

eine große Streit anfälligkeit und hohe Transaktionskosten. Angesichts der mit der Energiewirtschaft nicht vergleichbaren technologischen Vielfalt im TK-Sektor stellt sich zudem die Frage, welchen Technologien anschließend Wegerechte verwehrt werden sollen: Auch Anbietern zur Versorgung mit Funktechnologien?⁵⁰ Noch fraglicher ist der Vorschlag eines Anschlusszwangs. Das mag in der Wasserversorgung mit über Jahrzehnte stabilen, weitgehend exklusiven Anschlussnetzen sinnvoll sein, nicht aber in einer dynamischen Telekommunikationswirtschaft mit einem breiteren Angebot verschiedener Funk- und Festnetztechnologien.

IV. Fazit

Es zeigt sich also, dass die skizzierten Leitplanken der Politik einen großen Bewegungsspielraum beim Tempo auf dem Weg in die „Gigabit“-Gesellschaft lassen. Sie ist also keineswegs gezwungen, auf der „Standspur“ zu verbleiben. Allerdings ist klar, dass ein hohes Tempo auf der „Überholspur“ zum möglichst raschen und flächendeckenden Erreichen des Gigabitziels eine Verdrängung des eigenwirtschaftlichen Ausbaus bedeutet und mit hohen Haushaltsbelastungen für die öffentliche Hand einhergeht. Ein Mittelweg dürfte hier der richtige sein. Eine die Investitionen stimulierende Regulierung sollte den eigenwirtschaftlichen Ausbau erleichtern und dabei

50 Vgl. zu weiteren Praktikabilitätsersparungen Kühling/Toros (Fn. 6), S. 104 f.

grds. auch Kooperationen zulassen, die nicht zu unnötigen Wettbewerbsbeeinträchtigungen führen. Dieser eigenwirtschaftliche Ausbau muss punktuell um Förderprogramme ergänzt werden, die auf diese Investitionen Rücksicht nehmen. Der Infrastrukturwettbewerb wird dabei zwangsläufig in Teilen zugunsten ambitionierter Ausbauziele zurückgedrängt. Umso wichtiger ist es, dafür zu sorgen, dass jedenfalls der Dienstleistungswettbewerb funktioniert. Ideen eines Konzessionswettbewerbs bewegen sich nicht mehr innerhalb der zulässigen Leitplanken, sondern führen, um im Bild zu bleiben, in den „regulatorischen Straßengraben“.

Summary:

Competitive Safeguards on the Way to a Gigabit Society

In view of the political objective of a „Gigabit“ society, the telecommunications regulation in Germany is in the midst of a major process of upheaval. Even though infrastructure competition will inevitably be reduced against this background and services competition will play a greater role, central competition law safeguards must be observed. Thus, it is necessary to avoid crowding out investments of private companies. Moreover, the state should not and must not fall back into the role of the state service provider. Free municipal Wifi offers are therefore just as problematic as a state infrastructure company in the mobile communications sector. A „Gigabit“ society is best achieved with the maximum possible competitive elements.

»WUW1312369

Frank P. Maier-Rigaud, Berlin, Brüssel, Paris / C.-Philipp Heller / Philip Hanspach, beide Berlin

Zur Weiterwälzung von Preisaufschlägen

Prof. Dr. Frank P. Maier-Rigaud, Managing Director & Head of Competition Economics Europe bei NERA Economic Consulting & Professor of Economics at IESEG (LEM-CNRS). **Dr. C.-Philipp Heller** und **Philip Hanspach**, beide NERA Economic Consulting, Berlin. Die Autoren verfügen über langjährige Erfahrung in der Schadensquantifizierung und der empirischen Ermittlung von Weiterwälzungsraten und waren u. a. im Rahmen der Verfahren VI-U (Kart) 1/17 und VI-U (Kart) 12/17 vor dem OLG Düsseldorf für eines der beklagten Unternehmen gutachterlich tätig. Für Hinweise und Anmerkungen danken wir Roman Inderst, Ulrich Schwalbe und Kai Woeste, sowie der WuW-Redaktion. Der Beitrag ist online erschienen am 27.08.2019.

Kontakt: autor@wuw-online.de

Unter Weiterwälzung wird die Veränderung des Preises eines Gutes oder einer Dienstleistung aufgrund einer Kostenänderung in der Produktion dieses Gutes oder Dienstleistung verstanden. Im Zusammenhang mit Kartellschadensersatzklagen ist die Ermittlung der Weiterwälzungsraten von zentraler Bedeutung. Liegt ein Preisaufschlag vor, ist die Bestimmung der Weiterwälzungsraten sub specie der Vorteilsausgleichung für eine korrekte Ermittlung des Umfangs eines möglichen Schadensersatzanspruchs unerlässlich. Dennoch werden gerade in der Analyse von Weiterwälzungsraten oftmals be-

deutliche, für die Schadensquantifizierung zentrale Fehler gemacht. Wesentliche konzeptionelle Missverständnisse zur Interpretation und Bestimmung von Weiterwälzungsraten werden in diesem Aufsatz diskutiert und entsprechende Irrtümer richtiggestellt.

- I. Einleitung
- II. Das Wesen der Weiterwälzung
- III. Sechs Irrtümer zur Weiterwälzung
 1. Vorhandensein verschiedener preisrelevanter Faktoren schließt Weiterwälzung nicht aus
 2. Preissetzung durch Regulierer schließt Weiterwälzung nicht aus
 3. Kostendeckungsgrad ist kein Maßstab für die Weiterwälzung
 4. Empirische Ermittlung der Weiterwälzungsraten setzt keinen kartellbedingten Preisaufschlag voraus
 5. Wettbewerblicher Anschlussmarkt ist keine Voraussetzung für eine Weiterwälzung
 6. Stoffgleichheit ist keine Voraussetzung für eine Weiterwälzung
- IV. Ergebnis

I. Einleitung

Die Weiterwälzung von Kosten¹ ist ein zentrales Konzept in der Ökonomie, das ursprünglich aus der Steuerlehre stammt.² Dabei wird etwa untersucht, zu welchem Anteil eine Verkaufssteuer auf Käufer und Verkäufer effektiv umgelegt wird. Eine weitere Anwendung, die im Fokus dieses Aufsatzes steht, ist die Quantifizierung von Schäden aufgrund von Kartellrechtsverstößen.³

Bei Kartellrechtsverstößen wird im Rahmen der Schadensquantifizierung üblicherweise untersucht, ob die Preise der Kartellanten für die betroffenen Produkte aufgrund des Wettbewerbsverstößes gegenüber dem kontrafaktisch vorherrschenden Wettbewerbspreis überhöht waren. Liegt ein solcher Preisauflschlag vor, stellt dieser aus Abnehmersicht eine Kostenerhöhung dar, kann jedoch nicht ohne weiteres als dem Kartell zuzurechnender Schaden eines Abnehmers betrachtet werden.⁴ Ein Abnehmer kann auf einen Preisauflschlag nämlich mit einer Preiserhöhung für seine eigenen Kunden reagieren und somit einen Teil oder den gesamten Preisauflschlag ausgleichen, indem er ihn auf die nächste Marktstufe weiterwälzt. Die Frage der Weiterwälzung kann allgemein in jeder Industrie bei jeder denkbaren Art von Kostenänderung gestellt werden. Es ist für die Berechnung von Weiterwälzungsraten daher völlig unerheblich, ob der Preiserhöhung tatsächlich ein Kartellpreisauflschlag zugrunde liegt oder ob es sich um eine anderweitige Kostenerhöhung, bspw. aufgrund eines Ernteausfalls oder gestiegener Lohn-, Energie- oder sonstiger Kosten handelt.

Der aus ökonomischer Sicht tatsächlich erlittene Schaden ergibt sich aus der Differenz zwischen dem realisierten Profit und dem, der ohne den Verstoß erzielt worden wäre. Hierbei sind alle Auswirkungen auf Preise und Mengen, die durch den Verstoß verursacht wurden, zu berücksichtigen. Daher sind selbst eindeutig auf kartellierte Verhaltensweisen zurückgehende Preisauflschläge nicht zwingend für direkte Käufer schädigend. Sowohl Mengeneffekte, also entgangene Gewinne aufgrund von durch Weiterwälzung reduzierter Verkäufe, die grds. eine wichtige Schadenskomponente ausmachen können, als auch Preiseffekte, also

um die Weiterwälzung bereinigte Preisauflschläge, sind im Rahmen der Schadensquantifizierung zu berücksichtigen.⁵ Unter welchen Bedingungen ist mit einer Weiterwälzung von Preisauflschlägen zu rechnen? Zielsetzung der folgenden Ausführungen ist es, diese Frage im Kontext aktueller Rechtsprechung in Deutschland, aber auch vor dem Hintergrund der von der Europäischen Kommission verfassten Leitlinien näher zu beleuchten.⁶

Auch wenn aus ökonomischer Sicht das Konzept der Weiterwälzung eindeutig definiert ist, bestehen ungeachtet dessen Fehleinschätzungen, die eventuell aufgrund der mit dem Begriff „Weiterwälzung“ assoziierten Vorstellungen zu tun haben. Allein aufgrund des Begriffs fällt es leicht, Weiterwälzung als Weitergabe eines im Vorfeld bereits festgesetzten oder zumindest existierenden Schadens zu verstehen. Durch einen Kartellverstoß wird einem sozusagen die Suppe versalzen und es stellt sich die Frage, wer diese nun auslöffelt. Gerne schiebt man den Teller weiter und entledigt sich somit der Schädigung. Diese Vorstellung, dass es also nur um die Aufteilung eines sich in der Größe nicht mehr verändernden Schadens gehe, ist jedoch nicht zutreffend. Vielmehr kann ein direkter Abnehmer seine Preise um einen größeren Betrag erhöhen und somit den indirekten Abnehmern „mehr als die ganze Suppe“ weiterreichen.⁷ Die Weiterwälzung eines Preisauflschlags ist daher nicht als Aufteilung oder Verteilung einer gegebenen „Schadensmenge“ zu verstehen, sondern als Resultat der Gewinnmaximierung des betroffenen Abnehmers, die bereits als solche schadensminimierend wirkt.

In der Rechtsprechung finden sich weitere Fehleinschätzungen. Gemeinsame Grundlage dieser Irrtümer scheint die Sichtweise zu sein, dass bei der Weiterwälzung die Frage der Schadensverteilung im Vordergrund steht. Insbesondere die folgenden sechs Irrtümer sind anzutreffen:

- Irrtum I:** Die Preissetzung wird von einer Fülle von Faktoren beeinflusst (Mischkalkulation) aber die Kostenveränderung betrifft nicht alle Inputfaktoren und daher ist mit einer Weiterwälzung von spezifischen Kosten auf die Preise nicht zu rechnen.
- Irrtum II:** Erfolgt die Preissetzung durch einen Regulierer oder sind die Preise reguliert, scheidet eine Weiterwälzung aus, da neben den Kosten auch andere, etwa politische oder soziale Zielsetzungen in die Preissetzung eingehen.

1 Weiterwälzung wird auch als Pass-on, Weiterreichung bzw. Weitergabe bezeichnet. Analog spricht man dann auch von einer Pass-on- bzw. Weiterwälzungsrates, die oftmals in Prozent ausgedrückt wird. Alle diese Bezeichnungen sind letztlich unglücklich gewählt, wie dieser Beitrag im Folgenden zeigen wird.

2 Vgl. Weyl/Fabinger, *Journal of Political Economy* 2013, 121(3), 528. Fragen der Steuerinzidenz sind in den Wirtschaftswissenschaften insbesondere mit den Namen Richard Musgrave, Arnold Harberger und Carl Föhl verbunden, die diese Themen bereits in den 1950er und 1960er Jahren diskutiert haben.

3 Im Folgenden wird allein auf das Beispiel der wettbewerbswidrigen Kartellierung abgestellt. Grundsätzlich ist die Schadensquantifizierung und somit auch die Frage der Weiterwälzung aber für sämtliche Wettbewerbsverstöße, also bspw. auch bei Missbrauchsfällen, relevant und spielt in zunehmendem Maße auch eine Rolle im Rahmen der Quantifizierung von Schäden, wie etwa in Schiedsverfahren, in denen es nicht um Wettbewerbsprobleme geht.

4 Juristisch wird ungeachtet der Weiterwälzung der kartellbedingte Preisauflschlag bereits als Schaden angesehen. Die Frage nach dem ökonomisch korrekten Schaden wird dann als Frage des kongruenten Ersatzanspruchs im Rahmen der Vorteilsausgleichung behandelt. Aus dieser Sicht mindert die Weiterwälzung lediglich den Anspruch, aber nicht den Schaden. Aus ökonomischer Sicht ist dies, auch wenn man eine Unterscheidung aus Beweislastgründen wünscht, eher unglücklich, da der Begriff „Schaden“ ökonomisch eindeutig belegt ist. Im Folgenden wird mit dem Begriff „Schaden“ daher der tatsächlich erlittene Nachteil bezeichnet, der Begriff also ökonomisch korrekt verwendet.

5 Zur Rolle von Preis- und Mengeneffekten siehe Maier-Rigaud, *Journal of Competition Law & Economics* 2014, 10(2), 341. Allgemeine Einführungen in die Schadensquantifizierung finden sich bei Maier-Rigaud, in: Traugott/Riegler/Lukaschek, *Handbuch des österreichischen Kartellschadenersatzrechts* (im Erscheinen); Maier-Rigaud/Schalbe, in: Ashton, *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*, 2. Aufl. 2018, 401; Inderst/Thomas, *Schadenersatz bei Kartellverstößen*, 2. Aufl. 2018; Maier-Rigaud/Sudaric, *CPI Antitrust Chronicle*, 2019, 3(1), 1; sowie Inderst/Maier-Rigaud/Schalbe, in: Fuchs/Weitbrecht, *Handbuch der Privaten Kartellrechtsdurchsetzung*, 2019, S. 287. Für die Schadensquantifizierung im Kontext von Missbrauchsfällen siehe Maier-Rigaud/Schalbe, *CPI Antitrust Chronicle* 2013, 11(2), 1.

6 Siehe insbesondere die folgenden beiden Urteile, in denen sich das OLG Düsseldorf u. a. zur Weiterwälzung von Kartellpreisauflschlägen geäußert hat: OLG Düsseldorf, *Urt. v. 22.08.2018*, VI-U (Kart) 1/17, *juris* = WuW 2018, 541; OLG Düsseldorf, *Urt. v. 29.08.2018*, VI-U (Kart) 12/17, *juris*. Konkret ging es in beiden Urteilen um die Weiterwälzung von Kosten für Gleisoberbaumaterialien durch den Allgemeinen Öffentlichen Personennahverkehr („ÖPNV“) und die Aussage des Gerichts, dass jegliche Weiterwälzung auszuschließen sei. Zu den Leitlinien der Europäischen Kommission siehe Komm., *Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisauflschlags*, 2019, abrufbar unter <http://hbfnm.link/5732> (zuletzt abgerufen am 07.08.2019).

7 Vgl. Inderst/Thomas, (Fn. 5), S. 448, Fn. 1652, S. 294 ff.

3. **Irrtum III:** Liegt eine Kostenunterdeckung vor, erwirtschaftet das Unternehmen also keine Gewinne, ist eine positive Weiterwälzungsrate ausgeschlossen.
4. **Irrtum IV:** Die empirische Bestimmung der Weiterwälzung setzt einen kartellbedingten Preisaufschlag voraus.
5. **Irrtum V:** Voraussetzung für eine Weiterwälzung ist das Vorhandensein eines *wettbewerblichen Anschlussmarktes*.
6. **Irrtum VI:** Der Weiterverkauf des kartellierten Inputfaktors muss „stoffgleich“ erfolgen.

Im Folgenden werden diese Fehleinschätzungen, nach einer allgemeinen konzeptionellen Einführung in Abschnitt 2, in Abschnitt 3 im Detail diskutiert. Abschnitt 4 fasst die zentralen Ergebnisse der Untersuchung zusammen.

II. Das Wesen der Weiterwälzung

Hintergrund der Schadensquantifizierung ist die Wiedergutmachung bzw. Wiederherstellung der finanziellen Situation, die ohne ein bestimmtes Ereignis, bspw. eine kartellbedingte Erhöhung von Preisen, bestanden hätte. Dabei ist insbesondere nach der diesbezüglichen EU-Richtlinie aber auch nach geltendem deutschen Schadensersatzrecht eine Überkompensation unzulässig.⁸ Daher sollen geeignete Verfahrensvorschriften festgelegt werden, um den auf verschiedenen Vertriebsstufen anfallenden Schaden zu bestimmen.⁹ Im Einzelfall werden diese Vorgaben dadurch umgesetzt, dass anhand theoretischer und empirischer Verfahren die Weiterwälzungsrate ermittelt wird.

Grundsätzlich geht es dabei um den Vergleich zwischen der finanziellen Position des potentiell Geschädigten mit und ohne den Wettbewerbsverstoß. Diese beiden Situationen, also das faktische und das kontrafaktische Szenario, lassen sich im Rahmen eines ökonomischen Modells als unterschiedliche Gleichgewichtssituationen darstellen. In der Wirtschaftstheorie beschreibt ein Gleichgewicht einen Zustand, in dem kein Akteur einen Anreiz hat, sein Einkaufs- oder Verkaufsverhalten zu ändern. Ist ein Gleichgewichtszustand erreicht, würden individuelle Abweichungen vom Gleichgewichtspreis oder von der Gleichgewichtsmenge zu einer Gewinnreduktion des abweichenden Unternehmens führen.

Ein Gleichgewicht ist im einfachsten Fall durch einen Gleichgewichtspreis sowie die damit verbundene Verkaufsmenge charakterisiert. Im Rahmen einer Wertschöpfungskette ist ein Gleichgewicht durch einen bestimmten Einkaufspreis für Vorprodukte, die damit verbundene Verkaufsmenge sowie einen Preis und eine Ausbringungsmenge für die Endprodukte gekennzeichnet. Es handelt sich dann um ein Gleichgewicht, wenn sich weder die Verkäufer des Vorprodukts noch die Käufer des Vorprodukts, und auch nicht die Endverbraucher, durch Preisänderungen oder Änderungen im Einkaufsverhalten besserstellen können. In anderen Worten, die Verkäufer von Vorprodukten verlangen den profitmaximierenden Preis für das Vorprodukt und auch die Käufer des Vorprodukts verlangen den profitmaximierenden Preis für das Endprodukt, das an Endverbraucher verkauft wird.

In dieser Gleichgewichtswelt kann man nun die Frage stellen, wie der Käufer des Vorprodukts, der seine Endprodukte an die Verbraucher verkauft, auf eine Preisänderung des Vorprodukts

reagiert. Unterstellt man eine Preiserhöhung beim Vorprodukt¹⁰, so bedeutet dies grds. eine Erhöhung der Produktionskosten des Verkäufers von Endprodukten. Dabei ist es nicht zwingend erforderlich, dass das Vorprodukt mit physisch-dauerhafter Verbindung in das Endprodukt übergeht, wie etwa wenn Kerosin zur Erbringung von Logistikdienstleistungen verwendet wird. Es ist allein entscheidend, dass das Vorprodukt für die Bereitstellung des Endproduktes genutzt wird und dass die Kosten des Vorprodukts das Entscheidungskalkül des Anbieters des Endproduktes beeinflussen.¹¹

Die Weiterwälzungsrate gibt an, um wieviel sich der Preis des Endprodukts aufgrund einer Preisänderung des Vorprodukts geändert hat. Wurde der Preis der kartellbefangenen Produkte um 10 € pro Mengeneinheit erhöht und erhöht der Abnehmer in Folge seinen Preis um 5 € für dieselbe Mengeneinheit, ergibt sich eine Weiterwälzungsrate von 50 % (= 5 € / 10 €). Hätte der Abnehmer seinen Preis um 10 € erhöht, ergäbe sich eine Weiterwälzungsrate von 100 % (= 10 € / 10 €). Schlägt der Abnehmer eine konstante Marge auf das Produkt auf, bspw. 20 %, würde die Preiserhöhung 12 € betragen und sich eine Weiterwälzungsrate von 120 % ergeben.

Letztlich beschreibt die Weiterwälzungsrate nur das Ergebnis der Aufgabe, mit der sich ein Unternehmen permanent auseinandersetzen muss, nämlich ob und wie es auf Kostenänderungen (sowie auf Nachfrageänderungen) preislich reagieren soll. Der Grund, warum die Weiterwälzungsrate überhaupt im Rahmen einer Quantifizierung von Interesse ist, liegt darin begründet, dass eine direkte Schätzung der jeweiligen finanziellen Situation im faktischen und kontrafaktischen Szenario in der Regel nicht möglich ist. Daher muss eine Schadensquantifizierung auf Basis einer Preisaufschlagsschätzung diesen Preisaufschlag um den weitergegebenen Anteil bereinigen, um den Preiseffekt zu ermitteln. Juristisch wird hier von Vorteilsausgleich gesprochen.¹² Würde die volle Höhe des Preisaufschlags als (vermeintlicher) Schaden betrachtet, dann entspräche dies im wirtschaftlichen Ergebnis nicht dem tatsächlichen Vermögensnachteil, weil dieser durch die Weiterwälzung beeinflusst wird. Verwirrend für den Ökonomen ist hier lediglich, dass von einem Preisüberhöhungsschaden gesprochen wird, und sodann der Ersatzanspruch durch den Vorteilsausgleich korrigiert wird. Ökonomisch handelt es sich nämlich gerade nicht um einen Schaden, sondern lediglich um einen Preisaufschlag. Die Bestimmung eines Schadens setzt aus ökonomischer Sicht immer die Betrachtung sämtlicher Konsequenzen eines Tatbestandes voraus. Bei kartellbedingten Preiserhöhungen müssen bei einer rein ökonomischen Betrachtung somit notwendigerweise die Weiterwälzung und etwaig resultierende Mengeneffekte bestimmt werden.¹³

10 Hierbei spielt es keine Rolle, ob es sich um einen durch Unwetter bedingten Ernteausfall und eine dadurch erzeugte Preiserhöhung handelt, also um ein Knappheitssignal, das durchaus gewünscht ist und für die ökonomisch effiziente Verarbeitung des Ernteausfalls notwendige Preissignal generiert, oder ob der Preisanstieg z. B. auf ein Kartell oder andere Faktoren zurückzuführen ist.

11 Vgl. hierzu 3.5 des vorliegenden Aufsatzes zur „Stoffgleichheit“.

12 BGH, Urt. v. 28.06.2011 (Fn. 8), 57, 66, Rn. 57 – ORWI. Siehe dazu auch Fn. 4.

13 Eine korrekte Schadensbestimmung setzt sich daher grds. aus dem Preiseffekt, dem Mengeneffekt und der Verzinsung dieser Effekte zusammen. Zur klaren Unterscheidung von Preis- und Mengeneffekten siehe Maier-Rigaud, *Journal of Competition Law & Economics* 2014, 10(2), 341. Dort wird auch gezeigt, dass Mengeneffekte durchaus bedeutsamer als Preiseffekte sein können. Zu den Unterschieden zwischen der US-amerikanischen und der europäischen Praxis siehe Maier-Rigaud, *Antitrust Bulletin* 2017, 62(2), 334. Fragen der Kausalität werden in Maier-Rigaud, *Journal of European Competition Law and Practice* 2014, 5(4), 247 behandelt.

8 Vgl. Art. 12 Abs. 2 Richtlinie 2014/104/EU; BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10, WuW 2012, 57, 67, Rn. 58, 62 – ORWI.

9 Vgl. Art. 12 Abs. 2 Richtlinie 2014/104/EU.

In anderen Worten beschreibt die Weiterwälzungsrate lediglich den prozentualen Anteil der Preisänderung des Vorprodukts (Kostenerhöhung), der sich in der daraus resultierenden Preisänderung des Endprodukts im neuen Gleichgewicht ergibt. Eine Weiterwälzungsrate gibt somit das Verhältnis zwischen einer Preisänderung des Vorprodukts und dem neuen profitmaximierenden Gleichgewichtspreis des Endprodukts an. Es geht somit um die Frage, wie die Verkäufer des Endprodukts optimal mit einer Preiserhöhung ihrer Vorprodukte umgehen. Es handelt sich dabei jedoch um keine Aufteilung oder Verteilung des Schadens zwischen direkten und indirekten Käufern sowie Endverbrauchern, sondern schlicht um die Preissetzung hinsichtlich des Endproduktes im Hinblick auf Preisänderungen des Vorproduktes. Hierbei kann die Weiterwälzungsrate nach den jeweiligen Umständen auch oberhalb von 100 % liegen, was bei der vereinfachten Sicht einer Aufteilung des Schadens schlicht unberücksichtigt bliebe.

Das Missverständnis, bei der Weiterwälzung von Preisauflagen gehe es darum, den Anteil eines Schadens zu identifizieren, der weitergegeben wird, ist weit verbreitet. Selbst im Titel der kürzlich veröffentlichten Leitlinien der Europäischen Kommission ist die Rede von einer *Schätzung „des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisauflags“*.¹⁴ Das suggeriert, es würde um eine Aufteilung gehen, obwohl dies nicht so gemeint ist. An anderer Stelle werden von der Kommission nämlich durchaus auch Weiterwälzungsraten von über 100 % anerkannt, obwohl auch dort in der deutschen Übersetzung von „Schadensabwälzung“ gesprochen wird, was zumindest Fehlinterpretationen bestärken könnte.¹⁵

Weiterhin ist die Vorstellung falsch, man würde sich als Verkäufer von Endprodukten grds. immer besser stellen, wenn man einen möglichst großen Anteil der Kostenerhöhung, also „des Schadens“ weitergibt.¹⁶ Im Gegenteil bleibt die Motivation des Verkäufers von Endprodukten, nämlich die Profitmaximierung, unverändert. Die Weiterwälzungsrate ist nämlich keine direkte Entscheidungsvariable von Unternehmen, sondern ergibt sich bei der Ermittlung der optimalen Preise bei gegebener Nachfrage je nach vorliegenden Kosten. Wird der neue Preis des Endproduktes profitmaximierend gewählt, ist dies für den kartellbetroffenen Abnehmer optimal, da auf diese Weise der erlittene Schaden minimiert wird, der durch die Erhöhung der Preise des Vorprodukts verursacht wird.¹⁷ Aus dieser optimalen Preisanpassung ergibt sich dann die

Weiterwälzung, wenn man die Preisanpassung ins Verhältnis zur Kostenänderung setzt.¹⁸ Der Schaden des Abnehmers auf einer nachgelagerten Marktstufe ergibt sich somit nicht aus einem Akt der Weiterwälzung als solchem, sondern sowohl der Schaden des direkten Abnehmers (hier verstanden als Summe aus Preis- und Mengeneffekt) als auch die Weiterwälzungsrate ergeben sich aus der Preisanpassung des direkten Abnehmers in Reaktion auf eine Kostenerhöhung.

Als weitere Konsequenz folgt aus der korrekten Betrachtungsweise, dass es sich bei der Weiterwälzungsrate um eine ins Verhältnis mit der Kostenänderung gesetzte Gleichgewichtsreaktion handelt. Es ist also für die Berechnung von Weiterwälzungsraten unerheblich, ob der Preisänderung tatsächlich ein Kartellpreisaufschlag zugrunde liegt oder ob es sich eventuell doch um eine Kostenerhöhung bspw. aufgrund des bereits beispielhaft genannten Ernteausfalls handelt. Aus der Perspektive einer optimalen Anpassung des bisherigen Gleichgewichtspreises an die neuen Marktgegebenheiten spielt die Ursache der Preisänderung keine Rolle. Somit ist auch die Vorstellung schlicht falsch, dass eine Berechnung der Weiterwälzungsrate einen kartellbedingten Preisauflag voraussetzt.¹⁹ Für die empirische Schätzung der Weiterwälzungsrate ist es daher unerheblich, was der Grund für die Preisänderung des Vorprodukts war: Kosten sind Kosten. Oftmals sind den direkten Abnehmern die Gründe für Preisänderungen des Vorproduktes nicht bekannt. Unabhängig von der Ursache sieht sich der direkte Abnehmer mit einer Kostenerhöhung konfrontiert und muss entscheiden, ob und wie zu reagieren ist.

Allgemein ist davon auszugehen, dass für die Preissetzung von Unternehmen v. a. die Grenzkosten relevant sind. Grenzkosten (oder marginale Kosten) sind die Kosten, die zusätzlich anfallen, wenn die Produktionsmenge um eine Einheit erhöht wird. Variable Kosten sind solche Kosten, die ein Unternehmen im betrachteten Zeitraum durch eine Änderung des Produktionslevels ändern kann. Werden die gesamten variablen Kosten durch die Produktionsmenge geteilt, ergeben sich die durchschnittlichen variablen Kosten. Diese werden oftmals als Maß für die marginalen Kosten, die nicht direkt beobachtet werden können, angesetzt. Änderungen in den Fixkosten können allerdings unter Umständen, insbesondere in regulierten Industrien, auch weitergegeben werden.²⁰ Typische Regulierungsansätze etwa in natürlichen Monopolen, wie dem

14 Siehe Komm., Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisauflags, 2019, abrufbar unter <http://hbfn.link/5732> (zuletzt zuletzt abgerufen am 13.06.2019). Ähnliche Formulierungen finden sich bereits in der Richtlinie 2014/104/EU selbst.

15 Vgl. Komm., Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisauflags, 2019, Rn. 173 sowie Fn. 118. Schadensabwälzung wäre somit auch bei einer Weiterwälzung von 100 % des Preisauflags der falsche Begriff, da aufgrund von Mengeneffekten durchaus noch ein Schaden bestehen könnte. Nach der Richtlinie und dem novellierten GWB (vgl. § 33c Abs. 1 GWB) werden Mengeneffekte juristisch nicht mehr mit der passing-on defence verknüpft. Siehe Inderst/Thomas, (Fn. 5), S. 364 ff.

16 Im Bild der versalzene Suppe ist das natürlich zwingend, da sich keinerlei negative Konsequenzen einstellen, wenn die Suppe direkt weitergeschoben wird.

17 Dies wird sehr deutlich, wenn man sich die beiden fundamentalen Schadenskomponenten ins Gedächtnis ruft. Der Schaden besteht grds. zwar aus dem Unterschied der Vermögensposition des Betroffenen im kontrafaktischen bzw. faktischen Szenario, setzt sich aber aus dem Preis- und dem Mengeneffekt zusammen. Es ist zwar möglich, den Preiseffekt durch eine hohe Weiterwälzungsrate, also durch höhere als optimale Abgabepreise, zu reduzieren, allerdings wäre dies nur durch Inkaufnahme von (im Verhältnis höheren) Kosten durch den Margenverlust auf nicht mehr verkaufte Einheiten zu erzielen (Mengeneffekt). Insgesamt würde sich also der Schaden erhöhen.

18 Im Kern ist dies auch der Schlüssel zum richtigen Verständnis von Weiterwälzung. Da sich diese immer aus einer optimalen Preisanpassung auf eine Kostenänderung ergibt, ist der Ursprung der Kostenänderung nicht relevant. Dazu ausführlich in 3.4.

19 Die Weiterwälzungsrate erlaubt es, flexibel auf alle möglichen kontrafaktischen Kostenszenarien entsprechende Preisanpassungen zu berechnen. Insofern muss es keine Kostenänderung gegeben haben, damit die Weiterwälzungsrate positiv ist. Natürlich kann eine Weiterwälzung ohne Kostenänderung nicht ermittelt werden. Die Weiterwälzungsrate sagt aber lediglich, um wie viel sich Preise ändern, wenn es eine Kostenänderung geben würde. Die Weiterwälzung ergibt sich aus dem Produkt der Kostenänderung und der Weiterwälzungsrate, sodass die Weiterwälzung null ist, wenn die Kostenänderung null ist. Die Weiterwälzungsrate ist hiervon jedoch nicht betroffen.

20 Vgl. Maier-Rigaud/Heller/Hanspach, Zur Weiterwälzung von Preisauflagen in regulierten Industrien, Diskussionspapier 2019, <https://ssrn.com/abstract=3439294>. Vgl. Komm., Study on the Passing-on of Overcharges, 2016, abrufbar unter <http://hbfn.link/5733> (zuletzt abgerufen am 07.08.2019), Rn. 121, 122, Fn. 91. Vgl. allgemein zu Fixkosten auch Komm., Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisauflags, Rn. 185, Rn. 162 sowie Fn. 57. Ebenfalls gibt es Situationen, in der Erhöhungen variabler Kosten nicht weitergegeben werden. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn es Kapazitätsgrenzen in der Produktion gibt und Opportunitätskosten oberhalb der Produktionskosten liegen.

ÖPNV, berücksichtigen ganz explizit die Fixkosten, etwa in der Ramsey-Preisregel.²¹

Die Zuordnung von Kosten zu variablen oder fixen Kosten ist im Einzelfall oftmals wenig eindeutig und hängt maßgeblich vom betrachteten Zeitraum ab. Kosten, die in der kurzen Frist als fix angesehen werden, können langfristig betrachtet auch variabel sein. Insofern sind in einer sehr langen Frist, in der ein Unternehmen auch den Betrieb einstellen kann, sämtliche Kosten als variabel einzuordnen und somit für die Produktionskosten einer weiteren Einheit relevant. Bei langfristiger Planung sind also auch die Nutzungskosten für das eingesetzte Kapital als variabel und preisbeeinflussend anzusehen. Dabei grenzt allerdings keine konkrete Zahl in Jahren den kurzfristigen Zeitraum vom langfristigen Zeitraum ab. Diese Unterscheidung hängt von den konkreten Umständen eines Falls ab.²²

III. Sechs Irrtümer zur Weiterwälzung

Im Folgenden wird auf einige Irrtümer eingegangen, die sich auch in den in Abschnitt I genannten Gerichtsentscheidungen finden.

1. Vorhandensein verschiedener preisrelevanter Faktoren schließt Weiterwälzung nicht aus

Ein Argument, das in der Praxis gegen eine Weiterwälzung bei Kostenveränderungen einzelner Inputs für ein Produkt vorgebracht wird, lautet, dass die Kostenveränderung nicht alle Inputfaktoren betreffe und die Preissetzung anhand einer Mischkalkulation erfolge.²³ So könnte argumentiert werden, dass ein Preisanstieg bei Butter zu keiner Weiterwälzung auf Seiten eines Bäckers etwa für Schokoladencroissants führen sollte, da für deren Herstellung neben Butter auch Schokolade und Zucker erforderlich sind. Wenn nicht auch für diese Inputfaktoren ein Preisanstieg registriert wird, lautet der Irrtum, würde auch keine Weiterwälzung des einzelnen Kostenbestandteils auf den Preis des Endprodukts stattfinden.²⁴

21 Die Ramsey-Preisregel wurde speziell für die Regulierung von natürlichen Monopolen entwickelt, um eine Kostendeckung auch bei hohen Fixkosten zu ermöglichen. Die Ramsey-Preisregel besteht aus einem Aufschlag auf die Grenzkosten, die im natürlichen Monopol per Definition unterhalb der durchschnittlichen Kosten liegen. Vgl. Viscusi/Vernon/Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, 2005, Kapitel 11.

22 Zu den ökonomischen und juristischen Fragen der Berücksichtigung künftiger Abwärtswgänge (Abwärtswgangprognose), die zum Urteilszeitpunkt noch nicht stattgefunden haben, siehe Inderst/Thomas, *NZKart* 2018, 158, 162 ff.

23 Vgl. OLG Düsseldorf, *Urt. v. 22.08.2018* (Fn. 6), Rn. 150, juris; OLG Düsseldorf, *Urt. v. 29.08.2018* (Fn. 6), Rn. 124, juris.

24 „Bei dieser Sachlage spricht ganz offensichtlich nichts dafür, dass es der Klägerin gelingt, („ausgerechnet“) ihre mit kartellbedingten Erhöhungen der Beschaffungspreise für Gleisoberbaumaterialien in Zusammenhang stehenden Kosten ganz oder auch nur zu einem bestimmten feststellbaren Teil auf ihre Fahrgäste abzuwälzen. In diesem Zusammenhang ist ergänzend auch in den Blick zu nehmen, dass die Abschreibungen auf Gleisoberbaumaterialien in der Zeit 2001 bis 2015 durchgängig lediglich 10 % bis 20 % aller Abschreibungen ausmachen, alle Abschreibungen insgesamt wiederum nicht mehr als maximal etwa 15 % am Gesamtaufwand betragen und die weitaus größten Kostenanteile auf Personal- und (sonstigen) Materialaufwand entfielen (vgl. S. 10 Abb. 2.5 des M.-Gutachtens).“ Siehe OLG Düsseldorf, *Urt. v. 22.08.2018* (Fn. 6), Rn. 150, juris, sowie ähnlich: OLG Düsseldorf, *Urt. v. 29.08.2018* (Fn. 6), Rn. 124, juris: „Bei dieser Sachlage spricht freilich – und zwar ganz offensichtlich – nichts dafür, dass es der N. GmbH gelingt, („ausgerechnet“) ihre mit kartellbedingten Erhöhungen der Beschaffungspreise für Gleisoberbaumaterialien in Zusammenhang stehenden Kosten ganz oder auch nur zu einem bestimmten feststellbaren Teil auf ihre Fahrgäste abzuwälzen. In diesem Zusammenhang ist ergänzend auch in den Blick zu nehmen, dass, wie auf S. 10 und in Abb. 2.5 des Privatgutachtens v. 16.02.2018 dargestellt, „der Anteil der Abschreibungen auf immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens und Sachanlagen am Gesamtaufwand... im Zeitraum 1996–2016 zwischen 10 und 15% beträgt“ und die weitaus größten Kostenanteile auf Personal- und (sonstigen) Materialaufwand entfielen.“

Aus ökonomischer Sicht ist es erstaunlich, dass hier offensichtlich davon ausgegangen wird, Preiserhöhungen eines Endprodukts seien nur dann zu erwarten, wenn sich sämtliche Inputpreise der Vorprodukte erhöhen. Auf die Spitze getrieben würde dies gerade bei komplexeren, mehrere Vorprodukte benötigenden Produkten Preiserhöhungen als Reaktion auf Kostenerhöhungen grds. ausschließen. Natürlich ist es aber so, dass stets auf die Kosten aller Inputfaktoren abzustellen ist, die zur Herstellung einer Einheit des Endprodukts nötig sind. Das Nichtvorhandensein eines Kostenanstiegs bei einem Inputfaktor „verwässert“ auch nicht eine eventuelle Weiterwälzung bei einem anderen Inputfaktor. Daher kann aus dem Vorhandensein verschiedener Inputfaktoren auch nicht auf das Fehlen einer Weiterwälzung für einen spezifischen Inputfaktor geschlossen werden.

Im Sinne des obigen Beispiels wäre somit zu bestimmen, wie groß der absolute Preisanstieg für die Menge Butter ist, die für die Herstellung eines Schokoladencroissants erforderlich ist. Dieser ist dann in Bezug zur Preisveränderung bei Schokoladencroissants zu setzen. Bspw. ist bei einer Kostensteigerung der entsprechenden Menge Butter von 5 ct und einer Steigerung des gleichgewichtigen Preises von Schokoladencroissants von 4 ct eine Pass-on-Rate von 80 % (= 4 ct / 5 ct) festzustellen, wenn alle übrigen Faktoren unverändert bleiben. Dann ist unerheblich, welche weiteren Zutaten in welchem Umfang zu Buche schlagen.

Auch wenn es bei einer anderen Zutat zu einer Änderung kommt, beeinflusst dies prinzipiell nicht die Weiterwälzungsrate. Steigt etwa der Preis für Zucker zum selben Zeitpunkt wie der Preis von Butter um 10 ct und kommt es letztlich zu einer Steigerung des Preises des Schokoladencroissants um 12 ct, lässt sich weiterhin eine Pass-on-Rate von 80 % (= 12 ct / (5 + 10) ct) feststellen.

2. Preissetzung durch Regulierer schließt Weiterwälzung nicht aus

In den bereits erwähnten Urteilen des OLG Düsseldorf wird argumentiert, dass „von einer vollständigen oder auch nur teilweisen Weitergabe des Kartellschadens der Klägerin mitnichten die Rede sein kann.“²⁵ Dies wird unter anderem damit begründet, dass „die Fahrpreise des öffentlichen Nahverkehrs, wie die dauernde Unterfinanzierung der Verkehrsunternehmen eindrucksvoll belegt, ganz offensichtlich nicht mehr oder weniger rein an den Kosten orientiert sind, sondern vielmehr – wie insoweit vom Landgericht zutreffend ausgeführt – auch auf andere, namentlich soziale Gesichtspunkte wie zum Beispiel dem Interesse an einer möglichst erschwinglichen Mobilität der Bevölkerung abgestimmt zu werden pflegen.“²⁶ Nach dieser Ansicht schließt die Tatsache, dass das Ziel des Regulierers nicht nur eine kostenorientierte Preissetzung vorsieht, sondern auch die Erfüllung politischer Zielvorgaben, bspw. die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte, die Möglichkeit zur Weiterwälzung von Kosten aus.

Ziel der Regulierung natürlicher Monopole ist zwar die Gewährleistung der Versorgung von Konsumenten zu einem möglichst niedrigen Preis unter gleichzeitiger Wahrung der Qualitätsanforderungen und der kosteneffizienten Bereitstel-

25 Siehe OLG Düsseldorf, *Urt. vom 22.08.2018* (Fn. 6), Rn. 151, juris; OLG Düsseldorf, *Urt. v. 29.08.2018* (Fn. 6), Rn. 127, juris.

26 Siehe OLG Düsseldorf, *Urt. vom 22.08.2018* (Fn. 6), Rn. 151, juris; OLG Düsseldorf, *Urt. v. 29.08.2018* (Fn. 6), Rn. 127, juris.

lung. Bei privatrechtlichen natürlichen Monopolen muss aber eine Mindestverzinsung des vom Unternehmen eingesetzten Kapitals gewährleistet sein. Aufgrund der hohen Fixkosten im natürlichen Monopol scheidet eine grenzkostenbasierte Preissetzung aus, wenn Defizite des natürlichen Monopols nicht vollständig durch Zuschüsse finanziert werden sollen. In der Regel werden die Preise so gesetzt, dass eine Kostenunterdeckung vermieden bzw. begrenzt wird und eine markt-konforme Verzinsung des Eigenkapitals gewährt wird. In der Konsequenz sind somit auch Fixkosten für die Preissetzung direkt relevant.²⁷

Zudem ist festzuhalten, dass eine vollständige Weiterwälzung nicht gleichzusetzen ist mit der Behauptung, die Preissetzung werde allein durch die Kosten bestimmt. Nur weil bestimmte Kosten vollständig weitergegeben werden, bedeutet dies nicht, dass andere Faktoren keine Rolle spielen. Somit kann eine vollständige oder partielle Weiterwälzung nicht durch Nennung anderer relevanter Faktoren oder sozialer Gesichtspunkte widerlegt oder ausgeschlossen werden.

Der Einfluss sozialpolitischer Erwägungen kann als Unterschied zwischen der Preissetzung des regulierten Verkehrsunternehmens und einem hypothetischen, nicht regulierten Vergleichsunternehmen analysiert werden. Während das unregulierte Unternehmen alleine seinen Gewinn durch die optimale Preissetzung als Reaktion auf eine Kostensteigerung maximiert, agiert das regulierte Verkehrsunternehmen unter dem Einfluss von Nebenbedingungen, bspw., dass eine Preiserhöhung für Senioren unter der Änderungsrate der gesetzlichen Rente bleiben muss. Auf Basis der tatsächlichen Kosten und des gesetzten Preises ergäbe sich dann allerdings nach wie vor eine bestimmte Weiterwälzung.²⁸ Wenn sozialpolitische Erwägungen eine Weiterwälzung steigender Kosten grds. ausschließen würden, dann könnte dies ggf. andere gesetzliche oder regulatorische Vorgaben, die eine Kostenweitergabe fordern, verletzen.²⁹ Somit können sozialpolitische Erwägungen allenfalls einen Teil der Preissetzung erklären, nicht aber eine Weiterwälzung steigender Kosten auf die Verbraucherpreise kategorisch ausschließen.

Steigen bspw. die Kosten für Gleisoberbaumaterialien um 1 € pro Fahrgast, kann ein ÖPNV-Unternehmen auf sozialverträgliche Weise die Preise für die verschiedenen Gruppen anpassen. Dabei könnten die Preise für besondere Personengruppen wie Senioren oder Studenten weniger stark steigen, während das regulierte Verkehrsunternehmen die nicht rabattierten Fahrpreise noch stärker anheben würde als sogar ein unreguliertes Unternehmen, um die ausbleibenden Mehreinnahmen der rabattierten Fahrscheine zu kompensieren. Insgesamt kann, je nach Weiterwälzungsrate, auch eine Erhöhung der durchschnittlichen Fahrgasteinnahmen um 1 € oder mehr erfolgen.

27 Für eine allgemeine theoretische Betrachtung der Preise natürlicher Monopole, vgl. Laffont/Tirole, A Theory of Incentives in Procurement and Regulation, 1993.

28 Von einer Weiterwälzung ist auszugehen, wenn Preisänderungen auf Kostenänderungen folgen und beide Änderungen dasselbe Vorzeichen haben. Da Weiterwälzung lediglich den Bezug von Preis- auf Kostenänderungen bezeichnet, impliziert eine Negation von Weiterwälzung, dass Preise sich nicht ändern. Der Grund weshalb dies teilweise auch von Ökonomen nicht in der gebotenen Klarheit gesehen wird, liegt vermutlich wie in Kapitel 2 ausgeführt an der falschen Vorstellung bzw. Assoziation von Weiterwälzung mit Schaden, der durch letztere vermeintlich abgewendet wird.

29 So fordert § 39 Abs. 2 PBefG, dass Beförderungsentgelte für Straßenbahnen hinsichtlich „einer ausreichenden Verzinsung und Tilgung des Anlagekapitals“ gestaltet sind, also die Kosten des Anlagekapitals, die bspw. in Sachanlagen gebunden sind, berücksichtigt.

Ein Beispiel illustriert dies: Eine Reduktion der Fahrpreise – etwa in Form einer allgemeinen Rabattierung von 20 % und einer zusätzlichen Rabattierung von weiteren 20 % für die genannten besonderen Personengruppen – würde für eine gegebene Nutzerbasis uniform die Umsätze senken und somit einen Keil zwischen die Umsätze und Kosten treiben.³⁰ Sie würde aber nicht die optimale Preisreaktion auf eine (marginale) Veränderung der Kosten per se ändern, sondern allenfalls in dem Ausmaß einen Einfluss ausüben, in dem eine Rabattierung von Fahrscheinen Einfluss auf die tatsächlichen Faktoren der Preissetzung hat. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn sich das Verkehrsunternehmen bei einem anderen Preis einer anderen Nachfrageelastizität gegenüber sieht.

Letztlich ist die Bedeutung dieser ökonomischen Faktoren im Einzelfall empirisch zu überprüfen. Das Vorhandensein von Fahrscheinen mit unterschiedlicher Preissetzung, auch aus sozialen Gesichtspunkten, ist in einer Analyse der Weiterwälzungsrate zu berücksichtigen, etwa durch die Bildung eines durchschnittlichen Fahrpreises über alle Verkehrseinnahmen und Fahrgäste hinweg. Dies steht einer empirischen Bestimmung einer Weiterwälzung jedoch grds. nicht im Weg. Mit anderen Worten, werden Preise aus sozialpolitischen oder anderen Gründen reduziert, sagt dies allein noch nichts über Preisanpassungen und somit auch nichts über Weiterwälzung aus.

3. Kostendeckungsgrad ist kein Maßstab für die Weiterwälzung

Ein weiterer Irrtum über die Weiterwälzung betrifft den Kostendeckungsgrad. Dieser ist für eine Weiterwälzung grds. nicht relevant. Dennoch wurde die Kostendeckungsrate in den OLG-Urteilen als maßgeblich erachtet.³¹ Hier ist das Beispiel eines regulierten Betriebs im Besitz der öffentlichen Hand wiederum naheliegend. Wenn dieser etwa nur die Hälfte seiner Kosten durch die eigenen Umsätze erwirtschaftet und der Rest durch öffentliche Gelder gedeckt ist, wird mitunter argumentiert, es sei „*offensichtlich*“ ausgeschlossen, dass eine Kostenerhöhung überhaupt weitergewälzt werden könnte.³² Die Schlussfolgerung, dass ein solcher Betrieb bei einem beispielhaften Kostendeckungsgrad von 50 % eine Kostenerhöhung eines bestimmten Inputfaktors um 75 % weitergewälzt hat, würde somit implizieren, dass andere Kostenfaktoren entsprechend geringer weitergewälzt worden wären. Im Kontext von Schadensersatzklagen bei Kartellverstößen scheint es interessengetrieben, wenn ein beklagter Zulieferer eines Inputs gerade für „sein“ Gut einen besonders hohen Pass-on rechtfertigt. Die Kapazität des betroffenen Betriebs, eine Preissteigerung weiterzureichen, wird quasi als ein knappes Gut interpretiert, das nicht auf einen Kostenbestandteil im Übermaß verwendet werden kann ohne entsprechend bei

30 Dies würde genauso gelten, wenn die Rabattierung der Preise für bestimmte Bevölkerungsgruppen zu einer steigenden Nutzung durch diese führt. Aufgrund der vielfach belegten niedrigen Nachfrageelastizität im deutschen ÖPNV ist dieser Effekt jedoch zu vernachlässigen (vgl. Bastians, Preiselastizitäten im öffentlichen Personenverkehr (ÖPV) – Anwendungspotenziale und ihre Übertragbarkeit im räumlichen Kontext, 2009, S. 89; Dahlmann-Resing/Weigle, Der Nahverkehr, 2013, 29). Der mögliche Einwand, dass eine Rabattierung wegen eines möglichen Nachfrageanstiegs theoretisch auch zu höheren Umsätzen führen könne, würde dem typischen Befund einer betragsmäßigen Nachfrageelastizität niedriger als 1 widersprechen.

31 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.08.2018 (Fn. 6), Rn. 149, juris; OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.08.2018 (Fn. 6), Rn. 123, juris.

32 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.08.2018 (Fn. 6), Rn. 150, juris.

anderen Kostenbestandteilen eine geringere Weiterwälzung zu erzeugen.

Diese Argumentation ist jedoch nicht haltbar. Zwar ist es bei einer rein statischen Betrachtung der Kosten und Umsätze theoretisch vorstellbar, dass das Umsatz/Kosten-Verhältnis eine Art „gesamte Weiterwälzung“ des Unternehmens darstellt. Aber letztlich ist in der Praxis auf eine *marginale* Weiterwälzung abzustellen: Wie ändert sich der Preis im Gleichgewicht aufgrund einer marginalen Kostenänderung? Eine statische Betrachtung greift hier somit zu kurz. Um dies zu illustrieren, sei angenommen, dass angesichts der betrieblichen und regulatorischen Gegebenheiten und der Nachfrage eines Unternehmens dieses eine bestimmte Kostenveränderung zu 90 % weiterwälzt. Anders ausgedrückt: Es besteht für eine bestimmte, hypothetische Kostensteigerung eine aus betriebswirtschaftlicher Sicht optimale Preisanpassung, die eine Weiterwälzungsrate von 90 % impliziert. Dann gilt diese Weiterwälzungsrate jedoch unabhängig von dem Anteil der Kosten, der nach regulatorischen Auflagen aus dem laufenden Betrieb respektive durch Zuwendungen der öffentlichen Hand gedeckt werden soll. Erhöhen sich in diesem Kontext die Fixkosten, stellt man sich also vor, dass das Unternehmen zum Geschäftsbetrieb etwa eine Lizenz zu erheblichen Kosten relativ zum Umsatz bräuchte, würde dies den Kostendeckungsgrad verringern, nicht jedoch die optimale Rate der Weiterwälzung, selbst wenn der Kostendeckungsgrad durch die zusätzliche Ausgabe unter die Höhe der Weiterwälzungsrate sinkt.

Die Weiterwälzung ist somit unabhängig vom Kostendeckungsgrad und dieser daher für die Bestimmung der Weiterwälzungsrate nicht relevant.

4. Empirische Ermittlung der Weiterwälzungsrate setzt keinen kartellbedingten Preisaufschlag voraus

Ein weiteres erhebliches Missverständnis betrifft die Kausalkette von kartellbedingtem Preisaufschlag auf die Ermittlung der Weiterwälzungsrate. In den Urteilen des OLG Düsseldorf findet sich die Aussage, dass eine Schätzung der Weiterwälzungsrate die Feststellung eines kartellbedingten Preisaufschlags voraussetzt.³³

Die Weiterwälzungsrate beschreibt allerdings lediglich die aufgrund von Kostenänderungen hervorgerufene Preisänderung im nachgelagerten Markt.³⁴ Bei gegebenem Marktumfeld und gegebener Elastizität der Nachfrage (sowie ggf. weiteren relevanten Faktoren) folgt auf eine Kostensteigerung eine bestimmte optimale Preisanpassung, die dann auch als Weiterwälzungsrate beschrieben werden kann. Bspw. mag ein Industriekonzern angesichts seines wettbewerblichen Umfelds und dem Abschnitt der Nachfragekurve, dem er sich gegenüber sieht, eine bestimmte Weiterwälzung aller variablen Kosten als optimal ansehen. Dann gilt diese Weiterwälzungsrate unabhängig vom Grund der Kostensteigerung, also

unabhängig davon, ob sie durch Kartellabsprachen oder durch Änderungen der Produktionsbedingungen erzeugt wurde. Die Weiterwälzungsrate ist die Antwort auf die Frage, wie Preise optimal auf Kostenänderungen angepasst werden. Der konkrete Grund einer Kostenänderung ist dabei nicht relevant. Insbesondere aus diesem Grund kann und wird oft die Weiterwälzungsrate ermittelt, selbst wenn im Kontext eines kartellrechtlichen Schadensersatzverfahrens Feststellungen zum Ob und zur Höhe eines etwaigen kartellbedingten Preisaufschlags noch offen sind.

5. Wettbewerblicher Anschlussmarkt ist keine Voraussetzung für eine Weiterwälzung

Der BGH hat im Fall *ORWI* entschieden, dass anhand der ökonomischen Gegebenheiten auf dem Anschlussmarkt zu beurteilen ist, ob es zu einer Weiterwälzung gekommen ist.³⁵ Zu den Faktoren, die für diese Beurteilung relevant sind, gehören nach der Rechtsprechung des BGH die Preiselastizität von Angebot und Nachfrage, die Dauer des Verstoßes sowie die Intensität des Wettbewerbs auf dem Anschlussmarkt.³⁶ Diese Vorgaben des BGH wurden von einigen Instanzgerichten dahin (miss)verstanden, dass der Anschlussmarkt wettbewerblich geprägt sein müsse.³⁷

Es ist naheliegend, dass eine Weiterwälzung voraussetzt, dass ein direkter Abnehmer eines kartellbetroffenen Vorproduktes mittels dieses Produktes Waren oder Dienstleistungen auf einem weiteren Markt anbietet. Würde der direkte Abnehmer nicht auch als Anbieter auf einem Anschlussmarkt in Erscheinung treten, könnte der direkte Abnehmer die Kostenänderung nicht weitergeben, sondern wäre als Endabnehmer zu betrachten. Das Erfordernis eines Anschlussmarktes ist aus ökonomischer Sicht somit eine folgerichtige Grundvoraussetzung für eine Weiterwälzung.

Aus ökonomischer Sicht ist jedoch verwunderlich, weshalb es eine Voraussetzung sein sollte, dass der Anschlussmarkt *wettbewerblich* ist. Auch Monopolisten können Kosten an ihre Kunden weitergeben. Unter bestimmten Voraussetzungen wälzen Monopolisten sogar mehr als 100 % einer Kostenänderung an ihre Abnehmer weiter. Auch in regulierten Industrien ist eine Weiterwälzung von Kostenänderungen zu erwarten. Somit ist das Fehlen eines *wettbewerblichen* Anschlussmarktes kein Ausschlusskriterium für eine Weiterwälzung.³⁸

6. Stoffgleichheit ist keine Voraussetzung für eine Weiterwälzung

Eine weitere Voraussetzung für eine Weiterwälzung eines Preisaufschlags, die bspw. vom Landgericht Dortmund gefordert wird, ist die Stoffgleichheit zwischen dem Inputfaktor und der Ware oder Dienstleistung auf dem Anschlussmarkt. Bei dem Anschlussmarkt müsse es sich um einen Markt für dieselbe Ware oder Dienstleistung handeln, die auch von der

33 Vgl. OLG Düsseldorf, Urte. v. 22.08.2018 (Fn. 6), Rn. 142, juris; OLG Düsseldorf, Urte. v. 29.08.2018 (Fn. 6), Rn. 118, juris.

34 Aus diesem Grund schreibt die Europäische Kommission auch eindeutig, dass nicht nur Daten außerhalb des Verstoßzeitraums zur Schätzung der Weiterwälzungsrate herangezogen werden können, sondern auch Daten von nicht kartellbetroffenen anderen Inputfaktoren. Siehe Komm., Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags, 2019, Rn. 121 sowie Rn. 123. Andererseits finden sich in den Leitlinien auch missverständliche Formulierungen. In Rn. 128 steht bspw.: „Der Ansatz zur Ermittlung des Grades der Schadensabwälzung erfordert Informationen über den ursprünglichen Preisaufschlag und den relevanten Grad der Schadensabwälzung.“

35 BGH, Urte. v. 28.06.2011 (Fn. 8), 57, 64, Rn. 46 f. – *ORWI*. Der Begriff Anschlussmarkt soll dabei den Markt bezeichnen, in dem ein direkter oder indirekter Abnehmer seine Produkte oder Dienstleistungen anbietet.

36 BGH, Urte. v. 28.06.2011 (Fn. 8), 57, 65, Rn. 47 – *ORWI*.

37 LG Dortmund, Urte. v. 27.06.2018, 8 O 13/17 (Kart), Rn. 111 f., juris – *Lkw-Kartell*; LG Hannover, Urte. v. 18.12.2017, 18 O 8/17, NZKart 2018, 103 – *Lkw-Kartell*.

38 Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XXII: Wettbewerb 2018, Rn. 886. Dort heißt es: „Das Fehlen eines wettbewerblichen Marktgeschehens auf einem solchen Anschlussmarkt ist jedoch nicht damit gleichzusetzen, dass eine Abwälzung des Schadens von vornherein nicht in Betracht kommt. Vielmehr legt die Formulierung des BGH nahe, dass auch bei einem nicht wettbewerblich geprägten Anschlussmarkt eine Schadensabwälzung zumindest infrage kommt.“

Absprache betroffen ist. Nach dieser Sichtweise wird etwa eine Weiterwälzung verneint, wenn der (materielle) Inputfaktor verwendet wird, um auf dem Anschlussmarkt eine Dienstleistung zu erbringen.³⁹ Im Sinne der eingangs erwähnten Urteile des OLG Düsseldorf wäre hier der Erwerb von Schienen zum Angebot von Verkehrsdienstleistungen ein weiteres Beispiel. Die Frage der Stoffgleichheit ist jedoch aus ökonomischer Sicht schlicht irrelevant.⁴⁰ Die aus ökonomischer Sicht maßgebliche Frage ist, ob ein kausaler Einfluss einer Preisänderung des Inputfaktors auf den Preis der weiterverkauften Ware bzw. Dienstleistung gemessen werden kann. Hierzu werden in der Praxis ökonomische Schätzverfahren verwendet, die es erlauben, den Einfluss verschiedener preisbestimmender Faktoren, etwa die Kosten weiterer Inputfaktoren, herauszurechnen. Dies ist auch dann möglich, wenn keine „Kongruenz“ zwischen Inputfaktor und Ware bzw. Dienstleistung auf dem Anschlussmarkt feststellbar ist.⁴¹

Tatsächlich verweist das Urteil des BGH im Fall *ORWI* auf die auch aus ökonomischer Sicht relevante Betrachtungsebene: Der Vergleich des real eingetretenen Preisniveaus mit dem Preisniveau, „das sich ohne die kartellbedingte Überteueringestellt hätte“.⁴² Dies entspricht der ökonomischen Logik, die den möglichen Schaden aus einem Kartellverstoß alleine als Differenz zum kontrafaktischen Szenario versteht. Diese Überlegung impliziert, dass komplexe Wirkmechanismen und Anpassungsreaktionen auf eine Preiserhöhung, etwa hinsichtlich der Preise und gehandelten Mengen auf anderen Märkten, zu berücksichtigen sind. Dagegen sind unnötige und letztlich willkürliche weitere Anforderungen an den Anschlussmarkt, etwa die Forderung nach Wettbewerb und Stoffgleichheit, aus ökonomischer Sicht zurückzuweisen.

Schließlich ergibt sich weder aus der Formulierung von § 33c Abs. 2 GWB, noch aus der Rechtsprechung des BGH im Fall *ORWI* notwendigerweise die Voraussetzung der Stoffgleichheit oder das Erfordernis eines wettbewerblichen Anschlussmarkts. Dass § 33c Abs. 2 GWB die Argumentation des LG Dortmund nicht stützen kann, ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass dort lediglich eine widerlegbare Vermutung zur Weiterwälzung formuliert wird. Selbst wenn man § 33 Abs. 2 GWB im Sinne des LG Dortmund versteht, wäre somit lediglich die widerlegbare Vermutung zugunsten indirekter Abnehmer und die damit einhergehende Beweislastverteilung betroffen. Ein kategorischer Ausschluss von Weiterwälzung lässt sich aus § 33c Abs. 2 GWB aber nicht ableiten. Die genannte ökonomische Sicht steht somit weder im Widerspruch zum GWB noch zur Rechtsprechung des BGH, sondern bestärkt diese.

IV. Ergebnis

Wird ein Preisauflschlag, also eine Kostenänderung, fälschlicherweise als Schaden verstanden, liegt die Frage nahe, wer diesen Schaden trägt. Aus Sicht der betroffenen Unternehmen wäre dann eine niedrige Weiterwälzung der Kosten schlecht, da ein

hoher Schaden im Unternehmen verbleiben würde, und eine hohe gut, da damit der Schaden reduziert werden könnte. Diese Sicht verkennt, dass die Weiterwälzungsrate sich aus der optimalen Anpassung der Verkaufspreise an Kostenänderungen ergibt. Die Zielsetzung aus Unternehmenssicht ist daher nicht eine möglichst hohe Weiterwälzungsrate oder überhaupt eine bestimmte Weiterwälzungsrate zu erreichen, sondern aus der veränderten Kostensituation durch eine optimale Preisanpassung das Beste zu machen. Die Preisanpassung ist daher auch nicht einseitig auf die Reduktion von Preiseffekten fokussiert. Es geht um den gewinnmaximierenden Preis, oder, im Kontext regulierter Unternehmen, um einen gewinnmaximierenden Preis, der die regulatorischen Nebenbedingungen erfüllt. Dieser entspricht dann einer mehr oder weniger hohen Weiterwälzungsrate.

Der vorliegende Aufsatz hat einige Irrtümer aufgezeigt, die aufgrund dieser konzeptionellen Unklarheit in der Rechtsprechung verbreitet sind. Weder das Vorhandensein verschiedener preisrelevanter Faktoren, noch der Einfluss eines Regulierers oder politischer Zielsetzungen schließt eine Weiterwälzung aus. Eine mehr als vollständige Kostendeckung und die Ermittlung eines kartellbedingten Preisauflschlags sind ebenfalls keine Voraussetzungen für eine Weiterwälzung. Auch setzt eine Weiterwälzung keinen „stoffgleichen“ Weiterverkauf auf einem „wettbewerblichen“ Anschlussmarkt voraus.

Aufgrund der Bedeutung von Weiterwälzung für die Bestimmung kartellbedingter Schäden ist ein klares Verständnis dieses Konzeptes unerlässlich.⁴³ Die Europäische Kommission hat bewusst Gelder für die Richterfortbildung bereitgestellt und neben einer Studie der Europäischen Kommission nun auch Leitlinien veröffentlicht, da die Richtlinie zu Schadenersatzklagen im Sinne einer Kompensation erlittener Schäden auf einer ökonomisch sauberen Erfassung dieser Schäden durch die Gerichte fußt.⁴⁴ Dies ist bereits empirisch eine schwierige Aufgabe, weshalb zumindest konzeptionelle Klarheit vorherrschen muss.

Summary:

On the Pass-on of Overcharges

Pass-on refers to the change of a price of a product or service resulting from a change in the cost of producing the product or service. The determination of the pass-on rate is crucial in cartel damages claims. If an overcharge is found, determining the pass-on rate is essential to estimate the correct amount of damage. Nevertheless, the analysis of pass-on is often incorrect with important repercussions on the overall damage quantification. In this paper, we will discuss conceptual misunderstandings regarding the interpretation and determination of pass-on rates. Moreover, we analyse and correct several common errors relating to pass-on.

39 LG Dortmund Urt. v. 27.06.2018 (Fn. 37), Rn. 114, juris – Lkw-Kartell. Als rechtliche Grundlage wird dort § 33c Abs. 2 Nr. 3 GWB n.F. zitiert.

40 Siehe hierzu bspw. die klare Aussage in Komm., Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisauflschlags, 2019, Rn. 23. Dort heißt es eindeutig: „Der mittelbare Abnehmer hat Waren oder Dienstleistungen erworben, die Gegenstand der Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht waren, oder hat Waren oder Dienstleistungen erworben, die aus solchen hervorgingen oder sie enthielten“.

41 LG Dortmund Urt. v. 27.06.2018 (Fn. 37), Rn. 114, juris – Lkw-Kartell, spricht in diesem Zusammenhang von Stoffgleichheit und Kongruenz.

42 BGH, Urt. v. 28.06.2011 (Fn. 8), 57, 64, Rn. 46 – ORWI.

43 Lesenswert sind die begleitenden Ausführungen in den bereits zitierten Entscheidungen des OLG Düsseldorf. Dort wird u. a. von „substanz- und haltlosen Ausführungen“ sowie „willkürlichen Spekulationen“ gesprochen, die „nicht im Ansatz“ in der Lage wären eine Weiterwälzung aufzuzeigen. Die Unmöglichkeit einer Weiterwälzung bei Kostenunterdeckung wird nicht weiter begründet, da sie „auf der Hand liegt und keiner näheren Erläuterung bedarf“. Dabei hält das OLG Düsseldorf seine Einschätzung für „derart offensichtlich, dass sich jede weitere diesbezügliche Erläuterung“ erübrigen würde. Weiterhin wären die Beklagten „bei dieser klaren Sachlage vom Senat auch nicht mehr gesondert auf die Unzulänglichkeit ihres Vorbringens hinzuweisen“. Siehe OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.08.2018 (Fn. 6), Rn. 150, 145, juris; OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.08.2018 (Fn. 6), Rn. 124, 125, juris.

44 Siehe Komm., Study on the Passing-on of Overcharges, 2016, sowie Komm., Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisauflschlags, 2019.