

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN **ÖB1**

# RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Gottfried Musger,  
Walter Holzer

November 2013

06

241 – 288

## Beiträge

### Die wichtigsten Änderungen durch die Patent- und Markenrechts-Novelle 2014 aus Sicht der Parteienvertreter

David Plasser ⌚ 244

### Marke vs Firma

Guido Donath ⌚ 254

### Passing-on-Defence

Raoul Hoffer und Isabelle Innerhofer ⌚ 257

## Leitsätze

Nr 78 – 86 ⌚ 261

## Rechtsprechung

Videospiel D-Verse – Unmittelbare und mittelbare  
Kaufaufforderung an Kinder Katharina Majchrzak ⌚ 263

Vfg Versandapotheke für Österreich – Werbung im Internet:  
Verhältnis zwischen Rom II-VO und E-CommerceRL  
Martina Melcher ⌚ 266

Skorpion/Scorpio – Änderung der Rsp zum Kennzeichenrecht;  
Auslegung des § 33a MSchG ⌚ 272

Taxifunkzentrale – Entschärfung von Ausschließlichkeitsklauseln durch  
„sehr kurze“ Bindungsfristen Raoul Hoffer ⌚ 278

# Passing-on-Defence

Der OGH hat sich in Österreich vor Kurzem in zwei Spezialfällen erstmals mit dem Thema Schadensüberwälzung (Passing-on) bei kartellrechtlichen Schadenersatzklagen auseinandergesetzt. Dieser Artikel beleuchtet den aktuellen Meinungsstand und mögliche Lösungsansätze für unterschiedliche Fallkonstellationen.

Von Raoul Hoffer und Isabelle Innerhofer

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Stand der Gesetzgebung und Rsp zur *Passing-on-Defence*
- C. Dogmatische Grundlagen
- D. Fallgruppen
  1. Standardsituation
  2. Besonderer Vertriebsaufwand
  3. Weiterverarbeitung
  4. Besondere rechtliche Verhältnisse
  5. Streuschäden
- E. Conclusio

## A. Einleitung

In den letzten Jahren haben sog *Follow-on*-Schadenersatzklagen in Österreich deutlich an Zahl zugenommen. Es handelt sich dabei um die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Kartellverstößen.<sup>1)</sup> Ein in diesem Zusammenhang heftig diskutiertes Thema, das auch schon Gegenstand oberstgerichtlicher Rsp<sup>2)</sup> war, ist die sog „*Passing-on-Defence*“. Es geht dabei um die Frage, wem der Schadenersatzanspruch zusteht. In Betracht kommen die direkten Abnehmer der Kartellanten („Erstabnehmer“<sup>3)</sup>) oder jene Unternehmen oder Verbraucher, die von den Erstabnehmern bezogen haben („Folgeabnehmer“).<sup>4)</sup> Bei einer solchen Weiterveräußerung wird oft auch ein kartellbedingter Preisaufschlag überwält. Klagt dennoch der Erstabnehmer, wird der in Anspruch genommene Kartellant typischerweise einwenden, dass der Kläger den Schaden gar nicht

getragen, sondern ihn an die nächste Wirtschaftsstufe weitergegeben habe. Bei der *Passing-on-Defence* handelt es sich daher um einen Einwand des in Anspruch genommenen Kartellanten, um einem Anspruch des Erstabnehmers zu entgehen. Dies hat für den Kartellanten mitunter den Vorteil, dass üblicherweise nur der Erstabnehmer über die notwendige Kenntnis des kartellrechtsrelevanten Sachverhalts sowie des betroffenen Markts und insofern über eine bessere Ausgangssituation zur Beurteilung der Frage verfügt, ob ein Schaden vorliegt und wie ein solcher zu quantifizieren ist. Die Geltendmachung des Schadens durch den Zweitabnehmer erfolgt daher auf einer zunächst schon im Hinblick auf das geringere faktische Wissen gegenüber dem Erstabnehmer schwächeren Grundlage. Der Unterschied zwischen Erstabnehmer und Folgeabnehmer besteht daher weniger in der Unterscheidung zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen, da auch der Erstabnehmer jeden der solidarisch haftenden Kartellanten aufgrund der deliktischen Haftung in Anspruch nehmen kann,<sup>5)</sup> als vielmehr in der tatsächlichen Benach-

1) Vgl OGH 17. 10. 2012, 7 Ob 48/12 b, *Aufzugskartell III*, bbl 2013/61, 74; OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 46/12 m, *Bankomatvertrag III*, ÖBl 2013/18, 76.

2) Siehe FN 1.

3) Es werden in der Rsp und Lit auch synonym die Termini „unmittelbar/direkt Geschädigter“ und „mittelbar/indirekt Geschädigter“ verwendet.

4) Wobei dies auch über mehrere Stufen gehen kann, sodass sich ebenso die Frage stellt, inwiefern ein „Drittabnehmer“ usw anspruchsberechtigt sein kann.

5) OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 46/12 m; OGH 14. 2. 2012, 5 Ob 39/11 p; OLG Wien 26. 4. 2013, 4 R 351/12 k mwN.

## ÖBl 2013/62

§ 37 a Abs 1 KartG;  
§§ 893, 1295 ABGB

OGH 17. 10. 2012, 7 Ob 48/12 b;  
OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 46/12 m

Schadensüberwälzung (Passing-on);  
Follow-on-Schadenersatzklage;  
Kartellrechtsverstoß;  
Gläubiger-gemeinschaft

teilung zur Geltendmachung der Schadenersatzansprüche.<sup>6)</sup>

Lässt man den *Passing-on*-Einwand nicht zu, stellt sich die weitere Frage, ob und inwiefern neben dem Erstabnehmer auch der Folgeabnehmer anspruchsberechtigt sein kann. Bejaht man dies, ist zu klären, wie man eine doppelte Inanspruchnahme des Schädigers vermeidet.<sup>7)</sup>

Die Thematik der Schadensüberwälzung hat daher zwei Seiten: Einerseits ist zu klären, inwiefern sich ein Kartellant auf diesen Umstand berufen kann, andererseits stellt sich die Frage, inwiefern Folgeabnehmer einen direkten Anspruch gegen Kartellanten haben.

## B. Stand der Gesetzgebung und Rsp zur *Passing-on-Defence*

Der Ursprung der *Passing-on-Defence* liegt im US-amerikanischen Recht. Dort wurde schon relativ früh die Problematik diskutiert und durch oberstgerichtliche Rsp festgehalten, dass grds der Erstabnehmer einen Anspruch hat.<sup>8)</sup> Dies wird nur in Sonderfällen durchbrochen.<sup>9)</sup>

In Deutschland und in Österreich gab es kürzlich oberstgerichtliche Entscheidungen, die die *Passing-on-Defence* behandelten. In *ORWI* bestätigte der BGH die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer und die Zulassung des Vorteilsausgleichs, was aber nicht dazu führen dürfe, dass letztlich kein oder zu wenig Schadenersatz gezahlt werde.<sup>10)</sup> In der Sache *Berliner Transportbeton* sprach ein deutsches Gericht aus, dass sowohl der unmittelbar Geschädigte als auch der mittelbar Geschädigte anspruchsberechtigt seien und is einer Gesamtgläubigerschaft untereinander den Ausgleich zu suchen hätten.<sup>11)</sup> Dadurch werde verhindert, dass der Schädiger doppelt in Anspruch genommen werde.<sup>12)</sup> Gleichzeitig werde aber auch eine ungebührliche Entlastung des Schädigers verhindert (weil der unmittelbar Geschädigte keinen Schaden nachweisen könne und der mittelbar Geschädigte nicht das Instrumentarium zB eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs habe, um den Schaden entsprechend geltend zu machen).

In Österreich ließ der OGH den Anspruch des mittelbar Geschädigten unter Berufung auf das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation zu. In 4 Ob 46/12 m bejahte er aufgrund des fehlenden Risikos einer Doppelinanspruchnahme mit Verweis auf die Haftungsbefreiung gem § 893 ABGB<sup>13)</sup> dem Grundsatz nach sowohl einen Anspruch des direkt als auch des indirekt Geschädigten.<sup>14)</sup> Dem lag aber eine besondere Konstellation zugrunde, weil der Erstabnehmer als mittelbarer Stellvertreter auf Rechnung des Zweitabnehmers gehandelt hatte.<sup>15)</sup> In einer weiteren Entscheidung ließ der OGH den Anspruch des Zweiterwerbers einer (behaupteterweise) kartellverfangenen Aufzugsanlage gegen die Aufzugshersteller, die das Kartell gebildet hatten, mit Bezug auf die vorerwähnte Rsp ohne weitere Begründung zu.<sup>16)</sup>

In dieser Hinsicht fehlt derzeit Entscheidungspraxis der EU-Gerichte. Die Europäische Kommission hat sich im Rahmen eines Vorschlags für eine Richtlinie zu Schadenersatzklagen aufgrund von Wettbewerbsverstößen mit dem Thema *Passing-on* beschäftigt. Ihrer Auffassung nach soll der *Passing-on*-Einwand zwar grds zulässig sein, Voraussetzung ist allerdings, dass der mittel-

bar Geschädigte seinerseits die rechtliche Möglichkeit hat, den Schaden geltend zu machen.<sup>17)</sup>

Zu beachten ist weiters, dass der neue § 37 a KartG<sup>18)</sup> eine explizite Regelung zum *Passing-on*-Einwand enthält. Nach Vorbild des bereits seit 2005 in Deutschland existierenden § 33 Abs 3 dGWB soll ein Schadenersatzanspruch nicht deshalb ausgeschlossen sein, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Allerdings hat die deutsche Rsp zu der Parallelbestimmung ausgesprochen, dass diese die *Passing-on-Defence* nicht generell ausschließe.<sup>19)</sup> Es sei damit nur klargestellt worden, dass die Thematik nicht schon auf Ebene des Schadensbegriffs, sondern mittels des Rechtsinstituts des Vorteilsausgleichs zu lösen sei.<sup>20)</sup> Da die Materialien<sup>21)</sup> zu § 37 a KartG diese Rsp zitieren, ist anzunehmen, dass auch in Österreich die *Passing-on-Defence* allein deswegen noch nicht ausgeschlossen ist.<sup>22)</sup>

## C. Dogmatische Grundlagen

Soweit ersichtlich, sind die zwei wesentlichen dogmatischen Ansätze zur Lösung der *Passing-on*-Thematik die folgenden:

- 6) Betrachtet man auch den *umbrella effect* als schadensbegründend, umfasst der Kreis der Erstabnehmer auch alle jene, die von einem Unternehmer bezogen haben, der zwar nicht am Kartell beteiligt war, aber aufgrund des Kartells seine Preise erhöht hat – die Frage des *umbrella effects* ist derzeit beim EuGH in einer Vorlegesache (zu C-557/12) anhängig.
- 7) *Thöni*, Zulässigkeit des Einwands der Schadensabwälzung (sog „*passing-on defence*“), in FS Jud (2012) 699 ff, 716 f.
- 8) *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481 (1968); *Illinois Brick Co v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).
- 9) *Illinois Brick Co v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977): (i) prä-existierender Kosten-Plus-Vertrag zwischen dem Erst- und Folgeabnehmer, der dem Erstabnehmer eine konstante Marge auf seine gesamten Vorkosten sichert, und (ii) Kontrollausnahme, bei der der Folgeabnehmer Eigentümer des Erstabnehmers ist oder diesen beherrscht.
- 10) BGH 28. 6. 2011, KZR 75/10, *ORWI*, WuW 5. 10. 2012, H 10, 927 – 935.
- 11) KG 1. 10. 2009, 2 U 10/03 Kart (rk), *Berliner Transportbeton*, WuW/E DE-R 2773, 2785; hier jedoch ist diese Entscheidung für die gegenständliche Frage nur bedingt relevant.
- 12) Vgl auch OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 46/12 m (FN 1).
- 13) § 893 ABGB regelt sowohl den Fall der Haftungsbefreiung bei Zahlung des Ganzen durch einen Solidarschuldner als auch das Erlöschen des Anspruchs anderer Mitgläubiger, sobald ein Mitgläubiger von einem Schuldner voll befriedigt wurde.
- 14) OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 46/12 m (FN 1); s auch *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1295 Rz 49. Siehe auch OGH 10. 10. 1991, 7 Ob 27/91 mwN, bestätigt für das Liftkartell durch OLG Wien 26. 4. 2013, 4 R 352/12 k, wonach sowohl der mittelbar als auch der unmittelbar Geschädigte aktiv legitimiert sind.
- 15) Die Klägerin, die selbst keine Konzession für Bankgeschäfte besaß, führte als mittelbare Stellvertreterin im Auftrag eines Bankinstituts als Auftraggeber, das zugleich einer ihrer Aktionäre war, die technische Abwicklung einer bestimmten Form des bargeldlosen Zahlungsverkehrs durch. Vertragspartner jener Unternehmen, die ihren Kunden diese Form des bargeldlosen Zahlungsverkehrs ermöglichen, war der Auftraggeber.
- 16) OGH 17. 10. 2012, 7 Ob 48/12 b (FN 1).
- 17) Richtlinienvorschlag KOM (2013) 404 final Pkt 4.4.
- 18) Eingefügt durch das Kartellrechts- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetz 2012 mit Wirkung 1. 3. 2013.
- 19) BGH 28. 6. 2011, KZR 75/10, *ORWI*. Der aufgrund der 7. GWBNov geänderte § 33 d GWB war allerdings auf diesen Fall, der einen Sachverhalt zwischen 1994 und 1996 betraf, nicht direkt anwendbar.
- 20) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Dr 15/5049, 48 (zu § 33 Abs 3 GWB). *Bornkamm in Langen/Bunte*, Kartellrecht<sup>11</sup> § 33 GWB Rn 120; *Reich*, WuW 2008, 1051.
- 21) ErläutRV 1804 BlgNR 24. GP 6.
- 22) Siehe *Thöni*, *Passing-on defence* und die Regierungsvorlage zur Kartellrechts-Novelle 2012, RdW 2012, 454 (456), und *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht<sup>2</sup> § 37 a.

- Eine „Schule“ setzt beim Schadensbegriff selbst an und verneint schon die Entstehung eines Schadens, wenn dieser durch ein nachfolgendes Veräußerungsgeschäft auf einen Dritten überwältigt wird.<sup>23)</sup>
- Der andere Ansatz ist jener des Vorteilsausgleichs.<sup>24)</sup> Demnach entsteht zwar der Schaden zunächst beim Erstabnehmer, dieser kann jedoch durch den Vorteil der Überwälzung des Schadens auf einen Dritten (etwa indem die kartellverfangene Ware zu einem entsprechend höheren Preis weiterverkauft wird) nachträglich ausgeglichen werden. Allerdings sind beim Vorteilsausgleich nur jene nachfolgenden „Ereignisse“ zu beachten, die sich zu dem Erstgeschäft sowohl sachlich als auch zeitlich kongruent verhalten.<sup>25)</sup> Es soll dadurch zu keiner unbilligen Entlastung des Schädigers kommen.<sup>26)</sup>

Die Entscheidung zwischen diesen beiden Schulen fällt leicht. Der erste Ansatz ist schon deshalb verfehlt, weil er ein nur möglicherweise nachfolgendes Ereignis schon zum Zeitpunkt der Schadensentstehung miteinbeziehen will. Tatsächlich ist es zu diesem Zeitpunkt keinesfalls sicher, dass ein Unternehmer, der eine kartellverfangene Ware bezieht, diese auch weiterveräußern wird oder kann, und, sollte das geschehen, zu welchen Konditionen dies erfolgt.<sup>27)</sup> Wird die Ware nicht weiterveräußert, hätte der Erstabnehmer auch nach dieser Theorie den Schaden erlitten (sowie damit einen entsprechenden Anspruch erworben), und zwar wohl schon ab Erwerb der Ware. Dh, hier muss man zunächst einen Schadenseintritt annehmen, womit das dogmatische Gerüst dieser Theorie nicht mehr hält.

Tatsächlich erfasst das Rechtsinstitut des „Vorteilsausgleichs“ die vorliegende Problematik wesentlich besser. Der Schaden entsteht zunächst zur Gänze beim Erstabnehmer und kann durch eine Überwälzung auf einen Dritten nachträglich ausgeglichen werden. Allerdings nur bei sachlich und zeitlich kongruenten Arten der Überwälzung, sodass jeweils die konkreten Umstände der Überwälzung zu beachten sind. Damit besteht Spielraum, Eigenleistungen des Erstabnehmers, die Weiterverarbeitung der kartellverfangenen Ware oder auch die Unterschiede zwischen dem Rechtsgeschäft, mit dem die Ware durch den Erstabnehmer erworben wurde, und jenem, mit dem diese weitergeleitet wurde, ausreichend zu würdigen.

Jedoch bleiben auch beim Vorteilsausgleich Fragen offen. Das ist neben der im Einzelfall oft schwierigen Wertung der „Kongruenz“ auch die Problematik der de facto grds schlechteren Position zur Geltendmachung von Ansprüchen der Folgeabnehmer im Falle der Zulassung der *Passing-on-Defence* im Allgemeinen. Wie erwähnt, sind Folgeabnehmer bzgl ihrer faktischen Kenntnisse zur Geltendmachung des Schadens gegenüber dem Erstabnehmer in einer deutlich erschwerten Situation.

Insgesamt bleiben daher auch bei dem Modell des Vorteilsausgleichs Probleme. Diese könnten allerdings mit dem bereits in der Judikatur und Literatur vertretenen Ansatz gelöst werden, dass es sich bei Erstabnehmer und Folgeabnehmer um eine Gläubigergemeinschaft handelt.<sup>28)</sup> Damit ließe sich das Risiko einer Doppelinanspruchnahme der Kartellanten, analog zur Gesamtwirkung der Erfüllung innerhalb einer Solidar-

schuldner- bzw Gläubigergemeinschaft, beseitigen.<sup>29)</sup> Die Rechtsfigur des Regresses innerhalb solcher Gemeinschaften würde auch Lösungsansätze für etwaige weitere Themen wie Umfang des Anspruchs, Verjährung, Insolvenzzrisiko, Kosten und Zinsen innerhalb der Gesamtgläubigergemeinschaft bieten.<sup>30)</sup> Beim Ausgleich zwischen Gesamtgläubigern wären auch etwaige erforderliche Kosten für die erfolgreiche Erstretzung von Zahlungen durch Kartellanten analog zum Anspruch auf Ersatz der notwendigen Verfahrenskosten bei einer Solidarschuldnergemeinschaft entsprechend zu berücksichtigen.<sup>31)</sup>

Der Ansatz des OGH, das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation heranzuziehen, erscheint hingegen weniger als genereller Lösungsansatz, sondern eher für spezifische Konstellationen gedacht.<sup>32)</sup> Hier geht es um Fälle, in denen den Parteien klar ist, dass der Erstabnehmer zwar im eigenen Namen, jedoch für einen Dritten bzw auf dessen Rechnung handelt. Der Schaden trifft in solchen Situationen schon von Anfang an erkennbar (wirtschaftlich) den Auftraggeber, sodass die *Passing-on*-Thematik hier schon von vornherein nur stark modifiziert auftritt.

Bei den dogmatischen Überlegungen ist zusätzlich zu bedenken, dass aufgrund der Judikatur des EuGH jeder, der durch ein Kartell geschädigt wurde, einen Anspruch auf Schadenersatz geltend machen können muss (sog „Jedermann-Rechtsprechung“).<sup>33)</sup> Hierbei sind auch der EU-rechtliche Adäquanz- und insb der Effektivitätsgrundsatz zu beachten. Die Durchsetzung von EU-Recht auf nationaler Ebene darf einerseits nicht praktisch unmöglich gemacht werden (Effektivitätsgrundsatz) und andererseits dürfen nationale Verfahrensbestimmungen zur Durchsetzung von EU-Recht nicht weniger günstig ausgestaltet sein als solche für entsprechende innerstaatliche Klagen (Äquivalenzgrundsatz). Da bei fast allen maßgeblichen Kartellfällen

23) LG Mannheim GRUR 2004, 182 (184); OLG Karlsruhe, *Vitaminpreise Mannheim*, WuW DE/R 1229 (1230 ff).

24) BGH 28. 6. 2011, KZR 75/10, *ORWI*, WuW 5. 10. 2012, H 10, 927 – 935; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Dr 15/5049, 48 (zu § 33 Abs 3 GWB); *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht<sup>11</sup> § 33 GWB Rn 120; *K. Westermann* in FS H.-P. Westermann 1605 (1620 ff); *Reich*, WuW 2008, 1051.

25) *Thöni* in FS Jud 711 f.

26) RIS-Justiz RS0023600; OGH 26. 5. 2011, 9 Ob 51/10 f EvBl 2011/132; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> VI Anh § 1323 ABGB Rz 1; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 1295 Rz 43; *Kirchhoff*, Das Orwi-Urteil des Bundesgerichtshofs, WuW 2012, 927; BGH 28. 6. 2011, KZR 75/10, *ORWI*.

27) Wie einhellig in der Lit vertreten wird, ist der Erstabnehmer auch nicht verpflichtet, die kartellverfangene Sache weiterzuveräußern, um den Schaden auf dieser Wirtschaftsstufe zu reduzieren – s *Thöni* in FS Jud 712 mwN.

28) KG 1. 10. 2009, 2 U 10/03 Kart (rk), *Berliner Transportbeton*, WuW/ E DE-R 2773, 2785; OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 46/12 m; OLG Wien 26. 4. 2013, 4 R 352/12 k.

29) Vgl *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 893 Rz 1; s auch OLG Wien 26. 4. 2013, 4 R 352/12 k.

30) Vgl *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 896 Rz 1 ff.

31) Eigene Kosten eines Vorprozesses können in einem Regressprozess nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen oder dann geltend gemacht werden, wenn die Prozessführung des Regressberechtigten zum klaren überwiegenden Vorteil des Regresspflichtigen oder zur Abwehr eines Schadens gegen Dritte diene; s *Kozioł*, Haftpflichtrecht<sup>3</sup> I Rz 14/30; OGH 12. 10. 1995, 6 Ob 538/95 JBl 1996, 584 mwN.

32) OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 46/12 m.

33) EuGH 20. 9. 2001, C-453/99, *Courage*, Rz 30; EuGH 13. 6. 2006, C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Rz 58 ff.

in Österreich EU-Kartellrecht (Art 101 AEUV) angewendet wird, muss sich wohl auch eine etwaige dogmatische Herangehensweise bzgl der *Passing-on-Defence* an diesen Prinzipien orientieren.

Im Folgenden sollen die obigen Ansätze, insb der Vorteilsausgleich, anhand einiger typischer Fallkonstellationen „gegenverprobt“ werden.

## D. Fallgruppen

### 1. Standardsituation

Der klassische Fall einer möglichen Anwendung der *Passing-on-Defence* ist die Weiterveräußerung einer kartellverfangenen und unveränderten Ware durch den Erstabnehmer an die nächste Wirtschaftsstufe. Der Zweitabnehmer wäre geschädigt, wenn durch das Kartell auch jener Preis überhöht ist, der ihm vom Erstabnehmer weiterverrechnet wurde. Ökonomisch betrachtet wird eine kartellbedingte Preisüberhöhung auf der nächsten Wirtschaftsstufe umso wahrscheinlicher sein, je eher die Ware ohne besonderen Verkaufsaufwand des Erstabnehmers weiterveräußert wird (und somit der Zwischenfaktor dieser Weiterveräußerung nicht signifikant ist). In diesem Fall lässt somit die Preiserhöhung auf der ersten Handelsstufe einen direkten Rückschluss auf die Preiserhöhung auf der zweiten Handelsstufe zu. Dies wird insb beim Bezug von undifferenzierten Waren (zB Rohstoffen oder Halbfertigprodukten) über den Großhandel der Fall sein.

In derartigen Fallkonstellationen wäre die Zulassung der *Passing-on-Defence* auch nach dem Prinzip des Vorteilsausgleichs denkbar. Die zeitliche wie auch die sachliche Kongruenz des Zweitgeschäfts im Verhältnis zum Erstgeschäft wäre im Regelfall gegeben. Die oben erwähnten allgemeinen Bedenken bzgl der *Passing-on-Defence* bestehen hier allerdings nach wie vor.

### 2. Besonderer Vertriebsaufwand

Schon dann, wenn der Erstabnehmer für die Weiterveräußerung einen besonderen Aufwand treibt, zB indem er die (zwar unveränderte) Ware durch besondere Vertriebsbemühungen weiterveräußert, ist es fraglich, ob die *Passing-on-Defence* noch zulässig sein kann. Ein Beispielfall wäre der Einkauf von hochwertigen Kosmetikprodukten, die in einem selektiven Vertriebssystem weiterveräußert werden. Selektive Vertriebssysteme zeichnen sich durch eine besondere Servicequalität aus, die gerade ein wesentlicher Unterschied zu anderen Vertriebsformen sein kann. Hier wäre das Zweitgeschäft gegenüber dem Erstgeschäft nur mehr bedingt kongruent – obwohl die Ware dieselbe ist, ist die Vertriebssituation auf der zweiten Stufe nicht mehr mit dem Erstvertrieb vergleichbar. An diesem Beispiel zeigt sich die Bedeutung des Kongruenzerfordernisses. Die sachliche Kongruenz ist sowohl auf die Ware an sich als auch auf die Umstände der Weiterveräußerung zu beziehen.

### 3. Weiterverarbeitung

Ähnliche Abgrenzungsfragen ergeben sich bei der Weiterverarbeitung der kartellverfangenen Ware (zB wenn es sich um Rohstoffe oder Halbfertigprodukte handelt) durch den Erstabnehmer und einer erst darauf folgenden Weiterveräußerung. Hier wird die *Passing-*

*on-Defence* auch nach dem Maßstab des Vorteilsausgleichs nur in Ausnahmefällen zuzulassen sein, zumal die Weiterverarbeitung des Produkts oft einen erheblichen Aufwand mit sich bringt. Die sachliche Kongruenz ist wohl zu verneinen, wenn eine andere Sache weiterveräußert wird als jene, die der Erstabnehmer bezogen hat (wenn ein „aliud“ vorliegt).<sup>34)</sup> Hier wäre daher die *Passing-on-Defence* nicht mehr zulässig.<sup>35)</sup> Dafür spricht auch der Regelungswortlaut des durch die KartGNov 2012 eingefügten § 37 a Abs 1 KartG. Der Gesetzgeber spricht hier bewusst von der Weiterveräußerung der kartellbedingt überteuerten Ware. Bei einer Weiterverarbeitung wird hingegen ein anderes Produkt weiterveräußert und nicht dieselbe kartellierte Ware.

### 4. Besondere rechtliche Verhältnisse

Ein Fall, der an die obigen Fallkonstellationen anschließt, ist die Situation, in der sich auch das Rechtsverhältnis zwischen Kartellant und Erstabnehmer nach seinen grundsätzlichen Eigenschaften von jenem zwischen dem Erstabnehmer und der nachfolgenden Wirtschaftsstufe unterscheidet. Dies wäre zB der Fall, wenn eine Leistung entgeltlich erworben und – zB im Rahmen einer Zugabe zu einem gekauften Produkt – unentgeltlich an die nächste Wirtschaftsstufe weitergegeben wird. Noch deutlicher wird dieser Unterschied in Fällen, in denen der Kartellant Leistungen an einen Erstabnehmer erbringt, der in seinem Verhältnis zum Zweitabnehmer besonderen gesetzlichen Regelungen unterliegt, zB aus Gründen des Konsumentenschutzes.<sup>36)</sup> Für die nachgelagerten Vertragspartner des Erstabnehmers hat der Gesetzgeber in speziellen Sondergesetzen zB oftmals spezifische Schlichtungsstellen geschaffen, die Endabnehmern etwa die Überprüfung der Angemessenheit oder Rechtmäßigkeit der von ihnen entrichteten Entgelte ermöglichen.<sup>37)</sup> Die Zuständigkeit der Schlichtungsstelle ist zwar manchmal nur eine fakultative; würde man aber den Zweitabnehmer durch Zulassung des *Passing-on-Einwands* dazu zwingen,<sup>38)</sup> etwaige Überhöhungsbeiträge direkt vor den ordentlichen Gerichten beim vorgelegten Kartellanten (der den Regelungen der Schlichtungsstelle meist nicht unterliegt) geltend zu machen, so würde man dem Zweitabnehmer sein gesetzlich eingeräumtes Recht zur Anrufung der Schlichtungsstelle zwecks Entgeltüberprüfung im Verhältnis zu seinem Vertragspartner nehmen.

Hier muss der *Passing-on-Einwand* der ehemaligen Kartellanten schon daran scheitern, dass das Rechtsverhältnis zwischen Kartellant und Erstabnehmer nicht mit jenem zwischen Erstabnehmer und Zweitabnehmer vergleichbar ist, weswegen hier aufgrund rechtlicher

34) Vgl BGH 28. 6. 2011, KZR 75/10, *ORWI*.

35) BGH 28. 6. 2011, KZR 75/10, *ORWI*.

36) Das gilt *mutatis mutandis* auch dann, wenn dies über mehrere Vertriebsstufen der Fall ist und nicht der Erstabnehmer, sondern ein späterer Folgeabnehmer auf einem solchen Markt tätig ist.

37) Vgl § 39 MRG; § 122 TKG 2003; § 26 Energie-Control-Gesetz – E-ControlG; § 78 a Eisenbahngesetz 1957; § 53 Postmarktgesetz.

38) Man kann wohl nicht davon ausgehen, dass der Erstabnehmer aufgrund des *Passing-on-Einwands* zwar keine Forderung gegen die Kartellanten hat, aber dennoch einem Anspruch des Zweitabnehmers ausgesetzt ist – dh, wenn man die *Passing-on-Defence* zulässt, ist die logische Folge, dass der Zweitabnehmer sich bzgl des Überhöhungsbetrags nur mehr direkt an die Kartellanten wenden kann.

Unterschiede die Kongruenz fehlt. Würde man hier von einer Zulässigkeit der *Passing-on-Defence* ausgehen, so würde damit das Sonderregime ausgehebelt.

## 5. Streuschäden

Eine weitere Thematik, die iZm der *Passing-on-Defence* öfter diskutiert wird, ist die der Streuschäden. Was hat zu geschehen, wenn Schäden, die im Verhältnis zwischen Kartellant und Erstabnehmer entstehen, durch eine Veräußerung vieler niedrigpreisiger Produkte durch den Erstabnehmer an die Zweitabnehmer massiv gestreut werden und somit einzelne Zweitabnehmer schon aus praktischen Erwägungen kaum jemals Ansprüche geltend machen würden. Auch hier muss die Frage gestellt werden, ob das Erstgeschäft noch mit den Zweitgeschäften kongruent ist, zumal Letztere eine

faktisch andere Struktur aufweisen. Es spricht einiges dafür, auch hier die *Passing-on-Defence* zu verneinen.

## E. Conclusio

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die *Passing-on-Defence* einige neue Rechtsprobleme aufwirft. Eine Lösung derselben schon auf Ebene des Schadensbegriffs ist nicht haltbar. Das Rechtsinstitut des Vorteilsausgleichs ist aufgrund des damit verbundenen Kongruenzbegriffs dogmatisch wesentlich besser geeignet, für die wichtigsten Fallkategorien Lösungen zu finden. Allerdings bleiben auch dann noch offene Fragen. Um auch diese zu lösen, würde sich uU das in der deutschen Judikatur sowie Literatur gefundene Modell einer Gesamtgläubigerschaft anbieten.

### → In Kürze

Dieser Artikel beschäftigt sich mit dem in Schadenersatzprozessen wegen Kartellrechtsverstößen brisanten Thema der *Passing-on-Defence* (Einwand des Beklagten gegenüber dem Erstabnehmer, dass der Schaden auf die nächste Wirtschaftsstufe überwältzt wurde). Er zeigt auf, dass diese Problematik nicht schon auf Ebene des Schadensbegriffs gelöst werden kann. Vielmehr ist das Rechtsinstitut des Vorteilsausgleichs geeignet, für die verschiedenen Fallkonstellationen adäquate Lösungen zu bieten. Alternativ wäre auch zu überlegen, eine Gläubigergemeinschaft zwischen Erstabnehmer und Folgeabnehmern anzunehmen.

### → Zum Thema

#### Über die Autoren:

Dr. Raoul Hoffer ist Partner in der Kanzlei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH.

Kontaktadresse: Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH, Sterngasse 13, 1010 Wien.

Tel: +43 (0)1 534 80-220

Fax: +43 (0)1 534 80-8

E-Mail: hoffer@bindergroesswang.at

Internet: www.bindergroesswang.at

Dr. Isabelle Innerhofer ist juristische Mitarbeiterin in der Kanzlei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH.

Kontaktadresse: Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH, Sterngasse 13, 1010 Wien.

Tel: +43 (0)1 534 80-260

Fax: +43 (0)1 534 80-8

E-Mail: innerhofer@bindergroesswang.at

#### Von denselben Autoren erschienen:

*Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht<sup>2</sup> (2013); *Hoffer*, Kartellgesetz-Kommentar (2007); *Hoffer/Innerhofer*, Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, ÖBl 2011/48; *Innerhofer/Maierhofer*, Absolutes Verbot des Internetvertriebs im selektiven Vertrieb unzulässig, ÖBl 2012, 104; *Innerhofer/Maierhofer*, Verschärfung für Bagatellkartelle auf allen Fronten? ÖZK 2013, 48.

### → Literatur-Tipp



J. P. Gruber, *Österreichisches Kartellrecht* (2013)

#### MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter [www.manz.at](http://www.manz.at)

