Vasileios Triantafyllidis

Die Einordnung
der Passing-On-Defense
in das allgemeine
Schadensersatzrecht

Eine rechtsvergleichende, dogmatische Studie

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
A. Einführung in die Problematik	1
I. Vorverständnis	1
II. Problemaufriss	2
III. Insbesondere das Verhältnis zum Schadensersatzrecht und dem allgemeinen Zivilrecht.....	4
IV. Gang der Untersuchung.....	6
B. Der größere rechtspolitische Rahmen	7
I. Der lange Weg zur europäischen Förderung der „private enforcement“	7
1. Primärrechtliche Vorgaben und die prägende EuGH- Rechtsprechung hinsichtlich kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche.....	7
2. Arbeiten der Kommission.....	12
a) Sekundärrechtliche Regelungen und Schritte zu einer EU-Richtlinie.....	12
b) Die neue Richtlinie zu Schadensersatzklagen bei Wettbewerbsverstößen	13
3. Verlagerung des rechtspolitischen Schwerpunktes ?	17
II. Wandel im deutschen Recht.....	19
C. Der Schadensabwälzungseinwand	25
I. Der kartellrechtliche Schaden und seine Abwälzung	25
1. Der Tatbestand des § 33 Abs. 3 S. 1 GWB.....	25

2.	Der Schaden der direkten Marktgegenseite vom Wettbewerbsverstoß	27
3.	Der Schaden weiterer Marktstufen: die Schadensabwälzung.....	29
II.	Die rechtliche Erfassung der Problematik.....	32
1.	Die Stellung der deutschen Rechtsprechung	33
a)	Erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung	33
b)	Das „ORWI“-Urteil des BGH.....	36
2.	Die Regelung des § 33 Abs. 3 S. 2 GWB	40
3.	Die kartellrechtliche Schadensabwälzung als ein Problem der Vorteilsausgleichung	43
4.	Vorgaben des Europarechts.....	44
a)	Bezugnahme auf die Rechtssachen Ireks-Arkady, Just und Michailidis des EuGH.....	44
b)	Die Vorschläge im Grünbuch und Weißbuch der Kommission	49
c)	Die Regelungen der Richtlinie 2014/104/EU	51
III.	Wechselwirkungen zwischen Passing-On-Defense und Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer	57
1.	Exklusive Ersatzberechtigung (bezüglich des Schadens aus dem Preisaufschlag) entweder der unmittelbaren oder der mittelbaren Abnehmer.....	59
a)	Ausschluss des Schadensabwälzungseinwands sowie der Ansprüche von Folgeabnehmern	59
b)	Zulassung des Schadensabwälzungseinwands sowie der Ansprüche von Folgeabnehmern	61
2.	Anspruchsberechtigung aller Abnehmerstufen unter Ausschluss des Schadensabwälzungseinwands	64
IV.	Erste Schlüsse	66
D.	Ein Blick in das US-amerikanische Recht	69
I.	Rechtspolitische Grundentscheidungen und rechtlicher Rahmen	70
1.	Zielsetzung des US-amerikanischen Kartellrechts	70

2.	Das OD-Model	72
3.	Grundrahmen der Kartellrechtsdurchsetzung.....	75
II.	Einschränkungen der Klagebefugnis („standing“).....	78
1.	„Antitrust Injury“	79
2.	„Antitrust Causation“	80
3.	Würdigung	81
III.	Die Urteile „Hanover Shoe“ – „Illinois Brick“ und die Reaktionen der Bundesstaaten	82
1.	Der Ausschluss der Passing-On-Defense – „Hanover Shoe“	82
2.	Der Ausschluss von indirekten Abnehmern – „Illinois Brick“	86
3.	Ausnahmen von der „indirect purchaser rule“	90
4.	Die Regelungen im Landesrecht – „Illinois Brick repealer statutes“	94
IV.	Meinungsstreit in der Literatur	96
1.	Aus Sicht der Abschreckung	97
2.	Aus Sicht der Kompensation und des Verbraucherschutzes	100
3.	Ökonomische Argumentation und Effizienz der Durchsetzung.....	103
4.	Funktionalitätserwägungen und die „Antitrust Modernization Commission“	107
a)	Kritik an der bestehenden Rechtslage	107
b)	Die Anregungen der AMC.....	110
V.	Kritische Überlegungen auf die Ergebnisse der Analyse und Schlussfolgerungen für die Interpretation des deutschen Rechts.....	111
1.	Ausschluss der Passing-On-Defense	111
2.	Ausschluss der indirekten Abnehmer von den kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen.....	114
3.	Ergebnis	117
E.	Die Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer	119
I.	Die Problematik im Tatbestand des § 33 Abs. 3 S. 1 GWB.....	120

II.	Auslegung von § 33 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 1 GWB.....	121
1.	„Betroffenheit“ – Die grammatische Auslegung	121
a)	„Sonstiger Marktbeteiligter“	123
b)	„Beeinträchtigung“	125
2.	Systematische Erwägungen	126
a)	Im Kontext des GWB	126
b)	Der Kreis der Ersatzberechtigten im allgemeinen Schadensersatzrecht.....	127
c)	Kompensations- und Präventionsfunktion des Schadensersatzes	129
3.	Argumente aus der Entstehungsgeschichte	131
4.	Telos der Vorschrift	132
a)	Der Streit über den Schutzgegenstand des Kartellrechts....	133
b)	Zweck des § 33 GWB.....	135
c)	Schutz der Verbraucher als Ausprägung des Gesetzeszweckes	139
5.	Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung	141
a)	Unabdingbarkeit einer europarechtskonformen Auslegung der kartellrechtlichen Vorschriften	141
b)	Die Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer als Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes.....	142
6.	Praktikabilitäts Erwägungen	146
III.	Kausalität	149
1.	Kausalzusammenhang zwischen Wettbewerbsverstoß und Folgeabnehmerschaden	149
a)	Allgemeines	149
b)	Ausräumung der Bedenken – die Kausalitätsprüfung in „ORWI“	151
2.	Einschränkung der Zurechnung durch die Kausalität	155
3.	Ausblick: widerlegliche Vermutung über die Schadensabwälzung?.....	158
IV.	Ergebnis.....	160

F. Die Einordnung des Schadensabwälzungseinwands in die zivilrechtliche Dogmatik	163
I. Anknüpfung an das allgemeine Schadensersatzrecht und das Bereicherungsrecht	163
II. Die normative Basis der Schadensberechnung – die Haftungsausfüllungsnormen	164
1. Verhältnis mit der Haftungsbegründung und Zielsetzung.....	164
2. Der Schadensbegriff – eine Jugendsünde?.....	166
III. Die Vorteilsausgleichung	170
1. Allgemeine Formel und Kriterien für die Vorteilsausgleichung.....	172
a) Abstellen auf die Kausalität: die Adäquanz	172
b) Weitere Versuche um allgemeine Kriterien; insbesondere der Zweck der Haftungsnorm	174
2. Die Einordnung der Vorteile aus dem Passing-On in die einschlägige Fallgruppe	176
a) Vergleichbarkeit mit den Vorteilen aus eigener Leistung des Geschädigten?	179
b) Vorteile aus schadensminderndem rechtsgeschäftlichem Handeln des Geschädigten.....	180
(i) Vorteile aus Deckungsgeschäften.....	182
(ii) Schönheitsreparaturen	185
(iii) Weitere vorteilhafte Rechtsgeschäfte des Geschädigten	187
c) Schlussfolgerungen für die Typisierung der Vorteile aus dem Passing-On	189
3. Die Aussortierung einschlägiger systemimmanenter Wertungen.....	192
a) Kausalitätserwägungen	192
(i) Die Äquivalenz	192
(ii) Die Adäquanz	197
b) Spannungsfeld Kompensation – Prävention	201
c) § 254 Abs. 2 BGB.....	205
(i) Inhalt der Obliegenheit zur Schadensminderung	205
(ii) Anwendung des Grundsatzes auf Vorteile aus günstigen Rechtsgeschäften	206

(iii)	Obliegenheit zur Schadensabwälzung?	210
d)	Der Zweck der Drittleistung – § 267 BGB.....	213
e)	Die Relativität der Schuldverhältnisse und die Privatautonomie	214
f)	Gleichheit von Chancen und Risiken – der Schädiger als „Rosinenpicker“	217
g)	Schwierigkeit der Vorteilsberechnung	218
h)	Das Kriterium der Schadensverlagerung.....	220
(i)	Legitimität des Kriteriums.....	220
(ii)	Vorteile aus schadensverlagernden Drittgeschäften	224
(iii)	Direkte Vorteile, die den Schaden bloß verlagern	224
(iv)	Tragweite des Arguments für Vorteile aus dem Passing-On	226
i)	Marktbedingungen	230
j)	Kongruenz von Vor- und Nachteil.....	232
4.	Die Bewertung des Schadensabwälzungseinwands anhand der aussortierten Kriterien.....	233
a)	Der Zweck der Ersatzpflicht	233
b)	Zusammenspiel wertender Gesichtspunkte	239
c)	Ergebnis.....	241
IV.	Zusammenhang mit der Drittschadensliquidation.....	242
1.	Die kartellrechtliche Schadensabwälzung – ein Fall der Drittschadensliquidation?	242
2.	Verbleibende Bedeutung der Drittschadensliquidation für die Argumentation.....	243
V.	Lösung über das Bereicherungsrecht?	246
1.	Reichweite der Verbotsgesetzeigenschaft kartellrechtlicher Normen.....	247
a)	Art. 102 AEUV, § 19 GWB.....	247
b)	Art. 101 AUEV, § 1 GWB	250
2.	Stand der Diskussion über die Wirksamkeit kartellrechtlicher Folgeverträge.....	252
a)	Die Lehre der vollen Wirksamkeit kartellrechtlicher Folgeverträge	252

b)	Punkte der Kritik	254
c)	Erstreckung des Kartellverbots auf die Folgeverträge.....	255
d)	Stellungnahme.....	259
3.	Ergebnis.....	260
a)	Verneinung der Anfangshypothese	260
b)	Verbleibende Bedeutung: Vermeidung von Widersprüchen zwischen den Zivilrechtsfolgen	263
VI.	Stellenwert der Wettbewerbspolitik und Schlussfolgerung.....	264
G.	Konkordanz der vorgeschlagenen zwei Thesen.....	269
I.	Bedenken gegen die gleichzeitige Anspruchsberechtigung Direkt- und Folgeabnehmer unter Ausschluss der Passing-On-Defense	269
1.	Insbesondere die Furcht einer Mehrfachhaftung.....	269
2.	Wann eine Mehrfachhaftung gar in Betracht kommt	271
II.	Lösungsansätze	273
1.	Vergleich.....	273
2.	Prozessrechtliche Lösungen.....	274
a)	Streitverkündung.....	274
b)	Weitere Anregungen zwecks Koordinierung von Abnehmeransprüchen	276
c)	Schaffung einer Interventionswirkung.....	278
d)	„Gebührende Berücksichtigung“	278
3.	Optionen zur Anspruchsbündelung	280
4.	Innenausgleichsmodell.....	282
a)	Anwendung der Vorschriften über die Gesamtgläubigerschaft	283
b)	Bedenken des Schrifttums	285
c)	Stellungnahme.....	288
III.	Ergebnis.....	294
H.	Summa Summarum.....	295