

NORA KLUSMANN

# Nachweisschwierigkeiten im Kartellschadensersatzrecht

*Beiträge zum Kartellrecht*

26

---

**Mohr Siebeck**

# Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von  
Michael Kling und Stefan Thomas

26





Nora Klusmann

# Nachweisschwierigkeiten im Kartellschadensersatzrecht

Lösungsinstrumente und ihre Bewertung  
im Lichte europäischer Zielvorgaben  
und nationaler Rechtsgrundsätze

Mohr Siebeck

*Nora Klusmann*, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School, Hamburg; 2017 Erstes Juristisches Staatsexamen; 2023 Promotion (Tübingen); Rechtsreferendariat am OLG Düsseldorf.  
orcid.org/0009-0001-4661-8864

D21

ISBN 978-3-16-163267-9 / eISBN 978-3-16-163268-6

DOI 10.1628/978-3-16-163268-6

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Familie



# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im März 2023 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Doktorarbeit zugelassen. Für die Veröffentlichung wurden Rechtsprechung und Schrifttum bis Juli 2023 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Stefan Thomas, für die Betreuung dieses Vorhabens und die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Ebenso bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Stefan Huber für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie bei Herrn Prof. Dr. Johannes Saurer für die Mitwirkung in der Prüfungskommission.

Herrn Prof. Dr. Michael Kling und Herrn Prof. Dr. Stefan Thomas danke ich sehr für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“. Das Dissertationsvorhaben wurde gefördert durch ein Stipendium der Landesgraduiertenförderung Baden-Württemberg. Für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses bedanke ich mich zudem bei der Kanzlei SOH Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB (soh.de), Essen.

Ganz besonders danke ich meiner Familie, die mir während des gesamten Prozesses in jeder Hinsicht unterstützend zur Seite stand. Großer Dank gilt meinen Eltern für die stetige Unterstützung während meiner gesamten juristischen Ausbildung und die Ermöglichung dieses Dissertationsvorhabens. Zudem danke ich meinem Vater Dr. Martin Klusmann für die stetige Diskussionsfreude und den wertvollen Blick in die Praxis. Meiner Mutter Birgit Klusmann danke ich für die liebevolle Unterstützung bei der Betreuung unserer Kinder, die es mir überhaupt erst ermöglicht hat, diese Arbeit fertigzustellen.

Von Herzen möchte ich mich bei meinem Ehemann Lewin Klusmann bedanken für sein offenes Ohr, viele kritische Nachfragen, die mir neue Blickwinkel auf das Thema eröffnet haben, und vor allem seinen steten Zuspruch. Zuletzt danke ich unseren beiden Kindern Carlotta und Oscar für gemeinsame Ausflüge in die Bibliothek und die nötige Motivation, diese Arbeit abzuschließen.

Mülheim an der Ruhr, 4. Dezember 2023

Nora Klusmann



# 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) Materielle rechtliche 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 Neureglung .....	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 Beibringungsgrundsatzes 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) Anhängiger 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 Sachverständigengutachten 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 Sachverständigengutachten . . . . .	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 <i>effet utile</i> ? .....	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) <i>In dubio pro reo</i> -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



# A. Einleitung

## I. Hintergrund

Am 9. März 2017 hat der Bundestag die 9. GWB-Novelle verabschiedet.<sup>1</sup> Ziel der Novelle war es, das deutsche Kartellrecht an die voranschreitende Digitalisierung anzupassen, Haftungslücken im Bußgeldrecht zu schließen und zugleich die europäische Kartellschadensersatzrichtlinie in deutsches Recht umzusetzen.<sup>2</sup> Die Umsetzung der Richtlinie hat zu einer umfassenden Neuregelung des Kartellschadensrechts in den §§ 33a ff. und 89a ff. GWB geführt. Mit der am 19. Januar 2021 in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle<sup>3</sup> hat der Gesetzgeber einzelne Klarstellungen und Ergänzungen zu den Vorschriften vorgenommen. Geschädigten aller Marktstufen soll es im Zuge der Novellen erleichtert werden, Kartellbeteiligte auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Im Zentrum der Gesetzgebung steht die Überwindung von Nachweisschwierigkeiten der Parteien, die trotz einer stark ansteigenden Zahl privater Klagen noch ein wesentliches Hindernis in der privaten Rechtsdurchsetzung darstellen.<sup>4</sup> Der Grund hierfür liegt im Spannungsverhältnis zwischen den zivilprozessualen Nachweisanforderungen und der Beweisnot im Kartellschadensersatzrecht.

Grundprinzip des deutschen Zivilprozesses ist der Beibringungsgrundsatz, der den Parteien die Verantwortung für die Tatsachenbeibringung aufbürdet. Nach der überkommenen Beweislastverteilung ist jede Partei verpflichtet, jene Tatsachen vorzubringen und zu beweisen, die den Tatbestand einer ihr günstigen Rechtsnorm begründen. Kartellverstöße finden indes meist im Verborgenen statt und werden, auch um ihren Nachweis zu verhindern, nur selten oder unvollständig dokumentiert. Oft werden sie in der Praxis aufgrund der weit vorverlegten Verstoßschwelle als *by object*-Verstöße verfolgt, sodass zu schädigenden Tatfolgen in Bußgeldentscheidungen keine tatsächlichen Feststellungen getroffen werden. Die Bestimmung eines Kartellschadens oder einer Schadensweiterwälzung erfordert überdies die Auswertung geschäftlicher Daten anderer Unternehmen, welche berechnete Interessen an der Geheimhaltung der Informationen haben können. Neben bestehenden Informationsdefiziten erschwert die Volatilität vie-

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 18/10207 mit den in BT-Drs. 18/11446 enthaltenen Änderungen.

<sup>2</sup> BT-Drs. 18/10207, S. 38.

<sup>3</sup> BT-Drs. 19/23492.

<sup>4</sup> ErwG 14f. KSRL.

ler Märkte sowie die Vielzahl ökonomischer Einflussfaktoren auf die Preisgestaltung eine hinreichend genaue Schadensberechnung und somit den Beweis konkreter ökonomischer Auswirkungen eines Verstoßes.

Schon die Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle hielt einige Mittel zur Informationsbeschaffung der Parteien bereit, um Informationsdefizite der Parteien zu überwinden. Hierzu zählten Akteneinsichtsrechte, materiellrechtliche Auskunftsansprüche sowie im Ermessen des Gerichts stehende prozessuale Mittel wie die Aktenbeiziehung und Vorlageanordnung. Aufgrund der restriktiven Anwendung dieser Instrumente in der richterlichen Praxis und ihrer begrenzten Reichweite in europäischen Verfahren war der Erfolg privater Schadensersatzkläger in der Vergangenheit jedoch begrenzt.<sup>5</sup> Diese Hürden sollen der neu geregelte materiellrechtliche Informationsanspruch nach § 33g GWB sowie die kartellspezifische Regelung zur Akteneinsicht in § 89c GWB überwinden. Die Anwendungsvoraussetzungen dieser Vorschriften sind vordergründig leicht zu erfüllen: Das prozessuale Bestimmtheitserfordernis sowie die Anforderungen an die Darlegung eines Schadensersatzanspruchs wurden im Vergleich zur alten Rechtslage abgesenkt. Unbestimmte Rechtsbegriffe wie die „Erforderlichkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“ bestimmen Bestehen und Umfang eines Herausgabe- bzw. Einsichtsrechts.

Zwar dient die vereinfachte Anspruchsgeltendmachung zweifellos der Effektivierung des Kartellschadensersatzrechts. Doch bergen die Neuregelungen zugleich die Gefahr, mit wesentlichen zivilprozessualen Grundsätzen zu brechen. Die abgesenkten Anspruchsvoraussetzungen sowie die weiten Auslegungsspielräume begründen in der Praxis Sorge vor einer Ausforschung unter den Prozessparteien. Anträge auf Offenlegung „ins Blaue hinein“ in Form von sog. *fishing expeditions* könnten nunmehr erfolgreich sein. Auch wird der für den Zivilprozess wesentliche Grundsatz, dass keine Partei dazu gezwungen werden darf, dem Prozessgegner Informationen zu verschaffen, die diesem zu einem Prozesssieg verhelfen,<sup>6</sup> durch das neue Sonderzivilrecht zumindest in Frage gestellt.

Folge der abgesenkten Anforderungen an den Parteivortrag ist zudem eine Verschiebung der prozessualen Verantwortung zu Lasten des Tatrichters. Ihm obliegt die Entscheidung über die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Anordnung von Herausgabe bzw. Unterlageneinsicht, die sich unter den neuen Vorschriften vom Vorbringen der Parteien weitgehend lösen könnte. Inwiefern sich die zunehmend aktive Rolle des Tatrichters in Kartellsachen in das vom Beibringungsgrundsatz geprägte Verständnis von Parteiherrschaft und Richtermacht einfügt, erscheint fraglich.

Die prozessuale Ausgestaltung des Informationsanspruchs nach §§ 33g, 89b GWB tangiert zugleich den grundrechtlich verbürgten Grundsatz der Waffen-

---

<sup>5</sup> Hierzu im Einzelnen *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 3 f.

<sup>6</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 11.06.1990, Az. II ZR 159/89, NJW 1990, 3151; Urt. v. 26.06.1958, Az. II ZR 66/57, NJW 1958, 1491, 1492.

gleichheit. Dem Geschädigten steht der Informationsanspruch bereits im vorprozessualen Stadium zu, dem Schädiger zur Substantiierung allfälliger Weiterwälzungsargumente erst nach Klageerhebung. Es ist auch allein dem klagenden Geschädigten möglich, die Herausgabe einer bindenden Entscheidung im Wege der einstweiligen Verfügung zu verlangen und damit die Hauptsache vorwegzunehmen.

Insgesamt betrachtet bestehen vor diesem Hintergrund Zweifel daran, ob sich die Regelungen zu Informationsbeschaffung, die der Gesetzgeber zur Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie geschaffen hat, in das deutsche Zivilprozessrecht einfügen, und es ergeben sich Folgefragen danach, was sich daraus für die Rechtsanwendung ergeben kann.

Als gleichermaßen erörterungswürdig erscheinen die von der Rechtsprechung in jüngster Zeit zunehmend entwickelten Beweiserleichterungen, die insbesondere der klagenden Partei den Nachweis eines Haftungsgrundes sowie eines Schadens erleichtern sollen. Während die 9. GWB-Novelle gesetzliche Vermutungstatbestände für künftige Verfahren eingeführt hat, bedient sich die Praxis bisweilen Rechtsfiguren des Anscheinsbeweises und der tatsächlichen Vermutung. Eine klare Abgrenzung dieser Rechtsbegriffe und ihrer Voraussetzungen wird nicht immer vorgenommen, während die Wirkungen der Beweiserleichterungen stets erheblich sind. Wesentliche Voraussetzungen eines Kartellschadensersatzanspruchs, wie das Bestehen eines kartellbedingten Schadens, werden mitunter fingiert, indem die Erschütterung oder Widerlegung entsprechender Beweiserleichterungen erheblich erschwert wird. Um den Schwierigkeiten bei der Bestimmung ökonomischer Folgen eines Kartells abzuweichen, erwägen Literatur und Rechtsprechung zudem, die Bezifferung des Schadens über die Beweismaßsenkung des § 287 ZPO hinaus zu erleichtern.

Dem Schädiger kommen demgegenüber für den Nachweis einer Schadensweiterwälzung keine vergleichbaren Beweiserleichterungen zugute. Um einen Kartellanten nicht unbilligerweise von der Haftung zu befreien, wird ihm der Beweis der Vorteilsausgleichung in der Rechtsprechung teilweise verwehrt. Zugleich besteht für ihn das Risiko, mehrfach für den – bei wirtschaftlicher Betrachtung – gleichen Schaden in Anspruch genommen zu werden, weil sowohl unmittelbare als auch mittelbare Kunden aktivlegitimiert sind und regelmäßig das „Ob“ und das „Wie“ der Schadensweiterwälzung zulasten des Kartellanten streitig sind.

Verfolgen Beweiserleichterungen auf Seiten des Klägers zwar das durchaus erstrebenswerte rechtspolitische Ziel, die Wirksamkeit der Schadensersatzregelungen im Sinne eines *effet utile* sicherzustellen, so bergen sie zugleich die Gefahr, das austarierte System der Darlegungs- und Beweislast im Zivilprozess in ein Ungleichgewicht zu bringen. Eine systematische Bevorzugung klägerischer Interessen auf Grundlage präventiver Erwägungen könnte im Ergebnis eine Überkompensation des erlittenen Schadens zur Folge haben. Zugleich könnte die Erhöhung des zivilrechtlichen Haftungsrisikos Kartellanten von einer freiwilligen Offenlegung von Zuwiderhandlungen im Rahmen von Kronzeugenregelungen

gen abhalten. Es stellt sich daher die Frage, ob eine Abkehr vom schadensrechtlichen Kompensationsgrundsatz im Kartellschadensersatzprozess zugunsten von Präventionszwecken rechtlich zulässig und rechtspolitisch erstrebenswert wäre.

## II. Ziel und Gang der Untersuchung

Ziel der Arbeit ist es, die dargestellten rechtlichen und rechtspolitischen Konflikte bei der Lösung von Nachweisschwierigkeiten im Schnittfeld von Kartellrecht, Zivilprozessrecht und deliktischen Schadensrecht näher zu untersuchen. Hierbei stellt sich übergeordnet die Frage, inwiefern das Kartellschadensersatzrecht einen angemessenen Ausgleich findet zwischen der Umsetzung der vom Effektivitätsgebot getragenen Richtlinienvorgaben und den im Verfassungsrecht und in allgemeinen Rechtsgrundsätzen verbürgten Grundsätzen des allgemeinen Zivil- und Prozessrechts. Im Konfliktfall ist hierbei zu prüfen, inwiefern die Richtlinie sowie die Regelungen des GWB Spielräume belassen, um eine effiziente, aber auch rechtskonforme und zweckmäßige Umsetzung zu gewährleisten. Untersucht werden soll diese Frage jeweils im Hinblick auf die beiden Instrumente zur Lösung der Nachweisschwierigkeiten im Kartellschadensersatzrecht. Der Prüfung zugrunde gelegt werden hierfür folgende Thesen:

1. Die Neuregelung der Informationsbeschaffung im Zuge der 9. GWB-Novelle zugunsten des europäischen Effektivitätsgrundsatzes führt zu Brüchen mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Zivilprozessrechts. Die Auflösung des Konfliktes zwischen europäischem Primärrecht und Zivilprozessrecht ist im Wege der Normauslegung zu suchen.
2. Eine übermäßige Erleichterung des klägerischen Beweises im Kartellschadensersatzprozess verfolgt vorrangig präventive Zwecke, die über den Kompensationszweck des deliktischen Schadensrechts hinausgehen und eine zurückhaltende Anwendung von Beweiserleichterungen in der Rechtsprechungspraxis erforderlich machen.

Einleitend werden die praktischen Nachweisschwierigkeiten im Kartellschadensersatzrecht aufgezeigt, indem das Spannungsfeld zwischen Zivilprozessrecht und Kartellschadensersatzrecht nachgezeichnet wird. Den Schwerpunkt der Arbeit bildet sodann eine Untersuchung der Lösungsinstrumente, untergliedert nach Mitteln der Informationsbeschaffung und Beweiserleichterungen. Neben einer Bewertung der Instrumente im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes soll deren Vereinbarkeit mit zivilprozessualen und schadensrechtlichen Grundsätzen untersucht werden. In einer anschließenden Betrachtung werden die gefundenen Ergebnisse in Verbindung gebracht und einem Fazit zugeführt.

## B. Nachweisschwierigkeiten im Kartellschadensersatzrecht

### I. Ausgangslage im Kartellschadensersatzrecht

Kartellrechtliche Schadensersatzklagen unterliegen dem Zivilprozessrecht und Schiedsverfahrensrecht. Nach dem liberalen Grundverständnis der Zivilprozessordnung ist der Zivilprozess vor den ordentlichen Gerichten geprägt von den Prinzipien der Parteifreiheit und Parteiverantwortung,<sup>1</sup> die im Verhandlungsgrundsatz (bzw. Beibringungsgrundsatz) ihren Ausdruck finden.<sup>2</sup> Die Parteien sind nach diesem Verständnis die Herren des Verfahrens. Sie tragen den Tatsachenstoff zusammen, auf dessen Grundlage der Richter seine Überzeugung bildet.<sup>3</sup> Ein öffentliches Interesse an der Ermittlung streitiger privatrechtlicher Beziehungen besteht grundsätzlich nicht. Es ist allein Aufgabe der Parteien, diejenigen Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, die ihre eigene Rechtsposition stärken.

Die konkreten Anforderungen an den Nachweis richten sich nach dem zivilprozessualen Beweisrecht.<sup>4</sup> Es bestimmt die Risikoallokation zwischen den Parteien und definiert die Anforderungen an den Tatsachenvortrag in der Beweisführung. Die objektive Beweislast<sup>5</sup> regelt, welche Partei die negativen Folgen eines unzureichenden Beweises (sog. *non liquet*) zu tragen hat.<sup>6</sup> Grundsätzlich

---

<sup>1</sup> Musielak, in: Musielak/Voit, Einl. Rn. 38; Rauscher, in: MüKoZPO, Einl. Rn. 354.

<sup>2</sup> Die Geltung der Verhandlungsmaxime ist nicht ausdrücklich in der ZPO geregelt, entspricht jedoch seit jeher dem allgemeinen Verständnis des Gesetzes, vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 18.04.1984, Az. 1 BvR 869/83, BVerfGE 67, 39, 49; BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, Az. 1 BvR 1398/93, BVerfGE 91, 176 = NJW 1995, 40; BGH, Urt. v. 13.03.1997, Az. I ZR 215/94, NJW 1998, 156, 159.

<sup>3</sup> Vgl. statt vieler Musielak, in: Musielak/Voit, Einl. Rn. 37; Rauscher, in: MüKoZPO, Einl. Rn. 353.

<sup>4</sup> Zur Mitwirkungsverantwortung der Parteien unter dem Beibringungsgrundsatz noch ausführlich unter C.II.2.c)hh)(2)(a)(bb).

<sup>5</sup> Hierzu eingehend Laumen in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, Kap. 9 Rn. 10.

<sup>6</sup> Laumen in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, Kap. 9 Rn. 10; Prütting, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 103; Foerste, in: Musielak/Voit, § 286 Rn. 32; Saenger, in: Saenger, § 286 Rn. 53. Da die objektive Beweislast kein Handeln der Parteien voraussetzt, ist sie keine Last im technischen Sinne, sondern regelt allein die Risikoverteilung unter den Parteien, wenn der Richter keine Überzeugung der Wahrheit gewinnen konnte, Prütting, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 103.

findet im Falle des *non liquet* der Rechtssatz, dessen Voraussetzungen streitig sind, keine Anwendung,<sup>7</sup> sodass jede Partei die Voraussetzungen einer ihr günstigen Rechtsvorschrift zu beweisen hat.<sup>8</sup> Die subjektive Beweislast<sup>9</sup> bestimmt zugleich, welche Partei ein konkretes Tatbestandsmerkmal zu beweisen hat, um einen Prozessverlust zu vermeiden.<sup>10</sup> Die konkreten Anforderungen an den Tatsachenvortrag ergeben sich aus dem Beweismaß, welches den Grad der Wahrscheinlichkeit bestimmt, der für die richterliche Überzeugungsbildung erforderlich ist.<sup>11</sup> Das Regelbeweismaß des § 286 ZPO fordert hierzu grundsätzlich die volle Überzeugung des Richters.<sup>12</sup>

Um den hohen Anforderungen an die zivilprozessuale Darlegungs- und Beweislast gerecht zu werden, sind die Parteien auf Informationen zu den zugrundeliegenden Tatsachen angewiesen. Der Kartellschadensersatzprozess ist jedoch bereits im Ausgangspunkt geprägt von erheblichen Informationsasymmetrien zwischen den Parteien. Anders als im Deliktsrecht üblich, liegt das schadensverursachende Ereignis oft im Verborgenen. Denn Kartellabsprachen werden in der Regel heimlich getroffen. Schriftliche Aufzeichnungen werden oft unterlassen, um den Nachweis des Verstoßes zu erschweren. Kartellgeschädigte erfahren in der Regel frühestens durch öffentliche Berichterstattung über Kartelluntersuchungen, typischerweise jedoch erst nach deren Aufdeckung durch Wettbewerbsbehörden von einer Zuwiderhandlung. Darüber hinaus fehlen dem Geschädigten meist Einblicke in die für eine ökonomische Schadensberechnung erforderlichen wettbewerbsrelevanten Geschäftsdaten von Kartellanten, wie insbesondere Informationen zu deren Preisbildung und Kostenstrukturen. Nur unter Zugrundelegung dieser Daten ist es dem Geschädigten jedoch möglich, den Umfang einer erlittenen Vermögenseinbuße zu bestimmen oder zu schätzen. Behördenentscheidungen im Ordnungswidrigkeitenverfahren können diesen Nachweis in aller Regel nicht erleichtern, knüpfen sie doch bereits an eine bezweckte Zuwiderhandlung an, ohne dass es nach h.M. des Nachweises konkreter Marktwirkungen des Kartellverstoßes bedürfte.

<sup>7</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 15.11.2010, Az. NotZ 1/10, NJW-RR 2011, 644, Rn. 21; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 28.02.2002, Az. 20 W 179/01, BeckRS 2002, 30243772; OLG Köln, Beschl. v. 12.11.2003, Az. 2 Wx 25/03, NJW-RR 2004, 1015, 1016.

<sup>8</sup> St. Rspr, etwa BGH, Urt. v. 10.03.2010, Az. IV ZR 264/08, NJW-RR 2010, 1378, 1379; Urt. v. 14.01.1991, Az. II ZR 190/89, BGHZ 113, 222, 224 = NJW 1991, 1052; Urt. v. 11.12.1991, Az. VIII ZR 31/91, BGHZ 116, 278, 288 = NJW 1992, 683. Grundlegend *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 12.

<sup>9</sup> Hierzu eingehend *Laumen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, Kap. 9 Rn. 32.

<sup>10</sup> *Laumen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, Kap. 9 Rn. 32; *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 101; *Foerste*, in: Musielak/Voit, § 286 Rn. 33; *Saenger*, in: Saenger, § 286 Rn. 54.

<sup>11</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 17.02.1970, Az. III ZR 139/67, BGHZ 53, 245, 256 = NJW 1970, 946, 948; *Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozess, S. 95.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 17.02.1970, Az. III ZR 139/67, BGHZ 53, 245 (255f.) = NJW 1970, 946, 948. Hierzu im Einzelnen *Katzenmeier ZZZP* 117 (2004), 187ff.

Ähnlichen Nachweisschwierigkeiten sieht sich ein Kartellant ausgesetzt, der eine Schadensweiterwälzung an die folgende Markt- oder Absatzstufe nachweisen möchte. Die Konditionen des Folgegeschäfts entziehen sich regelmäßig der Einsicht des Schädigers, sodass der ökonomische Nachweis der Weiterwälzung aufgrund der in dieser Hinsicht ebenfalls bestehenden Informationsasymmetrie nur schwer zu erbringen ist.

Die Beweisführung im Kartellschadensersatzprozess erweist sich zugleich als zunehmend kompliziert. Mag das Vorliegen eines Kartellverstoßes, insbesondere aufgrund der Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB a.F. bzw. § 33b GWB,<sup>13</sup> noch zur vollen Überzeugung des Richters nachweisbar sein, stellt spätestens der Schadensnachweis den Geschädigten vor besondere Herausforderungen. Die Schwierigkeit der Schadensberechnung liegt in der Natur der Sache: Als Vergleichsmaßstab bei der Berechnung einer tatsächlich eingetretenen Vermögenseinbuße wird der hypothetische Wettbewerbspreis herangezogen. Ein solcher kann jedoch nie mit voller Sicherheit bestimmt werden. Dennoch verlangt die Beweismaßsenkung des § 287 ZPO, die auf den Schadensnachweis Anwendung findet, den Vortrag zumindest hinreichender Anknüpfungstatsachen, die eine möglichst genaue Schadensberechnung ermöglichen.<sup>14</sup> Der anspruchstellende Geschädigte ist somit gehalten, sich unter Heranziehung ökonomischer Berechnungsmethoden der tatsächlich eingetretenen Vermögenseinbuße möglichst genau zu nähern. Hierzu kommen verschiedene ökonomische Modelle in Betracht, wie etwa Vergleichsmarktmethode, Regressions- oder Kostenanalysen.<sup>15</sup> Sämtliche Modelle erfordern eine breite Datengrundlage zu den Marktverhältnissen für eine hinreichend verlässliche Annäherung an den tatsächlichen Schaden, die jedoch aufgrund des aufgezeigten Informationsdefizits dem Geschädigten nur selten zur Verfügung stehen. Dies gilt insbesondere für Kostendaten der Schädiger. Ökonomische Berechnungen zählen überdies nicht zur Expertise von Juristen, sodass die Parteien ebenso wie das Gericht bei der Aufarbeitung und Erläuterung der Methodik von Kartellschadensberechnungen oft auf Sachverständige angewiesen sind.

Denselben Schwierigkeiten sieht sich ein Kartellant beim Nachweis einer Schadensweiterwälzung durch den Geschädigten an die nächste Absatzstufe ausgesetzt. Denn auch der *passing-on* Einwand erfordert eine hypothetische Betrachtung der Marktverhältnisse ohne das schadensauslösende Kartell. Andere preissteigernde Faktoren müssen anhand ökonomischer Analysen identifiziert und eliminiert werden, um den Umfang einer Weiterwälzung zu ermitteln. Auch insofern ist zum Nachweis auf ökonomische Berechnungsmodelle zurückzugreifen. Der Richter steht sodann vor der Herausforderung, die ökonomischen Gutachten auszuwerten und in seiner Entscheidung zu berücksichtigen.

---

<sup>13</sup> Hierzu im Einzelnen unter C.III.1.a).

<sup>14</sup> Vgl. statt vieler BGH, Urt. v. 08.05.2012, Az. VI ZR 37/11, NJW 2012, 2267, 2268; Foerste, in: Musielak/Voit, § 287 Rn. 7. Hierzu im Einzelnen noch unter C.III.1.c)bb).

<sup>15</sup> Hierzu noch unter C.III.1.c)bb)(2)(b).

Die hohen Beweisanforderungen des vom Verhandlungsgrundsatz geprägten Zivilprozessrechts und die Informationsasymmetrien im Kartelldeliktstun stehen bereits im Ausgangspunkt in einem Spannungsverhältnis. Das Zivilprozessrecht fordert für die prozessuale Geltendmachung sowie Widerlegung eines Kartellschadensersatzanspruchs eine substantiierte Beweisführung. Diese setzt voraus, dass die Parteien über ein erhebliches Maß an Informationen verfügen, die ihnen aufgrund der bestehenden Informationsasymmetrien im Kartellrecht jedoch oft fehlen. Der Konflikt wird verschärft durch die ökonomisch aufwendige Beweisführung zur Begründung eines Schadens oder einer Schadensweiterwälzung, die regelmäßig externen ökonomischen Sachverstand erfordert.

Auch wenn das Kartellrecht bereits seit Erlass des SchiedsVfG vom 22. Dezember 1991 in seiner Schiedsfähigkeit nicht mehr eingeschränkt ist,<sup>16</sup> kommt dem Schiedsverfahrensrecht in der Praxis bislang eine untergeordnete Bedeutung zu. Als vermögensrechtliche Ansprüche sind vertragliche Schadensersatzansprüche, wie auch ihnen gleichgestellte deliktische Schadensersatzansprüche wegen eines Kartellverstoßes, taugliche Gegenstände eines Schiedsverfahrens.<sup>17</sup> Freilich gilt dies nur innerhalb von vertraglichen Lieferbeziehungen, in denen eine entsprechende Schiedsklausel vereinbart wurde.<sup>18</sup> Gegenüber einem Prozess vor den ordentlichen Gerichten verspricht das Schiedsverfahren eine schnellere und vertraulichere Entscheidung sowie eine flexiblere Verfahrensgestaltung ohne Instanzenzug.<sup>19</sup> Auch das Schiedsverfahren sieht sich Nachweisproblemen bei Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen ausgesetzt. Diese Problematik soll indes nicht Gegenstand dieser Arbeit sein.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Zur Rechtslage davor siehe *Schmidt*, in Immenga/Mestmäcker, *GWB* § 87 Rn. 61 f.

<sup>17</sup> *Weitbrecht*, in: Fuchs/Weitbrecht, *Handbuch private Kartellrechtsdurchsetzung*, § 17 Rn. 112.

<sup>18</sup> Bei Schiedsklauseln, die Ansprüche wegen eines Kartellverstoßes nicht ausdrücklich benennen, ist umstritten, inwiefern sie diese umfassen. Fraglich ist insbesondere, ob die Rechtsprechung des EuGH zu Gerichtsstandsklauseln (Urt. v. 21.05.2015, Rs. C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 – *CDC Hydrogen Peroxide*), die auf die Vorhersehbarkeit eines Kartells abstellt, auf Schiedsvereinbarungen übertragbar ist. Hierzu *Ollerdißben*, in: Wiedemann, *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Aufl. 2020, § 63 Rn. 15; *Weitbrecht*, in: Fuchs/Weitbrecht, *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung*, § 17 Rn. 104 ff.

<sup>19</sup> Zu den Vorzügen eines schiedsgerichtlichen Verfahrens siehe etwa *Steinle/Wilske*, *NZKart* 2021, 465 f.; *Schwarz/Harler/Schwedler*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, *Kartellverfahren und Kartellprozess*, § 38 Rn. 56 ff.

<sup>20</sup> Zur Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen im Schiedsverfahren siehe etwa *Weitbrecht*, in: Fuchs/Weitbrecht, *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung*, § 17 Rn. 101 ff.; *Schwarz/Harler/Schwedler*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, *Kartellverfahren und Kartellprozess*, § 38 Rn. 56 ff.; *Steinle/Wilske*, *NZKart* 2021, 465 f.

## II. Anforderungen an Lösungsinstrumente aus dem Effektivitätsgrundsatz

Um Nachweisschwierigkeiten der Parteien im Kartellschadensersatzprozess abzuwehren, kommen zwei Wege in Betracht: die Beseitigung des Informationsdefizits durch Mittel der Informationsbeschaffung und die Reduzierung der Beweisanforderungen mittels zivilprozessualer Beweiserleichterungen. Als wesentlicher Maßstab für die Lösungsinstrumente dient der europäische Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*). Das Kartellschadensersatzrecht ist europarechtlich determiniert. Die Vorschriften der Art. 101, 102 AEUV können ihre volle Wirksamkeit nur entfalten, wenn dem Geschädigten die notwendigen Mittel an die Hand gegeben werden, um seinen durch ein Kartell erlittenen Schaden vollständig zu kompensieren. Im *Courage*-Urteil postulierte der EuGH, dass private Schadensersatzklagen durch Erhöhung der Durchsetzungskraft der europäischen Wettbewerbsregeln wesentlich „zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs“<sup>21</sup> beitragen, und daher *jedermann* die Möglichkeit haben sollte, Schadensersatz für einen Kartellverstoß zu verlangen.<sup>22</sup> Die von der Kommission in Auftrag gegebene Ashurst-Studie<sup>23</sup> offenbarte im Jahr 2004 wesentliche Missstände bei der Geltendmachung privater Schadensersatzklagen in den einzelnen Mitgliedstaaten. Noch im Arbeitspapier zum Weißbuch stellte die Kommission fest, dass die Gewinnung der erforderlichen Beweismittel eine der größten Schwierigkeiten in der Geltendmachung privater Schadensersatzklagen darstellte.<sup>24</sup> Die KSRL steht daher ganz im Zeichen der Gestaltung eines möglichst effektiven Kartellschadensersatzrechts auf nationaler Ebene, das den bestehenden Informationsdefiziten und Nachweisschwierigkeiten Rechnung tragen soll. Die Richtlinie sieht vor, dass „das nach Unionsrecht geltende Recht auf Ersatz von Schäden infolge von Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht [...] [voraussetzt], dass in jedem Mitgliedstaat Verfahrensvorschriften bestehen, die gewährleisten, dass dieses Recht wirksam geltend gemacht werden kann.“<sup>25</sup> Die Umsetzung der Richtlinienvorgaben in prozessualer oder materiellrechtlicher Form muss sich im jeweiligen Recht der Mitgliedstaaten daran messen lassen, ob „sie die Ausübung des Unionsrechts auf vollständigen Ersatz des durch eine Zuwi-

---

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Slg. 2001 I-6297, 6323, Rn. 27 – *Courage*.

<sup>22</sup> EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Slg. 2001 I-06297, 06323, Rn. 26 – *Courage*.

<sup>23</sup> *Ashurst*, Study on the conditions of claims for infringements of EC Competition rules. Siehe hierzu *Waelbroeck/Slater/Even-Shoshan*, Comparative Report.

<sup>24</sup> „In view of these circumstances, it is widely acknowledged, and the comments on the Green Paper confirm this, that the difficulty for a claimant of obtaining all the evidence necessary to demonstrate his case for antitrust damages constitutes one of the major obstacles to antitrust damages actions.“ KOM, Arbeitspapier zum Weißbuch 2008, Rn. 67.

<sup>25</sup> ErwG 4 KSRL.

derhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schadens nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.“<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Art. 4 KSRL.

## Stichwortverzeichnis

- Aktenbeziehung 28, 31, 116  
Akteneinsicht 13 f., 18, 20, 22, 32, 116, 120, 124  
Aktivlegitimation 202  
Analogieverbot 176  
Anknüpfungstatsachen 138  
Anscheinsbeweis 194  
Anschlussmarkt 209  
Anwendungsvorrang 110, 132  
Äquivalenzgrundsatz 111  
Aufklärungspflicht 85  
Aufwendungsersatz 81  
Ausforschung 25, 35, 50, 61, 117  
Auskunftsanspruch 24, 42  
Auskunftserteilung 45
- Bayesianischer Ansatz 146  
Beibringungsgrundsatz 5, 51, 87, 92, 102, 107  
Besichtigungsansprüche 47  
Bestimmtheitsgrundsatz 49, 176  
Beweisantrag 52  
Beweislast 5, 93  
– objektive 93  
– subjektive 94  
Beweislastumkehr 99  
Beweismaß 6, 47, 136, 156, 166  
Beweismittel 45  
Bezugnahme 33, 49, 113  
Bindungswirkung 61, 127
- Darlegungslast 93, 138, 149  
Doppelbestrafungsverbot 177  
Doppeltürmodell 29  
Durchschnittsschaden 184  
Düsseldorfer Verfahren 69
- Effektivitätsgrundsatz 9, 83, 106, 111, 169  
Einstweilige Verfügung 78
- Elektronische Dokumente 45  
*Enforcement*-Richtlinie 87  
*Expert conferencing* 155  
Extrapolation 143
- Finanzgestützte Analyse 148  
Fürsorgepflicht 105
- Geschäftsgeheimnisgesetz 67  
Geschäftsgeheimnisse 21 f., 63  
Glaubhaftmachung 46, 115, 118, 237  
Gläubigerstreit 238  
Grundurteil 199, 231, 242
- Hypothesentest 144
- In camera*-Verfahren 65, 67  
In dubio pro reo-Grundsatz 179  
Informationsanspruch 42  
Informationsasymmetrie 6, 80  
Informationsaustausch 197, 228  
Informationsfreiheitsgesetz 20, 125  
Innovationsbeschränkung 197, 228  
Interpolation 143
- Kartellbefangenheit 201  
Kollektiver Rechtsschutz 165, 239  
Kompensation 157, 187, 191, 211, 222, 234  
Kostengestützte Analyse 147  
Kronzeugen 16, 29, 38, 57, 62, 119, 181
- Marktsimulation 146  
Materielle Prozessleitung 105  
Materiellrechtliche Informationsansprüche 23  
Mehrfachinanspruchnahme 216, 238  
Mengenschaden 207, 221, 229  
Mindestschaden 183  
Musterfeststellungsklage 164

- Nachforschungspflichten 46  
 Öffentlichkeitsgrundsatz 67  
 Parteiherrschaft 85, 102, 112  
 Parteiliche Mitwirkungspflichten 113  
 Prävention 157, 211, 222  
 Preisschirmschaden 26, 170, 229, 233  
 Privatklage 158  
 Prozessmaxime 73, 107  
 Prozessuale Mitwirkungspflichten 86  
 Prozesszweck 88  
*Public enforcement* 15, 57, 62, 180  
 Recht auf effektiven Rechtsschutz 65  
 Recht auf rechtliches Gehör 65, 69, 108, 190  
 Rechtsbewährung 91  
 Regressionsanalyse 143  
 Richtermacht 85, 101  
 Rückwirkungsverbot 176  
 Sachverständige 65, 67, 148, 150, 153  
 Schadensnachweis 136  
 Schadensweiterwälzung 27, 74, 204, 224, 233  
 Schiedsverfahren 8, 154  
 Schuldprinzip 133  
 Sekundäre Darlegungslast 97, 220  
*Severity*-Interpretation 145  
 Sperrvermerk 32  
 Strafmonopol des Staates 172  
 Strafschadensersatz 163, 171, 173, 175  
 Streitverkündung 216, 240  
 Streuschäden 210, 234  
 Tatbestandswirkung 129  
 Tatsächliche Vermutung 194  
 Transparenzverordnung 22  
 Trennungsprinzip 131  
 Urkunde 24, 45  
 Urkundeneinsicht 24  
 Verbandsklage 164  
 Verbot des Gewohnheitsrechts 176  
 Vergleich 17, 38, 57, 62, 73 f., 119  
 Vergleichsmarktmethode 140  
 Verhandlungsgrundsatz 85  
 Veröffentlichungen 12, 40  
 Vertraulichkeitskreise 65  
 Vorlageanordnung 33  
 Vorlageersuchen 116  
 Vorteilsausgleichung 212  
 Waffengleichheit 71, 79  
 Wahrheitsfindung 85, 89, 91  
 Wahrheitspflicht 97  
 Wirtschaftliche Einheit 131  
 Zeugnisverweigerung 70  
 Zwischenurteil 77