

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XI
A. Einleitung .....	1
I. <i>Hintergrund</i> .....	1
II. <i>Ziel und Gang der Untersuchung</i> .....	4
B. Nachweisschwierigkeiten im Kartellschadensersatzrecht .....	5
I. <i>Ausgangslage im Kartellschadensersatzrecht</i> .....	5
II. <i>Anforderungen an Lösungsinstrumente aus dem Effektivitätsgrundsatz</i> .....	9
C. Lösungsinstrumente .....	11
I. <i>Vorbemerkungen</i> .....	11
II. <i>Mittel der Informationsbeschaffung</i> .....	11
III. <i>Beweiserleichterungen</i> .....	127
D. Fazit .....	247
Literaturverzeichnis .....	253
Dokumentenverzeichnis .....	271
Stichwortverzeichnis .....	275

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
A. Einleitung .....	1
I. <i>Hintergrund</i> .....	1
II. <i>Ziel und Gang der Untersuchung</i> .....	4
B. Nachweisschwierigkeiten im Kartellschadensersatzrecht .....	5
I. <i>Ausgangslage im Kartellschadensersatzrecht</i> .....	5
II. <i>Anforderungen an Lösungsinstrumente aus dem Effektivitätsgrundsatz</i> .....	9
C. Lösungsinstrumente .....	11
I. <i>Vorbemerkungen</i> .....	11
II. <i>Mittel der Informationsbeschaffung</i> .....	11
1. Überblick über die Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle .....	11
a) Vorbemerkungen .....	11
b) Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden .....	12
c) Akteneinsicht bei der Wettbewerbsbehörde .....	13
aa) Überblick .....	13
bb) Akteneinsicht im Ordnungswidrigkeitenverfahren .....	14
(1) Regelungsinhalt .....	14
(2) Umfang der Einsichtsgewährung .....	15
(a) Bußgeldbescheid .....	15
(b) Bonusanträge und damit freiwillig übermittelte Dokumente .....	16
(c) Weitere Aktenbestandteile .....	17
(3) Zusammenfassung .....	18
cc) Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren .....	18
(1) Einsicht von Verfahrensbeteiligten .....	18

(2) Einsicht von Dritten .....	19
dd) Akteneinsicht nach § 1 IfG .....	20
ee) Akteneinsicht nach VO (EG) 1049/2001 .....	22
ff) Zusammenfassung .....	23
d) Materiellrechtliche Informationsansprüche .....	23
aa) Allgemeines .....	23
bb) Urkundeneinsicht bei Privaten nach § 810 BGB .....	24
cc) Auskunftsanspruch nach § 242 BGB .....	24
(1) Herleitung .....	24
(2) Voraussetzungen .....	25
(a) Sonderrechtsbeziehung .....	25
(b) Entschuldbare Ungewissheit des Anspruchstellers	26
(c) Zumutbarkeit der Auskunftserteilung .....	27
(d) Anspruchsberechtigung des Kartellbeteiligten? .....	27
(e) Auskunftserteilung .....	28
(3) Zusammenfassung .....	28
e) Prozessuale Informationsrechte .....	28
aa) Aktenbeziehung durch das Zivilgericht .....	28
(1) Überblick .....	28
(2) Insbesondere: Vertrauliche Behördenentscheidung und Kronzeugendokumente .....	29
(3) Beziehung der Kommissionsakte .....	31
(4) Verwertung im Zivilprozess .....	32
bb) Vorlageanordnung des Zivilgerichts .....	33
(1) Überblick .....	33
(2) Genaue Bezeichnung der Urkunde .....	33
(3) Dritte .....	35
(4) Ermessen .....	36
(5) Sanktionen .....	36
f) Defizite des Systems der Informationsbeschaffung vor der 9. GWB-Novelle .....	37
aa) Nachweis des Haftungsgrundes .....	37
bb) Nachweis des Schadens bzw. der Schadensweiterwälzung .....	38
2. Untersuchung der Rechtslage nach der 9. und 10. GWB-Novelle .....	39
a) Vorbemerkungen .....	39
b) Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden .....	40
aa) Mitteilung von Bußgeldentscheidungen .....	40
bb) Bewertung der Neuregelung .....	41
c) Informationsanspruch nach §§ 33g, 89b GWB .....	42
aa) Erforderlichkeit einer Neuregelung .....	42
bb) Überblick über die Regelungssystematik .....	42
cc) Intertemporaler Anwendungsbereich .....	44
dd) Gegenstand des Informationsanspruchs .....	45

(1) Herausgabe von Beweismitteln .....	45
(2) Auskunftserteilung .....	45
ee) Voraussetzungen des Informationsanspruchs .....	46
(1) Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs .....	46
(2) Hinreichend genaue Bezeichnung des Beweismittels .....	49
(a) Bezeichnung von Dokumentenkategorien .....	49
(b) Verstoß gegen Ausforschungsverbot? .....	50
(aa) Problemstellung .....	50
(bb) Hinreichende Richtlinienumsetzung? .....	51
(cc) Grundlage und Inhalt des Ausforschungsverbots .....	51
(dd) Einordnung des Informationsanspruchs aus §§ 33g, 89b GWB .....	53
(ee) Lösungsvorschlag .....	54
(ff) Ergebnis .....	54
(3) Erforderlichkeit des Beweismittels .....	55
(a) Unbestimmter Rechtsbegriff .....	55
(b) Kein Beurteilungsspielraum der Parteien .....	55
(c) Prognoseentscheidung .....	56
(4) Kein Ausschluss der Herausgabe .....	57
(a) Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen .....	57
(b) Ausschluss verfahrensbezogener Dokumente .....	59
(5) Keine Unverhältnismäßigkeit .....	59
(a) Allgemeines .....	59
(b) Umfang der Glaubhaftmachung .....	60
(c) Umfang der Beweismittel und Kosten der Herausgabe .....	60
(d) Keine Ausforschung .....	61
(e) Behördliche Entscheidung mit Bindungswirkung ...	61
(f) Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts .....	62
(g) Schutz von Geschäftsgeheimnissen und sonstigen vertraulichen Informationen .....	63
(aa) Begriffsdefinitionen .....	63
(bb) Erforderliche Schutzvorkehrungen .....	65
(cc) Insbesondere: Düsseldorfer Verfahren .....	69
(dd) Zusammenfassung .....	70
(6) Keine Verweigerungsrechte .....	70
ff) Möglichkeiten der Anspruchsgeltendmachung .....	71
(1) Vorprozessuale Geltendmachung .....	71
(a) Bevorzugung des Geschädigten .....	71
(b) Inhalt und Rechtsgrundlage der Waffengleichheit ...	72

(c) Vorprozessuale informationelle Ungleichheit .....	73
(d) Verringerung von Vergleichsanreizen .....	74
(e) Zusammenfassung .....	75
(f) Regelungsvorschlag de lege ferenda .....	75
(2) Prozessuale Geltendmachung .....	76
(a) Entsprechende Anwendung des § 142 ZPO .....	76
(b) Anordnung gegenüber einer Partei .....	77
(c) Anordnung gegenüber Dritten .....	77
(3) Aussetzung des Prozesses .....	78
(4) Einstweilige Verfügung nach § 89b Abs. 5 GWB .....	78
(a) Voraussetzungen .....	78
(b) Verstoß gegen Gebot der Waffengleichheit? .....	79
(c) Gebotenheit und Zweckmäßigkeit .....	80
gg) Folgefragen .....	81
(1) Aufwendungsersatzanspruch .....	81
(2) Schadensersatzanspruch .....	82
(3) Beweisverwertungsverbot .....	83
hh) Gesamtbewertung der Neuregelung .....	83
(1) Bewertung des Informationsanspruchs im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes .....	83
(2) Vereinbarkeit des Informationsanspruchs mit dem Beibringungsgrundsatz .....	84
(a) Erweiterte Mitwirkungspflichten der Parteien .....	84
(aa) Problemstellung .....	84
(bb) Mitwirkungspflichten unter dem Beibringungsgrundsatz der Zivilprozessordnung .....	87
(aaa) Vorbemerkung .....	87
(bbb) Zweckverständnis des Zivilprozesses im historischen Kontext .....	88
(ccc) Parteiliche Mitwirkung unter dem Beibringungsgrundsatz im Zivilprozess .....	92
(ddd) Gesetzliche Modifizierungen der parteilichen Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess .....	96
(eee) Vergleichende Betrachtung von Instrumenten der Rechtsprechung .....	97
(cc) Ergebnis .....	100
(b) Ausweitung der Richtermacht zulasten der Parteiherrschaft .....	102
(aa) Problemstellung .....	102
(bb) Rolle des Richters unter dem Beibringungsgrundsatz der Zivilprozessordnung .....	102

(aaa) Historisches Verständnis der Richterrolle im Lichte des Beibringungsgrundsatzes .....	102
(bbb) Rolle des Richters im Gesamtgefüge der ZPO .....	104
(cc) Einordnung des Informationsanspruchs aus §§ 33g, 89b GWB .....	106
(3) Lösungsvorschläge de lege lata .....	106
(a) Vorbemerkung .....	106
(b) Rechtscharakter des Beibringungsgrundsatzes .....	107
(aa) Prozessmaxime .....	107
(bb) Verfassungsrechtliche (Teil-)Gewährleistung .....	108
(c) Kollision von europäischem Primärrecht und nationaler Prozessmaxime .....	110
(d) Auslegungsmöglichkeiten .....	113
(aa) Hinreichend genaue Bezeichnung des Beweismittels .....	113
(bb) Erforderlichkeit des Beweismittels .....	114
(cc) Verhältnismäßigkeit .....	115
d) Aktenbeziehung und -einsicht nach § 89c GWB .....	116
aa) Überblick .....	116
bb) Vorlageersuchen des Gerichts .....	116
(1) Verpflichtete und Gegenstand des Ersuchens .....	116
(2) Anhänger Zivilrechtsstreit .....	116
(3) Antrag einer Prozesspartei .....	117
(4) Glaubhaftmachung eines Schadensersatzanspruchs .....	118
(5) Keine Subsidiarität .....	119
(6) Keine Ablehnung der Vorlegung durch die Wettbewerbsbehörde .....	119
(7) Keine Unverhältnismäßigkeit .....	120
(8) Entscheidung des Gerichts .....	120
cc) Akteneinsicht der Parteien .....	120
dd) Verhältnis zu allgemeinem Prozessrecht .....	121
ee) Beweisverwertungsverbote nach § 89d GWB .....	122
ff) Gesamtbewertung der Neuregelung .....	122
gg) Regelungsvorschlag de lege ferenda .....	124
e) Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren .....	124
aa) Neuregelung in § 56 Abs. 3–5 GWB .....	124
bb) Verhältnis zur Akteneinsicht nach IfG .....	125
f) Gesamtbewertung des novellierten Systems der Informationsbeschaffung .....	125
<i>III. Beweiserleichterungen</i> .....	127
1. Untersuchung der Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle .....	127
a) Vorbemerkungen .....	127

b) Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen .....	127
aa) Verbindliche Entscheidungen der deutschen und europäischen Wettbewerbsbehörden .....	127
bb) Umfang der kartellbehördlichen Bindungswirkung .....	129
(1) Sachlicher Umfang .....	129
(2) Persönlicher Umfang .....	131
(a) Beteiligte des Bußgeldverfahrens .....	131
(b) Exkurs: Bindungswirkung in „wirtschaftlicher Einheit“? .....	131
cc) Unwiderlegliche Beweisregel .....	135
dd) Bewertung der Beweiserleichterung .....	135
c) Erleichterung des Schadensnachweises nach § 287 ZPO .....	136
aa) Anwendungsbereich und Inhalt der Beweiserleichterung .....	136
bb) Anknüpfungstatsachen für die Schadensschätzung .....	138
(1) Nachweis des Bestehens eines kartellbedingten Schadens .....	138
(2) Nachweis der Höhe eines kartellbedingten Schadens .....	139
(a) Differenzhypothese als Ausgangspunkt .....	139
(b) Ökonomische Methoden zur Schadensberechnung .....	140
(aa) Vergleichsmarktmethode .....	140
(aaa) Vergleichsmärkte .....	140
(bbb) Methoden zur Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises .....	142
(ccc) Belastbarkeit empirischer Schadensschätzungen .....	144
(bb) Marktsimulationen .....	146
(cc) Kosten- und finanzgestützte Analyse .....	147
(dd) Folgerungen für den Vortrag des Geschädigten .....	148
(ee) Gegenbeweis des Beklagten .....	149
(c) Bedeutung von Sachverständigungsgutachten im Schadensnachweis .....	150
cc) Schadensschätzung durch das Gericht .....	152
(1) Besonderheiten der Schadensschätzung im Kartellschadensersatz .....	152
(a) Maßstab der richterlichen Schätzung .....	152
(b) Würdigung von Sachverständigungsgutachten .....	153
(aa) Keine Pflicht zur Annahme eines Sachverständigenbeweises .....	153
(bb) Umgang mit sich widersprechenden Parteigutachten .....	153
(c) Zusammenfassung .....	156
(2) Weitergehende Absenkung des Beweismaßes? .....	156

(a) Fragestellung .....	156
(b) Zweckbestimmung	
des Kartellschadensersatzrechts .....	158
(aa) Historische Entwicklung eines	
deliktischen Schadenszwecks .....	158
(bb) Befund zur aktuellen Rechtslage .....	161
(cc) Keine abweichende Zweckbestimmung	
im Kartellschadensersatzrecht .....	165
(dd) Zusammenfassung .....	166
(c) Beweismaß als Grenze	
des Kompensationsgrundsatzes .....	166
(d) Entwicklungsoffenheit des Haftungszwecks zur	
Anpassung an wirtschaftliche Realitäten? .....	168
(aa) Fragestellung .....	168
(bb) Zwingende Vorgaben des europäischen Primär-	
und Sekundärrechts .....	169
(aaa) Gebot einer präventiven Zweckbestimmung	
durch effet utile? .....	169
(bbb) Zweckbestimmung durch die	
europäische Kartellschadensersatzrichtlinie .....	171
(ccc) Zusammenfassung .....	172
(cc) Verfassungsrechtliche Anforderungen an „private	
Strafen“ .....	172
(aaa) Strafmonopol des Staates .....	172
(bbb) Bestimmtheitsgrundsatz und Verbot	
der Doppelbestrafung .....	176
(ccc) In dubio pro reo-Grundsatz .....	179
(ddd) Zusammenfassung .....	180
(dd) Funktionsfähigkeit	
der Kartellrechtsverfolgung .....	180
(e) Folgerungen für die Mindestanforderungen an	
das Beweismaß .....	182
(3) Gesetzlicher Mindestschaden? .....	183
(a) Vorüberlegungen .....	183
(b) Eignung ökonomischer Studien zur Bestimmung	
eines Mindestschadens .....	184
(aa) Überblick über bisherige Veröffentlichungen ...	184
(bb) Kritische Würdigung .....	185
(aaa) Aussagekraft ökonomischer Studien .....	185
(bbb) Annahme eines Mindestschadens von 10 % ...	186
(c) Zusammenfassung .....	187
(4) Zuwiderhandlung als Maßstab der Schadensschätzung?	187
dd) Bewertung der Beweiserleichterung .....	192

d) Tatsächliche Vermutung der Schadensentstehung .....	193
aa) Tatsächliche Vermutung statt Anscheinsbeweis .....	193
bb) Zivilprozessuale Einordnung und Anforderungen .....	194
cc) Reichweite der Vermutung .....	196
dd) Revisibilität der Vermutung .....	198
ee) Exkurs: Zulässigkeit von Grundurteilen? .....	199
ff) Bewertung der Beweiserleichterung .....	200
e) Tatsächliche Vermutung der Kartellbefangenheit .....	201
f) Erleichterung des Nachweises einer Schadensweiterwälzung ....	204
aa) Passing-on defence als Einwand des Kartellanten .....	204
(1) Passing-on defence als Belang der Vorteilsausgleichung	204
(2) Darlegung und Beweis der passing-on defence	
nach ORWI .....	205
(a) Allgemeine Marktverhältnisse .....	205
(b) Keine Kompensation durch Mengeneffekt .....	207
(c) Berücksichtigung eigener Wertschöpfungsanteile ...	208
(3) Ausschluss des Weiterwälzungseinwands .....	209
(a) Fehlen eines Anschlussmarktes .....	209
(b) Streuschäden .....	210
(c) Billigkeitserwägungen als Einfallstor für	
Präventionszwecke? .....	211
(aa) Problemstellung .....	211
(bb) Vorteilsausgleichung als unmittelbarer Ausdruck	
des Kompensationsgedankens .....	211
(cc) Anerkannte Fallgruppen	
der Vorteilsausgleichung .....	212
(dd) Übertragbarkeit auf kartellrechtlichen	
Kontext? .....	213
(ee) Ergebnis .....	215
(4) Ökonomische Methodik zur Begründung der passing-	
on defence .....	216
(5) Streitverkündung zum Schutz gegen	
Mehrfachinanspruchnahme des Kartellanten .....	216
(6) Erfordernis einer weiterreichenden Beweiserleichterung?	218
(a) Problemstellung .....	218
(b) Anscheinsbeweis oder tatsächliche Vermutung? ....	218
(c) Sekundäre Darlegungslast? .....	220
(d) Ergebnis .....	223
(7) Bewertung der Beweiserleichterungen .....	223
bb) „Weiterwälzung“ als unmittelbarer Schaden des	
indirekten Abnehmers .....	224
g) Gesamtbewertung der Beweiserleichterungen nach Rechtslage vor	
der 9. GWB-Novelle .....	226

2.	Untersuchung der Rechtslage nach der 9. und 10. GWB-Novelle . . . . .	228
a)	Schadensvermutung nach § 33a Abs. 2 S. 1 GWB . . . . .	228
aa)	Voraussetzungen der gesetzlichen Vermutung . . . . .	228
bb)	Reichweite der gesetzlichen Vermutung . . . . .	228
cc)	Widerlegung durch den Kartellanten . . . . .	231
dd)	Exkurs: Zulässigkeit von Grundurteilen? . . . . .	231
ee)	Bewertung der Beweiserleichterung . . . . .	232
b)	Vermutung der Kartellbefangenheit, § 33a Abs. 2 S. 4 GWB . . . . .	232
c)	Erleichterung des Nachweises der Schadensweiterwälzung . . . . .	233
aa)	Neuregelung der passing-on defence . . . . .	233
(1)	Gesetzliche Definition der passing-on defence in § 33c Abs. 1 S. 2 GWB . . . . .	233
(2)	Kein Ausschluss der passing-on defence aus Präventionsgründen . . . . .	234
(3)	Keine gesetzliche Erleichterung der passing-on defence	235
bb)	Weiterwälzungsvermutung zugunsten des indirekten Abnehmers, § 33c Abs. 2 GWB . . . . .	236
(1)	Voraussetzungen und Wirkung der Vermutung . . . . .	236
(2)	Widerlegung der Vermutung . . . . .	237
cc)	Erhöhung der Gefahr der Mehrfachinanspruchnahme des Kartellanten . . . . .	238
(1)	Problemaufriss . . . . .	238
(2)	Lösungsansätze in der Literatur . . . . .	238
(3)	Streitverkündung im Lichte der Weiterwälzungsvermutung . . . . .	240
(4)	Lösung verbleibender Fälle der Mehrfachinanspruchnahme . . . . .	242
dd)	Bewertung der Neuregelung . . . . .	243
d)	Gesamtbewertung des novellierten Systems der Beweiserleichterungen . . . . .	244
D.	Fazit . . . . .	247
	Literaturverzeichnis . . . . .	253
	Dokumentenverzeichnis . . . . .	271
	Stichwortverzeichnis . . . . .	275