

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	22
Einleitung	31
A. Problemdarstellung und Gegenstand der Untersuchung	31
B. Gang der Untersuchung	33
Erster Teil: Grundlagen der öffentlichen und privaten Durchsetzung des Kartellrechts	37
A. Durchsetzung im Kartellrecht	39
I. Kartellbehördliche öffentliche Durchsetzung („Public Enforcement“)	39
1. Verhängung von Geldbußen	40
2. Weitergehende öffentlich-rechtliche Maßnahmen	42
3. Defizite der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung und daraus erwachsende Gefahren	42
a) Geringe Aufdeckungsrate trotz gesteigerter Ressourcen	43
b) Existenzgefährdende Bußgeldhöhen	44
c) Adressatenverfehlung der Bußgelder	45
d) Umfangreiche Verteidigungsrechte im kartellbehördlichen Verfahren	45
4. Zwischenfazit zu I.	46
II. Private Kartellrechtsdurchsetzung („Private Enforcement“)	46
1. Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung	47
2. Grundlagen der privaten Rechtsdurchsetzung	49
3. Entwicklung des „Private Enforcement“ auf europäischer und nationaler Ebene	50
a) Neuerungen im europäischen Kartelldeliktsrecht	51
aa) Rechtssache <i>Courage/Crehan</i>	51
bb) Rechtssache <i>Manfredi</i>	53
cc) Verordnung (EG) 1/2003	55
dd) Weitere Entscheidungen zugunsten des „Private Enforcement“	57
	9

(1) Rechtssachen Pfeleiderer und Donau Chemie	57
(2) Rechtssache Kone	59
(3) Rechtssache CDC Hydrogen Peroxide	60
(4) Zwischenfazit zu dd)	61
ee) Schadensatzrichtlinie 2014/104/EU	61
(1) Grünbuch	62
(2) Weißbuch	62
(3) Richtlinie 2014/104/EU	63
b) Neuerungen im nationalen Recht	65
aa) 7. GWB-Novelle 2005	66
bb) Grundsatzurteil des BGH in <i>ORWI</i>	67
cc) 9. GWB-Novelle 2017	68
c) Zwischenfazit zu 3.	69
4. Status quo der privaten Kartellrechtsdurchsetzung	69
III. Wechselwirkung zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung	71
1. Verhältnis von privater und öffentlicher Kartellrechtsdurchsetzung	72
2. Konfliktfelder und Synergiepotential	73
a) Schadensersatzklagen und öffentliche Bußgelder	74
aa) Zweck der kartellrechtlichen Geldbußen	75
bb) Fehlende Koordinierung von Geldbußen und Schadensersatz	76
cc) Koordinierungsmöglichkeiten von Geldbußen und Schadensersatz	76
b) Schadensersatzklagen und Kronzeugenprogramme	79
aa) „First Mover Disadvantage“	80
bb) Koordinierung von Kronzeugenprogrammen und Schadensersatz	81
(1) Verfahrenskonzentration	83
(2) Begrenzung oder Ausschluss der Schadensersatzhaftung	84
(a) Lösung zulasten des Geschädigten	85
(b) Lösung zulasten der Mitkartellanten	86
3. Zwischenfazit zu III.	88
B. Funktionen der Schadensersatzklage	89
I. Kompensation	90
1. Vollständige Kompensation	91
2. Verbot der Überkompensation	92
3. Subsidiär: pauschalisierte und mittelbare Kompensation	94

a) Pauschalierte Kompensation	94
b) Mittelbare Kompensation	95
4. Zwischenfazit zu I.	96
II. Prävention	96
1. Wirkweise der Prävention	97
2. Voraussetzungen einer wirksamen Prävention	98
3. Mehrfach- oder Strafschadensersatz	99
a) Ablehnende Haltung im Kartellschadensersatzrecht	100
b) Pauschalierte Kompensation keine Form des Strafschadensersatzes	101
4. Abschreckungstrias	102
III. Zusammenspiel von Kompensation und Prävention	104
C. Fazit zum Ersten Teil	105
Zweiter Teil: Durchsetzungshindernisse mittelbarer Abnehmer	107
A. Ziel der effektiven Rechtsdurchsetzung	107
B. Tatsächliche Hindernisse	109
I. Massenschäden	110
II. Bagatell- und Streuschäden	111
1. Bagatellschäden unmittelbarer Abnehmer	112
2. Bagatellschäden mittelbarer Abnehmer	113
III. Prozesskostenrisiko	115
1. Finanzierungslast	115
2. Investitionsrisiko	116
3. Haftungsrisiko	116
IV. Prozessdauer	117
C. Rechtliche Hindernisse	118
I. Nachweis des Kartellverstoßes	119
II. Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität	119
III. Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität	120
IV. Informationsasymmetrie	120
D. Rationales Desinteresse	121
I. Rationales Desinteresse bei Streuschäden	121
II. Rationales Desinteresse infolge der Trittbrettfahrerproblematik	123
III. Konsequenzen des rationalen Desinteresses	124

E. Fazit zum Zweiten Teil	125
Dritter Teil: Anspruchsvoraussetzungen des Schadensersatzes im Lichte der Richtlinie und deren Geeignetheit zur Überwindung des rationalen Desinteresses	127
A. Beweislast und Beweiserleichterungen	127
I. Beweis- und Darlegungslast im Zivilprozess	127
1. Beweislastverteilung im Allgemeinen	129
2. Beweis- und Darlegungslast im Kartellschadensersatzprozess	129
II. Beweiserleichterungen im Kartellrecht	130
III. Bewertung der Beweislastverteilung im Kartellprozess	131
B. Anspruchsgrundlagen	132
C. Anwendungsbereich der Richtlinienvorschriften	133
I. Sachlicher Anwendungsbereich	133
II. Zeitlicher Anwendungsbereich	134
D. Aktivlegitimation	135
I. Mitbewerber/Konkurrenten/Wettbewerber	136
II. Sonstige Marktbeteiligte der Marktgegenseite	137
1. Unmittelbar Geschädigte	138
2. Mittelbar Geschädigte	139
a) Mittelbare Abnehmer als tatsächlich Geschädigte	140
b) Kausale Kartellbetroffenheit mittelbarer Abnehmer	141
3. Abnehmer von Kartellaußenseitern	142
4. Abnehmer im Überweisergeschäft	143
III. Zwischenfazit zu C.	145
E. Passivlegitimation	145
I. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen	145
II. Konzernhaftung	146
1. Wirtschaftliche Einheit	146
2. Trennungsprinzip	147
3. Keine Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs	147
III. Gesamtschuldnerische Haftung	150
1. Privilegierung von kleinen und mittelständischen Unternehmen	151
2. Privilegierung von Kronzeugen	151
F. Verstoß gegen Wettbewerbsrecht	153

G. Kausalität	155
I. Kausalität bei Vermögensschäden	155
1. Dogmatische Abgrenzung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität bei Vermögensschäden	156
2. Beweiserleichterung für Schadensentstehung und Schadensumfang	156
II. Haftungsbegründende Kausalität	158
1. Allgemeine Kausalitätsgrundsätze	158
2. Beweiserleichterungen	159
a) Doppelter Anscheinsbeweis	159
aa) Allgemein preissteigernde Wirkung von Kartellen	161
bb) Konkrete Kartellbetroffenheit der Beschaffungsvorgänge	162
b) Tatsächliche Vermutung und sekundäre Darlegungslast des Beklagten	164
c) Kein Anscheinsbeweis bei Quoten- und Kundenschutzkartellen	165
d) Zwischenfazit zu 2.	166
3. Unionsrechtskonformität der Kausalitätsvorschriften	166
a) Schadensvermutungsregel des Art. 17 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie	168
b) Dogmatische Einordnung von Art. 17 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie	170
aa) Anscheinsbeweis	170
bb) Echte gesetzliche Vermutung im Sinne von § 292 ZPO	172
III. Haftungsausfüllende Kausalität	174
IV. Zwischenfazit zu E.	175
H. Schaden	175
I. Verschulden	176
J. Fazit zum Dritten Teil	177
Vierter Teil: Spannungsverhältnis der Richtlinie infolge der Beweisanforderungen an Schadensumfang und Schadensweiterwälzung	181
A. Schadensumfang	181
I. Schadenspositionen nach der Richtlinie	183
1. Vermögensschaden ( <i>damnum emergens</i> )	183
2. Entgangener Gewinn ( <i>lucrum cessans</i> )	185
3. Zinsen	186
4. Zwischenfazit zu I.	186
II. Schadenshöhe	187

1. Schadensschätzung, Art. 17 Abs. 1 S. 2 Richtlinie 2014/104/EU	188
a) Schadensschätzungsbefugnis, § 33a Abs. 3 GWB i.V.m. § 287 ZPO	188
b) Grenzen der Schadensschätzung	189
2. Berechnungsmethoden zur Schätzung der Schadenshöhe	191
a) Vergleichsmarktkonzept („but-for-analysis“)	193
aa) Zeitliche Vergleichsmarktmethode	194
bb) Räumliche und sachliche Vergleichsmarktmethode	194
cc) „Differences-in-Differences“-Methode	195
dd) Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes	195
(1) Anwendung bei Preishöhenschäden	195
(2) Anwendung bei entgangenem Gewinn	196
ee) Bewertung des Vergleichsmarktkonzeptes	196
b) Methoden zur Schätzung der ökonomischen Variablen	197
aa) Einfache Methoden	198
bb) Regressionsanalyse	198
c) Weitere Methoden zur Schadensermittlung	199
d) Bewertung des Praktischen Leitfadens	200
e) Was bleibt: Ein Quantifizierungsproblem	201
3. Lösung des Quantifizierungsproblems	203
a) Schätzung des anteiligen Gewinns, § 33a Abs. 3 S. 2 GWB	203
aa) § 33a Abs. 3 S. 2 GWB als widerlegliche gesetzliche Vermutung	204
bb) § 33a Abs. 3 S. 2 GWB als Anscheinsbeweis	204
cc) § 33a Abs. 3 S. 2 GWB als Herausgabeanspruch oder Präventionszuschlag	205
b) Empirisch gesicherte Durchschnittswerte als Anscheinsbeweis	206
aa) Anwendung	206
bb) Bewertung	206
c) Vertragliche Vereinbarung von Schadensersatzpauschalen	208
d) Normierung einer echten gesetzlichen Vermutung eines Preisaufschlages	210
aa) Anwendung	210
bb) Bewertung	211
e) Sekundäre Darlegungslast des Beklagten	212
f) Prozentuale Mindestschadenspauschale als Ermessensleitlinie	214

aa) Anwendung	214
bb) Bewertung	215
4. Zwischenfazit und Lösung zu II.	218
a) Umfangreicher vorprozessualer Zugang zu Beweismitteln und Informationen	218
aa) Offenlegung und Akteneinsicht nach nationalem Recht	219
bb) Offenlegung und Akteneinsicht nach der Richtlinie 2014/104/EU	219
b) Verringerung der Informationsasymmetrie	221
B. Schadensweitergabe	221
I. Beweislastverteilung bei Geltendmachung der Schadensweitergabe	222
1. Beweislast nach nationalem Recht	223
a) Beweislast des Kartelltäters im Rahmen der Vorteilsausgleichung	224
aa) Allgemeine Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung	225
bb) Verschärfung der Vorteilsausgleichung im Kartelldeliktsrecht	226
(1) Nachweis der Schadensweiterwälzung: adäquat kausaler Vorteil	226
(a) Beachtung der spezifischen Marktgegebenheiten	227
(b) Fehlende Adäquanz	229
(2) Normative Voraussetzung: Zweck der Ersatzpflicht	229
(a) Kompensationszweck	230
(b) Präventionszweck	231
(c) Keine Anrechnung von überobligatorischen Anstrengungen	231
(3) Vollständige Schadensfreiheit des Betroffenen	232
b) Beweislast des unmittelbaren Abnehmers	234
c) Beweislast des mittelbaren Abnehmers	235
aa) Kein Anscheinsbeweis hinsichtlich einer Weiterwälzung	237
bb) Branchenspezifische Einzelfallprüfung	238
d) Rechtliche Würdigung der Beweislastverteilung nach nationalem Recht	239
2. Beweislast nach der Richtlinie 2014/104/EU	241
a) Beweislast des Kartelltäters nach Art. 13 der Richtlinie	241

aa) Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Art. 13 S. 1 der Richtlinie	242
bb) Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Art. 13 S. 2 der Richtlinie	244
(1) Prozessuale Mitwirkungspflicht des Geschädigten und Dritter	244
(2) Angemessenheitskriterien	246
cc) Zwischenfazit zu a)	248
b) Beweislast des unmittelbaren Abnehmers	248
c) Beweislast des mittelbaren Abnehmers nach Art. 14 der Richtlinie	249
aa) Offenlegungsanspruch	249
bb) Vermutung der Schadensweiterwälzung	249
(1) Begünstigte der Vermutung	251
(2) Umfang der Vermutung	252
cc) Dogmatische Einordnung der Vermutungsregel Art. 14 Abs. 2 S. 1	253
(1) Anscheinsbeweis	253
(2) Echte Vermutung	255
dd) Dogmatische Einordnung der Widerlegung der Vermutungsregel Art. 14 Abs. 2 S. 2	257
(1) Geringer Grad an Wahrscheinlichkeit	258
(2) Vollbeweis des Gegenteils	258
ee) Zwischenfazit zu c)	260
II. Bewertung der Beweislastverteilung	260
1. Paradigmenwechsel	260
2. Auflösung des Spannungsverhältnisses von Über- und Unterkompensation durch die Richtlinie?	261
III. Verhinderung einer Mehrfachinanspruchnahme	263
1. Schätzungsbefugnis hinsichtlich der Weiterwälzung nach Art. 12 Abs. 5 Richtlinie	264
2. Gebührende Berücksichtigung nach Art. 15 Richtlinie	264
a) Verfahrensziel der „gebührenden Berücksichtigung“	265
b) Zu verhindernde Fallkonstellationen	266
c) Vereinbarkeit mit nationalen Prozess- und Verfassungsrechtsgrundsätzen?	267

aa) Verhandlungsgrundsatz	267
bb) Grundsatz des rechtlichen Gehörs	268
cc) Keine Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte	268
d) Informatorische Berücksichtigung im Prozess	270
e) Zwischenfazit zu 2.	272
3. Geeignete Verfahrensmittel zur Verhinderung einer Mehrfachinanspruchnahme oder Überkompensation	272
a) Verbindung von Klagen	273
aa) Voraussetzungen einer Klageverbindung nach § 147 ZPO	273
bb) Verbindung von Klagen unterschiedlicher Gerichte	274
b) Streitverkündung ( <i>litis denuntiatio</i> ) nach <i>ORWI</i>	275
aa) Voraussetzungen und Wirkung der Streitverkündung	276
bb) Grenzen der Streitverkündung bei Schadensweiterwälzung	277
cc) Sekundäre Darlegungslast nach <i>ORWI</i>	278
c) Modifizierte Streitverkündungslösung	280
aa) Modifikation zulasten der direkten Abnehmer	280
bb) Fehlerhafte Wertentscheidung	281
d) Prozesskonzentration im Sinne eines Prätendentenstreits nach § 75 ZPO	282
e) Ausschluss der Passing-on Defence und Gesamtgläubigerlösung	284
aa) Kammergericht Berlin <i>Transportbeton</i>	285
bb) Fehlende Voraussetzungen der Gesamtgläubigerschaft	286
f) Zwischenfazit zu 3.	287
IV. Bewertung und Auflösung des Spannungsverhältnisses	287
1. Tatsächliche Auswirkungen einer Streitverkündung auf Art. 14 Abs. 2	288
a) Gefahren für den mittelbaren Abnehmer	289
b) Gefahren für den Kartellteilnehmer	290
2. Folgen der bleibenden Möglichkeit der Mehrfachhaftung	291
a) Verbot der Überkompensation und Verbot der Mehrfachhaftung	292
aa) Fall 1: Verhinderung einer Mehrfachinanspruchnahme	293
bb) Fall 2: Verhinderung einer Überkompensation	294
cc) Zwischenfazit zu a)	294
b) Stellung des Verbots der Mehrfachinanspruchnahme im Rahmen der Schadensersatztrias	295
aa) Kompensationsgesichtspunkte	295

bb) Verbot der Überkompensation	297
cc) Präventionsgesichtspunkte	299
dd) Effektive Kartellrechtsdurchsetzung	300
c) Zwischenfazit zu 2.	300
C. Fazit zum Vierten Teil	301
Fünfter Teil: Geeignetheit kollektiver Rechtsschutzinstrumente zur Gewährleistung des vollständigen Ersatzes von Streuschäden	305
A. Kollektiver Rechtsschutz	306
I. Funktionen des kollektiven Rechtsschutzes	306
1. Im Schadensersatzrecht allgemein: Effektivierung der Rechtsdurchsetzung	306
2. Bei massenhaft auftretenden Streuschäden: Ermöglichung der Rechtsdurchsetzung	307
II. Eignung von kollektiven Rechtsbehelfen zur Überwindung von Durchsetzungshindernissen bei Streuschäden	308
1. Materiell-rechtliche Anspruchsbündelung	309
a) Ausgestaltung	310
b) Eignung zur Überwindung von Durchsetzungshindernissen	311
2. Prozessuale Klagebündelung	312
a) Verbandsklagen	313
b) Musterverfahren	314
c) Gruppen- und Vertretungsklage	315
aa) Funktionale Vor- und Nachteile des Opt-in Prinzips	315
bb) Funktionale Vor- und Nachteile des Opt-out Prinzips	318
3. Zwischenfazit zu II.	321
III. Status quo des kollektiven Rechtsschutzes und Bewertung im Hinblick auf die Fähigkeit zur Überwindung des rationalen Desinteresses	322
1. Deutschland	323
a) Grundsatz des Zwei-Parteien-Prozesses	323
b) Kollektiver Rechtsschutz in der ZPO	324
aa) Verfahrensrechtliche Anspruchsbündelung	325
bb) Musterfeststellungsklage, §§ 606 ff. ZPO	326
c) Kollektiver Rechtsschutz außerhalb der ZPO	329
aa) Musterverfahren nach dem KapMuG	329

bb) Verbandsklage in UWG und UKlaG	330
cc) Gewinnabschöpfung im GWB	331
d) Reformanstrengungen	332
aa) Entwurf eines Gesetzes über die Einführung von Gruppenverfahren	332
bb) Bewertung des Gesetzentwurfs	333
cc) Ablehnung eines Gruppenverfahrens	335
2. Europäische Union	335
a) Empfehlung zum kollektiven Rechtsschutz	337
aa) Ausgestaltung	337
bb) Bewertung	339
b) Entwurf einer Verbandsklagerichtlinie	341
aa) Ausgestaltung	342
bb) Bewertung	343
c) Ausblick	344
3. Mitgliedstaaten	345
a) Musterklagen	349
b) Gruppen- und Vertretungsklagen	350
aa) England und Wales	351
bb) Belgien	352
cc) Dänemark	353
c) Zwischenfazit zu 3.	354
4. USA	355
a) Verfahren	356
b) Missbrauchspotential	358
aa) „Pre Trial Discovery“	358
bb) „Treble Damages“	359
cc) „Contingency Fee“	359
dd) „American Rule“	360
c) Abweichende prozessuale Ausgangslage in Deutschland	360
5. Zwischenfazit zu III.	362
B. Alternative Durchsetzungsmöglichkeiten für kartellbedingte Streuschäden	363
I. „Public-Private-Enforcement“	364
1. Integration des Schadensersatzprozesses in das behördliche Verfahren	364
2. Bewertung	365

II. Schadensmultiplikation	367
1. Multiplikation des Schadens mit dem Kehrwert der Durchsetzungswahrscheinlichkeit	367
2. Bewertung	368
III. Kompensation mittels Beseitigungsanspruchs	369
1. Fortdauernde kartellbedingte Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit	369
2. Bewertung	370
IV. Alternative Streitbeilegung	370
1. Kostengünstige Durchsetzung von Verbraucherinteressen	371
2. Bewertung	371
V. Materiell-rechtliche Anspruchsbündelung durch direkte Abnehmer	372
1. Direkter Abnehmer als „ <i>schadensersatzverteilende Stelle</i> “	372
2. Bewertung	372
VI. Heranziehen vorhandener kollektiver Rechtsschutzinstrumente	373
1. Anwendung kollektiven Rechtsschutzes der ZPO	374
a) Irrige Annahme eines Durchsetzungsdefizits	374
b) Bewertung	374
2. Ausbau der Vorteilsabschöpfung durch Verbände, § 34a GWB	375
a) Finanzielle Anreizsetzung für den klagenden Verband	375
b) Bewertung	376
VII. Mehrdimensionaler Ansatz	377
1. Kombination von Opt-in Gruppenklage und Vorteilsabschöpfung	377
2. Vorteilsabschöpfung für Streuschäden und Musterfeststellungsklage für höhere Schäden	377
3. Kombination von Opt-out Verbandsgruppenklage und Opt-in Class Action	378
4. Dreidimensionaler Ansatz	378
4. Bewertung	379
VIII. Zwischenfazit zu B.	380
C. Ausgestaltung eines Opt-out Gruppenverfahrens in Konkordanz mit verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben	381
I. Verfassungsrechtliche Ausgestaltung	382
1. Grundsatz des rechtlichen Gehörs	383
a) Problematik	384
b) Rechtfertigung und entsprechende Verfahrensausgestaltung	384

aa) Erforderlichkeit nur bei echten Bagatellschäden	385
bb) Praktische Konkordanz zwischen dem Grundsatz auf rechtliches Gehör und Justizgewährleistungsanspruch	385
(1) Rechtzeitige Information der Geschädigten	386
(a) Vorrang der individuellen Benachrichtigung	386
(b) Subsidiarität der öffentlichen Bekanntmachung	388
(2) Prozessuale Beteiligung der Geschädigten	389
(a) Qualifikation des Klägervertreters	390
(b) Keine individuellen Beteiligungs- und Anhörungsrechte	391
2. Dispositionsmaxime	392
a) Problematik	392
b) Rechtfertigung und entsprechende Verfahrensausgestaltung	393
3. Zwischenfazit zu I.	395
II. Organisatorische Ausgestaltung	395
1. Finanzierung einer Klage	396
a) Öffentliche Finanzierung	396
b) Drittfinanzierung	397
2. Verteilung des Erstrittenen	399
a) Vorrang der individuellen unmittelbaren Kompensation	399
b) Subsidiarität von pauschaler und mittelbarer Kompensation	399
III. Schutzmechanismen	401
D. Fazit zum Fünften Teil	403
 Sechster Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse	 405
 Literaturverzeichnis	 413