

# PASSING ON – Schadensüberwälzung bei Kartellschäden aus nationaler und internationaler Perspektive

RA Dr. Peter Thyri, LL.M. (NYU), Wien

## 1. Einführung in Problemlage und Rechtsfragen

Kläger, die einen durch kartellrechtswidriges Verhalten entstandenen Schaden geltend machen wollen, sehen sich einer ganzen Reihe von schwer zu überwindenden Hürden gegenüber. Auch fast 15 Jahre nach der bahnbrechenden Entscheidung des EuGH in der Rs *Courage/Crehan* ist die Durchsetzung eines kartellrechtlichen Schadenersatzanspruches kein Strandspaziergang. Dafür gibt es viele Gründe, von denen einige auf der gegenständlichen Veranstaltung angesprochen worden sind. Vor allem die prozeduralen Hindernisse, die hoffnungsfrohen Klägern in zahlreichen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen den Weg zum Ersatz eines Kartellschadens schwer bis unmöglich machen, sollen nun nach Wunsch der Europäischen Kommission tunlichst ausgeräumt werden.

Gegenstand des vorliegenden Beitrages – die Vortragsfassung wurde weitgehend beibehalten – ist aber die allen prozeduralen Problemen dogmatisch vorgelagerte Frage nach dem Schaden des klagenden Erstabnehmers, wenn er eine kartellrechtswidrig zustande gekommene Preiserhöhung (Kartellaufschlag, „*cartel overcharge*“) an die nachfolgende Wirtschaftsstufe – zumindest teilweise – weitergegeben hat („*passing on*“). In den Kategorien des Zivilrechts zeigt sich die gegenständliche Problematik somit als Teilaspekt der Schadensquantifizierung bzw – wenn ein Kartellaufschlag zu 100% „durchgereicht“ werden konnte – überhaupt als Frage der Aktivlegitimation des Klägers. Prozedural begegnet sie, ausgehend von der US-amerikanischen *Passing on Defence*, zumeist in Gestalt einer Einrede des Schädigers.

Ausgehend vom allgemeinen Grundsatz „jeder trägt seinen Schaden selbst“ bewegt sich die Problematik dort mE also zwischen Anspruchsbegründung und Haftungsbegrenzung. Der in Lit und Rsp verwendete Begriff *Schadensüberwälzung* impliziert dabei ein aktives Zutun des direkt Geschädigten bei der Weitergabe des Preisaufschlages (also des Kartellschadens) während der Begriff *Schadensverlagerung* ein gleichsam automatisches Weiterwandern des Schadens zu meinen scheint. Auf diesen Unterschied und seine Bedeutung wird später noch einzugehen sein.

Der vorliegende Beitrag widmet sich diesen Fragen im Kontext des europäischen und österreichischen Kartellrechts bzw Kartellzivilrechts (soweit die diesbezüglichen Bestimmungen des KartG, namentlich die Bestimmung des § 37a KartG, bereits als solche bezeichnet werden können) wobei die einschlägigen Bestimmungen und ihre Anwendung durch die Rsp in den Kontext der insb deutschen und US-amerikanischen Entwicklung gesetzt werden sollen.

Auf den Punkt gebracht dreht sich alles um die Frage nach dem „richtigen“ Kläger: Verwehrt man dem Schädiger die Abwälzungseinrede, so stärkt man den Mittelsmann (der nun ungeachtet seiner tatsächlichen Beeinträchtigung durch einen Kartellverstoß klagen kann) als den „besseren“ Kläger. Er mag als zumeist unternehmerisch organisierte Einheit eher zur Klagsführung bereit und in der Lage sein (Beweisnähe, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit etc) als der (häufig private) Endabnehmer, bei dem der Schaden tatsächlich hängenbleibt. Damit wird auch bereits eingangs die Stoßrichtung der Abwälzungsdebatte klar. Es geht um die Begünstigung privater Klagsführung gegen Kartellrechtsverstöße als Vollzugsinstrument (*private enforcement*), weniger um Schadenersatz für den Einzelnen.

Dem Unionsrecht sind Fragen der Abwälzung von Belastungen und deren rechtliche Relevanz freilich keineswegs neu: So hatte sich der EuGH bereits in seiner Rsp zu Fragen der Erstattung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Abgaben damit zu beschäftigen.<sup>1</sup> Dabei ging es um den Einwand eines Abgabengläubigers, dem zufolge eine unrechtmäßig eingehobene, gemeinschaftsrechtswidrige Abgabe dann nicht zu erstatten ist, wenn sie vom Abgabenschuldner mit dem Preis auf den Abnehmer abgewälzt oder weitergewälzt wurde. In Österreich erinnern dazu im Wesentlichen die rund fünfzehn Jahre zurückliegenden *Getränkesteuerfälle*. Viele der damals diskutierten Probleme, insbesondere die Bedeutung der Preiselastizität der Nachfrage für die Frage, ob eine Preiserhöhung überhaupt weitergegeben werden kann und die Bedeutung eines möglichen Umsatzrückgangs bei Weitergabe der Preiserhöhung sind auch für die Beurteilung eines möglichen Kartellschadens relevant.<sup>2</sup>

## 2. Grundlagen im Unionsrecht

### 2.1. Einleitung

Die treibende Kraft hinter den gegenwärtigen Bemühungen, die Geltendmachung von Schadenersatz für Kartellverstöße zu erleichtern, ist zweifellos die Europäische Kommission. Vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Aussagen des EuGH zur anspruchsbegründenden Wirkung des Primärrechts (namentlich Art 101 AEUV) und ihren allgemeinen Bestrebungen, die Durchsetzung des Kartellverbots zu stärken bzw insbesondere „auf mehrere Schultern zu verteilen“ misst die Kommission den Regeln des nationalen Zivil- bzw Zivilprozessrechts große Bedeutung zu. Es lohnt daher, diese Entwicklung kurz aus ihren Anfängen zu skizzieren sowie mit Blick auf die Bedeutung der sekundären Rechtssetzung der Kommission für den nationalen Gesetzgeber (Stichwort Vorrangwirkung) zu beleuchten.

<sup>1</sup> Rs 33/76, *Rewel/Landwirtschaftskammer*, Slg 1976, 1989; Rs 45/76, *Comet*, Slg 1976, 2043; zum Abwälzungsargument dann Rs 68/79, *Just*, Slg 1980, 501, Rn 26.

<sup>2</sup> Vgl dazu schon *Eilmansberger/Thyri*, Die Aufrechnung von gemeinschaftsrechtlichen Rückforderungsansprüchen mit Bereicherungsansprüchen (Abwälzungsdoktrin) in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht, 2006, 312 ff.

### 2.2. Die Rsp des EuGH

2001 hat der Gerichtshof in der Rs *Courage/Crehan* ausgesprochen, dass die Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts beeinträchtigt wäre, 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“. Wiewohl diese Entscheidung – in der Terminologie des österreichischen Schadenersatzrechts – den Schutzgesetzcharakter von Art 101 AEUV klarstellte, blieb die Ausgestaltung des konkreten Schadenersatzanspruches weiter unbestimmt.<sup>3</sup> Nähere Aussagen über das konkrete Ausmaß der Haftung oder die Grenzen der Zurechenbarkeit traf der EuGH nicht.

Auf die bloße Vorrangwirkung des Primärrechts zur Auslegung nationalen Schadenersatzrechts verwiesen, wusste die Praxis – nicht nur in Österreich – mit dem neuen Anspruch wenig anzufangen. Folgeentscheidungen wie die Rs *Manfredi* bestätigten den grundlegenden Anspruch und – man möchte meinen selbstverständliche – Voraussetzungen wie einen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem entstandenen Schaden und dem Verstoß, verwiesen die Details aber weiter auf das nach den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität anzuwendende nationale Recht.<sup>4</sup>

Zur hier untersuchten Frage der Schadensüberwälzung (*passing-on*) bzw zu Schadenersatzansprüchen mittelbar Geschädigter äußerte sich der EuGH in seiner Rsp bislang nicht explizit. Allerdings lässt sich eine Billigung des Abwälzungsarguments mE aus dem Umstand nachweisen, dass der Gerichtshof in *Courage* zu seiner Aussage, mit der er die Verhinderung einer ungerechtfertigten Bereicherung als legitim erachtet, gerade jene oben erwähnte abgabenrechtliche Judikaturlinie zitiert, mit der er das *passing-on* Argument akzeptiert hat.<sup>5</sup>

Eine zwischen dem Telos des unionsrechtlichen Kartellverbots und der Dogmatik des nationalen Zivilrechts zu beantwortende, zentrale Frage bleibt jene nach dem Schutzzweck des Art 101 AEUV. Dabei kann nicht oft genug festgehalten werden, dass aus Sicht des Unionsrechts die Wahrung der Effektivität des Kartellverbots im Vordergrund steht und Entschädigungsansprüche Einzelner demgegenüber nur als „Mittel zum Zweck“, insbesondere aufgrund ihrer präventiven Wirkung, von Bedeutung sind.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Vgl dazu die Pionierarbeit von *Eilmansberger* in *Koppensteiner* (Hrsg), Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 6/1 (*Eilmansberger*), Wettbewerbsrecht – Kartellrecht, S 121 ff; ders, Schadenersatz wegen Kartellverstoßes: Zum EuGH-Urteil *Courage-Crehan*, *ecolex* 2002, 28.

<sup>4</sup> EuGH Rs C-295/04, *Manfredi*, Slg 2006, 6619.

<sup>5</sup> EuGH Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297 Rn 30. Siehe schon den Hinweis bei *Eilmansberger*, The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules and Beyond: Reflections on the Utility and Feasibility of Stimulating Private Enforcement Through Legislative Action, *CMLR* 2007, 431, 473f.

<sup>6</sup> Vgl schon *Thyri*, Wie viel „Private Enforcement“ braucht die Kartellrechtsdurchsetzung? *ecolex* 2006, 800, 800.

### 2.3. Die Richtlinie der Kommission

Nach fast zehnjährigen Vorarbeiten wurde nun am 5. 12. 2014 die RL über Schadenersatz bei Wettbewerbsverstößen im ABl der EU kundgemacht.<sup>7</sup> Die Mitgliedstaaten haben die in ihr angelegten Regelungsansätze bis Ende 2016 in ihren Rechtsordnungen umzusetzen. Zu den im gegebenen Zusammenhang interessierenden Fragen der Schadenüberwälzung finden sich Regelungen in Kapitel IV der Richtlinie: So regelt Art 12 Abs 1 der RL, dass sowohl unmittelbare als auch mittelbare Abnehmer grds einen Schaden geltend machen können sollen. Dabei soll sowohl eine Überkompensation als auch das völlige Fehlen jeder Haftung vermieden werden. Zum Thema Überkompensation führt Art 12 Abs 2 weiter aus, dass der Ersatz der eingetretenen Vermögenseinbuße auf keiner Vertriebsstufe den dort erlittenen Schaden in Form des Preisaufschlags übersteigen soll. Insbesondere aber wird festgehalten, dass das Recht des Geschädigten unberührt bleiben soll, Ersatz für den entgangenen Gewinn infolge einer vollständigen oder teilweisen Abwälzung des Preisaufschlags – der im Übrigen geschätzt werden können muss – zu verlangen und zu erwirken (Art 12 Abs 3).

Zur Passing-on Defence regelt Art 13 der RL ausdrücklich dass „die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass der Beklagte in einem Verfahren über Schadenersatzklagen als Einwendung gegen einen Schadenersatzanspruch geltend machen kann, dass der Kläger den sich aus der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ergebenden Preisaufschlag ganz oder teilweise weitergegeben hat. Die Beweislast für die Weitergabe des Preisaufschlags trägt der Beklagte, der in angemessener Weise Offenlegungen von dem Kläger oder von Dritten verlangen kann.“

Wie bereits an anderer Stelle noch anlässlich des Grünbuchs der Kommission ausführlich erörtert, erscheint mir diese Lösung sowohl dem Schutzzweck des Art 101 AEUV einigermaßen angemessen, als auch mit den meisten nationalen Zivilrechtsordnungen kompatibel zu sein<sup>8</sup>.

Auch mittelbare Abnehmer, auf die ein Preisaufschlag weitergewälzt worden ist, sollen gem Art 14 der RL Ansprüche geltend machen können, wobei die Beweislast für das Vorliegen und den Umfang einer solchen Schadensabwälzung beim Kläger liegt, der in angemessener Weise Offenlegungen von dem Beklagten oder von Dritten verlangen

<sup>7</sup> RL 2014/104/EU vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl 2014, L 349/1; vgl dazu umfassend zB *Ummenberger-Zierler*, EU-Richtlinie über Schadenersatz bei Wettbewerbsverstößen: Harmonisierung mit Folgen?, ÖBl 2014/53, 255 ff die im Zusammenhang mit den umfangreichen legislatischen Anforderungen an den österreichischen (Zivil-)gesetzgeber auch bereits von einem *Sonderschadenersatzrecht für private Schadenersatzklagen bei Wettbewerbsverstößen* spricht.

<sup>8</sup> Vgl *Eilmansberger/Thyri*, Sinn und Perspektiven der Stärkung der dezentralen Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts vor nationalen Gerichten in *Griller* (Hrsg), Die Europäische Wirtschaftsverfassung de lege lata et ferenda (2007) 163 (179).

kann. Dem indirekten Kläger sollen Beweiserleichterungen zugute kommen. Er muss nur beweisen dass

- a) der Beklagte eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat,
- b) die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer des Beklagten zur Folge hatte und
- c) der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die Gegenstand der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht waren oder Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die aus solchen hervorgingen oder sie enthielten.

Gelingt dem indirekten Kläger dieser Beweis, kann sich der Beklagte entlasten, indem er glaubhaft machen kann, dass der Preisaufschlag nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde.

Nach dieser Regelung ist nicht ausgeschlossen, dass Kläger mehrerer Vertriebsstufen klagen können. Für diesen Fall verlangt Art 15 der RL, dass die Mitgliedstaaten regeln, wie Gerichte Verfahren und Ergebnisse zusammenführen können.

### 2.4. Grundprinzipien zum Verhältnis von EU-Recht und nationalem Recht

In aller gebotenen Kürze soll an dieser Stelle an die teilweise in ihren konkreten Auswirkungen noch durchaus unscharfen Grundprinzipien des EU-Rechts im Verhältnis zum nationalen Recht erinnert werden. An erster Stelle ist dabei festzuhalten, dass Richtlinien (im Gegensatz zu Verordnungen) keine unmittelbare Wirkung zukommt. Eine solche ist nur bei fehlender Umsetzung denkbar. Allerdings ergibt sich aus der unionsrechtlichen Treuepflicht eine direkte Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten. Damit im Zusammenhang steht auch das Gebot der unions- bzw konkret RL-konformen Interpretation nationaler Normen bei fehlender oder mangelhafter Umsetzung. Die Grenze einer möglichen Direktwirkung von Richtlinien durch RL-konforme Interpretation bildet dabei das Verbot der horizontalen Direktwirkung von Richtlinien.<sup>9</sup>

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang auch noch der Vorrang des Unionsrechts erwähnt, der bei der Verwendung gleichlautender Begriffe bzw Verweisen des nationalen Gesetzgebers auf das Unionsrecht nach der *Dzodzi*-Rsp des EuGH<sup>10</sup> auch für rein nationale Sachverhalte Platz greifen soll. Der nationale Gesetzgeber ist sohin gehalten, sich klar dazu zu äußern, ob und wenn ja in welcher Form nationale Regelungsspielräume nach seinem Willen gewahrt werden sollen.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Vgl dazu umfassend *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht, 2012.

<sup>10</sup> EuGH Rs C-297/88 und C-197/89, *Dzodzi/Etat Belge*, Rn 36f.

<sup>11</sup> Vgl zuletzt *Thyri*, Vorrangfragen zur Bagatellregelung nach § 2 Abs 2 Z 1 KartG, *ecolex* 2015, 135f mwN.

### 3. EXKURS: USA

Auch in den Vereinigten Staaten, in denen private Schadenersatzklagen traditionell eine große Bedeutung für den Kartellrechtsvollzug haben, fiel eine einheitliche Meinung dazu, wie mit der Frage der Schadensabwälzung umgegangen werden sollte, sozusagen nicht „vom Himmel“. Nach jahrzehntelanger uneinheitlicher Rsp fand der Supreme Court erst Ende der 1970er Jahre in den Entscheidungen *Hanover Shoe* und *Illinois Brick* zu der klaren Regel, dass die *passing-on defence*, also die Einrede, der klagende Abnehmer habe den Schaden weitergewälzt, grundsätzlich unbeachtlich sein soll.<sup>12</sup> Nur in Ausnahmefällen kann diese Regel durchbrochen werden.

Die Ratio dieser Entscheidung liegt ganz klar darin, dass man den direkten Abnehmer als den besseren Kläger betrachtet und steht mE mit der bereits erwähnten, überaus großen Bedeutung des *private enforcement* in den USA in Zusammenhang.<sup>13</sup>

### 4. Spezifische Regelungen im nationalen Recht

#### 4.1. Deutschland

Auch in Deutschland folgte der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle, nach langen Kontroversen in Lit und Jud, letztlich derselben Ratio wie der US-Supreme Court und installierte im Ergebnis den Mittelsmann als den „besseren“ Kläger.<sup>14</sup> So sieht § 33 Abs 3 GWB vor, dass ein Schadenersatzanspruch nicht deshalb ausgeschlossen sein soll, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde und sichert dem Mittelsmann damit ungeachtet seiner tatsächlichen Beeinträchtigung durch die kartellrechtswidrige Überteuerung der von ihm bezogenen Waren einen Ersatzanspruch.<sup>15</sup> Die *passing-on defence* ist damit aber im Ergebnis nicht völlig ausgeschlossen sondern vielmehr, wie das auch der Systematik des deutschen Zivilrechts besser entspricht, von der Ebene des Schadenseintritts auf die von den Gerichten im Einzelfall zu beurteilende Ebene des Vorteilsausgleichs verschoben.

In der Entscheidung *Berliner Transportbeton* schloss das Kammergericht Berlin zwar den Einwand der Schadensüberwälzung aus, löste die Problematik einer mehrfachen

<sup>12</sup> *Hanover Shoe v United Shoe Machinery*, 392 US 481 (1968); *Illinois Brick v Illinois*, 431 US 720 (1977).

<sup>13</sup> Siehe etwa *Blair/Herdon*, A note on *Hanover Shoe*, 43 Antitrust Bull. 351 1998; kritisch *Richman/Murray*, Rebuilding *Illinois Brick*: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule, 81 S. Cal. L. Rev. 69 2007–2008; ausführlich zur Genesis auch *Bulst*, Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht (2006) 59 ff.

<sup>14</sup> Siehe *Bulst*, aaO, 108 ff mwN; *Topel* in *Wiedemann*, Kartellrecht, § 50 Zivilrechtliche Sanktionen, Rz 133 ff; *Dittrich*, Der passing-on-Einwand und die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells, GRUR 2009, 123; *Reisch*, Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen, WuW 2008, 1046; *Kleinlein/Schubert*, Die Auslobung als Möglichkeit zur Ausschaltung der Passing-on-Defence, WuW 2012, 345.

<sup>15</sup> Zur Entstehungsgeschichte vgl etwa *Lübbig* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Mülko Kartellrecht, § 33 GWB, Rn 11 ff.

Inanspruchnahme der Schädiger aber iS einer Gesamtgläubigerschaft von Erst- und Folgeabnehmer, die sich untereinander auszugleichen haben.<sup>16</sup>

Demgegenüber erkannte der BGH in der Entscheidung *Selbstdurchschreibepapier*, dass der Passing-on Einwand sehr wohl grundsätzlich zu beachten sei, obwohl keine Vermutung der Weiterwälzung des Schadens bestünde und diesbezüglich der Schädiger beweispflichtig bleibt.<sup>17</sup> Indirekten Abnehmern könne entsprechend dem Telos des Art 101 AEUV ein Ersatzanspruch nicht verwehrt werden. Der BGH hielt aber fest, dass die Frage der Schadensüberwälzung nach den Grundsätzen des Vorteilsausgleichs zu beurteilen sei, und so eigene Leistungen des Abnehmers zu berücksichtigen sind, was iE auf einen Gesamtvermögensvergleich hinausläuft.<sup>18</sup> Den Vorteil, den der Mittelsmann daraus zieht, dass er erhöhte Einstandspreise für ein kartellverfangenes Produkt ohne Margenverluste an die nächste Marktstufe weitergeben konnte, muss er sich also anrechnen lassen. Interessant ist mE insbesondere, dass sich der BGH bei der Begründung dieses Ansatzes über die Dogmatik des deutschen Schadenersatzrechts hinaus ganz wesentlich auf den europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz bezog.<sup>19</sup>

#### 4.2. Österreich

In Österreich besteht seit dem KaWeRÄG 2012<sup>20</sup> mit § 37a KartG eine dem § 33 Abs 3 GWB stark angelehnte Regelung, die zudem auch auf die Erwägungen des BGH zum Vorteilsausgleich aus der E *Selbstdurchschreibepapier* Bezug nimmt.<sup>21</sup> § 37a Abs 1 KartG lautet:

„Wer schuldhaft eine Rechtsverletzung nach § 29 Z 1 begeht, ist zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überhöhten Preis bezogen, so ist der Schadenersatzanspruch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 273 ZPO kann insbesondere der Vorteil, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Die Schadenersatzforderung hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens in sinngemäßer Anwendung des § 1333 ABGB zu verzinsen.“

<sup>16</sup> KG I. 10. 2009, 2 U 10/03.

<sup>17</sup> BGH 28. 6. 2011, KZR 75/10,

<sup>18</sup> So schon *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht (2006), § 33 Rn 119 ff.

<sup>19</sup> Ausführliche Besprechung und Kritik dieser E bei *Lübbig/Thomas*, Zivilprozessuale Folgen des ORWI-Urteils des BGH zur kartellrechtlichen „Passing-on-Defence“, wip 2012, 166; siehe auch *Bischke/Brack*, Grundsatzurteil des BGH zur Haftung von Kartellteilnehmern gegenüber mittelbar Geschädigten und zur „passing on defence“, NGZ 2012, 333; *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, GWB § 33, Rn 61 ff; *Soyez*, Schadenersatzanspruch des indirekten Abnehmers von Kartellteilnehmern, EuZW 2012, 100.

<sup>20</sup> BGBl I Nr 13/2013.

<sup>21</sup> Vgl die Erläuterungen zu Art. 1 Z 23 (§ 37a) der Regierungsvorlage; ErläutRV 1804 BlgNR 24. GP 10 ad § 37a.

Fraglich bleibt nach dem Wortlaut dieser Formulierung, ob in Fällen der Weiterverarbeitung des kartellierten Produktes, bei denen technisch gesehen ja ein anderes Produkt weiterveräußert wird, die *Passing-on-Defence* zuzulassen sein wird.<sup>22</sup> ME spricht in diesem Fall weniger der Wortlaut, als der Umstand gegen eine Anwendung des Abwälzungseinwands, dass die durch Weiterverarbeitung erreichte Wertsteigerung und der damit verbundene Vorteil des Wiederverkäufers nicht zu dessen Lasten gehen sollten. Dieses Argument sollte mE auch dann greifen, wenn der Erstabnehmer besondere Anstrengungen im Vertrieb unternimmt und es ihm dadurch gelingt, überhöhte Preise besser bei seinen Abnehmern unterzubringen.

Ob und in welchem Ausmaß das Institut des Vorteilsausgleichs für die Lösung der Abwälzungsproblematik letztlich zur Anwendung kommen wird, ist aber nach Wunsch des österreichischen Gesetzgebers den österreichischen Gerichten überlassen. Diese waren (und sind<sup>23</sup>) insbesondere im Zusammenhang mit den Schadenersatzprozessen im Nachgang des Aufzugkartells mit Fragen der Schadensüberwälzung befasst. Mit Verweis auf seine frühere Judikatur im Fall *Bankomatvertrag*<sup>24</sup> löst der OGH die hier auftretenden Fragen im Zusammenhang mit der Weitergabe von überhöhten Wartungsentgelten aber über das Institut der Drittschadensliquidation. Wenn Wartungsentgelte nicht den Hauseigentümern, sondern Hausverwaltungen oder Bauträgern in Rechnung gestellt wurden, schließt das die Aktivlegitimation der Hauseigentümer nicht von vornherein aus. Falls überhöhte Wartungskosten bei den Klägerinnen aufgrund eines Innenverhältnisses zum unmittelbaren Vertragspartner, das bereits bei Schadenseintritt bestanden hat, wirksam geworden sein sollten, wäre von einer Schadensverlagerung auszugehen, die eine Drittschadensliquidation ermöglicht.<sup>25</sup>

Gegenüber dem Institut des Vorteilsausgleichs erfordert die Drittschadensliquidation aber mE einen stärkeren vertraglichen Zusammenhang, wie er in den Aufzugsfällen in Form von Aufträgen, Rechnungen Dritter etc) vorliegt.<sup>26</sup> Die schadenersatzrechtliche Literatur spricht vom Erfordernis einer „Risikotragungsregel“ für die Schadensüberwälzung und ihre Lösung im Wege der Drittschadensliquidation.

Im Ergebnis gibt die bislang vorliegende Jud des OGH zur Schadensüberwälzung mE aber noch wenig Aufschluss über die konkreten Wirkungen des in § 37a KartG geregelten „modifizierten Ausschlusses“ des Passing-On-Einwandes. Die bislang entschiedenen Fälle scheinen mir alle insoweit Sonderfälle zu sein, als dort jeweils die erwähnten „Risikotragungsregeln“ vorlagen und eine über die Drittschadensliquidation zu lösende bloße Schadensverlagerung angenommen werden konnte. Ob diese Lösung auch für den Weiterverkauf von Waren und Dienstleistungen, zumal unter besonderen Marktverhältnissen bzw außerordentlichen Verkaufsanstrengungen des Mittelsmanns,

<sup>22</sup> Verneinend *Hoffer/Innerhofer*, *Passing-on-Defence*, ÖBl 2013, 257 (259).

<sup>23</sup> Vgl den Beitrag von *Wollmann* in diesem Band.

<sup>24</sup> OGH 4 Ob 64/12m, ÖBl 2013, 76.

<sup>25</sup> OGH 26. 5. 2014, 8 Ob 81/13i.

<sup>26</sup> *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1296 Rz 16 ff.

geeignet ist, erscheint fraglich. ME enthalten die Fälle der Schadensüberwälzung gegenüber jenen der bloßen Schadensverlagerung eine stärkere aktive Komponente des Mittelsmanns was im Wege der Vorteilsanrechnung zu lösen wäre (wenn hier nicht ohnehin ein strenger Ausschluss der Abwälzungseinrede angebracht wäre).

## 5. Ausblick

Im Ergebnis wirft die Frage der Schadenüberwälzung und ihrer Auswirkungen auf Bestehen bzw Höhe eines Schadenersatzanspruches des Mittelmannes auch nach den Regelungen des deutschen, österreichischen und des RL-Gesetzgebers nach wie vor von der Rsp zu lösende Fragen auf. Wie so oft im Wettbewerbsrecht wird bei deren Lösung maßgeblich auf die tatsächlichen ökonomischen Verhältnisse in der Absatzkette und das Marktumfeld einer kartellierten Preiserhöhung Rücksicht zu nehmen sein. Im deutschen Schrifttum sind dazu unlängst umfangreiche Vorarbeiten vorgelegt worden, die auch für die österreichische Entscheidungs- (bzw Gutachtens-)praxis wertvolle Erkenntnisse bringen.<sup>27</sup> Auch die Kommission hat weitere Guidance zugesagt. Ohne eine klare (wenn auch zugegeben holzschnittartige) Lösung, wie sie der *Supreme Court* gefunden hat, bleiben aber komplexe Fragen, die nur im Einzelfall gelöst werden können. Der Aufwand der Kläger im Kartellschadenersatzverfahren bleibt damit beachtlich.

Für den mit der Umsetzung der Schadenersatz-RL befassten österreichischen Gesetzgeber ergibt sich aus den oben diskutierten Problemen aber mE kein unmittelbarer Handlungsbedarf. Der von der RL geforderte Rahmen wird mE bereits durch § 37a KartG in seiner derzeitigen Form erfüllt. Eine weitere gesetzliche Konkretisierung würde den oben erwähnten Bedürfnissen des Einzelfalls wohl nicht gerecht. Dass die bestehende Regelung samt den dazugehörigen Erläuterungen des Gesetzgebers allerdings auch wenig Anhaltspunkte zur Wahrung ev bestehender nationaler (zivilrechtlicher) Handlungsspielräume bietet, muss klar sein.

Abschließend bleibt mit Spannung zu erwarten, ob und wann sich der EuGH erstmals explizit im wettbewerbsrechtlichen Kontext zu Fragen der Schadensabwälzung äußert. Wenn auch die teleologischen Wurzeln der abgabenrechtlichen Rückerstattungspflicht und des Kartellschadenersatzanspruches durchaus anders gelagert scheinen, so ist doch zu erwarten, dass der Gerichtshof seine Billigung des Abwälzungsarguments auch im kartellrechtlichen Zusammenhang aufrechterhalten würde.

<sup>27</sup> *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen (2014) Rz 241 ff.