legalitätspflicht, falls der Rechtsbruch zwecks rechtswidriger Bereicherung der vertretenen Gesellschaft begangen wurde.

Dies gilt naheliegender Weise jedenfalls im Anwendungsbereich jener gesetzlichen Bestimmungen gelten, die zum Schutz des unterlegenen Vertragspartners Teilnichtigkeit vorsehen (zB § 917a ABGB, § 27 MRG, § 6 KSchG). Könnte der überlegene Vertragspartner auf die Geltendmachung der Teilnichtigkeit mit der Berufung auf den Fehlgebrauch der Vollmacht und die daraus resultierende schwebende Unwirksamkeit des gesamten Vertrages reagieren, so wäre dieser Schutz ausgehöhlt. Selbiges muss jedoch auch gelten, falls die Rechtsordnung zum Schutz eines Vertragspartners die von ihm geltend zu machende relative Nichtigkeit anordnet und er an der Aufrechterhaltung des Vertrags Interesse haben kann. In beiden genannten Konstellationen ist die Zulassung der Berufung auf den Vollmachtsmissbrauch abzulehnen.

Der Unterschied gegenüber der oben angesprochenen verbotenen Vermögensauskehr liegt auf der Hand: Dort wird der Schutz öffentlicher Interessen (Gläubigerschutz sowie das Vertrauen des Geschäftsverkehrs zum Rechtsinstitut der Kapitalgesellschaften) gerade durch den Schutz der betreffenden Kapitalgesellschaft erreicht. Diese soll die ihr rechtswidrig entzogenen Vermögenswerte zurückerhalten, damit der Haftungsfonds nicht geschmälert wird. In den zuletzt angesprochenen Konstellationen ist die Interessenlage anders. Es müssen die ungerechtfertigten Aspirationen der vertretenen Gesellschaft zurückgedrängt werden, damit ein wettbewerbsverzerrender Zustand beseitigt wird.

VIII. Zivilrechtliche Alternativen zur Nichtigkeitsfolge?

A. Problemstellung

Summarisch kann festgehalten werden, dass die oben erörterten unionsrechtlichen Vorgaben allesamt mittels teleologischer Erwägungen unter Berufung auf *effet utile* abgeleitet wurden. Dieser methodische Ansatz entspricht einer (inzwischen durchaus gewohnten)⁶⁰⁵ Vorgehensweise des EuGH, auf die er insbesondere auch in *Courage*⁶⁰⁶ zurückgriff. Im Hinblick auf die innerstaatliche Umsetzung stellt sich die Frage, ob den unionsrechtlichen Vorgaben eventuell durch zivilrechtliche Instrumente außerhalb des Vertragsrechts entsprochen werden könnte, sodass die Vertragsnichtigkeit im technischen Sinne nicht vorgesehen werden müsste. Im österreichischen Zivilrecht könnten hierfür die Anfechtung auf Grund von Willensmängeln sowie der schadenersatzrechtliche Anspruch auf Vertragsaufhebung oder Vertragsanpassung in Frage kommen. Im Folgenden sollen beide untersucht werden.

B. Vertragsanfechtung und Vertragsanpassung gemäß §§ 870 f ABGB

1. Kartell-Folgeverträge

Die Vertragsanfechtung oder Vertragsanpassung wegen List (§ 870 ABGB) oder Irrtums (§ 871 ABGB) könnte dem Vertragspartner des Kartellrechtsbrechers den Weg zum Ausstieg aus dem Vertragsverhältnis oder zu seiner Modifizierung, eröffnen.

Allerdings wird die Anfechtung auf Grund des § 871 ABGB mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen nicht in Frage kommen. Zwar wird der Vertragspartner i.a.R. keinen kartellbedingten Einfluss auf die Vertragsgestaltung annehmen. Gleichwohl wird ein derartiger Irrtum nicht als Geschäftsirrtum i.w.S. qualifiziert werden können, da er weder die

⁶⁰⁵ Zum besonderen Gewicht der teleologischen Interpretation in der Rsp des EuGH vgl etwa *F. Bydlinski*, Grundzüge der Methodenlehre¹ 41 f (kritisch); *Streinz* in *Griller/Rill* 223 (245 f).

⁶⁰⁶ EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465.

Vertragserklärung noch die Natur oder den Inhalt des Geschäfts noch eine wesentliche (geschäftsbezogene) Eigenschaft des Vertragspartners betrifft.⁶⁰⁷

Etwas differenzierter ist die Möglichkeit der Geltendmachung von List zu sehen. In dt Lehre wurde teilweise eine Aufklärungspflicht des Kartellanten gegenüber seinen Folgevertragspartnern über die Existenz des Kartells erwogen, deren Verletzung als listige Irreführung qualifiziert werden könnte. Allerdings kann eine derartige Verpflichtung jedenfalls nicht generell bejaht werden.⁶⁰⁸

Überzeugend erscheint hingegen die Annahme einer Überlistung für jene Fälle, in denen der Kartellant dem Folgevertragspartner gegenüber eine kartellbedingte Beeinflussung seines Verhaltens positiv ausschließt.⁶⁰⁹ Die Einholung einer entsprechenden Zusicherung durch vorformulierte AGB-Klauseln des Folgevertragspartners wird jedoch nur dann ausreichen, wenn nachgewiesen werden kann, dass sich der Kartellant vom Inhalt der AGB noch vor dem Vertragsabschluss tatsächlich Kenntnis verschaffte.⁶¹⁰ Daher empfiehlt sich für Unternehmer, die sich auf diesem Wege gegen allfällige Kartellrechtsverstöße ihrer Geschäftspartner absichern wollen, eher die Einforderung einer gesondert abzugebenden einschlägigen Erklärung. Nach einer Überführung des Kartells könnte der Folgevertragspartner darauf gestützt eine Anfechtung oder Anpassung des Folgevertrages geltend machen.

Insgesamt kann die Möglichkeit einer Vertragsanfechtung oder Vertragsanpassung wegen List jedenfalls nicht als hinreichende Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben betrachtet werden. Dies gilt insbesondere deswegen, weil nicht jeder Vertragspartner eines (möglichen) Kartellanten die nötige Verhandlungskraft besitzt, um eine Erklärung über Freiheit des Vertragsverhältnisses von kartellbedingter Beeinflussung durchzusetzen. Überdies ist bei mehreren Fallgruppen die absolute Nichtigkeit geboten,⁶¹¹ sodass die Einräumung eines bloßen Anfechtungsrechts auch aus diesem Grund unbefriedigend erscheint. Letztlich gibt es auch keinen Grund, die Teilnichtigkeitsfolge für den Fall auszuschließen, dass der Folgevertragspartner von der Existenz

⁶⁰⁷ AA offenbar *Told*, JBl 2014, 14 (22), die aber zugleich (ebendort FN 98) einräumt, dass Irrtumsanfechtung nicht in allen Konstellationen geltend gemacht werden könne.

⁶⁰⁸ So auch dt hL, vgl *Kahle*, Leistungskondiktion 94 ff, 164; *Mayer*, WuW 2010, 29 (32 f); *Paul*, Gesetzesverstoß 187. Für weitere Nw (einschließlich Gegenmeinungen) vgl *Schwieter*, Kartellzivilrecht 201 FN 743.

⁶⁰⁹ *Kahle*, Leistungskondiktion 178 f; *Mayer*, WuW 2010, 29 (31).

⁶¹⁰ Näheres dazu sowie zur möglichen Ausgestaltung einschlägiger AGB-Klauseln vgl bei *Kahle*, Leistungskondiktion 179 f.

⁶¹¹ Vgl oben, bspw V.F.1.a, V.F.1.b.

eines Kartells ausging und den Vertrag trotzdem abschloss. Denn zum einen dient die Nichtigkeit in mehreren Konstellationen auch der Wahrung des öffentlichen Interesses und zum anderen ist der Vertragspartner des Kartellanten selbst bei Kenntnis des Kartells schutzwürdig.⁶¹²

2. Missbräuchliche Verträge

In Bezug auf missbräuchliche Verträge wird, soweit überblickbar, keine Anfechtbarkeit wegen Irrtums oder List vertreten und erscheint auch das Konzept einer Zusicherung der Abstandnahme vom Marktmissbrauch wenig zielführend, zumal Vertragspartner eines Marktbeherrschers typischerweise nicht in der Lage sind, diesem spezielle Erklärungen abzuverlangen. Zusätzlich muss beachtet werden, dass die Nichtigkeitsfolge auch hier unabhängig davon eintreten muss, ob das Missbrauchsopfer beim Vertragsabschluss den Wettbewerbsverstoß erkannte.⁶¹³

C. Schadenersatzanspruch

In der österreichischen Zivilrechtslehre wird das Recht auf Vertragsaufhebung oder Vertragsanpassung im Wege der schadenersatzrechtlichen Naturalrestitution (§ 1323 ABGB) befürwortet.⁶¹⁴ Den in der Lit diesbezüglich angesprochenen Konstellationen ist gemeinsam, dass der Vertragsabschluss auf eine culpa in contrahendo zurückzuführen ist und der Vertrag in seiner konkreten Ausgestaltung bei gebotenem Verhalten des Schadenersatzpflichtigen nicht zu Stande gekommen wäre. Da die entstandenen Schäden jeweils im betreffenden Vertragsverhältnis ihre Existenzgrundlage haben, ist den soeben zitierten Literaturstimmen zuzustimmen. Ob Vertragsaufhebung oder bloß Vertragsanpassung verlangt werden kann, entscheidet sich nach der Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens.⁶¹⁵

⁶¹² Vgl. *Told*, JBl 2014, 14 (22), wonach der Zweck der Kartellverbote von der Kenntnis der Vertragspartner losgelöst sei.

⁶¹³ Vgl. *Holzinger*, Marktmissbrauch 58.

⁶¹⁴ *Jaksch-Ratajczak*, ÖJZ 2000, 798 (799 f); *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2011, 469 (479); *Reischauer* in *Rummel/Lukas*⁴ vor §§ 918 ff Rz 243; *Rüffler* in *Aicher/Holoubek* 193 (236 ff); *Schamberger*, ÖBA 2016, 638 (645); *W. Schuhmacher*, Verbraucherschutz 177 f FN 4; *Zöchling-Jud*, *ecolex* 2010, 525 (528); zum dt Zivilrecht vgl. *Stoll* in FS Deutsch 361.

⁶¹⁵ *Jaksch-Ratajczak*, ÖJZ 2000, 798 (799 f).

Die Aufhebung oder Umgestaltung des Vertragsverhältnisses hat durch eine neue Vereinbarung der Vertragsparteien zu erfolgen. Verweigert der schadenersatzpflichtige Partner seine Einwilligung, so kann er auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung geklagt werden. Gemäß § 367 Abs 1 EO gilt die vom Verpflichteten abzugebende Willenserklärung mit der Rechtskraft des darauf lautenden Urteils als abgegeben. Ihrer Wirkung nach kommt die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs somit der gerichtlichen Ausübung eines Gestaltungsrechts nahe.⁶¹⁶

Im Hinblick auf die hier interessierenden Verträge ist festzuhalten, dass alle Tatbestandsvoraussetzungen für die Bejahung eines auf Vertragsaufhebung oder Vertragsanpassung gerichteten Schadenersatzanspruchs vorliegen. Auf Grund der großzügigen Rsp des EuGH zum Rechtswidrigkeitszusammenhang⁶¹⁷ kann insbesondere nicht argumentiert werden, dass ein derartiger Anspruch vom Normzweck nicht gedeckt wäre.⁶¹⁸ Im Ergebnis kann die schadenersatzrechtliche Naturalrestitution zweifelsfrei eine geeignete Abhilfe darstellen.

Es wäre allerdings verfehlt, hievon auf Unnötigkeit vertragsrechtlicher Rechtsfolgen schließen zu wollen. Wie oben gezeigt wurde, muss das Recht auf Beseitigung oder Anpassung des missbräuchlichen Vertrages bzw des Kartell-Folgevertrages unabhängig vom Verschulden des marktbeherrschenden oder kartellbeteiligten Vertragspartners ausgeübt werden können.⁶¹⁹ Überdies ist in vielen Konstellationen absolute (dh von Amts wegen aufzugreifende) Unwirksamkeit des Vertrages geboten,⁶²⁰ sodass die Gewährung eines Schadenersatzanspruchs auch aus diesem Grund nicht ausreichen kann. Im Übrigen bringt die Vertragsnichtigkeit dem geschädigten Vertragspartner auch einen verjährungsrechtlichen Vorteil. Sie kann über drei Jahre nach Kenntnis des Schadens und des Schädigers hinaus geltend gemacht werden.⁶²¹ Die „Umsetzung“ der unionsrechtlichen Nichtigkeitsvorgabe im Wege des Schadenersatzrechts wäre daher schon deswegen unbefriedigend, weil sie unter Verletzung des Äquivalenzprinzips die Beseitigung von missbräuchlichen Verträgen und Kartell-Folgeverträgen an eine (im Vergleich zur Vertragsnichtigkeit) verkürzte Verjährungsfrist knüpfte.

⁶¹⁶ Jaksch-Ratajczak, ÖJZ 2000, 798 (803).

⁶¹⁷ EuGH C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn 5, 37; EuGH C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204, Rn 15, 34.

⁶¹⁸ So zur möglichen Aufhebung von UWG-widrigen Verträgen durch Naturalherstellung *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 16 Rz 73.

⁶¹⁹ Vgl oben IV.D.1, V.D.

⁶²⁰ Vgl oben, insb IV.D.1, IV.E.1, IV.F.2, V.F.1.a, V.F.1.b.

⁶²¹ Vgl oben VI.B.

IX. Zusammenfassung wesentlicher Forschungsergebnisse

1. Das zivilrechtliche Schicksal **missbräuchlicher Verträge** (Art 102 AEUV) richtet sich entsprechend der EuGH-Judikatur nach innerstaatlichem Recht, wobei jedoch unionsrechtliche Vorgaben zu beachten sind. Einschlägig ist an erster Stelle die generelle Vorgabe, wonach die Regelung des Vertragsschicksals unter Berücksichtigung der Auswirkung von missbräuchlichen Vertragsklauseln auf die Interessen der unterlegenen Vertragspartner und Dritter erfolgen muss („*BRT-Formel*“). Unter die „Interessen Dritter“ ist iGZ auch das öffentliche Interesse am unverfälschten Wettbewerb zu subsumieren. Aus dieser generellen Vorgabe lassen sich nachfolgend angeführte präzisierende Vorgaben für einzelne Spielarten des Marktmissbrauchs ableiten.

2.1. Alle **ausbeuterischen Vertragsbestimmungen** müssen der absoluten Nichtigkeitsfolge unterliegen.

2.2. Die Nichtigkeit ausbeuterischer Bestimmungen darf jedoch nicht gegen den Willen des Vertragspartners des Marktbeherrschers die Gesamtnichtigkeit nach sich ziehen. Den Mitgliedstaaten steht es frei, entweder Restgültigkeit des Vertragstorsos vorzusehen oder dem ausgebeuteten Vertragspartner das Wahlrecht zwischen Gesamt- und Teilnichtigkeit zu gewähren. Bleibt es bei der Restgültigkeit und ist die Bestimmung der Hauptleistungspflicht nichtig, so ist letztere durch Bestimmung einer angemessenen Leistung zu ersetzen. Ausbeuterische Nebenbestimmungen müssen selbst bei Restgültigkeit des Vertrages ersatzlos entfallen. Besteht die Ausbeutung in einer Diskriminierung gegenüber sonstigen Geschäftspartnern des Marktbeherrschers, so sind die nichtigen Vertragsbestimmungen im Fall einer Aufrechterhaltung des Vertrages durch diskriminierungsfreie Regelungen zu ersetzen.

2.3. Dem ausgebeuteten Vertragspartner muss das Recht auf Rückabwicklung nichtiger ausbeutungsmissbräuchlicher Vertragsbestimmungen zustehen.

3.1. Vertragsbestimmungen, die den **Behinderungsmissbrauch durch aggressive Preispolitik** verwirklichen, sind mit absoluter Nichtigkeitsfolge zu belegen.

3.2. In Zivilgerichtsverfahren zur Durchsetzung der Nichtigkeit aggressiver Preisbestimmungen ist auf das Recht der Vertragspartner des Marktbeherrschers auf rechtliches Gehör Bedacht zu nehmen.

3.3. Vertragspartnern des Marktbeherrschers, die durch das Vertrauen auf die nichtigen Preisbestimmungen einen Schaden erleiden, steht ein Schadenersatzanspruch gemäß der RL 2014/104/EU zu. Ein über den Vertrauensschaden hinausgehendes Erfüllungsinteresse ist grundsätzlich nicht ersatzfähig.

3.4. Will der Vertragspartner des Marktbeherrschers trotz Entfalls der für ihn günstigen (aggressiven) Konditionen am Vertrag festhalten, so ist das Vertragsverhältnis unter Ergänzung angemessener Preisbestimmungen aufrechtzuerhalten. Vertragspartnern des Marktbeherrschers, die sich unter den geänderten Umständen vom Vertrag lösen wollen, ist grundsätzlich ein entsprechendes Gestaltungsrecht einzuräumen. Die Aufrechterhaltung des Vertrages unter Anpassung der Konditionen darf gegen den Willen des Vertragspartners des Marktbeherrschers nur für den Fall vorgesehen werden, dass der Vertrag nachweislich auch zu wettbewerbsmäßigen Bedingungen zu Stande gekommen wäre.

3.5. Dem Marktbeherrscher darf kein Anspruch auf Rückabwicklung bereits realisierter aggressiver Preisbestimmungen eingeräumt werden.

4.1. Vertragsklauseln, die unter den **Behinderungsmissbrauch durch wettbewerbswidrige Bindungen** subsumiert werden, verwirklichen zugleich den Tatbestand des Art 101 Abs 1 AEUV, sodass sie iaR schon auf Grund der unmittelbar wirksamen Nichtigkeitsanordnung des Abs 2 leg cit absolut nichtig sind. Fallen derartige Vereinbarungen ausnahmsweise unter den Freistellungstatbestand des Abs 3 leg cit, so ist allein die von Art 102 AEUV abgeleitete Nichtigkeitsvorgabe maßgeblich. In diesem Fall haben die Mitgliedstaaten Vertragsklauseln, die eine reine Einschränkung des Vertragspartners in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit statuieren (zB Alleinbezugsklauseln) mit absoluter Nichtigkeit zu sanktionieren. Für wettbewerbswidrige Bindungen, die sich vertragstechnisch als ein Leistungsaustausch darstellen (zB Kopplungsgeschäfte) ist relative Nichtigkeit vorzusehen.

4.2. Wettbewerbswidrige Bindungen können nicht durch geltungserhaltende Reduktion gerettet werden. Weiters darf die Durchsetzung ihrer Nichtigkeit nicht notwendigerweise zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führen. Vielmehr muss der Vertrag zumindest dann aufrechterhalten werden, wenn dies vom Vertragspartner des Marktbeherrschers gewollt wird. Die Nichtigkeit der wettbewerbswidrigen Bindung muss schuldrechtlich ex tunc wirken und ihre Durchsetzung darf keine Entgeltsanpassung zu Lasten des Vertragspartners des Marktbeherrschers nach sich ziehen.

4.3. Besonderes gilt, falls die wettbewerbswidrige Bindung in einer Selbsteinschränkung des Marktbeherrschers besteht, die einer Umgehung der Kontrahierungspflicht dienen soll: In diesem Fall müssen die betreffenden Vertragsklauseln ohne Weiteres mit einer ex tunc und absolut wirkenden Nichtigkeitsfolge belegt werden. Die Regelung der Wirksamkeit des Restvertrages liegt im Ermessen der Mitgliedstaaten.

5.1. Im **österreichischen Rechtsbereich** erfolgt die **Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben zum Schicksal missbräuchlicher Verträge** durch unionsrechtskonforme Auslegung des § 879 Abs 1 ABGB. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers ist nicht erforderlich. Eine Abweichung von der gängigen Auslegungspraxis zur leg cit ist in zwei Punkten erforderlich: Unzulässig ist die Annahme der Gesamtnichtigkeit des Vertrages infolge der Unwirksamkeit einer Hauptleistungsverpflichtung sowie die geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Nebenbestimmungen; dies gilt unabhängig von der Unternehmer- oder Verbrauchereigenschaft des Vertragspartners des Marktbeherrschers.

5.2. In Bezug auf ausbeuterische Vertragsklauseln ist zu beachten, dass diese selbst bei Idealkonkurrenz des Marktmissbrauchsverbots mit § 879 Abs 2 Z 4, § 879 Abs 3 oder § 934 ABGB stets der absoluten Nichtigkeit unterliegen. Bei Zusammenlaufen des Missbrauchsverbots mit dem Wuchertatbestand steht dem Bewucherten zusätzlich das Recht auf Geltendmachung der relativen Gesamtnichtigkeit gemäß § 879 Abs 2 Z 4 ABGB zu. In allen anderen Fällen des Ausbeutungsmissbrauchs bleibt es bei der Restgültigkeit des rechtmäßigen Vertragsinhalts. Das Missbrauchsoffer kann jedoch ein (pro futuro wirkendes) außerordentliches Rücktrittsrecht geltend machen, falls ihm die Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehung zum Marktbeherrscher billigerweise nicht zugemutet werden kann.

5.3. Die letztgenannte Lösung kommt im österreichischen Rechtsbereich auch dann zur Anwendung, wenn in einem Vertrag eine missbräuchlich bindende (und daher nichtige) Klausel enthalten ist: Auch hier bleibt der Restvertrag gültig, doch steht dem Vertragspartner des Marktbeherrschers im Falle der Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Vertragsbeziehung ein außerordentliches Rücktrittsrecht zu.

5.4. Bei behördlicher Unterbindung der aggressiven Preispolitik ist zu beachten, dass Vertragspartner des Marktbeherrschers weder in wettbewerbsrechtlichen Verfahren der Kommission noch in innerstaatlichen kartellgerichtlichen Verfahren Parteistellung haben. Dementsprechend können allfällige Abstellungsaufträge, die an den Marktbeherrscher adressiert werden, ihnen gegenüber keine Verbindlichkeit entfalten. Hat ein Zivilgericht über die Wirksamkeit von vertraglichen Preisbestimmungen zu entscheiden, die in einem Wettbewerbsverfahren als aggressiv und somit missbräuchlich bewertet wurden, so muss es diese Bewertung neu überprüfen. Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass sein Urteil einer wettbewerbsbehördlichen Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen würde, so wäre gem Art 16 Abs 1 Satz 4 VO 1/2003 ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten.

5.5. Wird der Behinderungsmissbrauch durch eine wettbewerbswidrige Selbsteinschränkung des Marktbeherrschers verwirklicht, so wird allein die missbräuchliche Klausel von der absoluten Nichtigkeitsfolge berührt. Der rechtmäßige Vertragsinhalt bleibt aufrecht.

6.1. Der bisherigen Rsp des EuGH kann keine Stellungnahme zum zivilrechtlichen Schicksal der **Kartell-Folgeverträge** entnommen werden. Dies gilt insb auch für das Urteil *Kerpen* (EuGH C-319/82).

6.2. Die unmittelbare wirksame Nichtigkeitsanordnung des Art 101 Abs 2 AEUV ist auf Folgeverträge nicht anwendbar.

6.3. Die Mitgliedstaaten sind jedoch unionsrechtlich verpflichtet, Bestimmungen von Folgeverträgen, die die Kartellwirkung perpetuieren, mit einer Nichtigkeitsfolge zu belegen. Die genannte Vorgabe ist in vielerlei Hinsicht mit jener betreffend missbräuchliche Vertragsbestimmungen vergleichbar. Die Vorgabe sowie ihre konkrete Ausgestaltung in einzelnen Konstellationen können aus dem Prinzip des *effet utile* abgeleitet werden.

7.1. **Folgeverträge von Marktaufteilungskartellen** sind mit der Rechtsfolge der relativen Gesamtnichtigkeit zu belegen. Die Nichtigkeit muss im Falle ihrer Geltendmachung zurückwirken, sodass der Folgevertragspartner eines Kartellanten auch die Rückabwicklung bereits erbrachter Vertragsleistungen erwirken kann.

7.2. Werden **Preise oder sonstige Konditionen** durch das Kartell **zum Nachteil der Folgevertragspartner beeinflusst**, so sind unionsrechtlich die gleichen Rechtsfolgen wie auch beim Ausbeutungsmissbrauch vorgegeben. Ist das Kartell **für wettbewerbswidrige Bindungen im Folgevertrag ursächlich**, so kommen die für den Marktmissbrauch durch wettbewerbswidrige Bindungen erarbeiteten Rechtsfolgen zur Anwendung. Ist der betreffende Vertrag jedoch zugleich als Folgevertrag eines Marktaufteilungskartells zu qualifizieren, so muss dem Vertragspartner des Kartellanten jedenfalls auch das Recht auf Geltendmachung der Gesamtnichtigkeit zustehen.

7.3. Folgeverträge von Absprachen, die die Forschung und Entwicklung hemmen, unterliegen keinen unionsrechtlichen Vorgaben. Gleiches gilt für Absprachen, die in der Terminologie der Kommission „eine Kollision begünstigen“ sowie für sämtliche Verträge weiteren Grades.

7.4. Auch im Bereich der Kartell-Folgeverträge ist keine legislative Tätigkeit zur **Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben** erforderlich. Ausreichend ist vielmehr eine unionsrechtskonforme Interpretation des § 879 Abs 1 ABGB.

8. Weder die Rechtsfigur des Missbrauchs der Vertretungsmacht noch zivilrechtliche Rechtsfolgen außerhalb des Vertragsrechts führen zu einer Modifizierung der oben angeführten Rechtsfolgen.

Anhang: Abstrakt

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, ob dem Unionsrecht Regeln im Hinblick auf die Wirksamkeit von Kartell-Folgeverträgen (Art 101 AEUV) und von missbräuchlichen Verträgen (Art 102 AEUV) zu entnehmen sind. Insofern die Frage zu bejahen ist, wird auf die Rechtsnatur und den Inhalt dieser Regeln eingegangen.

Als Ausgangspunkt der Untersuchung dient die bisherige Rsp des EuGH zum genannten Rechtsproblem. Zunächst wird die ältere Rsp (bis 1997) analysiert. Hierbei wird insb aus den Urteilen *BRT II*⁶²² und *Greenwich*⁶²³ gefolgert, dass innerstaatliche Gerichte über das zivilrechtliche Schicksal von missbräuchlichen Verträgen in Ermangelung einer unionsrechtlichen Regelung auf Grundlage des innerstaatlichen Rechts unter Beachtung unionsrechtlicher Vorgaben zu entscheiden haben. Weiters wird auf Grund der beiden genannten Entscheidungen das Gebot der Berücksichtigung von Auswirkungen der missbräuchlichen Vertragsklauseln auf die Interessen der unterlegenen Vertragspartner und Dritter als einschlägige unionsrechtliche Vorgabe identifiziert. Festgehalten wird allerdings, dass bislang eine Konkretisierung dieser Vorgabe für einzelne Fallsituationen fehlt. In Bezug auf das zivilrechtliche Schicksal von Kartell-Folgeverträgen wird konstatiert, dass der EuGH bisher keine klare Aussage hinsichtlich der Existenz einer einschlägigen unionsrechtlichen Vorgabe traf.

In weiterer Folge wird die Rsp des EuGH zum kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch (*Courage*⁶²⁴ und Folgeurteile) erläutert. Hierbei wird der Frage nachgegangen, ob aus dieser Rsp allgemeine Prinzipien hinsichtlich Ableitung ungeschriebener Zivilrechtsfolgen aus Art 101 f AEUV gewonnen werden können. Dazu wird insb die teleologische Begründung des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs durch den EuGH diskutiert. Zusätzlich wird untersucht, ob der EuGH den Schadenersatzanspruch unmittelbar auf das Unionsrecht stützt oder eine durch die MS umzusetzende unionsrechtliche Vorgabe statuiert.

⁶²² EuGH 127/73, *BRT II*, ECLI:EU:C:1974:25.

⁶²³ EuGH 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245.

⁶²⁴ EuGH C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465.

Auf Grundlage der so gewonnen Erkenntnisse werden die unionsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf das zivilrechtliche Schicksal von missbräuchlichen Verträgen für einzelne Konstellationen des Missbrauchs marktbeherrschender Stellung herausgearbeitet. Hierbei wird jeweils getrennt auf den Ausbeutungs- und Diskriminierungsmissbrauch, den Behinderungsmissbrauch durch aggressive Preispolitik und den Behinderungsmissbrauch durch wettbewerbswidrige Bindungen eingegangen.

Daran anknüpfend wird die Frage untersucht, ob das Unionsrecht (zumindest) in bestimmten Konstellationen die (Teil)Nichtigkeit von Kartell-Folgeverträgen verlangt. Diese Frage wird bejaht, was einerseits mit dem Gebot der Vermeidung von Wertungswidersprüchen, andererseits aber auch mit der Notwendigkeit der Nichtigkeitsfolge für die wirksame Durchsetzung des Kartellrechts begründet wird. Anschließend werden unionsrechtliche Vorgaben für einzelne Kartell-Konstellationen konkretisiert, wobei zwischen Folgeverträgen horizontaler Kernbeschränkungen, Folgeverträgen vertikaler Kernbeschränkungen, Folgeverträgen bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen und Folgeverträgen weiteren Grades unterschieden wird.

Sowohl im Hinblick auf missbräuchliche Verträge als auch im Hinblick auf Kartell-Folgeverträge wird festgehalten, dass die Umsetzung der ermittelten unionsrechtlichen Vorgaben im österreichischen Rechtsbereich durch eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 879 ABGB erfolgt. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers wird nicht als erforderlich bewertet.

Abschließend wird die Frage untersucht, ob die Rechtsfigur des Vollmachtsmissbrauchs oder die zivilrechtlichen Kartellrechtsfolgen außerhalb des Vertragsrechts zu einer Modifizierung der ermittelten Rechtsfolgen führen. Die Frage wird für beide Varianten verneint.

Appendix: Abstract

This thesis deals with the question whether EU law stipulates any legal provisions regarding the validity (i) of follow-up agreements between antitrust offenders and their customers (Art 101 TFEU) and (ii) of abusive agreements (Art 102 TFEU). As far as this is affirmed, it analyzes the legal nature and content of those provisions.

The starting point of the analysis is the ECJ case law in the relevant area. Firstly, earlier case law (prior to 1998) is discussed. From cases *BRT II*⁶²⁵ and *Greenwich*⁶²⁶, the conclusion is drawn that, in the absence of applicable EU rules, national courts have to decide on the validity of abusive agreements based on their domestic legislation but in compliance with the requirements of EU law. Furthermore, deriving from the aforementioned judgments, the relevant EU law requirement is identified: the impact of the abusive terms on the interests of weaker contractors and on interests of third parties has to be duly considered. However, it is noted that the precise application of this requirement on particular configurations has not been clarified. Concerning the validity of follow-up agreements, it is demonstrated that, so far, the ECJ has never definitively stated whether any relevant EU law provisions apply.

Furthermore, this thesis presents ECJ case law on antitrust damages (*Courage*⁶²⁷ and subsequent cases). Here, the question is raised whether this case law allows for deduction of general principles for *private enforcement in a broader sense*, including legal actions for nullity of contracts. In this context, teleological reasons given by the ECJ for the right to antitrust damages are analyzed. Also, it is discussed whether antitrust damages are grounded directly in EU law or rather in the implementation of EU law by the Members States.

Based on these findings, more precise EU law requirements concerning the validity of abusive agreements are identified. This is done separately for various kinds of abuse of dominant position, i.e., for (i) exploitative and discriminatory conduct, (ii) exclusionary conduct through predatory pricing, and (iii) exclusionary conduct through imposition of anticompetitive terms.

⁶²⁵ ECJ 127/73, *BRT II*, ECLI:EU:C:1974:25.

⁶²⁶ ECJ 22/79, *Greenwich*, ECLI:EU:C:1979:245.

⁶²⁷ ECJ C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465.

Subsequently, this thesis examines whether EU law requires the nullity (or partial nullity) of follow-up agreements in at least some configurations. This is affirmed based on the principle of consistency and on the necessity of nullity for an effective enforcement of the competition law. In a further step, more precise EU law requirements concerning the validity of follow-up agreements are identified. This is done separately for (i) follow-up agreements to horizontal hardcore restrictions, (ii) follow-up agreements to vertical hardcore restrictions, (iii) follow-up agreements to other restrictions, and (iv) distant follow-up agreements.

According to this thesis, compliance of Austria with the aforementioned EU law requirements can be achieved through a conform interpretation of national law. Thus, no legislative action is deemed necessary. This is true both for the requirements concerning follow-up agreements and those concerning abusive terms.

Finally, the question is addressed whether all identified rules are in any way affected by the legal concept of the abuse of representative power or by the possibility of *private enforcement* outside of contract law. This is answered in the negative for both variations.