Georg Friedrich Hensel, Greifswald*

Kausalität im Kartellschadensersatzrecht: Umbrella-Pricing und Passing-on-Einrede

Die Arbeit behandelt die für das Kartellrecht wichtigen Phänomene des Umbrella-Pricing und der Passing-on-Defense. Das Umbrella-Pricing beschreibt den Sachverhalt, dass sich Kartellaußenseiter auf einem kartellverzerrten Markt mit großer Wahrscheinlichkeit dem Kartell in seiner Preispolitik anpassen. Die Passing-on-Defense ist die Einrede eines Kartellangehörigen, sein Abnehmer hätte den kartellbedingt zu hoch angesetzten Preis erfolgreich an seine Abnehmer weitergeben können und ihm sei insoweit kein ersatzfähiger Schaden entstanden. Die Arbeit umfasst die wirtschaftlichen Voraussetzungen sowie die rechtliche Einordnung und Bewertung dieser Phänomene.

I. Einleitung

Der Einfluss von Kartellen auf den Markt ist aufgrund vieler zusammenwirkender wirtschaftsökonomischer Faktoren schwer zu beziffern. Kartelle werden nur in seltenen Fällen überhaupt aufgedeckt und wenn dies passiert, ist es nur schwer möglich, ihren gesamtwirtschaftlichen Schaden anzugeben, da praktisch jeder Verbraucher die Auswirkungen – wenn auch nur unmerklich – zu spüren bekommt. In den Beziehungen zwischen den Kartellangehörigen und ihren direkten Abnehmern lässt sich ein Schaden noch vergleichsweise einfach beziffern, indem der Kartellpreis mit einem hypothetischen kartellfreien Marktpreis verglichen wird und die Differenz den Schaden darstellt. Schwieriger wird es, wenn man die Auswirkungen des Kartells auf Mitbewerber, sonstige Marktteilnehmer, bis hin zum Verbraucher erstreckt. Diese Arbeit soll untersuchen, ob auch Marktteilnehmer jenseits der direkten Abnehmer von Kartellprodukten Schadensersatzansprüche gegenüber dem Kartell geltend machen können und inwiefern ein Schaden auf nachgelagerten Marktstufen dem Kartell kausal zugerechnet werden kann. Auch wird die Arbeit versuchen zu klären, ob ein möglicherweise erlittener Schaden eines direkten Kartellabnehmers an nachfolgende Marktstufen weitergegeben werden kann und was für Auswirkungen das auf die Schadenszurechnung und -berechnung hat.

II. Problemdarstellung

Maßgebliche Norm für Schadensersatzansprüche gegen Kartellanten ist § 33 Abs. 3 GWB. Diese Norm verspricht einen Schadensersatzanspruch, wenn durch einen Verstoß gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht ein Schaden entstanden ist. Hier ergibt sich freilich eine Reihe von Problemen. Zunächst erfordert ein Schadensersatzanspruch Kausalität zwischen dem Wettbewerbsverstoß nach § 33 Abs. 1 GWB und dem wirtschaftlichen Nachteil des Geschädigten.[1] In diesem Rahmen können Nachweisprobleme auftreten. Darüber hinaus bereitet die Feststellung der Schadenshöhe Schwierigkeiten, da mit hypothetischen Marktsituationen gearbeitet werden muss.[2] Es muss gefragt werden, zu welchem Preis die fraglichen Produkte verkauft worden wären, wenn ein funktionierender Wettbewerb geherrscht hätte. Im deutschen Schadensersatzrecht wird im Rahmen der Kausalität zwischen

* Stud. jur. *Georg Friedrich Hensel* studiert im 12. Semester Rechtswissenschaften an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Schwerpunktbereich „Recht der Wirtschaft“ im Sommersemester 2016 bei Prof. Dr. *Axel Beater* und wurde mit 14 Punkten bewertet.
Anmerkung: Die 9. GWB-Novelle wurde – nach der Abgabe der Studienarbeit – vom Bundestag am 09.03.2017 verabschiedet.

1 *Bechtold/Bosch*, Kommentar zum GWB, 8. Aufl. 2015, § 33 Rn. 29.

2 Vgl. *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht (Kommentar), 3. Aufl. 2016, § 33 GWB Rn. 48 ff.

der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität unterschieden. Bei der haftungsbegründenden Kausalität geht es im Grunde um die Frage, ob zwischen dem Verhalten des mutmaßlichen Schädigers und der eingetretenen Rechtsgutverletzung ein Zusammenhang besteht, der haftungsrechtlich relevant ist.[3] Die haftungsbegründende Kausalität liegt jedenfalls vor, wenn dem mutmaßlichen Schädiger ein Verstoß gegen § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV nachgewiesen ist. In dieser Arbeit wird das Vorliegen der haftungsbegründenden Kausalität, mithin ein Kartell im Sinne des § 1 GWB, vorausgesetzt. Die haftungsausfüllende Kausalität beschreibt den Zusammenhang zwischen der Rechtsgutverletzung und dem eingetretenen Schaden.[4] Für einen Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 S. 1 GWB muss ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Verstoß nach Abs. 1 und dem wirtschaftlichen Nachteil des Geschädigten bestehen.[5] Erforderlich ist eine adäquate Kausalität.[6] Bei verbotenen Preisabsprachen auf horizontaler Ebene besteht der kausale Schaden häufig in dem erhöhten Bezugspreis der Waren oder Dienstleistungen.[7] Auch ein entgangener Gewinn in Form eines Absatzrückgangs kann als kausaler Schaden zu berücksichtigen sein. Dieser kann beispielsweise dadurch entstehen, dass der Geschädigte aufgrund der kartellbedingten Preiserhöhung weniger Waren beziehen kann oder dass er den erhöhten Einkaufspreis an den Kunden weiterreicht und er dadurch einen Nachfragerückgang verzeichnen muss.[8] Ein Schwerpunkt dieser Arbeit betrifft die Fälle, in denen Kartellaußenseiter im Windschatten von Kartellen gleichfalls ihre Preise erhöhen (sogenanntes Umbrella-Pricing).[9] Die Frage in solchen Situationen ist, ob Abnehmer dieser Kartellaußenseiter Schadensersatz von den Kartellangehörigen verlangen können mit der Begründung, diese hätten die Preiserhöhung der Kartellaußenseiter durch ihr verbotenes Verhalten zurechenbar verursacht. Problematisch an dieser Konstellation ist insbesondere, dass Abnehmer und Kartellant überhaupt keine Berührungspunkte haben, geschweige denn einen Vertrag geschlossen haben. In der Arbeit werden die wirtschaftlichen Voraussetzungen, die für das Entstehen sogenannter Umbrella-Effekte gegeben sein müssen, erläutert und sodann eine rechtliche Einordnung und Bewertung vorgenommen. Ein weiterer Schwerpunkt dieser Arbeit liegt bei der Feststellung der Bewertung von Situationen, in denen ein Abnehmer von Kartellmitgliedern die kartellbedingte Preiserhöhung an seine Kunden weitergibt und der Schädiger sich infolge dessen darauf beruft, der Schaden sei gar nicht oder nur in geringerem Umfang eingetreten (sogenannte Passing-on-Defense oder Passing-on-Einrede).[10] In dieser Arbeit wird sowohl eine dogmatische Einordnung der Passing-on-Defense vorgenommen als auch der steinige Weg von darauf bezogener Rechtsprechung und Literatur nachvollzogen und bewertet.

III. Umbrella-Pricing

1. Allgemeines

Das Phänomen des Umbrella-Pricing ist kein wirklich neues, wurde aber in den letzten Jahren immer intensiver problematisiert und diskutiert.[11] Dies hat hauptsächlich seinen Grund in der verbraucherfreundlichen Rechtsprechung des EuGH in den letzten Jahren, nach der jedermann gerichtlich Schadensersatzansprüche wegen Kartellrechtsverstößen geltend machen kann.[12] Wenn sich Kartelle bilden, um Preise abzusprechen, treten häufig sogenannte Preisschirmeffekte auf.[13] Darunter ist der ökonomische Sachverhalt zu verstehen, dass sich preisliche Spielräume und Absatzchancen verbessern, je höher die Preise der anderen Anbieter auf dem relevanten Markt sind.[14] Dementsprechend können Unternehmen, die nicht zu dem eigentlichen Kartell gehören, ihre Preise dem durch die Kartellabsprachen erhöhten Preisniveau anpassen.[15] Bildlich gesprochen können sie sich also unter dem Preisschirm des Kartells ansiedeln. Der Abnehmer bezahlt somit auch dann mehr für die angebotenen Waren oder Dienstleistungen, wenn er bei Anbietern kauft, die dem Kartell nicht angehören. Das Kartell ist dann zumindest mitverantwortlich für den höheren Kaufpreis, auch wenn es keinerlei vertragliche Beziehung zu dem Abnehmer hat. Es stellt sich mithin die Frage, ob und inwiefern die Kartellmitglieder für den Schaden, der dem Abnehmer durch den höheren Kaufpreis bei einem Kartellaußenseiter entsteht, haften müssen.

2. Wirtschaftliche Voraussetzungen für Preisschirmeffekte

Preisschirmeffekte treten nicht pauschal mit jedem Kartell auf. Es gibt eine Reihe von ökonomischen Faktoren, die das Entstehen von Preisschirmeffekten begünstigen. Einer dieser Faktoren ist die Marktstruktur auf dem relevanten Markt, also insbesondere die Verteilung der Marktanteile.

3 *Magnus*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht (Kommentar), 3. Aufl. 2016, Vorbemerkung zu §§ 249-255 Rn. 62.

4 *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 105.

5 *Bechtold/Bosch* (Fn. 1), § 33 Rn. 29.

6 *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 2), § 33 GWB Rn. 47.

7 *Topel*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 50 Rn. 92.

8 Vgl. *Topel*, in: Wiedemann (Fn. 7), § 50 Rn. 92.

9 *Emmerich*, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, § 40 Rn. 17a.

10 *Bechtold/Bosch* (Fn. 1), § 33 Rn. 31.

11 *Stöber*, Schadensersatzhaftung für Preisschirmeffekte bei Verstößen gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht, EuZW 2014, 257; wegweisend hierfür schon *Blair/Maurer*, Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis, Utah Law Review (1982), 763.

12 *Beth/Pinter*, Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren, WuW 2013, 228 (229) m.w.N.

13 *Stöber* (Fn. 11), EuZW 2014, 257.

14 *Beth/Pinter* (Fn. 12), WuW 2013, 228 (229).

15 *Lettl*, Haftungsausfüllende Kausalität für einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB, insbesondere beim sog. „umbrella pricing", WuW 2014, 1032.

Preisschirmeffekte werden maßgeblich begünstigt durch eine marktbeherrschende Stellung des Kartells.[16] Dieser Faktor wird zusätzlich verstärkt, je geringer die Anteile der Kartellaußenseiter am jeweiligen relevanten Markt sind.[17] Der Grund dafür, dass sich die kleineren Kartellaußenseiter stärker an den vom Kartell festgesetzten Preisen orientieren, liegt in der eingeschränkten Möglichkeit, ihr Angebot so schnell auszuweiten, dass sie die gesteigerte Nachfrage ausreichend befriedigen können (geringe Angebotselastizität).[18] Die gesteigerte Nachfrage nach Produkten der Kartellaußenseiter ergibt sich daraus, dass die Abnehmer versuchen, die kartellbefangenen Produkte mit gleichen oder ähnlichen Produkten zu substituieren, die außerhalb des Kartells angeboten werden.[19] Da eine Ausweitung des Angebots typischerweise mit steigenden Grenzkosten einhergeht, ruft dies wiederum eine Preiserhöhung der Kartellaußenseiter hervor, die kostendeckend wirtschaften müssen.[20] Preisschirmeffekte sind aber auch dort möglich, wo das Kartell keine marktbeherrschende Stellung hat. Das Kartell gibt hier weniger Nachfrage an die Kartellaußenseiter ab als ein Kartell mit großer Marktabdeckung. Die Kartellaußenseiter werden daher ihre Preise weniger stark erhöhen, aber aufgrund der gestiegenen Nachfrage, die sie registrieren, werden auch sie ihre Preise anpassen. Der Preisschirmeffekt ist daher grundsätzlich schwächer, je geringer die Marktmacht des Kartells ist, aber er ist keinesfalls ausgeschlossen.[21] Ein weiterer Faktor, der Preisschirmeffekte begünstigt, ist eine hohe Homogenität der Produkte von Kartellanten sowie Kartellaußenseitern.[22] Je mehr sich die Produkte der verschiedenen Anbieter gleichen, desto höher ist die Bereitschaft der Abnehmer, Produkte von Kartellmitgliedern durch solche von Kartellaußenseitern zu substituieren, wodurch der Nachfrageüberhang bei den Kartellaußenseitern weiter ausgebaut wird.[23] Sind die Produkte von Kartell und Kartellaußenseitern differenzierter, bedeutet dies keineswegs, dass Preisschirmeffekte ausgeschlossen sind. Auch hier versuchen die Abnehmer, die kartellbefangenen Produkte zu substituieren, was zu einer steigenden Nachfrage bei den Kartellaußenseitern führt. Je nach Differenzierungsgrad fällt der Preisschirmeffekt hier aber deutlich geringer aus als auf Märkten mit stark homogenen Produkten.[24] Darüber hinaus spielt die Transparenz des Marktes eine große Rolle, denn je offensichtlicher die Preispolitik des Kartells ist, desto leichter ist die Anpassung an die Kartellpreise.[25]

3. Kone-Urteil des EuGH

Der EuGH musste sich im *Kone*-Urteil[26] mit der Problematik der Umbrella-Effekte befassen.

a) Sachverhalt

Im Ausgangsfall hatte ein Tochterunternehmen der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB-Infrastruktur) in Österreich gegen die Mitglieder eines Kartells wegen des Schadens geklagt, der ihm durch Preisschirmeffekte entstandenen sei. Die beklagten Unternehmen Kone, Otis, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen, Schindler Liegenschaftsverwaltung und ThyssenKrupp Aufzüge hatten sich zumindest seit den 80er Jahren zu dem Zweck zusammengeschlossen, den Aufzugs- und Fahrtreppenmarkt in Belgien, Deutschland, Luxemburg und den Niederlanden unter sich aufzuteilen und damit höhere Preise zu sichern, als unter normalen Wettbewerbsbedingungen möglich gewesen wären.[27] Die Europäische Kommission hatte zuvor Bußgelder von insgesamt 992 Millionen Euro gegen die Kartellbeteiligten (mit Ausnahme von ThyssenKrupp als Kronzeugen) verhängt.[28] ÖBB-Infrastruktur verlangte knapp 2 Millionen Euro Schadensersatz wegen des Schadens, der ihr dadurch entstanden sei, dass sie von Dritten, nicht kartellbeteiligten Unternehmen Aufzüge und Fahrtreppen zu einem höheren Preis gekauft habe, als unter normalen Umständen und funktionierendem Wettbewerb zustande gekommen wäre, wenn diese Unternehmen ihre Preise nicht im Windschatten des Kartells hätten erhöhen können.[29] Das österreichische Erstgericht wies die Klage ab, das Gericht zweiter Instanz gab ihr jedoch statt.[30] Im Zentrum des Verfahrens standen die Anforderungen an die haftungsausfüllende Kausalität bei außervertraglichen Schadensersatzansprüchen, namentlich der adäquate Kausalzusammenhang sowie der Rechtswidrigkeitszusammenhang.[31] Der österreichische Oberste Gerichtshof verneinte das Vorliegen dieser Kriterien in Fällen des Umbrella-Pricing mit der Begründung, dass die Preisfestsetzung durch den Kartellaußenseiter eine eigene unternehmerische Entscheidung darstelle, die losgelöst von dem Verhalten der Kartellmitglieder

16 *Beth/Pinter* (Fn. 12), WuW 2013, 228 (231 f.).

17 *Beth/Pinter* (Fn. 12), WuW 2013, 228 (231).

18 *Beth/Pinter* (Fn. 12), WuW 2013, 228 (231); *Hoffmann*, in: Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 39. EL 2016, Stand: September 2015, § 2, Art. 101 AEUV Rn. 139.

19 *Inderst/Meier-Rigaud/Schwalbe*, Preisschirmeffekte, WuW 2014, 1043 (1044).

20 Grenzkosten sind die Kosten der letzten produzierten Einheit, siehe *Coppik/Haucap*, Die Behandlung von Preisschirmeffekten bei der Bestimmung von Kartellschäden und Mehrerlösen, WuW 2016, 50 (53); vgl. auch *Pauer*, Schadensersatzansprüche aufgrund von „Preisschirmeffekten" bei Kartellverstößen, WuW 2015, 14 (16) und *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe* (Fn. 19), WuW 2014, 1043 (1045).

21 So jedenfalls bei strategischen Kartellaußenseitern mit gewisser Marktmacht, die nicht mehr als reine Preisnehmer (sog. „wettbewerblicher Rand") agieren, *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe* (Fn. 19), WuW 2014, 1043 (1049).

22 *Hoffmann*, in: Dauses (Fn. 18), § 2, Art. 101 AEUV Rn. 139.

23 *Hoffmann*, in: Dauses (Fn. 18), § 2, Art. 101 AEUV Rn. 139.

24 So auch *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe* (Fn. 19), WuW 2014, 1043 (1047 f.).

25 *Hoffmann*, in: Dauses (Fn. 18), § 2, Art. 101 AEUV Rn. 139; Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag vom 30.01.2014 in der Rechtssache C-557/12, Rn. 48.

26 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12 – *Kone*.

27 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 5, 8.

28 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 6.

29 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 10.

30 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 11.

31 Vgl. EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 13 ff.

entstehe und damit den Kausalzusammenhang unterbreche.[32] Der ÖOGH qualifizierte diese Seitenwirkung mithin als atypischen Erfolg des Handelns der Kartellmitglieder. Auch den Rechtswidrigkeitszusammenhang schloß der ÖOGH in diesem Fall aus, da für einen Schadensersatzanspruch erforderlich sei, dass die verletzte Norm gerade den Interessenschutz des Geschädigten bezwecke. Das Kartellverbot solle jedoch nur die Abnehmer der kartellbeteiligten Unternehmen schützen, gegen die sich der Wettbewerbsverstoß primär richtet.[33] Der ÖOGH hatte jedoch Zweifel daran, ob dieses Ergebnis mit dem europäischen Effektivitätsgrundsatz vereinbar ist, gerade auch im Hinblick auf frühere Rechtsprechung des EuGH in Sachen *Manfredi*[34], *Courage vs. Crehan*[35] oder *Pfleiderer*[36]. Er legte daher dem EuGH zur Vorabentscheidung die Frage vor, ob der Effektivitätsgrundsatz es erfordere, Schadensersatzansprüche auch aufgrund von Umbrella-Effekten zuzusprechen.[37]

b) Urteil

Der EuGH betont, dass jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen könne, wenn zwischen dem nach Art. 101 AEUV verbotenen Kartell und dem Schaden ein ursächlicher Zusammenhang bestehe, denn das diene der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs.[38] Der EuGH führt weiter aus, dass der Unternehmer, der nicht am Kartell beteiligt ist, zwar seine Preise aufgrund eigener Erwägungen autonom bestimme. Dabei richte er sich aber maßgeblich nach dem Marktpreis als einem der wichtigsten Wettbewerbsparameter, der durch die Kartellabsprache verfälscht sei.[39] Gelinge es dem Kartell, den Preis künstlich hochzuhalten und seien „bestimmte Marktbedingungen, insbesondere hinsichtlich der Art des Produkts oder der Größe des von diesem Kartell erfassten Marktes erfüllt", könne eine preisliche Orientierung der Kartellaußenseiter am Kartellpreis nicht ausgeschlossen werden.[40] Demnach gehöre das Umbrella-Pricing zu den vorhersehbaren Folgen einer Kartellabsprache.[41] Laut EuGH untergrabe es die volle Wirksamkeit des Art. 101 AEUV, wenn nationale Regelungen einen Schadensersatzanspruch aufgrund von Umbrella-Pricing kategorisch und unabhängig von den speziellen Umständen des Einzelfalls von einer unmittelbaren Kausalkette abhängig machen und ihn nur deshalb ausschließen, weil der Betroffene keine direkt vertragliche Beziehung zu dem Kartellbeteiligten hat.[42] Daher könne ein Geschädigter den „Ersatz des ihm durch die Mitglieder eines Kartells entstandenen Schadens verlangen, wenn erwiesen ist, dass dieses Kartell nach den Umständen des konkreten Falles und insbesondere den Besonderheiten des betreffenden Marktes ein ‚Umbrella-Pricing' durch eigenständig handelnde Dritte zur Folge haben konnte, und wenn diese Umstände und Besonderheiten den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben konnten." Die nationalen Gerichte müssen dies prüfen.[43]

c) Relevanz und Analyse des Urteils

Die Ausführungen des EuGH beziehen sich mittelbar auf das österreichische Recht und sind damit ohne weiteres auch auf das deutsche Recht übertragbar. Da es sich bei der entsprechenden deutschen Vorschrift des § 33 Abs. 3 S. 1 GWB in Verbindung mit Art. 101 AEUV, § 1 GWB um einen der Sache nach deliktischen Anspruch handelt, sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff., 249 ff. BGB anwendbar.[44] Die Aussagen haben letztlich genauso Relevanz für das deutsche Recht, da im deutschen, ebenso wie im österreichischen Recht, für die haftungsausfüllende Kausalität auf einen adäquaten Kausalzusammenhang sowie auf einen Rechtswidrigkeitszusammenhang abgestellt wird. Bei letzterem spricht man auch von dem Schutzzweck der Norm.[45] Dem Urteil lassen sich einige Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch aufgrund von Umbrella-Pricing entnehmen.

aa) Adäquater Kausalzusammenhang

Zunächst ist ein adäquater Kausalzusammenhang erforderlich. Mangels unionsrechtlicher Regelung richtet sich die Beurteilung des ursächlichen Zusammenhangs nach den nationalen Rechtsordnungen.[46] Dabei müsse jedoch der unionsrechtliche Äquivalenz-[47] und Effektivitätsgrundsatz[48] berücksichtigt werden. Der Spielraum des nationalen Rechts endet laut EuGH dort, wo es einen unmittelbaren Kausalzusammenhang im Sinne einer direkten Vertragsbeziehung fordert und mittelbare Schäden kategorisch als nicht ersatzfähig eingestuft werden.[49] Grund für das Erfordernis adäquater Kausalität ist es, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen

32 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 14, vgl. auch Rn. 31.
33 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 15.
34 EuGH, 13.07.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04 – *Manfredi*.
35 EuGH, 20.10.2001, Rs. C-453/99 – *Courage vs. Crehan*.
36 EuGH, 14.06.2011, Rs. C-360/09 – *Pfleiderer*.
37 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 17.
38 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 22 f.
39 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 29.
40 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 29.
41 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 30.
42 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 33.
43 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 34.
44 *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 2), § 33 GWB Rn. 34.
45 Vgl. *Oetker*, in: MüKo BGB (Fn. 4), § 249 Rn. 109 ff.
46 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 24; *Pauer* (Fn. 20), WuW 2015, 14 (21).
47 Die Vorschriften über Rechtsbehelfe, die dem Einzelnen zur Durchsetzung von Ansprüchen zustehen, die er unmittelbar aus dem Unionsrecht herleitet, dürfen nicht schwächer sein, als bei entsprechenden Rechtsbehelfen, die nur das nationale Recht betreffen, vgl. EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 25 sowie *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 4. Aufl. 2015, § 8 Rn. 14.
48 Nationale Verfahrensvorschriften dürfen die aus dem Unionsrecht hergeleiteten Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, vgl. EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 25 sowie *Schroeder*, Europarecht (Fn. 47), § 8 Rn. 15.
49 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 33; *Pauer* (Fn. 20), WuW 2015, 14 (22); *Spengler*, Schadensersatz für Preisschirmeffekte – Umbrella Pricing, NZBau 2015, 149 (150).

der Kartellanten auf der einen Seite und den Interessen der Geschädigten auf der anderen Seite zu finden.[50] Die Geschädigten einerseits sollen nicht in jedem Fall ohne Ausgleich bleiben, während die Kartellanten andererseits nicht von einer uferlosen Haftung getroffen werden sollen. Der EuGH hat daher eine objektive und eine subjektive Voraussetzung formuliert, anhand derer ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Kartellverstoß und Schaden des Kunden des Kartellaußenseiters festzustellen ist.

(1) Objektive Voraussetzung

Auf der objektiven Seite muss „das Kartell nach den Umständen des konkreten Falls und insbesondere den Besonderheiten des betreffenden Marktes ein ‚Umbrella-Pricing' durch eigenständig handelnde Dritte zur Folge haben" können.[51] Es ist nicht notwendig, dass das Kartell tatsächlich ein Umbrella-Pricing zur Folge hatte. Vielmehr reicht dessen Möglichkeit aus, was eine Beweiserleichterung für den Geschädigten darstellt und den präventiven Charakter des Art. 101 AEUV als abstraktes Gefährdungsdelikt in den Mittelpunkt rückt.[52] Der EuGH hält insoweit fest, dass es den kartellierten Unternehmen gelingen muss, den Preis für bestimmte Produkte künstlich hochzuhalten und dass bestimmte Marktbedingungen, insbesondere hinsichtlich der Art des Produktes oder der Größe des von diesem Kartell erfassten Marktes, erfüllt sein müssen.[53] Zur Art des Produktes macht der EuGH keine weiteren Angaben. Er könnte sich jedoch hierbei auf den Grad der Homogenität des Produktes beziehen. Bei besonders hochwertigen und langlebigen Produkten, wie den hier infrage stehenden Aufzügen und Fahrtreppen, kann regelmäßig von einer hohen Markttransparenz ausgegangen werden.[54] Wie schon oben erläutert, besteht aufgrund dieser Transparenz eine größere Wahrscheinlichkeit, dass sich Kartellaußenseiter an den Preisen des Kartells orientieren.[55] Hinsichtlich des Produktpreises ist der hypothetische Preis zu ermitteln, der bestünde, wenn es keine Kartellabsprachen gäbe. Dadurch kann der durch das Umbrella-Pricing entstandene Schaden bestimmt werden. Für die Ermittlung des hypothetischen Preises können zeitliche, räumliche oder sachliche Vergleichsmärkte als Referenzmaßstab betrachtet werden.[56] Es ist jedoch darauf zu achten, nicht etwa die Preise der Kartellaußenseiter des kartellierten Marktes zum Vergleich heranzuziehen, da dieser Markt durch das Kartell und die daraus entstehenden Preisschirmeffekte insgesamt verzerrt ist und sich nicht als Vergleichsmarkt eignet.[57] Unter Berücksichtigung all dieser Voraussetzungen hat das jeweils zuständige nationale Gericht festzustellen, ob das Kartell einen Preisschirmeffekt bewirken kann. Aus all dem ergibt sich auch, dass Mitursächlichkeit für einen hinreichenden Kausalzusammenhang ausreichen kann. Steht ein Umbrella-Effekt in Frage, wird grundsätzlich nur Mitursächlichkeit vorliegen, da stets das Handeln des Kartellaußenseiters notwendig ist, um einen solchen Effekt hervorzurufen.

(2) Subjektive Voraussetzung

Darüber hinaus fordert der EuGH, dass die „Umstände und Besonderheiten den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben konnten."[58] Da hier auf die Sicht des Schädigers abzustellen ist, bedarf es einer normativen Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen diese Umstände und Besonderheiten nicht verborgen bleiben konnten.[59] Es geht hier um die Vorhersehbarkeit der möglichen Entstehung von Preisschirmeffekten in Folge des Kartells. Dafür ist von entscheidender Bedeutung, was für Anforderungen an den Betrachter gestellt werden. Der EuGH liefert hierfür keine ausdrücklichen Anhaltspunkte, aber er scheint von einem durchschnittlichen Marktteilnehmer auszugehen, der das Marktgeschehen beobachtet und es seinen geschäftlichen Entscheidungen zugrunde legt.[60] Weiterhin leitet der EuGH aus dem Vorliegen der objektiven Voraussetzungen das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen ab („Folglich […] nicht verborgen bleiben").[61] Je stärker die objektiven Voraussetzungen für die Entstehung von Preisschirmeffekten sprechen, desto vorhersehbarer sind die Folgen für die Kartellbeteiligten. Damit werden die objektiven Voraussetzungen zum Beurteilungsmaßstab der subjektiven Voraussetzungen.[62] Ein Verschulden muss dem Schädiger im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität nicht nachgewiesen werden. Wenn eine haftungsbegründende Kausalität vorliegt und den Schädiger diesbezüglich Verschulden trifft, so muss er auch für nichtverschuldete Folgen seines Handelns verantwortlich sein.[63] Dies wird mit dem Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 33 Abs. 3 S. 1 GWB begründet, wo von dem „daraus" entstehenden Schaden gesprochen wird.[64]

bb) Rechtswidrigkeitszusammenhang

Der Rechtswidrigkeitszusammenhang (oder auch Schutzzweck der Norm) bezeichnet einen Ansatz, nach dem der Schädiger nur für die Schäden haften soll, die sich als Verwirklichung gerade der Gefahr darstellen, derer wegen der Gesetzgeber das Verbot erlassen hat. Es ist also zu fragen, welchen Schutzzweck der Art. 101 AEUV erfüllen

50 *Lettl* (Fn. 15), WuW 2014, 1032 (1037).

51 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 34, vgl. auch Rn. 29 („kann nicht ausgeschlossen werden").

52 *Lettl* (Fn. 15), WuW 2014, 1032 (1038).

53 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 29; so auch *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe* (Fn. 19), WuW 2014, 1043 (148 ff.).

54 *Lettl* (Fn. 15), WuW 2014, 1032 (1039).

55 Siehe III. 2.

56 *Beth/Pinter* (Fn. 12), WuW 2013, 228 (233) m.w.N.; *Pauer* (Fn. 20), WuW 2015, 14 (19).

57 *Beth/Pinter* (Fn. 12), WuW 2013, 228 (233 f.).

58 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 34.

59 *Lettl* (Fn. 15), WuW 2014, 1032 (1039).

60 *Lettl* (Fn. 15), WuW 2014, 1032 (1039).

61 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 30.

62 *Lettl* (Fn. 15), WuW 2014, 1032 (1039).

63 *Oetker*, in: MüKo BGB (Fn. 4), § 249 Rn. 107.

64 *Oetker*, in: MüKo BGB (Fn. 4), § 249 Rn. 107 m.w.N.

soll. Der EuGH führt dazu aus, dass Art. 101 AEUV das Ziel verfolge, den wirksamen und unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt zu sichern und damit Preise, die unter den Bedingungen eines freien Wettbewerbs festgesetzt werden.[65] Der Kartellverstoß richtet sich zwar primär gegen den Kunden des Kartells. Trotzdem schließt der EuGH auch mittelbare Abnehmer, also die Kunden von Kartellaußenseitern in diesen Schutz ein, lässt also eine sehr weite Auslegung des Schutzbereiches erkennen.[66] Allein die Tatsache, dass der Abnehmer keine unmittelbaren vertraglichen Beziehungen zu dem Kartellangehörigen hat, reicht daher noch nicht aus, den Kausalzusammenhang aufgrund eines fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs zu unterbrechen. Damit wird ein Rechtswidrigkeitszusammenhang in Fällen des Umbrella-Pricing regelmäßig vorliegen.

d) Zusammenfassung

Fasst man den Inhalt des EuGH-Urteils zusammen, ergibt sich, dass Schadensersatzansprüche aufgrund von Umbrella-Pricing nicht kategorisch ausgeschlossen werden dürfen, nur weil keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen zwischen Kartellmitglied und Geschädigtem vorliegen. Darüber hinaus ist jeweils von den nationalen Gerichten zu klären, ob unter Berücksichtigung des europarechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Kartellverstoß und eingetretenem Schaden vorliegt. Dieser Zusammenhang erfordert, dass der Kartellverstoß eine bestimmte Folge haben konnte und dies dem Kartellangehörigen nicht verborgen bleiben konnte. Den Ausführungen des EuGH ist zu entnehmen, dass es dabei immer auf eine Betrachtung im Einzelfall unter Berücksichtigung der besonderen Marktbedingungen ankommt. Der Gerichtshof hat abschließend für Recht erkannt, dass „Art. 101 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach es aus Rechtsgründen kategorisch ausgeschlossen ist, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für Schäden haften, die daraus resultieren, dass ein an diesem Kartell nicht beteiligtes Unternehmen in Anbetracht der Machenschaften des Kartells seine Preise höher festgesetzt hat, als es dies ohne das Kartell getan hätte."[67] Urteile des EuGH zur Auslegung von Unionsrecht haben eine beträchtliche Bindungswirkung.[68] Das Urteil setzt für die Anwendung und Auslegung des Art. 101 AEUV bzw. §§ 1, 33 Abs. 3 S. 1 GWB verbindliche Kriterien fest, an denen sich die Gerichte der Mitgliedstaaten in Zukunft ausrichten müssen.

65 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 32.

66 Vgl. *Lettl* (Fn. 15), WuW 2014, 1032 (1040).

67 EuGH, 05.06.2014, Rs. C-557/12, Rn. 37.

68 *Schwarze*, in: EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 267 AEUV Rn. 71.

4. Reaktionen auf das Kone-Urteil

Das *Kone*-Urteil hat im Grundsatz Zustimmung in der Literatur gefunden, wird aber im Detail teilweise stark kritisiert.[69] Das Urteil kann als klägerfreundlich eingeordnet werden, da es das Haftungsrisiko für Kartellmitglieder auf mittelbare Schäden ausweitet und damit das finanzielle Risiko für Kartelle in Zukunft erhöht.[70] Damit reiht es sich in eine Reihe von Urteilen ein, die das Klagerecht von Abnehmern und Verbrauchern zunehmend stärken und erweitern.[71] Kritisiert wird das Urteil von mehreren Seiten. Dabei wird auf eine immer noch bestehende Rechtsunsicherheit hingewiesen, die sich daraus ergäbe, dass der EuGH in seinen Ausführungen nur sehr allgemein bleibt und wenig konkrete Anhaltspunkte dafür bietet, in welchen Fällen Kartelle tatsächlich adäquat kausal für das Umbrella-Pricing sein sollen.[72] Damit leiste der EuGH keinen ausreichenden Beitrag zu der Klarstellung, in welchem Verhältnis das Interesse des Geschädigten an einem Schadensersatz einerseits zu dem Interesse des Kartellanten andererseits, nicht uferlos für auch mittelbare Schäden haften zu müssen, steht.[73] *Pauer* kritisiert weiter, dass die nationalen Gerichte nun umfassende ökonomische Analysen der betreffenden Marktumstände vornehmen und wirtschaftliche Fachgutachten einholen müssten. Der schlichte Verweis des EuGH auf die nationalen Gerichte sei ferner nicht im Interesse eines einheitlichen europäischen Wettbewerbsrechts.[74] *Kühne* behauptet, aufgrund des Urteils hätten Kartellteilnehmer ab sofort Schwierigkeit, gegen sie gerichtete Schadensersatzforderungen zuverlässig abzuschätzen.[75] Gleichzeitig habe jedoch auch der Umbrella-Geschädigte Schwierigkeiten, die Möglichkeit von Preisschirmeffekten im Einzelfall zu beweisen, obwohl in dem bloßen Abstellen auf die Möglichkeit dieser Folgen eine Beweiserleichterung zugunsten des potentiellen Klägers zu sehen sei.[76] *Schwarze* orientiert sich bei seiner Einschätzung des Urteils weniger an der wirtschaftlichen Bedeutung der Entscheidung. Vielmehr

69 Vgl. *Schwarze*, Schadensersatz beim sog. umbrella pricing im europäischen Wettbewerbsrecht – Anmerkung zum Kone-Urteil des EuGH (Rs. C-557/12) v. 05.06.2014, in: Stumpf/Kainer/Baldus, (Hrsg.) Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht – Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag, 2015, 567 (572); *Coppik/Haucap* (Fn. 20), WuW 2016, 50 (56); im Ergebnis zustimmend, aber zu oberflächlich befindet *Pauer* (Fn. 20), WuW 2015, 12 (22 ff.).

70 *Spengler* (Fn. 49), NZBau 2015, 149 (150).

71 Siehe beispielsweise EuGH, 13.07.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04 – *Manfredi*; EuGH, 20.10.2001, Rs. C-453/99 – *Courage vs Crehan*; EuGH, 14.6.2011, Rs. C-360/09 – *Pfleiderer*.

72 *Pauer* (Fn. 20), WuW 2015, 12 (22 f.); *Spengler* (Fn. 49), NZBau 2015, 149 (150); Vgl. aber auch *Schwarze*, FS Müller-Graff (Fn. 69), 567 (572), der dieser Unschärfe der Aussagen auch eine positive Seite abgewinnen kann, denn zu konkrete Aussagen würden deren Anwendungsspielraum einschränken und dadurch dem Sinn zuwiderlaufen, dass der EuGH allgemeine Rechtssätze aufstellen will statt konkrete Fälle zu entscheiden.

73 *Pauer* (Fn. 20), WuW 2015, 12 (23).

74 *Pauer* (Fn. 20), WuW 2015, 12 (23).

75 *Kühne*, Anmerkung zum EuGH-Urteil v. 02.06.2014 – C-557/12, BB 2014, 1550 (1552).

76 *Kühne* (Fn. 75), BB 2014, 1550 (1552).

stellt er darauf ab, ob das Urteil nationales Recht beeinflusst oder gar verdrängt und kommt zu dem Schluss, dass es eine maßvolle Erweiterung der europarechtlichen Wettbewerbsregeln sei, „die das nationale Recht nur sachangemessen überlagern, nicht aber über Gebühr zurückdrängen."[77]

5. Stellungnahme

Der EuGH stellt in seinem Kone-Urteil Voraussetzungen für einen adäquaten Kausalzusammenhang auf und betont darüber hinaus, dass ein solcher nicht aufgrund von nationalen Regelungen kategorisch ausgeschlossen werden dürfe, weil ansonsten dem Effektivitätsgrundsatz nicht Genüge getan würde. Schaut man sich das Urteil genauer an, ist festzustellen, dass seine Aussagen zwar eine prinzipielle Richtung vorgeben, aber letztlich den nationalen Gerichten einen erheblichen Handlungsspielraum lassen, da die besagten Anforderungen an die adäquate Kausalität nach Maßstab der jeweiligen nationalen Rechtsordnung zu beurteilen seien. Es ist deutlich zu erkennen, dass es dem EuGH darum geht, die von ihm aufgestellte Jedermann-Rechtsprechung zu untermauern und diese konsequent weiterzuführen. Das Urteil baut die Rechte von Kartellgeschädigten dadurch aus, dass es die Beweisanforderungen für Klagen gegen Kartelle herabsetzt und den Abnehmer von Kartellaußenseitern im Fall von Umbrella-Pricing in den Kreis der Anspruchsberechtigten aufnimmt. In theoretischer Sicht kann die Bedeutung des Urteils kaum überschätzt werden. Aufgrund der zumindest faktischen Bindungswirkung von EuGH-Entscheidungen bietet es größere Anreize, auf Schadensersatz wegen Umbrella-Pricing zu klagen. Meines Erachtens soll das Urteil auch einen gewissen Abschreckungsfaktor aufweisen. Die Tatsache, dass Kartelle nun in größerem Umfang zur Rechenschaft gezogen werden können, macht den Entschluss, ein Kartell zu bilden schwieriger und Marktabsprachen im Allgemeinen unattraktiver. Für problematisch halte ich dagegen immer noch die Beweisanforderungen für das Nachweisen von Umbrella-Pricing. Auch wenn es durch das bloße Abstellen auf die Möglichkeit von Preisschirmeffekten und das „nicht verborgen bleiben können" leichter wird, Umbrella-Claims zu erheben, bleiben die marktwirtschaftlichen Voraussetzungen, die es nachzuweisen gilt, eine gewisse Hürde. Über diese Voraussetzungen entscheiden letztlich die nationalen Gerichte und es wird eine Weile dauern, bis sich eine Rechtsprechung herausgebildet hat, der man etwas klarere Konturen für die Beurteilung der einzelnen wirtschaftlichen Faktoren entnehmen kann. In der Hinsicht bleibt das Urteil des EuGH recht vage, was jedoch nachvollziehbar ist, da es um die Beantwortung einer Grundsatzfrage ging und der Spielraum für die weitere Behandlung dieses Themas nicht von vornherein eingeschränkt werden soll. Vor dem Hintergrund des Kompensationsprinzips, das dem Schadensersatz zugrunde liegt, könnte man aber auch Kritik am Urteil insofern üben, als dem Schaden, den das Kartell künftig dem Umbrella-Geschädigten ersetzen müsste, keine Bereicherung auf seiner Seite gegenübersteht. Da jedoch das Wesen des Deliktsrechts keine Bereicherung auf des Schädigers Seite voraussetzt, ist das Urteil in dieser Hinsicht nicht anzufechten, auch da dem Umbrella-Geschädigten nichts vorzuwerfen ist, dem Kartellangehörigen jedoch der Verstoß gegen die kartellrechtlichen Vorschriften. Das Urteil leistet daher meines Erachtens einen guten Beitrag zu der effektiven Durchsetzung der kartellrechtlichen Vorschriften, indem es Umbrella-Pricing allgemein als kausal zurechenbaren Schaden einstuft.

IV. Passing-on-Defense

1. Begrifflichkeit

Neben dem Umbrella-Pricing zeigt sich ein weiteres großes Problem im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität bei der sogenannten Passing-on-Defense (auch Passing-on-Einrede). Damit ist der Einwand des Schädigers gemeint, der Erstabnehmer eines kartellangehörigen Anbieters hätte den infolge des Kartells überhöhten Einkaufspreis durch eine Preiserhöhung seinerseits vollständig oder jedenfalls teilweise an seinen Abnehmer weitergeben können, weshalb ihm insoweit kein Schaden entstanden sei.[78] In der deutschen Literatur findet man daher noch die gleichbedeutenden Begriffe der „Schadensabwälzung" oder der „Weitergabe von Kartellpreisen".

2. Dogmatische Einordnung

Zunächst muss festgestellt werden, wo die Passing-on-Defense dogmatisch einzuordnen ist. In der deutschen Rechtsprechung und Literatur gab es dazu zwei verschiedene Auffassungen. Teilweise wurde davon ausgegangen, dass die Passing-on-Defense eine Frage der Schadensberechnung betrifft.[79] In diesem Sinne fehle es bei einer erfolgreichen Weiterwälzung schon an einem Schaden im tatbestandlichen Sinne.[80] Nach anderen Stimmen sei die Passing-on-Defense im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu prüfen.[81] Die Einordnung ist maßgeblich dafür, wie sich die Beweislast verteilt. Während der Kläger grundsätzlich das Vorliegen und die Höhe des Schadens nachweisen

77 *Schwarze*, FS Müller-Graff (Fn. 69), 567 (572).

78 *Bechtold/Bosch* (Fn. 1), § 33 Rn. 31; *Jaeger,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 2), Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 51.

79 *Röhling*, Die passing-on defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts, in: Baums/Wertenbruch/Lutter/Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, 2016, 1117 (1128); Vgl. auch *Flume*, Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 1956, 457 (464).

80 *Fikentscher*, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 1956, 793 (798).

81 *Roth*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 5, 49. EL 2002, Stand: November 2001, § 33 Rn. 143 ff.; *Topel*, in: Wiedemann (Fn. 7), § 50 Rn. 102 ff.; Vgl. auch *Schröter/van der Hout*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 101 AEUV Rn. 245 ff.

muss, liegt es im Bereich des Beklagten, darzulegen, ob sich der Kläger gegebenenfalls erlangte Vorteile anrechnen lassen muss.[82] Auch in der Rechtsprechung gab es unterschiedliche Stimmen. Das LG Mannheim und das OLG Karlsruhe verorten die Frage der Abwälzung beispielsweise bei der Feststellung des Schadens.[83] Das LG Dortmund hingegen sieht das Problem bei der Weitergabe kartellbedingt überhöhter Einkaufspreise im Rahmen des Vorteilsausgleichs angesiedelt.[84] Auf den damaligen Streitstand um die dogmatische Einordnung der Passing-on-Defense wird hier nicht weiter eingegangen, da es mittlerweile der unangefochten herrschenden Auffassung entspricht, sie im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu behandeln.[85]

3. 7. GWB-Novelle

Der Gesetzgeber hat sich im Zuge der 7. GWB-Novelle mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Nachdem der Referentenentwurf noch einen ausdrücklichen Ausschluss der Passing-on-Defense vorsah, wurde dies im Regierungsentwurf wieder fallengelassen mit der Vorstellung, der Rechtsprechung die Lösung des Problems zu überlassen.[86] Die auf der Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundestags basierende endgültige Fassung des § 33 Abs. 3 S. 2 GWB stellt nun klar, dass ein Schaden durch den Bezug einer kartellbedingt teureren Ware oder Dienstleistung nicht dadurch ausgeschlossen sei, dass die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde.[87] Insoweit hat der Gesetzgeber der Ansicht des LG Mannheim sowie des OLG Karlsruhe eine Abfuhr erteilt. Aus der Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses geht hervor, dass sich die weitere Schadensentwicklung durch eine Weiterveräußerung der Ware oder Dienstleistung nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung richten solle.[88] In der Begründung zur 7. GWB-Novelle wurde davon ausgegangen, dass aufgrund der damals herrschenden Meinung im kartellrechtlichen Schrifttum „eine Vorteilsausgleichung im Fall einer Abwälzung des Schadens auf Dritte nicht in Betracht komme."[89] Aufgrund der sprachlich nicht eindeutigen Formulierung des § 33 Abs. 3 S. 2 GWB, der nur davon spricht, dass ein Schaden nicht ausgeschlossen sei, herrschte weiterhin Uneinigkeit in der Literatur darüber, ob ein Vorteilsausgleich im Falle der Abwälzung zulässig sei oder nicht. Insoweit hat die 7. GWB-Novelle keine Klarheit in die Sache bringen können. Nach einer verbreiteten Ansicht in der Literatur war die Passing-on-Defense unzulässig, weil befürchtet wurde, dass ein Kartellverstoß in einer Vielzahl von Fällen letztlich sanktionslos bliebe, wenn sich der Kartellant auf die Einrede beruft und nachgelagerte Marktstufen aufgrund von Beweisschwierigkeiten oder eines viel geringeren Schadens keine Klage erheben.[90] Um ausufernde Schadensersatzforderungen zu vermeiden wurde von dieser Seite eine Begrenzung der Aktivlegitimierung auf den unmittelbaren Abnehmer vorgeschlagen, um die Schadensersatzklagen an der Stelle zu konzentrieren, wo sie die größten Erfolgsaussichten habe. Die andere Seite hielt dem entgegen, dass viele mittelbare Abnehmer in dieser Konsequenz rechtlos blieben, weil sie ihnen entstandene Schäden nicht geltend machen dürften.[91] Die unmittelbaren Abnehmer hätten oft keine Veranlassung, gegen die Kartellanten vorzugehen, weil sie aufgrund der Abwälzung praktisch gar keinen Schaden erlitten haben.[92] Eine einheitliche Linie wurde lange nicht gefunden.

4. ORWI-Entscheidung des BGH

Erst infolge des BGH-Urteils in Sachen ORWI hat sich in der Literatur und Rechtsprechung eine einheitliche Linie gebildet. Es klärt grundsätzliche Fragen im Zusammenhang mit der Passing-on-Defense und ist daher von großer Bedeutung für diesen Themenkomplex.

a) Sachverhalt

In dem Urteil vom 28.06.2011 hatte der BGH einen Fall zu entscheiden, der Schadensersatzansprüche gegen ein internationales Kartell für Selbstdurchschreibepapier (SD-Papier) betraf.[93] Die Beklagte hatte in den Jahren 1992 bis 1995 in Absprache mit den anderen Kartellbeteiligten ihre Preise erhöht.[94] Die Klägerin nahm die Beklagte aus abgetretenem Recht der mittlerweile insolvent gegangenen ORWI Formulardruck GmbH & Co. KG in Anspruch. Grund war der Bezug von SD-Papier von einer Reihe Großhändler, die ihrerseits von am Kartell Beteiligten besagtes Papier bezogen.[95] Laut Klägerin seien ORWI durch Abwälzungen der erhöhten Kartellpreise seitens der

82 *Röhling*, in: FS Huber (Fn. 79), 1117 (1127 f.).

83 OLG Karlsruhe, WuW 2004, 415 (416); LG Mannheim, Urt. v. 11.07.2003 – 7 O 326/02.

84 LG Dortmund, WuW 2004, 1182 (1184).

85 Jedenfalls durch die Formulierung des § 33 Abs. 3 S. 2 GWB von 2005 wurde dies klargestellt, so *Emmerich* (Fn. 9), § 40 Rn. 20.

86 *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 10. Aufl. 2006, § 33 Rn. 103; Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom. 12.08.2004, BT-Drucksache 15/3640, S. 35.

87 Beschlussempfehlung und Bericht vom 09.03.2005, BT-Drucksache 15/5049, S. 49.

88 Beschlussempfehlung und Bericht vom 09.03.2005, BT-Drucksache 15/5049, S. 49.

89 Siehe http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/KartellG/Begruendung.pdf, S. 60 (Abruf v. 09.09.2016).

90 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2014, § 33 Rn. 64 m.w.N.

91 *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Fn. 86), § 33 Rn. 107; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 90), § 33 Rn. 64; vgl. auch *Haucap/Stühmeier*, Wie hoch sind die durch Kartelle verursachten Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, WuW 2008, 413 (421 ff.), die den Sachverhalt aus wirtschaftstheoretischer Sicht darstellen.

92 *Reich*, Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen, WuW 2008, 1046; *Schütt*, Individualrechtsschutz nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2004, 1124 (1128 ff.).

93 BGHZ 190, 145.

94 BGHZ 190, 145 (146).

95 BGHZ 190, 145 (146).

Großhändler Mehrkosten in Höhe von 223.540,26 € entstanden, die sie nicht ihrerseits weitergeben konnte.[96]

b) Analyse des Urteils

Das Urteil behandelt im Kern zwei Fragen, die für das hier dargestellte Thema von Bedeutung sind. Zum einen geht es um die Frage, ob auch mittelbare Abnehmer von Kartellprodukten gegen die Mitglieder des Kartells Schadensersatzansprüche geltend machen können. Zum anderen geht es darum, ob sich der Schädiger zulässigerweise auf die Passing-on-Defense berufen kann.[97]

aa) Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer

Der BGH urteilt, dass der durch Art. 101 Abs. 1 AEUV geschützte Personenkreis nicht auf solche Abnehmer beschränkt sei, gegen die sich die Kartellabsprache gezielt richtet, also direkte Abnehmer.[98] Andernfalls wäre dem Kartellverbot die volle Wirksamkeit entzogen, weil es zu einer zweckwidrigen Entlastung gerade solcher Kartellanten beitrüge, die Schäden mit großer Breitenwirkung verursachen.[99] Auch verlange der Normzweck des § 823 Abs. 2 BGB[100] eine Anspruchsberechtigung von mittelbaren Abnehmern, da es im Angesicht der Bedeutung des Kartellverbots für die gesamte Wirtschaftsordnung geboten sei, den gesetzestreuen Marktteilnehmern deliktsrechtlichen Schutz zu gewähren, zu deren Lasten das verbotswidrige Verhalten am Ende führe.[101] Dem Problem, welches sich daraus ergibt, nämlich eine möglicherweise ausufernde Zahl an Schadensersatzansprüchen, könne im Wege der Vorteilsausgleichung begegnet werden. Außerdem sei es für weiter entfernte Marktstufen immer schwieriger, die notwendigen Darlegungs- und Beweislasterfordernisse zu erfüllen.[102] Gegen eine Begrenzung nur auf unmittelbare Abnehmer spreche zudem, dass diese aufgrund von wirtschaftlicher Abhängigkeit, oder weil sie die Preise erfolgreich weiterwälzen konnten, oft kein Interesse daran hätten, gegen das Kartell zu klagen.[103] Erst recht sei eine solche Begrenzung abzulehnen, wenn die unmittelbaren Abnehmer sogar noch von dem Kartell profitieren können.[104] Schlussendlich spreche auch der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz für eine Einbeziehung mittelbarer Abnehmer. Nach der Rechtsprechung des EuGH könne jedermann, der durch ein kartellrechtswidriges Verhalten geschädigt wurde, den Schaden verlangen, wenn zwischen dem Schaden und der Kartellrechtsverletzung ein ursächlicher Zusammenhang bestehe.[105] Bei der Frage, ob auch indirekte Abnehmer einen Schadensersatzanspruch geltend machen können, komme es daher einzig und allein darauf an, ob der Kartellverstoß adäquat kausal für den Schaden war.[106] Eine Vermutung dahingehend könne aufgrund der Komplexität der Preisbildung und des unterschiedlichen Wettbewerbsdrucks auf den nachgelagerten Marktstufen nicht aufgestellt werden.[107] Zu fragen sei nach dem Preis, der sich ohne Auswirkungen des preisverzerrenden Kartells gebildet hätte. Die Preisbildung hänge entscheidend von der Marktstruktur sowie von dem strategischen Verhalten der Marktbeteiligten ab, weshalb ein bloßes Zusammenfallen des Kartells mit Preiserhöhung auf nachgelagerten Marktstufen nicht ausreiche.[108] Insbesondere komme es auf die Preiselastizität von Angebot und Nachfrage an, auf die Dauer des Verstoßes sowie auf die Intensität des Wettbewerbs auf dieser Marktstufe und darauf, inwiefern Anbieter und Nachfrager Ausweichmöglichkeiten haben.[109] Regelmäßig kann ein Kausalzusammenhang angenommen werden, wenn die meisten Anbieter auf dem nachgelagerten Markt den Kartellpreis zahlen müssen, die Kunden wenig bis gar keine Ausweichmöglichkeiten haben und der Wettbewerb auf den Anschlussmärkten ansonsten funktionsfähig ist. Ein Kausalzusammenhang sei hingegen ausgeschlossen, wenn die Preiserhöhung auf besonderen kaufmännischen Leistungen oder auf besonderen Marktbedingungen auf dem Anschlussmarkt beruht.[110] Die Beweis- und Darlegungslast für die tatsächlichen Voraussetzungen einer Vorteilsausgleichung und insbesondere die adäquate Kausalität liegt bei dem Schädiger, also demjenigen, der eine Vorteilsausgleichung geltend machen will.[111]

bb) Zulässigkeit und Voraussetzungen des Vorteilsausgleichs

Der BGH betonte hier noch einmal, dass eine etwaige Weitergabe des Schadens nicht im Rahmen der Schadensberechnung zu verorten sei, sondern sich nach den Regeln der Vorteilsausgleichung richte. Auch sei eine Weiterwälzung nicht generell unbeachtlich, wie das Berufungsgericht annahm.[112] Der Schadensersatzanspruch richtet sich auf Kompensation des Schadens, wobei eine nützliche Folge zusätzlich die Abschreckungswirkung

96 BGHZ 190, 145 (146 f.).

97 *Morell*, Kartellschadensersatz nach „ORWI", WuW 2013, 959.

98 BGHZ 190, 145 (149).

99 BGHZ 190, 145 (149 f.).

100 Da das Urteil einen Fall betraf, in dem § 33 GWB noch nicht angewendet werden durfte, musste man das Problem über Art. 101 Abs. 1 AEUV i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB lösen. Die Ausführungen sind aber aufgrund des gemeinsamen deliktsrechtlichen Charakters von § 823 Abs. 2 BGB und § 33 Abs. 3 S. 1 GWB auf letztere Norm übertragbar. Dies verlangt auch eine europarechtskonforme Auslegung.

101 BGHZ 190, 145 (151 f.).

102 BGHZ 190, 145 (153).

103 BGHZ 190, 145 (153 f.).

104 BGHZ 190, 145 (155).

105 EuGH, 13.07.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04 – *Manfredi*.

106 BGHZ 190, 145 (155 f.).

107 BGHZ 190, 145 (155 f.); insoweit wendet sich der BGH damit gegen einen im Weißbuch der Kommission geäußerten Vorschlag, eine widerlegbare Vermutung für die Weitergabe des Schadens einzuführen, Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165 endgültig, S. 9.

108 BGHZ 190, 145 (159).

109 BGHZ 190, 145 (159 f.); vgl. auch *Haucap/Stühmeier* (Fn. 91), WuW 2008, 413 (421), die davon sprechen, dass mit sinkender Angebotselastizität weniger an die Nachfrager weitergewälzt würde.

110 BGHZ 190, 145 (159 f.).

111 BGHZ 190, 145 (165).

112 BGHZ 190, 145 (162).

ist.[113] Aus dem Kompensationsgedanken ergibt sich jedoch auch ein Bereicherungsverbot des Schuldners.[114] Die Vorteilsanrechnung führt dabei nicht zu einer unangemessenen Entlastung des Schädigers, sondern verhindert, dass er wegen desselben Schadens mehrfach in Anspruch genommen wird und aus diesem Grund ist die Vorteilsanrechnung im Grundsatz zuzulassen.[115] Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen damit auf einem Prinzip des gerechten Interessenausgleichs. Der Geschädigte soll durch den Schadensfall nicht bessergestellt sein, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sollen nicht alle Vorteile, die der Geschädigte durch das schädigende Ereignis erlangt hat, auf den Schadensersatzanspruch angerechnet werden, sondern nur diejenigen, die dem Zweck der Ersatzpflicht entsprechen, das heißt dem Geschädigten zumutbar sind und den Schädiger nicht über Gebühr entlasten.[116] Des Weiteren muss der Vorteil adäquat kausal auf dem schädigenden Ereignis beruhen.[117] Der Kausalitätsmaßstab für die Weiterwälzung und den Nachweis des Schadens ist derselbe.[118] Der adäquate Kausalzusammenhang fehlt demnach, wenn die Preiserhöhung des Abnehmers nicht der Kompensation der höheren Kartellpreise dient, sondern aufgrund eigenen kaufmännischen Geschicks, der Marktstellung oder aufgrund eigener Preisspielräume erfolgt.[119] Auch durch eigene Wertschöpfungshandlungen des Abnehmers, also beispielsweise die Weiterverarbeitung des Kartellprodukts, und darauf beruhende Preiserhöhungen soll die Kausalität unterbrochen oder zumindest der anrechenbare Teil des weitergegebenen Preises entsprechend vermindert werden.[120] Der BGH stellt ferner die Voraussetzung der sonstigen Schadensfreiheit auf.[121] Diese besagt, dass sich der Kartellant nur dann auf einen Vorteilsausgleich berufen kann, wenn der Weiterwälzung nicht etwa andere Nachteile entgegenstehen, wie beispielsweise ein Nachfragerückgang, durch den die Preiserhöhung ganz oder zum Teil wieder kompensiert wird.[122] Nur wenn der Schädiger darlegen und beweisen kann, dass kein solcher Effekt aufgetreten ist, sei eine Vorteilsausgleichung möglich.

113 BGHZ 190, 145 (164).

114 BGHZ 190, 145 (164).

115 BGHZ 190, 145 (164).

116 BGHZ 190, 145 (162 f.); *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 23 Rn. 54; vgl. auch *Bechtold/Bosch* (Fn. 1), § 33 Rn. 30.

117 BGHZ 190, 145 (163); *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Fn. 86), § 33 Rn. 105; *Roth*, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 81), § 33 Rn. 146.

118 *Kirchhoff*, Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs, WuW 2012, 927 (929); *Thomas*, Schadensverteilung im Rahmen von Vertriebsketten bei Verstoß gegen europäisches und deutsches Kartellrecht, ZHR 180 (2016), 45 (64 f.).

119 *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 116), § 23 Rn. 59.

120 BGHZ 190, 145 (167); *Thomas* (Fn. 118), ZHR 180 (2016), 45 (66).

121 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 90), § 33 Rn. 66.

122 BGHZ 190, 145 (167); *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 116), § 23 Rn. 59.

c) Zusammenfassung

Insgesamt sind die Darlegungs- und Beweisanforderungen für den Schädiger sehr hoch. Er muss zunächst nachweisen, dass es eine Weiterwälzung gegeben hat. Darüber hinaus muss er noch die völlige Schadensfreiheit des Abnehmers nachweisen. Aufgrund dieser hohen Hürden wird es dem Schädiger recht selten gelingen, einen Vorteilsausgleich geltend zu machen und im Rahmen der Passing-on-Einrede vorzubringen. Das Urteil sieht zunächst so aus, als sei es für den Schädiger günstig, weil die Passing-on-Defense grundsätzlich für zulässig erachtet wird. Schaut man aber näher hin, wird klar, dass die Passing-on-Defense selten erfolgreich erhoben werden kann, denn das Erfordernis der sonstigen Schadensfreiheit wird fast in keinem Fall vorliegen. Sobald der unmittelbare Abnehmer seine Preise anhebt, um den Preisaufschlag weiterzugeben, ist die Chance, zumindest einige Abnehmer zu verlieren realistisch groß. Theoretisch würde ein einziger Abnehmer reichen, den er durch die Preiserhöhung verliert. Weil damit ein sonstiger Schaden eintritt, würden die Voraussetzungen für die Passing-on-Defense nicht mehr insgesamt vorliegen und sie wäre nicht mehr anwendbar. Wenn auch das Urteil an sich zu begrüßen ist, weil es die Einrede prinzipiell bejaht und damit eine gerechtere Kompensation der Schäden fördern könnte, wird dies durch das Kriterium der sonstigen Schadensfreiheit zunichtegemacht. Ich halte diese Voraussetzung daher für den größten Kritikpunkt an dem ansonsten wegweisenden Urteil.

5. Schadenersatz-Richtlinie

Das Europäische Parlament und der Rat haben am 26.11.2014 die Richtlinie über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedsstaaten und der Europäischen Union erlassen.[123] Diese Richtlinie enthält auch Regelungen bezüglich der Abwälzung von Preisaufschlägen. Sie legt in Art. 12 zunächst fest, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch eine Kartellrechtsverletzung entstanden ist. Auch formuliert sie, dass eine Art praktische Konkordanz gewährleistet werden muss, also ein Interessenausgleich zwischen Geschädigtem und Kartellmitglied. Es soll sowohl eine Überkompensation als auch eine Nichthaftung des Schädigers verhindert werden. Art. 3 Abs. 2 stellt explizit fest, dass der entgangene Gewinn auch im Rahmen des Schadensersatzes zu kompensieren ist. Weiterhin ist in Art. 13 festgelegt, dass ein kategorischer Ausschluss der Passing-on-Defense nicht mehr zulässig ist, wobei die Beweislast für eine Weitergabe beim Beklagten liege. Hinsichtlich der grundsätzlichen Zulässigkeit der Passing-on-Defense, der Aktivlegitimierung mittelbarer Abnehmer und der Rechtsnatur der Einwendung in Form der Vorteilsausgleichung bestätigt die Richtlinie das ORWI-Urteil des BGH und steht

123 Richtlinie 2014/104/EU vom 26.11.2014.

im Einklang mit dem hier geltenden Recht. Unterschiede sind im Bereich der Nachweispflichten mittelbarer Abnehmer zu erkennen. Die Richtlinie formuliert diesbezüglich in Art. 14 Abs. 2 eine Vermutung dafür, dass eine Abwälzung auf den mittelbaren Abnehmer erfolgte, wenn (1) der Beklagte eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat, (2) diese Zuwiderhandlung einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer zur Folge hatte und (3) der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die Gegenstand der Zuwiderhandlung waren, aus diesen hervorgingen oder sie enthielten. Diese Vermutung ist problematisch in mehr als einer Hinsicht. Zum einen hat das erste Kriterium überhaupt keinen Bezug zu der Frage, ob eine Weiterwälzung stattgefunden hat. Es beschreibt lediglich den haftungsbegründenden Tatbestand.[124] Auch das zweite Kriterium ist hinsichtlich einer Weiterwälzung aussageschwach, stellt es doch nur dar, dass ein Schaden beim unmittelbaren Abnehmer durch einen höheren Preis eintrat, nicht aber, dass dieser den Aufschlag auch weitergegeben hat. Auch das dritte Kriterium bietet keinen Anhaltspunkt dafür, ob überhaupt eine Weiterwälzung vorlag und ist daher fragwürdig. Keines der aufgestellten Kriterien ist ein unzweifelhaftes Indiz für das Vorliegen einer Weiterwälzung. Umgekehrt wird aber bei jeder festgestellten Weiterwälzung jedes dieser Kriterien erfüllt sein. Die wettbewerbstheoretischen Faktoren, anhand derer eine Weitergabe besser vermutet werden könnte und die auch der BGH heranzieht – nämlich Preiselastizität von Angebot und Nachfrage, Marktstellung, Dauer des Eingriffs und Intensität des Wettbewerbs – lässt die Richtlinie vollkommen außen vor.[125] Unklar bleibt bei dem dritten Kriterium auch, ob nur Waren oder Dienstleistungen der Kartellteilnehmer gemeint sind, oder ob auch solche von Kartellaußenseitern bezogene davon umfasst sind. Wie oben unter dem Stichwort Umbrella-Pricing dargestellt, können auch solche durch den Kartellpreis verzerrt sein und damit einen Schaden für deren Abnehmer darstellen. Dies spricht dafür, die Vermutung ebenso auf die indirekten Kunden der Kartellaußenseiter zu beziehen.[126] Genauso problematisch wie die Voraussetzungen der Vermutung ist auch deren Widerlegbarkeit. Laut Richtlinie findet die Vermutung dann keine Anwendung, wenn der Beklagte glaubhaft machen kann, dass der Preisaufschlag nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde. Diese Formulierung bereitet insofern Schwierigkeiten, als es danach ausreichen würde, glaubhaft zu machen, dass die Weiterwälzung nur unerheblich geringer ausfiel als der ursprüngliche Preisaufschlag, um die gesamte Vermutung zu Fall zu bringen. Dies ist weder logisch noch zweckmäßig. Es wäre daher sachgemäß, den Anscheinsbeweis, den der BGH anhand der gerade genannten – von der Richtlinie ignorierten – Voraussetzungen[127] entwickelt hat, weiter zuzulassen. Die daran zu stellenden Voraussetzungen sind zwar höher als die der Richtlinienvermutung. Der Anscheinsbeweis kann dafür aber auch nicht so schnell zu Fall gebracht werden. Vielmehr muss er durch den Vortrag und Nachweis von Anhaltspunkten erschüttert werden, die die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs im konkreten Fall ergibt.[128] Gelingt es dem Beklagten freilich nicht, glaubhaft zu machen, die Weiterwälzung würde geringer ausfallen als der Preisaufschlag, so ist die Vermutung eine Beweiserleichterung für mittelbare Abnehmer von Kartellen.

6. Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle

Die Richtlinie muss gemäß Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie spätestens bis zum 27.12.2016 in das nationale Recht aufgenommen worden sein. Aus diesem Grund hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie einen Referentenentwurf zur Novellierung des GWB veröffentlicht.[129] Der Entwurf bringt eine ganze Reihe an Veränderungen für das deutsche Kartellrecht mit sich. Hier soll jedoch nur auf diejenigen eingegangen werden, die sich auf den Kartellschadensersatz, und insbesondere auf die Passing-on-Defense beziehen. Der Referentenentwurf sieht in dem neuen § 33c unter dem Titel „Einwand der Schadensabwälzung" in Abs. 1 die prinzipielle Zulässigkeit der Passing-on-Defense vor. § 33c Abs. 1 S. 2 besagt, dass dem Abnehmer kein Schaden entstanden ist, soweit er einen Preisaufschlag an seine Abnehmer weitergegeben hat. Die Formulierung des S. 2 könnte darauf hindeuten, dass eine Weitergabe des Schadens schon den Tatbestand des Schadens auf der Seite des unmittelbaren Abnehmers ausschließt. Der Gesetzgeber begreift diesen Satz jedoch nur als Klarstellung, dass der Einwand auch bei anderen Verstößen gegen das GWB oder gegen Art. 102 AEUV geltend gemacht werden kann.[130] Darüber hinaus bezieht er sich auf die mittlerweile gefestigte Rechtsprechung. Dieser Bezug und die Formulierung als „Einwand" dürfen wohl so verstanden werden, dass die Passing-on-Defense weiterhin im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sei. § 33c Abs. 2 dient der Umsetzung des Art 14 Abs. 2 der Richtlinie. Die Vermutung zugunsten mittelbarer Abnehmer wurde praktisch wörtlich übernommen. Die Schwierigkeiten, die diese Formulierung mit sich bringt, wurden bereits dargestellt und sind damit auf den § 33c Abs. 2 übertragbar. Die Vermutung kann ferner nur von indirekten Abnehmern herangezogen werden, nicht jedoch von Kartellangehörigen zulasten der direkten Abnehmer.[131] Ein weiteres

124 *Thomas* (Fn. 118), ZHR 180 (2016), 45 (60).

125 Zu den genannten Faktoren vgl. *Haucap/Stühmeier* (Fn. 91), WuW 2008, 413 (421).

126 So auch *Thomas* (Fn. 118), ZHR 180 (2016), 45 (60 f.).

127 Siehe Fn. 109.

128 *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 65.

129 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG).

130 RefE zum 9. GWB-ÄndG, S. 56.

131 *Petrasincu*, Kartellschadensersatz nach dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle, WuW 2016, 330 (331); RefE zum 9. GWB-ÄndG, S. 56.

Problem liegt in der allgemeinen Aussage des Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie, dass sowohl eine Überkompensation der Geschädigten als auch eine Nichthaftung des Schädigers ausgeschlossen werden muss. In vielen Fällen kommt es bei Kartellen zu sogenannten Streuschäden, also Schäden, die eine Vielzahl von mittelbaren Abnehmern treffen, dafür aber jeden Geschädigten nur minimal belasten. Lässt man in solchen Fällen eine Passing-on-Defense zu, würde dies faktisch dazu führen, dass die mittleren Vertriebsstufen die Passing-on-Defense gegen sich gelten lassen müssten, die Endabnehmer aber aufgrund der Geringfügigkeit des Schadens keinen Anreiz hätte, zu klagen.[132] Um in solchen Fällen die Nichthaftung von Schädigern zu verhindern, müsste entweder diesen die Passing-on-Einrede verweigert werden oder es müssten Sammelklagen zugelassen werden.[133] Da Sammelklagen im deutschen Recht nicht vorgesehen sind, könnte ein Ausschluss der Passing-on-Defense im Fall von Streuschäden vorzugswürdig sein. Dies würde aber unter Umständen mit der Vorgabe der Richtlinie kollidieren, wonach eine Überkompensation auf keiner Vertriebsstufe eintreten darf. Es ist daher abzuwägen, welche der beiden Zielvorgaben der Richtlinie schwerer wiegt. Da letztlich den Kartellangehörigen der Kartellverstoß, den Geschädigten aber nichts vorzuwerfen ist, muss die Vorgabe, dass der Schädiger nicht haftungsfrei bleiben soll, Vorrang finden, weshalb in diesem Fall das Versagen der Passing-on-Einrede vorzugswürdig ist. Die Einführung von Sammelklagen für solche Fälle ist durchaus denkbar. Da Sammelklagen in unserer Rechtsordnung bislang nicht vorgesehen sind, würde dies aber einen erheblichen legislativen Aufwand erfordern.

7. Zusammenfassung und Stellungnahme

Im Rahmen der Passing-on-Problematik hat sich in den vergangenen Jahren viel verändert; angefangen mit der Frage nach der dogmatischen Einordnung und der generellen Zulässigkeit bis hin zur Kodifizierung der grundsätzlichen Zulässigkeit der Passing-on-Defense. An der grundsätzlichen Zulässigkeit bestehen mittlerweile wohl keine Zweifel mehr. An den einzelnen Voraussetzungen wird man dagegen noch arbeiten müssen. Insbesondere das vom BGH formulierte Schadensfreiheitserfordernis muss dabei auf seine Zweckmäßigkeit überprüft werden. Es ist nicht auszuschließen, dass der EuGH im Zweifelsfall eine Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz ablehnen könnte. Auch bleibt abzuwarten, wie die Umsetzung der Richtlinie in einigen Monaten konkret aussehen wird.

Die Umsetzung der Richtlinie in der Form des Referentenentwurfs bringt zwei Ergebnisse mit sich. Zum einen werden die Anforderungen an die Passing-on-Defense verringert, zum anderen die Hürden für Schadensersatzansprüche mittelbarer Abnehmer gesenkt. Es ist zu hoffen, dass sich die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen nicht dadurch auf nachgelagerte Marktstufen verschiebt, dass sich unmittelbare Abnehmer nun verstärkt der Passing-on-Einrede ausgesetzt sehen, da einerseits das Interesse an der Verfolgung sinkt, je entfernter die Marktstufe vom Kartell ist. Andererseits wird es schwieriger, auf nachgelagerten Märkten oder gar als Verbraucher einen konkreten Schaden nachzuweisen. Diese Befürchtung besteht aber allenfalls dann, wenn der BGH mit der Auslegung des Schadensfreiheitskriteriums sehr großzügig umgeht.

V. Fazit

Die Arbeit hat gezeigt, dass nicht nur direkte Abnehmer von Kartellteilnehmern Schadensersatzansprüche geltend machen können. Vielmehr können grundsätzlich auch Angehörige nachgelagerter Marktstufen einen gegebenenfalls weitergereichten Schaden geltend machen, haben dabei jedoch mit jeder neuen Absatzstufe größere Nachweisschwierigkeiten. Ein so weitergegebener Schaden kann auch im Rahmen eines Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen sein, sodass der Schädiger seinem unmittelbaren Abnehmer die Einwendung entgegenhalten kann, er habe den Schaden ganz oder teilweise weitergereicht und müsse sich dies auf seinen Schadensersatz anrechnen lassen. Die Voraussetzungen für eine solche Passing-on-Defense sind bislang noch sehr streng. Dies könnte sich jedoch unter Berücksichtigung der europäischen Schadensersatzrichtlinie möglicherweise ändern.

Selbst die Abnehmer von Kartellaußenseitern, die ihre Preise an denen des Kartells ausgerichtet haben, ohne selbst Teil des Kartells zu sein, können von Kartellmitgliedern unter Umständen Schadensersatz fordern, wenn auch ein erheblicher Aufwand nötig ist, um einen solchen Schaden zu beziffern und im konkreten Fall nachzuweisen.

Schlussendlich sind sogar Szenarien denkbar, in denen diese beiden Problemfelder zusammenfallen und beispielsweise ein unmittelbarer Abnehmer eines Kartellaußenseiters Schadensersatz von dem Kartellanten verlangt mit der Begründung, ihm sei durch Umbrella-Pricing ein Schaden entstanden. Daraufhin könnte sich der Kartellangehörige auf die Passing-on-Defense berufen und ihm entgegenhalten, dass der Umbrella-Schaden an einen mittelbaren Umbrella-Abnehmer weitergereicht wurde.

Es bleibt darüber hinaus abzuwarten, wie die 9. GWB-Novelle schließlich verabschiedet wird und ob insbesondere die Weiterwälzungsvermutung in ihrer derzeitigen Form übernommen wird. Auch wird es interessant werden, inwiefern sich das vom BGH aufgestellte Schadensfreiheitserfordernis im Angesicht der Richtlinienumsetzung halten kann.

132 *Petrasincu* (Fn. 131), WuW 2016, 330 (331 f.); so auch *Dittrich*, Der passing-on-Einwand und die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells, GRUR 2009, 123 (126) m.w.N.; in diesem Zusammenhang wird auch von „rationalem Desinteresse" gesprochen, *Haucap/Stühmeier* (Fn. 91), WuW 2008, 413 (422) m.w.N.

133 *Petrasincu* (Fn. 131), WuW 2016, 330 (331).