



rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten im Kontext der Vertragsanbahnung respektive -erfüllung zu erhalten.

5. Das Fazit

Für den Austausch von Namens- und Kontaktdaten im Zusammenhang mit Anbahnung und Erfüllung von B2B-Vertragsverhältnissen liegt mit Blick auf die potenziellen Rechtgrundlagen unter Art 6 DSGVO und eine diesbezügliche Stellungnahme des BayLDA ein Rückgriff auf das berechnete Interesse nach Art 6 lit f DSGVO nahe. Von einem unreflektierten Abstellen auf das berechnete Interesse sollte jedoch Abstand genommen werden. Angesichts der von der Art 29-Datenschutzgruppe und dem EuGH vorgegebenen Prüfkriterien für das Vorliegen eines berechtigten Interesses muss es stets bei einer Einzelfallprüfung bleiben. Entsprechend der damit einherge-

henden rechtlichen und praktischen Unwägbarkeiten wären klärende Worte des Europäischen Datenschutzausschusses wünschenswert.



Der Autor:

Dr. Christian Zoidl (vormals Lamplmayr) ist Legal Counsel bei der ENGEL AUSTRIA GmbH und dabei insbesondere auch im Bereich des Datenschutzes tätig.

Publikationen des Autors:

Verbotene Einlagenrückgewähr durch Vermögensaußenkehr an Dritte (unter Lamplmayr, 2016); Die Konzernhaftung nach der DSGVO – Schein oder Sein? *ecolex* 2019, 428; sowie weitere Beiträge in Fachzeitschriften.

✉ Christian.Zoidl@engel.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Zoidl/Christian

Foto: privat

Dr. Stefan Holzweber/Stud.Ass. Daniel Madari • Universität Wien

Zur Höhe des Kartellschadens beim Passing-on

» RdW 2019/527

Die Ermittlung der Schadenshöhe ist eine der komplexesten Aufgaben bei der zivilrechtlichen Durchsetzung von Kartellschadenersatzansprüchen. Dies betrifft insb Konstellationen, in denen ein infolge einer wettbewerbswidrigen Handlung überhöhter Preis durch den Erstabnehmer ganz oder teilweise an die nachgelagerte Absatzstufe weitergereicht wird (Passing-on). Ziel des vorliegenden Beitrags ist es – ausgehend von den dazu kürzlich erschienenen Leitlinien der EK – die Grundsätze zur Bemessung des Kartellschadens bei Konstellationen des Passing-on darzustellen.

1. Einleitung

Wenn Preise durch kartellrechtswidrige Abreden oder Praktiken überhöht sind, betrifft dies idR nicht nur den unmittelbaren Abnehmer des rechtswidrig handelnden Unternehmens. Vielmehr wird dieser selbst nach Möglichkeit den Preis erhöhen und versuchen, die Preiserhöhung auf nachgelagerte Absatzstufen weiterzureichen. Im Ergebnis wird die durch eine kartellrechtswidrige Handlung bedingte Preiserhöhung auf mittelbare Abnehmer abgewälzt; man spricht – wohl aufgrund des Ursprungs der Diskussion in den Vereinigten Staaten¹ – vom **Passing-on** des Kartellschadens.

Das Passing-on wirkt in zweierlei Hinsicht² auf die zivilrechtliche Durchsetzung von Kartellschadenersatzansprüchen: Zum einen kann die beklagte Partei nach § 37f Abs 1 KartG³ die Einrede erheben, dass die Klägerin den Preisaufschlag vollständig oder teilweise weitergegeben hat, wodurch der restituirbare Schaden verringert wird. Dies wird häufig als **Passing-on Defense** bezeichnet⁴ – bildlich gesprochen handelt es sich um das prozessrechtliche „Schild“ des Kartellanten gegen seinen unmittelbaren Abnehmer. Zum anderen kann sich nach § 37f Abs 2 KartG der durch den weitergegebenen Preisaufschlag geschädigte, mittelbare Abnehmer gegen den Rechtsverletzer mit Schadenersatzansprüchen wenden⁵ – das metaphorische „Schwert“ des mittelbaren Abnehmers. Die Möglichkeit, das Passing-on des Kartellschadens vorzubringen bzw einzuwenden, ist dabei ein wesentlicher Ausfluss des Grundsatzes, dass es durch die Geltendmachung von Kartellschadenersatzansprüchen weder zu einer Unter- noch

meines Schadenersatzrecht, in *Gugler/Schuhmacher*, Schadenersatz bei Kartellverstößen (2015) 15 (29 f).

² *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht⁴ (2019) 262; *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadenersatz (2009) 282.

³ Die Norm des § 37f KartG ist eine Umsetzung von Art 12 ff der Schadenersatz-RL 2014/104/EU. Siehe dazu weiterführend *F. Schuhmacher*, *ecolex* 2014, 193 (195 f).

⁴ Weiterführend *Hoffer/Innerhofer*, *ÖBl* 2013, 62; *Polster/Steiner*, *ÖZK* 2014, 43; *Sonnberger*, *wbl* 2015, 129.

⁵ *Csoklich*, *VbR* 2014, 185 (189); *Wilhelm*, *ecolex* 2012, 105.

¹ So hat der Supreme Court bereits 1968 über das Passing-on abgesprochen. Siehe dazu weiterführend *Kodek*, Kartellschadenersatz und allge-



zu einer Überkompensation kommen soll:⁶ Der gesamte Kartellschaden – aber auch nicht mehr – soll gegen den Rechtsverletzer geltend gemacht werden können, unabhängig davon, auf welcher Absatzstufe der Schaden eintritt.

Diesen Wirkungsformen des Passing-on ist gemein, dass die Quantifizierung des abgewälzten Schadens äußerst komplex ist und idR die Heranziehung von ökonomischem Sachverstand voraussetzt.⁷ Mit dem Ziel, nationalen Zivilgerichten eine praktische Orientierungshilfe für die Schätzung der Abwälzung von Preisaufschlägen an die Hand zu geben, hat die EK daher im August 2019 basierend auf Art 16 der Schadenersatz-RL eigene Leitlinien⁸ (im Folgenden LL) veröffentlicht. Diese sind nicht rechtsverbindlich; sie bieten den Beteiligten in Zusammenschau mit dem praktischen Leitfaden der EK zur Ermittlung des Schadensumfangs⁹ (im Folgenden Praktischer Leitfaden) allerdings eine wertvolle Anleitung zur Schätzung des Gesamtschadens und einzelnen Teilen davon bei Konstellationen des Passing-on.

2. Grundsätzliches zur Bestimmung des Kartellschadens

Aus theoretischer Sicht ist die Bemessung des Schadens, der durch eine kartellrechtswidrige Handlung entsteht, nicht weiter problematisch. Es müssen dabei drei Größen berücksichtigt werden – und zwar unabhängig davon, ob ein unmittelbarer oder ein mittelbarer Abnehmer betroffen ist:¹⁰

1. Der **Kosteneffekt bzw. Preisaufschlag** besteht darin, dass durch eine wettbewerbswidrige Handlung der Einkaufspreis der Abnehmer erhöht wird. Der Schaden besteht daher in der Preisdiskrepanz multipliziert mit der abgenommenen Stückzahl.
2. Der **Preiseffekt bzw. Pass-on** drückt aus, dass ein Abnehmer infolge des Kosteneffekts auch Vorteile erlangen kann: Er kann seinen erlittenen Schaden uU teilweise oder zur Gänze durch eine Erhöhung seines Verkaufspreises auf den nächsten Abnehmer abwälzen und somit seinen Schaden verringern. Dieser Effekt kann daher als das Produkt des erhöhten Verkaufspreises und der abgesetzten Menge dargestellt werden.

3. Liegt ein Preiseffekt vor, so kommt es idR auch zu einem **Mengeneffekt**. Damit wird der Umstand bezeichnet, dass ein Abnehmer durch seinen nunmehr erhöhten Verkaufspreis weniger Einheiten weiterverkaufen kann und daher einen geringeren Gewinn lukriert. Es entsteht dem Abnehmer daher ein zusätzlicher Schaden, der dem Produkt zwischen seiner Gewinnspanne und der nunmehr reduzierten Anzahl an verkauften Einheiten seiner Produkte bzw. Dienstleistungen entspricht. Dieser Effekt ist gleichbedeutend mit dem **entgangenen Gewinn**.

Diese Zusammenhänge lassen sich durch ein Beispiel illustrieren: Sprechen sich Nahrungsergänzungsmittelhersteller über ihre Preise ab, müssen Großhändler als unmittelbare Abnehmer mit einem Preisaufschlag rechnen (Kosteneffekt). Aufgrund des gestiegenen Einkaufspreises werden einzelne Großhändler uU ihren Verkaufspreis erhöhen (Preiseffekt). Durch die Preiserhöhung werden die nachgelagerten Einzelhändler als mittelbare Abnehmer allerdings die Nachfrage nach diesen Produkten zurückfahren – ein Großhändler setzt damit weniger Einheiten ab, als dies im zuwiderhandlungsfreien Szenario der Fall wäre (Mengeneffekt). Somit wirken diese drei Größen aus der Sicht eines Großhändlers mit unterschiedlichen Vorzeichen: Kosteneffekt und Mengeneffekt verringern seinen Gewinn, während der Preiseffekt diesen erhöht. Für die Bemessung des Schadens des Großhändlers müssen alle drei Schadensbestandteile berücksichtigt werden. Diese Grundsätze zur Schadensberechnung sind dabei auch auf allen weiteren Absatzstufen anwendbar.

Die Schwierigkeit bei der Bemessung des Kartellschadens liegt in der Praxis nun darin, dass in den meisten Fällen zwar die tatsächlich verlangten Ein- und Verkaufspreise sowie die abgesetzten Mengen ermittelt werden können, eine Situation ohne wettbewerbswidriges Verhalten aber nicht unmittelbar wahrnehmbar oder nachweisbar ist. Nur in sehr seltenen Fällen – etwa wenn direkte Beweise zu abgesprochenen Preiserhöhungen im Kartell vorhanden sind¹¹ – kann unmittelbar auf ein hypothetisches Marktgeschehen ohne schädigendes Verhalten geschlossen werden. Die Schwierigkeit bei der Schadensermittlung besteht daher va darin, ein „**kontrafaktisches bzw. wettbewerbsanaloges Szenario**“ zu erstellen, in dem die wettbewerbsbeeinträchtigende Handlung weggedacht wird. Die entstehenden Kosten- und Mengeneffekte unter Abzug des Preiseffekts sind dann kausal iSd *Conditio-sine-qua-non*-Formel durch die Kartellrechtswidrigkeit bedingt worden. In der großen Mehrzahl der Fälle müssen für die Erstellung dieses Szenarios industrieökonomische Modelle¹² herangezogen werden.¹³ Dies ist idR Aufgabe von ökonomischen Sachverständigen.

Die Aufstellung eines kontrafaktischen Szenarios ist allerdings mit zwei Schwierigkeiten behaftet: Da es sich lediglich um ein Modell handelt, hängt die **Güte der Nachbildung** entscheidend davon ab, wie es um die Qualität und Quantität des zur Verfügung stehenden Datenmaterials steht. Zusätzlich bedeu-

⁶ Weiterführend dazu Alexander, Schadenersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht (2010) 403 ff.

⁷ Aufgrund der Komplexität der Berechnung wird – neben anderen Gesichtspunkten – insb in der amerikanischen Lit vertreten, dass nur unmittelbar Geschädigte, nicht aber weitere Absatzstufen ersatzberechtigt sein sollen. Siehe dazu erstmalig Posner/Landes, University of Chicago Law Review 1979, 602 (604).

⁸ EK, Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags, 9. 8. 2019, 2019/C 267/07.

⁹ EK, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 11. 6. 2013, SWD(2013) 205.

¹⁰ Gugler, Quantifizierung von Kartellschäden aus ökonomischer Sicht, in Gugler/Schuhmacher, Schadenersatz bei Kartellverstößen 1 (2 f); Haucamp/Stühmeier, WuW 2008, 413 (420); Davis/Garcés, Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis (2010) 350; Van Dijk/Verboven, The Journal of Industrial Economics 2009, 457 (463 f).

¹¹ So etwa bei BGH 28. 6. 2011, KZR 75/10 Rz 50.

¹² Zum Gehalt ökonomischer Aussagen weiterführend F. Schuhmacher, Effizienz und Wettbewerb (2011) 118 ff.

¹³ Siehe dazu auch Abele/Kodek/Schäfer, ÖZK 2008, 211 (216 ff).



tet ökonomische Modellierung ganz generell – hier die Erstellung des Kontrafaktischen – stets das Treffen von **abstrakten Annahmen und Vereinfachungen**. Daher sind bei unterschiedlicher Bearbeitung divergierende Ergebnisse zu erwarten. In der Praxis kommen ökonomische Gutachten – häufig in Abhängigkeit davon, wer sie in Auftrag gegeben hat – gewollt oder ungewollt zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen.¹⁴

Ökonomische Sachverständigengutachten unterliegen der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 272 ZPO – unabhängig davon, ob diese über gerichtlichen Auftrag erstellt wurden, oder ob es sich um Privatgutachten handelt.¹⁵ Damit geht grundsätzlich auch eine Begründungspflicht einher, die verhindern soll, dass die Freiheit der Beweiswürdigung missbraucht wird und zur Willkür wird.¹⁶ Die Besonderheit bei der Bemessung des Schadens ist dabei bekanntlich, dass der **Schaden der Höhe nach nicht bewiesen werden muss**, da das Gericht nach § 273 Abs 1 ZPO diesen nach freier Überzeugung festsetzen kann, wenn die Haftung des Beklagten dem Grunde nach feststeht. Mit Blick auf § 37c Abs 2 KartG, wonach bei einem horizontalen Kartell die widerlegliche Vermutung besteht, dass ein Schaden entstanden ist, könnte dies dahin gehend verstanden werden, dass zumindest bei Kernverstößen gegen kartellrechtliche Bestimmungen eine Begründungspflicht entfallen würde und die Schadenshöhe nach Gutdünken festgelegt werden könnte. Dem muss uE jedoch entschieden entgegengetreten werden:¹⁷ Gerade bei komplexen Wertungsentscheidungen wie bei der Quantifizierung von Kartellschäden ist uE das **richterliche Ermessen bei der Festsetzung der Schadenshöhe begrenzt**. Dem entspricht auch die hRsp zur Überprüfbarkeit der Anwendung des § 273 Abs 1 ZPO: Denn grundsätzlich ist das Ergebnis einer Betragsfestsetzung nach § 273 ZPO als revisible rechtliche Beurteilung zu qualifizieren.¹⁸ Eine Überprüfung erfolgt jedoch nur hinsichtlich der für die Schadenshöhe maßgebenden Faktoren. Denn nur in jenem Rahmen, in dem der Beweis der Höhe des Schadens nicht erbracht werden konnte, ist der Schaden nach Ermessen des Gerichts festzusetzen.¹⁹ Dies bedeutet, dass die wesentlichen Faktoren eine Richtschnur für die Schätzung der Schadenshöhe darstellen. Daraus folgt einerseits, dass auch bei der Schadensschätzung nach § 273 Abs 1 ZPO die wesentlichen Faktoren, die zur Betragsfestsetzung geführt haben, angeführt werden, damit diese überprüfbar sind.²⁰ Andererseits müssen diese Faktoren auch tatsächlich in die Festsetzung des Schadens einfließen.

Die vordringliche Aufgabe der Gerichte ist es somit, aus ökonomischen Gutachten die wesentlichen Faktoren zu destillieren, die die Grundlage für die Schadensfestsetzung bilden. Hierbei sind nach der Rsp jene Faktoren heranzuziehen, die sich aus den Feststellun-

gen der Tatsacheninstanzen, dem Gesetz oder aus Erfahrungssätzen ergeben.²¹ Den **äußeren Rahmen für die Festsetzung des Schadens** – also den minimalen und den maximalen Schaden – werden dabei idR²² die von den Parteien vorgebrachten gutachterlichen Schadensschätzungen darstellen; ein richterliches Ermessen besteht uE grundsätzlich nur insoweit diese voneinander abweichen. Darüber hinaus stellen die Umstände des Einzelfalls wesentliche Faktoren dar, nach denen sich die Betragsfestsetzung richten muss und zu denen auch Feststellungen getroffen werden müssen.²³ Daraus ergibt sich die Bedeutung der LL: Die darin verkörperten Aussagen können uE als ökonomisch fundierte Erfahrungssätze aufgefasst werden, die einen Rahmen für die Quantifizierung des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags bilden.

In der Folge wird basierend auf den LL versucht, die wesentlichen Faktoren zu identifizieren, die typischerweise die Höhe des Kartellschadens beeinflussen. Hierbei gilt es, zwei Bereiche zu trennen: Einerseits können wesentliche Faktoren die **Marktgegebenheiten** und die Interdependenzen zwischen den Absatzstufen betreffen. Andererseits können sich wesentliche Faktoren zur Beurteilung der Validität einer Schadensschätzung auch aus den **verwendeten Methoden und Techniken** der Schadensschätzung ergeben.

3. Marktgegebenheiten als wesentliche Faktoren

In den LL werden generelle wirtschaftstheoretische Überlegungen²⁴ angeführt, die die Schadensüberwälzungen beeinflussen können. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass diese **generell in die Schadensschätzung** einbezogen werden müssen. Dabei gilt, dass diese Gesichtspunkte nicht isoliert betrachtet werden dürfen. Vielmehr müssen diese wirtschaftlichen Interdependenzen in einer kritischen Gesamtschau untersucht werden. Darüber hinaus bestehen freilich noch marktspezifische Charakteristika, die im Einzelfall einen wesentlichen Faktor darstellen können;²⁵ im Rahmen dieses Beitrags kann auf diese aber nicht näher eingegangen werden.

3.1. Wettbewerbsintensität

Ein wesentlicher Einflussfaktor für die Höhe des Kartellschadens stellt die Wettbewerbsintensität dar, da diese bestimmt, ob überhaupt die Möglichkeit zur Weitergabe des Preisaufschlags besteht.²⁶ Grundsätzlich gilt, dass der **Preiseffekt mit der Wett-**

14 So der deutliche Befund von *Weitbrecht*, NZKart 2019, 70 (72); siehe dazu ebenfalls *Davis/Garcés*, Quantitative Techniques 352.

15 *Schneider* in *Fasching/Konecny*³ III/1 Vor §§ 351 ff ZPO Rz 10.

16 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ III/1 § 272 ZPO Rz 7.

17 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen² (2018) 254 ff (insb 268).

18 RS0111576.

19 RS0040341.

20 So auch kürzlich OGH 29. 1. 2019, 4 Ob 213/18d Rz 2.1.

21 Zu statistischen Erfahrungswerten mwN OGH 24. 8. 2017, 8 ObA 55/16w; 24. 2. 1998, 4 Ob 49/98d zum Erfahrungssatz, dass Unternehmen kosten-deckend kalkulieren; instruktiv weiters 10. 12. 1987, 7 Ob 674/87.

22 Freilich nicht im Fall von extremen Fehlschätzungen.

23 Dazu OGH 4. 9. 2002, 9 ObA 155/02p.

24 Diese Aufzählung von möglichen Faktoren ist natürlich nicht abschließend. In den LL wird auch erwähnt, dass „ein Unternehmen in der Praxis nicht immer Preisentscheidungen“ trifft, „die mit den auf Grundlage der Wirtschaftstheorie getroffenen Vorhersagen gänzlich übereinstimmen“. Siehe dazu LL Rz 51 ff.

25 LL Rz 56 und 184 ff.

26 So auch *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz 285.



bewerbsintensität steigt.²⁷ Sind alle direkten Abnehmer gleichermaßen vom Kartell betroffen und stehen diese zueinander in vollkommener Konkurrenz, so ist davon auszugehen, dass der Schaden vollständig weitergereicht wird: Da der Marktpreis in diesem Szenario den Grenzkosten entspricht, würde eine nicht vorgenommene Weiterwälzung unweigerlich zu einem Verlust führen.²⁸ Umgekehrt wäre ein Monopolist in der Lage, den auf seiner Stufe erlittenen Kartellschaden durch seine schon bestehenden hohen Margen zu absorbieren; er könnte damit von einer teilweisen oder gänzlichen Weiterwälzung absehen.²⁹ Auf Basis dieser theoretischen Eckpunkte zeigt sich, dass zur Schätzung der Schadenshöhe festgestellt werden muss, wie viele Wettbewerber am Markt des abwälzenden Unternehmens agieren und wie intensiv der Preiswettbewerb zwischen diesen ausfällt.

Darüber hinaus ist darauf abzustellen, inwieweit **sämtliche Marktteilnehmer durch die wettbewerbswidrige Handlung betroffen** sind. Dabei sind – etwa im Fall von nicht inhaltsgleichen Preisgleitklauseln – durchaus Konstellationen denkbar, in denen der Preisaufschlag in unterschiedlichem Maß weitergegeben wird. Die LL treffen dazu die Annahme, dass eine Schadensabwälzung nicht wahrscheinlich ist, wenn nur ein unmittelbarer Abnehmer des Kartells höhere Preise zahlen muss und sohin ein unternehmensspezifischer Aufschlag vorliegt.³⁰ Dementsprechend hat bei der Schadensschätzung uE – je nach Einzelfall – auch die Feststellung zu erfolgen, ob alle Abnehmer gleichermaßen oder nur punktuell von der rechtswidrigen Handlung betroffen sind.

3.2. Nachfragestruktur

Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt bei der Schätzung der Schadenshöhe ist die Struktur der Nachfrage, die dem Weiterwälzenden gegenübersteht. Wesentlich dabei ist insb, wie stark die Nachfrage auf eine Preisänderung reagiert. Dies kann durch die sogenannte **Preiselastizität** gemessen werden:³¹ Hierdurch wird ausgedrückt, mit wie viel Prozent an Nachfragerückgang bei einer Preissteigerung von einem Prozent zu rechnen ist. Dieser Parameter zeigt, wie viel Marktmacht³² die weiterwälzenden Akteure gegenüber ihren Abnehmern ausüben können und damit ebenfalls, ob Passing-on überhaupt möglich ist. Haben die

mittelbaren Abnehmer wenig Einfluss auf die Höhe der Einkaufspreise und zusätzlich keinerlei alternative Zukaufsmöglichkeiten, so wird dem unmittelbaren Abnehmer die Weiterwälzung verhältnismäßig leicht fallen. Reagieren die mittelbaren Abnehmer auf Preiserhöhungen allerdings sofort und greifen zu Substituten, so ist grundsätzlich von einer geringen Überwälzung auszugehen; der Kartellschaden wird dabei zum größten Teil vom unmittelbaren Abnehmer absorbiert werden.³³ Daraus folgt uE, dass die Preiselastizität der Nachfrage grundsätzlich einen wesentlichen Faktor bei der Schätzung von Kartellschäden darstellt.

3.3. Kostenstruktur

In den vorigen Ausführungen wurde implizit angenommen, dass die Preiserhöhung durch das Kartell entlang der Absatzketten ausschließlich die Produktionskosten und somit **variable Kosten** erhöht. Es können jedoch auch Fixkosten – also jene Kosten, die auch anfallen, wenn nicht produziert wird – infolge einer wettbewerbswidrigen Handlung erhöht sein. Bilden bspw Aufzugshersteller ein Preiskartell und erhöhen dabei die jährlichen Wartungsgebühren, steigen für allfällige Abnehmer die Fixkosten, da diese auch dann anfallen, wenn der Betrieb des Abnehmers stillsteht. Die LL weisen idZ darauf hin, dass Passing-on eher stattfindet, wenn variable Kosten vom Aufschlag betroffen sind. Dieser Gedanke beruht auf einer Annahme über das Preisfestlegungsverhalten: Kurzfristig sind für ein gewinnmaximierendes Unternehmen nur die variablen Kosten entscheidungsrelevant; erst in der langfristigen Planung werden Fixkosten in unternehmerische Entscheidungen miteinbezogen.³⁴ Ist bspw ein Abnehmer von den erhöhten Wartungsgebühren für die in seinen Räumlichkeiten befindlichen Aufzüge betroffen, so werden diese Kostensteigerungen nicht unmittelbar Eingang in seine Preiskalkulation finden. Es ist indes durchaus möglich, dass **Fixkostenerhöhungen** in einem langfristigen Betrachtungszeitraum weitergewälzt werden. Man spricht hier vom „**verzögerten Pass-on**“. Dazu ein Beispiel: Die Abnehmer schlagen die erhöhten Wartungsgebühren erst nach dem Zuwiderhandlungszeitraum des Aufzugskartells auf deren Produkte, da langfristig auch Fixkosten miteinbezogen werden – denn auf lange Sicht sind für unternehmerische Entscheidungen alle Kosten relevant. Die Nichtberücksichtigung solcher verzögerten Abwälzungen könnte zu massiven Unterschätzungen der Schadenshöhe führen. Es ist daher ein wesentlicher Faktor für die Schadensschätzung beim Passing-on, ob sich der erhöhte Preis auf die Fixkosten oder die variablen Kosten des Abnehmers niederschlägt. Für die Unterscheidung zwischen variablen Kosten und Fixkosten ist dabei von Relevanz, in welchem Zeitraum es zu einer Preiserhöhung gekommen ist.

Eine Verzögerung des Passing-on kann sich jedoch auch aus einem anderen Grund ergeben. Will der Abnehmer die von ihm gezahlten höheren Einkaufspreise auf seine Produkte aufschla-

²⁷ Inderst/Thomas, Schadensersatz 299.

²⁸ Siehe dazu ausführlich Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz 287 f; ebenfalls LL Rz 178; Inderst/Thomas, Schadensersatz 298 f.

²⁹ Konkret hängt hier der Abwälzungsgrad von der neuerlich berechneten Gewinnmaximierung des Monopolisten ab, der sich dabei im Vergleich zum kompetitiven Markt nicht an den Grenzkosten orientiert. Die Weiterwälzung des Schadens von Monopolisten hängt daher maßgeblich von der Nachfrageelastizität ab. Siehe dazu Praktischer Leitfaden Rz 170; Inderst/Thomas, Schadensersatz 298 f, 441 f; Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz 291.

³⁰ LL Rz 54.

³¹ Als Randbemerkung ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass die Nachfrageelastizität idR keine konstante Größe ist, sondern sich mit der Wahl des Preises und damit auch der Menge verändert. Maßstab ist idZ die Krümmung der Nachfragekurve. Siehe dazu ausführlich Inderst/Thomas, Schadensersatz 303 f.

³² LL Rz 188 ff.

³³ Siehe dazu ausführlich Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz 288, und Harris/Sullivan, University of Pennsylvania Law Review 1979, 269 (277 ff).

³⁴ LL Rz 52; siehe auch Varian, Grundzüge der Mikroökonomik⁸ (2011) 390 f.



gen, so ist auch dieser Vorgang mit Kosten verbunden. Diese Kosten können ihn betriebswirtschaftlich vorerst vom Passing-on abhalten. Man spricht von sogenannten „Menükosten“ bzw. Preisanpassungskosten.³⁵ Dabei erhöht der Abnehmer seine Preise nicht, weil die damit verbundenen Anpassungskosten höher ausfallen als der dabei lukrierte Zusatzerlös. Es würde sich bspw. für den Gastwirt nicht lohnen, die kostspielige Menükarte allein wegen der rechtswidrigen Preiserhöhung des Welschrieslings neu drucken zu lassen. Als wesentlicher Faktor gilt daher ebenso, ob eine Weiterwälzung des Schadens aufgrund der Kostenstruktur rational möglich war.

4. Wesentliche Faktoren bei Marktvergleichen

Die primäre Methode zur Bemessung des Schadens ist nach den Ausführungen der LL die Vergleichsmethode. Hierbei werden die Wettbewerbsgeschehnisse in einem Markt, in dem eine wettbewerbswidrige Handlung gesetzt wurde, den Wettbewerbsgeschehnissen in einem vergleichbaren, ungestörten Markt entgegengesetzt. Vergleichsmethoden können grundsätzlich zur Berechnung des Preis- bzw. Kosteneffekts und des Mengeneffekts³⁶ herangezogen werden.³⁷ Zusätzlich sind idR keine komplexen statistischen Schätzungen notwendig und die Datenanforderungen relativ gering.³⁸ Möglich sind hierbei zeitliche, sachliche und räumliche Vergleichsmethoden oder auch eine Kombination derselben.³⁹

4.1. Vorher-während-nachher-Ansatz

Eine häufig verwendete Methode ist ein **zeitlicher Vergleich** von Preisen und Mengen auf demselben Markt, der sogenannte „Vorher-während-nachher“-Ansatz.⁴⁰ Das Kontrafaktum kann demnach aus beliebig gewählten Referenzzeiträumen außerhalb des Zuwiderhandlungszeitraums konstruiert werden.⁴¹ Dahinter steht die Annahme, dass der ansonsten idente Markt im zuwiderhandlungsfreien Zeitraum eine gute Annäherung für die Berechnung von Preis- und Mengeneffekten darstellt. Die Schwächen liegen jedoch – gerade aufgrund dieser Annahme – auf der Hand: Die unterschiedliche zeitliche Betrachtung als einziges Differenzierungsmerkmal lässt zwangsläufig andere Umstände als die der Zuwiderhandlung außer Betracht, die ebenfalls Preis- und Mengeneffekte bewirken können.⁴² Es ist bspw. nicht gesichert, dass die Wettbe-

werbsintensität (Änderungen der Marktstruktur oder Marktgegebenheiten im Zeitverlauf, etwa durch Marktein- oder -austritte) auf den zu vergleichenden Märkten über die Zeit hinweg unverändert bleibt.⁴³ Auch muss die Nachfragestruktur nicht gleichbleibend verlaufen, exogene Nachfrageschübe sind durchaus denkbar. Bei diesem Ansatz ist somit der Umstand, dass die Marktgegebenheiten im gewählten Referenzzeitraum gleich wie im Zuwiderhandlungszeitraum waren, ein wesentlicher Faktor iSd § 273 ZPO.

4.2. Querschnittsansatz

Der *Querschnittsansatz* versucht, die Schwierigkeiten der rein zeitlichen Beobachtung abzumildern: Nicht derselbe zuwiderhandlungsfreie Markt zu anderen Zeitpunkten, sondern ein anderer **räumlicher, zuwiderhandlungsfreier Markt** im gleichen Zeitfenster (bspw. ein anderer Mitgliedstaat) wird als Referenzszenario herangezogen. Konsequenterweise ist dabei ein Markt heranzuziehen, der eine möglichst hohe Ähnlichkeit zu jenem der Zuwiderhandlung besitzt.⁴⁴ Es kann allerdings mitunter sehr schwierig sein, einen passenden räumlichen Vergleichsmarkt zu identifizieren. Es ist dabei einerseits eine vollständige räumliche Abgrenzung der betrachteten Märkte zu gewährleisten, damit Überlappungen⁴⁵ vermieden, aber auch etwaige Preisschirmeffekte⁴⁶ berücksichtigt werden; andererseits sollte der Vergleichsmarkt insb. dieselben Kosten- und Nachfragestrukturen aufweisen.⁴⁷ Die Ähnlichkeit der beiden Märkte lässt folglich den Schluss zu, dass, sofern Preis- und Mengeneffekte aus dem Vergleich ersichtlich sind, diese einzig und allein auf die Zuwiderhandlung bzw. auf die Weiterwälzung zurückzuführen sind. Daraus folgt, dass analog zum Vorher-während-nachher-Ansatz auch beim Querschnittsansatz der Umstand, dass die verglichenen Märkte hinreichend ähnlich sind, einen wesentlichen Faktor darstellt; darüber hinaus muss auch darauf abgestellt werden, ob zwischen den verglichenen Märkten Interdependenzen bestehen.

4.3. Differenz-der-Differenzen-Methode

Den höchsten Detailgrad liefert eine Kombination des zeitlichen und räumlichen Ansatzes durch die sogenannte „*Differenz-der-Differenzen*“-Methode.⁴⁸ Dieser Ansatz hat dabei den Vorteil, dass anders als andere Methoden auch **sonstige im Zeitablauf auf den Markt wirkende Faktoren berücksichtigt werden können**. Es können somit Änderungen im Marktgeschehen, die im Zeitraum der Zuwiderhandlung stattfanden, durch diese aber nicht beeinflusst wurden, identifiziert und „herausgerechnet“ werden.⁴⁹ Dies kann

35 Inderst/Thomas, Schadensersatz 310.

36 Während für die Messung des Preis- bzw. Kosteneffekts Informationen über das Preisverhalten notwendig sind, ist für den Mengeneffekt jeweils die kontrafaktische Marge und der tatsächliche Nachfragerückgang von Relevanz. Siehe dazu genauer Inderst/Thomas, Schadensersatz 448.

37 LL Rz 142 ff und Praktischer Leitfaden Rz 178; ebenfalls zustimmend und mit weiteren Ausführungen Inderst/Thomas, Schadensersatz 449.

38 Gugler in Gugler/Schuhmacher 4.

39 So auch Inderst/Thomas, Schadensersatz 164; Gugler in Gugler/Schuhmacher 4 ff.

40 LL Rz 91.

41 Siehe für weitere Ausdifferenzierungen dieser Methode Inderst/Thomas, Schadensersatz 165 f.

42 So auch Davis/Garcés, Quantitative Techniques 355 f, und Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz 424 f.

43 Ausführlich dazu Gugler in Gugler/Schuhmacher 5; Davis/Garcés, Quantitative Techniques 356.

44 Praktischer Leitfaden Rz 49 ff.

45 Praktischer Leitfaden Rz 53; Gugler in Gugler/Schuhmacher 5; Inderst/Thomas, Schadensersatz 176.

46 Inderst/Thomas, Schadensersatz 176.

47 Inderst/Thomas, Schadensersatz 173.

48 LL Rz 95.

49 Inderst/Thomas, Schadensersatz 179.



mit einer doppelten Differenz⁵⁰ bzw zwei Subtraktionsrechnungen bewerkstelligt werden: Es werden die Preise von verschiedenen Faktoren – bspw Rohstoffpreise oder Personalkosten – in verschiedenen Zeitpunkten auf dem Zuwiderhandlungsmarkt und einem – dem räumlichen Vergleich entsprechenden – Vergleichsmarkt erhoben. Dabei wird in einem ersten Schritt untersucht, wie sich diese Preise im Zeitablauf verändern; es ist sohin eine Differenz in zeitlicher Hinsicht in den verschiedenen Märkten zu bilden. Diese Ergebnisse bilden den Bestandteil einer zweiten Subtraktion: Man bildet nun die Differenz zwischen den Preisunterschieden in den verglichenen Märkten und berücksichtigt damit die Unterschiede der Preisentwicklung im Zeitablauf für die untersuchten Faktoren. Dabei wird angenommen, dass alle nicht durch die Rechtswidrigkeit bedingten Faktoren (bspw Rohstoffpreise, Nachfrage- und Angebotsmerkmale, Kostenstrukturen, Wettbewerbsintensität etc) auf beiden Märkten im gleichen Ausmaß auftraten. Übrig bleibt somit nur die Wirkung der Zuwiderhandlung, **die von den anderen Beeinflussungsfaktoren sprichwörtlich „reingewaschen“ wurde.**

Diese Vorteile gehen jedoch mit deutlich höheren Datenanforderungen einher: Datenreihen aus verschiedenen Märkten und Zeiträumen sind uU nur schwer zu beschaffen.⁵¹ Methodisch problematisch ist weiters die Annahme, dass andere Faktoren als die der Zuwiderhandlung beide Märkte in gleicher Weise beeinflussen.⁵² Dass dies der Fall ist, stellt uE einen wesentlichen Faktor bei der Anwendung dieser Methode dar.

5. Wesentliche Faktoren bei empirisch-quantitativen Methoden

Diese vorgenannten Methoden bilden allerdings lediglich den Rahmen einer Schadensschätzung durch Vergleichsmarktanalyse. So ist immer im Einzelfall zu klären, welche Preise (etwa Durchschnitts- oder Medianpreise) konkret für die jeweiligen Berechnungen heranzuziehen sind oder wie das „Reinwaschen“ von Einflussfaktoren tatsächlich umgesetzt wird. Zur praxisgerechten Anwendung im Zivilverfahren bedarf es daher quantitativer Techniken. Ähnlich wie die bisher beschriebenen Methoden lassen sich auch diese nach dem Komplexitätsgrad gliedern. Kann eine Abwälzung durch einfache Techniken nicht nachgewiesen werden, können auch statistische Techniken „zur Anpassung der Daten“ herangezogen werden. Bei geeigneter Datengelage gelangen diese idR zu aussagekräftigeren Ergebnissen.

5.1. Einfache Techniken

Ist ein zeitlicher bzw räumlicher Vergleich aufgrund der Übereinstimmung zwischen Vergleichs- und Zuwiderhandlungsmarkt möglich, so kann der reine Preis- bzw Mengenvergleich (abhängig von der jeweiligen Methode) zwischen den beiden Märkten zur

Untersuchung von etwaigen Preis- bzw Mengeneffekten ausreichen. Das Hauptanwendungsgebiet sind Fälle, in denen Schadenersatzansprüche für nur sehr kurze Zeiträume geltend gemacht werden⁵³ und der Nachweis der Preisabwälzungen sehr leicht gelingt. Liegen hingegen sehr viele Datenpunkte vor – etwa weil die rechtswidrige Handlung über mehrere Jahre hinweg Bestand hatte – kann es allerdings angemessen sein, Durchschnittswerte von Preis- bzw Mengenänderungen (zB das **arithmetische Mittel**) zu verwenden. Die Bildung des arithmetischen Mittels bedeutet jedoch das Unsichtbarwerden von Ausreißern, also die Nichtberücksichtigung von Extremabweichungen des langfristigen arithmetischen Mittels oder aber auch anderen Beeinflussungsfaktoren. Eine solche Gefahr lauert insb bei sehr volatilen Märkten, in denen also große Schwankungen in den jeweiligen Beeinflussungsfaktoren auftreten. Solche Verzerrungen können dadurch in den Griff bekommen werden, dass die Durchschnittspreise durch Zu- oder Abschläge korrigiert werden, wobei die Richtigkeitsgewähr dabei uU stark vom Zufall abhängt.⁵⁴ Anstelle des arithmetischen Mittels können auch **Medianwerte** herangezogen werden, da diese weniger anfällig für Ausreißer sind.⁵⁵

5.2. Ökonometrische Techniken

Ökonometrische Techniken sind nichts anderes als statistische Modelle zur Schätzung von unbekanntem Werten unter Zuhilfenahme von großen Datensätzen: Es handelt sich um Techniken, die Muster in den Beziehungen zwischen ökonomischen Variablen erkennen lassen.⁵⁶ In der Lit sind verschiedene ökonometrische Ansätze im Umgang mit Kartellschadenersatzanalysen angeführt. Im vorliegenden Beitrag soll der Fokus – entsprechend den Ausführungen in den LL und im Praktischen LF – auf der klassischen⁵⁷ linearen und multivariaten Regressionsanalyse liegen.

Im einfachen, **linearen Fall** schätzt man den Zusammenhang (genauer: die Korrelation) zwischen der Zielvariable (bspw der Wartungspreis für Aufzüge) und die die Zielvariable erklärende Variable (bspw das Kartell zwischen Aufzugsherstellern). Die verschiedenen Datenpunkte der beiden Variablen werden zueinander in Beziehung gesetzt; ein statistischer Test gibt Aufschluss darüber, ob und inwiefern der Preis von Lkw durch das Kartell beeinflusst wird. Bei der multivariaten Regression wird die Zielvariable nicht nur auf Basis einer erklärenden Variable gemessen, vielmehr berücksichtigt man auch andere potenziell erklärende ökonomische Variablen (Rohstoffpreise, Wettbewerbsintensität, Kostenstrukturen etc).⁵⁸ Dieses Vorgehen erlaubt es daher zu prüfen, ob und in welchem Umfang andere Beeinflus-

⁵⁰ Gugler in Gugler/Schuhmacher 6.

⁵¹ Praktischer Leitfaden Rz 58; Gugler in Gugler/Schuhmacher 6; Inderst/Thomas, Schadenersatz 181.

⁵² LL Rz 99; Praktischer Leitfaden Rz 58; Gugler in Gugler/Schuhmacher 6.

⁵³ Praktischer Leitfaden Rz 66.

⁵⁴ Inderst/Thomas, Schadenersatz 184.

⁵⁵ Inderst/Thomas, Schadenersatz 185.

⁵⁶ Praktischer Leitfaden Rz 69.

⁵⁷ Der (mitunter wichtige) Umgang mit sogenannten Dummy-Variablen (binär codierte Variablen) und Prognoseschätzungen ist aus Platzgründen an dieser Stelle nicht möglich. Einleitend ist hier insb auf Stock/Watson, Introduction to Econometrics³ (2015) 431 ff, 568 ff, und Inderst/Thomas, Schadenersatz 211 ff, zu verweisen.

⁵⁸ Praktischer Leitfaden Rz 69.

sungsfaktoren als die Zuwiderhandlung Pass-on-Effekte beeinflussen.⁵⁹ Bei der **multivariaten Regression** hängt die Validität des Ergebnisses allerdings entscheidend davon ab, welche zusätzlichen Variablen neben der reinen Überwälzung die erhöhten Preise bzw das Passing-on erklären sollen. Man spricht bei zu vielen erklärenden Variablen von einer sogenannten Überspezifikation des Modells; bei einer Unterspezifikation hat sich der sogenannte „omitted variable bias“ als Definition eingebürgert. Macht der mittelbare Abnehmer bspw gegen den Kartellanten Schadenersatzansprüche geltend, so wird der Beklagte womöglich durch eine Überspezifikation versuchen zu beweisen, dass sein veranschlagter höherer Preis vom unmittelbar Geschädigten vollends absorbiert und nicht weitergewälzt wurde – der Sachverständige würde etwa die Preiserhöhung des unmittelbaren Abnehmers durch viele andere ökonomische Variablen erklären. Klagt hingegen der unmittelbare Abnehmer den Kartellanten, so wird dieser mithilfe der Passing-on Defense umgekehrt durch Unterspezifikation versuchen, den Schadenseintritt beim unmittelbaren Abnehmer wegen Passing-on auf den mittelbaren Abnehmer zu verneinen – illustrativ lässt der Sachverständige hier andere als die die Zuwiderhandlung erklärenden ökonomischen Variablen außen vor, die die Preiserhöhung des unmittelbaren Abnehmers erklären.

Ein wesentlicher Faktor bei der Beurteilung von multivariaten Regressionen liegt daher darin, die **verwendeten Variablen** zu prüfen. Prinzipiell bestehen mehrere Möglichkeiten zur Beurteilung der Erklärungskraft eines Modells,⁶⁰ von großer Relevanz ist dabei das sogenannte Bestimmtheitsmaß.⁶¹ Das Bestimmtheitsmaß (auch als R-Quadrat bezeichnet) gibt an, wie viel Prozent der Zielvariable durch die mit in das Modell aufgenommenen Variablen erklärt werden können;⁶² mathematisch nimmt es eine Zahl zwischen null und eins an. Grundsätzlich kann man dabei annehmen, dass ein hoher Wert ein gut spezifiziertes Modell impliziert. Problematisch ist jedoch, dass sich dieses Maß immer erhöht, sofern eine neue erklärende Variable in das Modell miteinbezogen wird.⁶³ Wird die Variabilität des Wartungspreises von Aufzügen bspw nur durch die Nachfrageelastizität der Abnehmer erklärt, so steigt die Erklärungskraft dieser Unterschiede logischerweise mit der Aufnahme der Rohstoffpreisvariablen. Die Aufnahme dieser zusätzlichen Variable vermag allerdings nicht zwangsläufig etwaige Passing-on-Effekte zu erklären; vielmehr kann eine unüberlegte Hinzunahme einer für die Zielvariable nicht erklärungsbedürftigen Variable – zB das Wetter oder die Jahreszeit – dazu beitragen, den Erklärungsgehalt des Modells wesentlich zu reduzieren.⁶⁴

⁵⁹ Siehe *Davis/Garcés*, *Quantitative Techniques* 356 ff, für eine ausführliche Darstellung der multivariaten Regression mit kartellrechtlichen Anwendungsbeispielen.

⁶⁰ Siehe dazu *Stock/Watson*, *Introduction* 242 ff.

⁶¹ *Inderst/Thomas*, *Schadenersatz* 205.

⁶² *Stock/Watson*, *Introduction* 242 f; *Inderst/Thomas*, *Schadenersatz* 204.

⁶³ *Stock/Watson*, *Introduction* 243.

⁶⁴ *Inderst/Thomas*, *Schadenersatz* 205.

6. Wesentliche Faktoren bei Simulationsmodellen

Auch die Simulation hat das Ziel, ein kontrafaktisches Szenario nachzubilden. Während beim Vergleichsmodell ein tatsächliches Referenzszenario verwendet wird, steht bei der Simulation allerdings die Schätzung eines wahrscheinlichen Marktmodells als mögliches Kontrafaktum im Vordergrund.⁶⁵ Mit anderen Worten: Ist ein tatsächlicher Vergleichsmarkt nicht verfügbar, kann dieser **geschaffen werden**.⁶⁶ Daraus ergibt sich gleichzeitig auch der Vorteil dieser Methode: Das Modell ist auf den Einzelfall zugeschnitten.⁶⁷ Diese Annäherung an die Realität geht logischerweise – im Vergleich zu den Vergleichsmodellen – idR mit noch viel großflächigeren Annahmen Hand in Hand.⁶⁸ Konkret müssen Schätzungen und Annahmen über Variablen getroffen werden, die das einzelne Marktgeschehen hinreichend genau widerspiegeln. Üblich sind dabei statistische Parameterschätzungen zu den Kosten, Marktanteilen, Gewinnmargen und Elastizitäten der Nachfrage.⁶⁹ Diese Berechnungen können bei entsprechender Komplexität der Marktgeschehnisse und ungenauer Modellierung sehr schnell zu fehlerhaften Schätzungen der Schadensüberwälzung führen. Die LL weisen das Gericht auf diese Gefahren mit Blick auf das zu erreichende Beweismaß auch dezidiert hin.⁷⁰

Eine gewisse Abhilfe schafft dabei die Industrieökonomie, die ein fundiertes Repertoire an vorgefertigten Marktmodellen bietet.⁷¹ Es wird zwar kaum Fälle geben, die eine gänzliche Überführung dieser Modelle auf die tatsächlichen Gegebenheiten des Einzelfalls zulassen, jedoch kann sich das Gericht zumindest von diesen Ausgangspunkten an die Realität herantasten und insb die vom Sachverständigen gewählten Annahmen und somit die Schadens- bzw Abwälzungsgrößen auf deren Plausibilität prüfen.⁷²

Charakterisieren lassen sich diese Modelle grundsätzlich nach dem Grad der Wettbewerbsintensität: An den Randbereichen bestehen als Extremszenarien Monopolmärkte und vollkommene Wettbewerbsmärkte mit keinem bzw nur einem Marktteilnehmer. Dazwischen liegen Märkte mit oligopolitischen Strukturen, die in der kartellrechtlichen Praxis – gekennzeichnet durch wenige Marktteilnehmer und einen hohen Konzentrationsgrad – wohl häufiger vorkommen,⁷³ gleichzeitig jedoch wesentlich komplexer sind.⁷⁴ In der Praxis wird davon auszugehen sein, dass eines dieser anerkannten Modelle herangezogen und auf dieser Grundlage der Einzelfall simuliert wird. Im Rahmen der Beweiswürdigung

⁶⁵ LL Rz 132; *Inderst/Thomas*, *Schadenersatz* 228.

⁶⁶ Siehe dazu auch *Praktischer Leitfaden* Rz 96.

⁶⁷ *Logemann*, *Der kartellrechtliche Schadenersatz* 431.

⁶⁸ So auch der deutliche Befund von *Davis/Garcés*, *Quantitative Techniques* 366.

⁶⁹ *Logemann*, *Der kartellrechtliche Schadenersatz* 430; *Inderst/Thomas*, *Schadenersatz* 228; *Praktischer Leitfaden* Rz 100.

⁷⁰ LL Rz 133.

⁷¹ Eine genaue Darstellung ist aus Platzgründen nicht möglich. Für eine umfassende Darstellung verweisen wir auf *Varian*, *Grundzüge der Mikroökonomik*; ebenso *Inderst/Thomas*, *Schadenersatz* 228 ff.

⁷² So zB *Logemann*, *Der kartellrechtliche Schadenersatz* 430 f.

⁷³ *Logemann*, *Der kartellrechtliche Schadenersatz* 431.

⁷⁴ *Inderst/Thomas*, *Schadenersatz* 230 f.



ART.-NR.: 528

WIRTSCHAFTSRECHT JUDIKATUR

sind für das Gericht bei der Simulationsmethode uE somit insb zwei Punkte relevant: Erstens ist zu hinterfragen, ob das vorgefertigte Modell und damit die gewählte Wettbewerbsintensität überhaupt dem tatsächlichen Marktgeschehen entspricht;⁷⁵ zweitens sind die vom Sachverständigen vorgenommenen Adaptierungen des vorgefertigten Modells zu plausibilisieren.

7. Zusammenfassung

Die Bemessung des Schadens in Konstellationen des Passing-on ist eine komplexe Aufgabe, die sowohl juristischen als auch ökonomischen Sachverstand verlangt. Nach § 273 Abs 1 ZPO steht zwar grundsätzlich die Möglichkeit offen, den Schaden nach freier Überzeugung festzusetzen. Der richterliche Ermessensspielraum ist aber durch die den Einzelfall bestimmenden Faktoren eingeschränkt, die eine Richtschnur bei der Schadensschätzung darstellen. Die juristische Aufgabe besteht daher darin, jene ökonomischen Faktoren, die das Passing-on beeinflussen, festzustellen. Zur Frage, welche Umstände wesentlich sind, bieten die LL für die nationalen Gerichte eine wertvolle Hilfestellung.

Bestimmte Faktoren, die mit dem Wettbewerbsgeschehen in den betroffenen Märkten in Zusammenhang stehen, sind dabei jedenfalls wesentlich und sollten stets Beachtung finden. Dies betrifft die Wettbewerbsintensität, die Nachfragestruktur und die Kostenstruktur, weil diese generell das Ausmaß der Schadensweiterwälzung beeinflussen können. Abhängig von der ge-

wählten Methode zur Schadensschätzung müssen darüber hinaus auch Faktoren betreffend die Validität der Methodik in die Betrachtung miteinfließen. So ist bei Marktvergleichen wesentlich darauf abzustellen, ob eine geeignete Vergleichsgrundlage besteht. Beim Einsatz empirisch-ökonomischer Methoden ist ua zu berücksichtigen, ob die gewählten Modellvariablen für die Aufklärung der Marktgeschehnisse erklärungsnotwendig sind. Die kompliziertesten Abwägungen betreffen Simulationen, bei denen das Marktgeschehen modelliert wird. Hierbei ist relevant, inwiefern die theoretischen Modelle den tatsächlich vorhandenen Märkten entsprechen und inwiefern die vorgenommenen Anpassungen der Modelle sachrichtig sind.



Der Autor:

Dr. **Stefan Holzweber** ist Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien tätig.

✉ stefan.holzweber@univie.ac.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Holzweber/Stefan

Foto: PicturePeople



Der Autor:

Daniel Madari LL.B., BSc studiert an der Wirtschaftsuniversität Wien und ist derzeit als Verwaltungspraktikant am Österreichischen Verfassungsgerichtshof tätig.

✉ daniel.madari@outlook.com

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Madari/Daniel

Foto: privat

⁷⁵ So auch Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz 431.

WIRTSCHAFTSRECHT JUDIKATUR

bearbeitet von *Wolfgang Kolmasch*,
Sabine Kriwanek und *Barbara Tuma*

SCHULDRECHT

Abtretbarkeit des Insolvenzanfechtungsanspruchs

» RdW 2019/528

§ IO: §§ 27, 37 Abs 1, § 39 Abs 1, § 116 Abs 1 Z 3
ABGB: §§ 1392, 1393

OGH 17. 6. 2019, 17 Ob 6/19k

Bei dem **Anfechtungsrecht** nach der IO, das vom Insolvenzverwalter ausgeübt wird, handelt es sich um einen **Rechtsgestaltungsanspruch** auf Unwirksamklärung einer gültigen Rechtshandlung.

Der Insolvenzverwalter kann das Anfechtungsrecht zumindest gemeinsam mit dem aus der Ausübung folgenden Leistungsanspruch der Masse wirksam an einen **Dritten abtreten**.

Die Zession ist unwirksam, wenn sie **rechtsmissbräuchlich** oder **offenbar insolvenzzweckwidrig** erfolgt ist. Von der Angemessenheit des Abtretungspreises, den der Zessionar an die Masse zu leisten hat, hängt die Wirksamkeit nicht ab. Der vom Zessionar in Anspruch genommene Anfechtungsgegner kann daher nicht mit Erfolg den Einwand erheben, dass der **Abtretungspreis zu niedrig** ist.

Ob der Insolvenzverwalter die Zessionsvereinbarung analog § 116 Abs 1 Z 3 IO erst **nach vorheriger Mitteilung an das Insolvenzgericht** schließen darf, bleibt offen. Für die Wirksamkeit der Zession gegenüber dem Anfechtungsgegner hat die unterlassene Mitteilung keine Bedeutung.