

Marie-Christine Schulte

Schadenersatz bei Missbrauch von Marktmacht



Nomos

Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von der

Juristischen Fakultät der
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Band 169

Marie-Christine Schulte

Schadenersatz bei Missbrauch von Marktmacht



Nomos

Erstgutachter: Prof. Dr. Rupprecht Podszun
Zweitgutachter: Jun.-Prof. Dr. Jannik Otto
Tag der mündlichen Prüfung: 1. März 2021

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8276-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-2076-2 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

D 61

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation zugelassen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Ende Mai 2020 berücksichtigt. Die mündliche Prüfung fand im März 2021 statt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Rupprecht Podszun*, für seine hervorragende Betreuung, die wertvollen Anregungen und den wissenschaftlichen Freiraum, den er mir bei der Erstellung der Dissertation gewährt hat. Herrn Jun.-Prof. Dr. *Jannick Otto* danke ich für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonders bedanke ich mich zudem bei der Konrad-Adenauer-Stiftung für die finanzielle und ideelle Förderung während der Erstellung dieser Arbeit.

Von besonderem Wert ist für mich die Freundschaft, die mich seit dem gemeinsamen Studium mit *Ann-Kathrin Wieland-Fröhlich*, *Kristin Kattwinkel* und *Isabelle Jung* verbindet. Ihnen danke ich für den freundschaftliche Unterstützung, ihre Motivationskünste, das stets offene Ohr sowie die kritische und kompetende Durchsicht des Manuskripts.

Mein größter Dank gilt an dieser Stelle Benedikt, meinen Eltern und meinen Geschwistern. *Benedikt* bereichert mein Leben in jeder Hinsicht und ist mein größter Rückhalt, Unterstützer und der beste Begleiter für diese Lebensreise.

Meinen Geschwistern *Johanna Hendricks* und *Simon Schulte* danke ich für ihren besonderen geschwisterlichen und bedingungslosen Beistand sowie ihre stetige Motivation und Ablenkung vom juristischen Alltag.

Meine Eltern *Petra* und *Bernd Schulte* haben mich nicht nur im Rahmen der Erstellung der vorliegenden Arbeit, sondern auf meinem gesamten bisherigen Lebensweg vorbehaltlos, liebevoll und vielseitig unterstützt und gefördert, wodurch sie die Basis für meine persönliche und berufliche Entwicklung geschaffen haben. Durch ihren Rückhalt, ihren Zuspruch und ihre Liebe haben sie im wesentlichen Maße zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Ihnen widme ich diese Arbeit in großer Dankbarkeit.

Düsseldorf, im März 2021

Marie-Christine Schulte

Inhaltsverzeichnis

Einführung	25
I. Forschungsfrage	30
II. Problemaufriss	31
III. Stand der Forschung	34
IV. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	35
V. Gang der Darstellung	36
A) Grundlagen	38
I. Schutzzwecke des Missbrauchsverbots	38
1. Handlungsfreiheit vs. staatliche Regulierung	39
2. Wettbewerbsschutz	40
3. Individualschutz	41
4. Der „more economic approach“	42
5. Zusammenfassung	43
II. Funktionen des privaten kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs	44
1. Allgemeines Deliktsrecht als Ausgangspunkt	44
2. Übertragung auf das Kartelldeliktsrecht	45
a. Kompensation	46
b. Prävention	47
c. Verhältnis von Kompensations- und Abschreckungsfunktion	48
d. Weitere Funktionen	50
aa. Weitere individuelle Funktion	50
bb. Weitere überindividuelle Funktionen	50
3. Zwischenergebnis	52
III. Auswirkungen der Kartellrechtsreformen auf den privaten Rechtsschutz und Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung	53
1. Entwicklung des privaten Kartelldeliktsrechts im Unionsrecht	53
a. Verordnung Nr. 17/1962	54
b. Weißbuch 1999	55

Inhaltsverzeichnis

c. Verordnung Nr. 1/2003	55
d. Grünbuch 2005	56
e. Weißbuch 2008	57
f. Richtlinie 2014/104/EU	57
2. Unionsrechtliche Rechtsfortbildung	58
a. Urteil vom 20. September 2001, Rs. 453/99 – Courage	58
b. Urteil vom 13. Juli 2007, Rs. C-295 bis 298/04 – Manfredi	59
c. Urteil vom 28. März 2019, Rs. C-637/17 – Cogeco/Sport TV Portugal u.a.	61
d. Urteil vom 12. Dezember 2019, Rs. C-435/18 – Otis	61
e. Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für Schadensersatzansprüche bei Missbrauch von Marktmacht	62
3. Entwicklung im nationalen Recht	63
a. 6. GWB-Novelle 1998	64
b. 7. GWB-Novelle 2005	65
c. 8. GWB-Novelle 2013	66
d. 9. GWB-Novelle 2017	67
e. 10. GWB-Novelle 2021	67
4. Zwischenergebnis	68
IV. Die Anspruchsgrundlagen und Haftungsvoraussetzungen im Überblick	68
1. Anspruchsgrundlagen	68
a. Nationales Recht	68
b. Unionsrecht	69
2. Haftungsvoraussetzungen	70
a. Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen oder Verfügungen	71
aa. Follow-on-Klagen	71
bb. Stand-alone-Klagen	73
(1) Vermutungen	75
i. Einzelmarktherrschaftsvermutung (§ 18 Abs. 4 GWB)	75
ii. Oligopolvermutung	78
iii. Bedeutung für die zivilprozessuale Geltendmachung von Art. 102 AEUV	79
(2) Sekundäre Darlegungs- und Beweislast des Beklagten	80
cc. Bedeutung für Schadensersatzansprüche aus Klägersicht	82

dd. Zwischenergebnis	83
ee. Sonderfall: Schadensersatzanspruch bei Verstoß gegen § 20 GWB	84
b. Besonderheiten der Kausalität bei reinen Vermögensschäden	86
c. Rechtswidrigkeit	90
d. Verschulden	91
V. Zusammenfassung	91
B) Kreis der Ersatzberechtigten und Schadenswirkung nach Fallgruppen	93
I. Aktivlegitimation im Kartellprivatrecht	95
1. Grundsätze der Aktivlegitimation in kartellrechtlichen Schadensersatzfällen	95
a. Unionsrechtliche Vorgaben	95
b. Rechtslage nach nationalem Recht	97
aa. Grundsätze bis zur 7. GWB-Novelle	97
bb. Regelung nach der 7. GWB-Novelle	98
cc. Regelungen nach der 9. GWB-Novelle	99
(1) Betroffenheit als Maßstab der Aktivlegitimation	100
i. Rechtsprechung	100
ii. Literatur	100
(2) Betroffenheit keine Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs	102
(3) Stellungnahme	103
c. Eingrenzungskriterien vor dem Hintergrund unionsrechtlicher Vorgaben	103
aa. Orientierung an dem Begriff der „Beeinträchtigung“	104
bb. Marktbezug als Abgrenzungskriterium	105
cc. Stellungnahme: Konkretisierungsvorschlag in Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben	106
d. Zusammenfassung	109
2. Prozessuale Grundsätze	110
3. Folgerungen für das deutsche Recht bei Schadensersatzklagen aufgrund Missbrauchs von Marktmacht	113
a. Aktivlegitimation von Wettbewerbern	114
b. Aktivlegitimation der Marktgegenseite	115
aa. Aktivlegitimation direkter Abnehmer	115

Inhaltsverzeichnis

bb. Aktivlegitimation am Kartellrechtsverstoß beteiligter Unternehmen der Marktgegenseite	116
cc. Aktivlegitimation mittelbarer Abnehmer	119
(1) Gesetzeslage nach der 9. GWB-Novelle	120
(2) Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs	121
(3) Ökonomische Effizienzerwägungen	122
i. Abhilfe durch Neuerungen der 9. GWB-Novelle?	124
ii. Informationsansprüche	126
dd. Aktivlegitimation sog. „Nichtabnehmer“ oder „Wenigerabnehmer“	127
c. Aktivlegitimation Geschädigter auf Drittmärkten	127
d. Aktivlegitimation sogenannter Umbrella-Kunden	129
e. Aktivlegitimation vorgelagerter Marktstufen	131
f. Aktivlegitimation von Gesellschaftern / Arbeitnehmern	131
II. Fallgruppen	136
1. Kampfpreisunterbietung	138
a. Darstellung der Rechtslage	138
b. Wirkung gegenüber Wettbewerbern	141
aa. Anspruchsberechtigung von Wettbewerbern im Rahmen des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB	142
bb. Anspruchsberechtigung von Wettbewerbern im Rahmen des § 20 Abs. 3 S. 1, 2 GWB	143
c. Wirkung gegenüber Wettbewerbern auf Drittmärkten	146
d. Wirkung gegenüber der Marktgegenseite	146
e. Wirkung gegenüber mittelbaren Abnehmern	150
f. Wirkung gegenüber Umbrella-Kunden	150
2. Marktmachtmissbrauch durch missbräuchliche Rabatte und Boni	150
a. Rabatte auf einzelne Geschäftsabschlüsse	152
b. Missbräuchliche Rabattsysteme	152
aa. Treuerabatte	153
bb. Jahresumsatzrabatte	154
cc. Gesamtsortimentsrabatte	155
c. Wirkungen des Marktmachtmissbrauchs durch missbräuchliche Rabatte	155
aa. Wirkung gegenüber Wettbewerbern	155
bb. Wirkung auf Drittmärkten	157

cc. Wirkung gegenüber Abnehmern, die (Höchst-)Rabatte erhalten	158
dd. Wirkung gegenüber Abnehmern, die Konkurrenten eines begünstigten Unternehmens sind	158
3. Kopplungsbindungen	160
a. Wirtschaftliche Kopplung	161
b. Zwangskopplung	163
c. Wirkungen wettbewerbswidriger Kopplungsbindungen	165
aa. Wirkung gegenüber Wettbewerbern auf dem Ausgangsmarkt	165
(1) Wirtschaftliche Kopplung	165
(2) Zwangsweise Kopplung	167
bb. Wirkung gegenüber Wettbewerbern auf dem Drittmarkt	167
cc. Wirkung gegenüber der Marktgegenseite	169
(1) Wirtschaftliche Kopplung	169
(2) Zwangsweise Kopplung	170
dd. Wirkung gegenüber mittelbaren Abnehmern	171
4. Geschäftsverweigerung	172
a. Fallgestaltungen	173
aa. Nichtbelieferung von Abnehmern	173
bb. Nichtbelieferung von Wettbewerbern	175
cc. Verweigerung des Zugangs zu knappen Ressourcen oder besonderen Einrichtungen	176
dd. Geschäftsverweigerung auf der Seite marktmächtiger Nachfrager	177
b. Wirkungen der Geschäftsverweigerung	178
aa. Wirkung gegenüber aktuellen und potenziellen Geschäftspartnern	178
bb. Wirkung gegenüber mittelbaren Abnehmern	180
5. Verweigerung des Zugangs zu Netzen und Infrastruktureinrichtungen – „essential facilities“-Doktrin	182
a. Wirkung gegenüber Wettbewerbern	185
b. Wirkung gegenüber der Marktgegenseite	185
6. Preis-Kosten-Schere	186
a. Wirkung gegenüber Wettbewerbern auf dem Folgemarkt	187
b. Wirkung gegenüber mittelbaren Abnehmern	189
7. Missbräuchliche vertikale Bindungen	189
a. Ausschließlichkeitsbindungen	189
b. Verwendungsbeschränkungen	191

Inhaltsverzeichnis

c. Vertriebsbindungen	192
d. Wirkungen vertikaler Bindungen	193
aa. Wirkung gegenüber dem Abnehmer als gebundenem Unternehmen	193
bb. Wirkung gegenüber Wettbewerbern des bindenden marktbeherrschenden Unternehmens	197
cc. Wirkung auf Drittmärkten	198
dd. Wirkung gegenüber Abnehmern der gebundenen Partei	199
8. Diskriminierung	201
a. Fallgruppen des Diskriminierungsverbots	202
aa. Preis- und Konditionengestaltung gegenüber Abnehmern	202
bb. Diskriminierende Geschäftsverweigerung	204
b. Wirkungen von Diskriminierungen	204
aa. Wirkung gegenüber dem diskriminierten Unternehmen	204
bb. Wirkung gegenüber potenziellen Geschäftspartnern des marktbeherrschenden Unternehmens	205
cc. Wirkung gegenüber dem bevorzugten Unternehmen	205
dd. Wirkung gegenüber Geschäftspartnern diskriminierter Unternehmen	206
9. Selbstbegünstigung	207
a. Wirkung gegenüber Wettbewerbern auf dem Drittmarkt	209
b. Wirkung gegenüber der Marktgegenseite auf dem Drittmarkt	209
c. Wirkung gegenüber Kunden der Marktgegenseite auf dem Drittmarkt	210
d. Wirkung gegenüber Kunden des Marktbeherrschers	210
10. Behinderungsmissbräuche nach § 19a GWB	211
a. Systematik und Möglichkeit des private enforcement	211
b. Fallgruppen	213
c. Wirkungen der Verhaltensweisen nach § 19a GWB	215
aa. Wirkung gegenüber Wettbewerbern auf dem Ausgangsmarkt	215
bb. Wirkung gegenüber Wettbewerbern auf dem Drittmarkt	216
cc. Wirkung gegenüber der Marktgegenseite auf dem Drittmarkt	216

11. Ausbeutungsmissbrauch	217
a. Preishöhenmissbrauch	219
b. Konditionenmissbrauch	220
aa. Allgemeines	220
bb. Konditionenmissbrauch durch Internetplattformen	222
c. Wirkungen der Ausbeutung	224
aa. Wirkung gegenüber Wettbewerbern	224
bb. Wirkung gegenüber der Marktgegenseite	224
cc. Wirkung gegenüber mittelbaren Abnehmern	227
dd. Wirkung gegenüber Umbrella-Kunden	228
III. Gesamtfazit zum Kreis der Ersatzberechtigten	229
 C) Kausaler Schaden	 231
I. Zivilrechtlicher Schadensumfang	231
1. Schadensermittlung nach der Differenzhypothese	232
2. Arten individuell möglicher Schäden	233
a. Beendigung des missbräuchlichen Verhaltens	233
b. Preishöhenschaden	234
c. Entgangener Gewinn	235
d. Marktanteilsverlust	237
e. Wertverlust	238
f. Verminderte Produktqualität	239
g. Vergebliche Aufwendungen	239
h. Entgangene Nutzungsmöglichkeiten	241
aa. Gewerbliche Abnehmer	241
bb. Verbraucher	242
3. Zinsen	244
4. Einwand der Schadensweiterwälzung	244
5. Mitverschulden	246
II. Wohlfahrtsverlust	247
1. Ersatzfähigkeit der entgangenen Konsumentenrente von Endverbrauchern als Nicht- oder Wenigerabnehmer	248
2. Entgangene Innovationen und Innovationsanreize	249
III. Haftungsausfüllende Kausalität	250

Inhaltsverzeichnis

IV. Fallgruppen	251
1. Kampfpreisunterbietung	251
a. Mechanismus der Schadensentstehung bei Verdrängungspraktiken im Rahmen des Behinderungsmissbrauchs	251
b. Wettbewerber	253
c. Wettbewerber auf Drittmärkten	254
d. Marktgegenseite und mittelbare Abnehmer	254
e. Umbrella-Kunden	255
2. Marktmachtmissbrauch durch wettbewerbswidrige Rabatte und Boni	255
a. Wettbewerber	255
b. Unternehmen auf Drittmärkten	256
c. Unternehmen der Marktgegenseite	256
3. Kopplungsbindungen	257
a. Wettbewerber bei wirtschaftlicher Kopplung	257
b. Wettbewerber auf dem Drittmarkt	258
c. Marktgegenseite	258
d. Mittelbare Abnehmer	259
4. Geschäftsverweigerung	260
a. Naturalrestitution	260
b. Entgangener Gewinn	265
c. Marktanteilsverlust	266
5. Verweigerung des Zugangs zu Netzen und Infrastruktureinrichtungen – „essential facilities“-Doktrin	266
a. Zugangsverweigerung gegenüber potenziellen Wettbewerbern	266
b. Abbruch von Geschäftsbeziehungen mit Wettbewerbern	267
6. Preis-Kosten-Schere	268
a. Wettbewerber	268
b. Mittelbar Geschädigte	269
7. Weitere Fallgruppen mit vertikalem Schwerpunkt	269
a. Abnehmer als gebundene Unternehmen	269
aa. Ausschließliche Bezugsbindung	269
bb. Sonstige Bindungen	270
b. Wettbewerber des bindenden marktbeherrschenden Unternehmens	270
c. Unternehmen auf Drittmarkt	271
d. Potenzielle und aktuelle Abnehmer der gebundenen Partei	271

8. Diskriminierung	273
a. Diskriminiertes Unternehmen	273
b. Potenzielle Geschäftspartner des marktbeherrschenden Unternehmens	275
9. Selbstbegünstigung	275
a. Wettbewerber auf dem Drittmarkt	276
b. Marktgegenseite auf dem Drittmarkt	276
c. Kunden der Marktgegenseite auf dem Drittmarkt	277
10. Behinderungsmissbräuche nach § 19a GWB-E	277
a. Wettbewerber auf dem Ausgangsmarkt	277
b. Wettbewerber auf dem Drittmarkt	278
c. Marktgegenseite auf dem Drittmarkt	278
11. Ausbeutungsmissbrauch	279
a. Marktgegenseite	279
aa. Preishöhenmissbrauch	279
bb. Konditionenmissbrauch	281
b. Mittelbare Geschädigte	281
c. Umbrella-Kunden	282
V. Zusammenfassung	282
1. Zivilrechtlicher Schadensumfang	282
2. Schadensumfang nach Fallgruppen	283
a. Behinderungsmissbrauch	283
aa. Wettbewerber	283
bb. Marktgegenseite	284
cc. Mittelbare Abnehmer	285
dd. Unternehmen auf Drittmärkten	285
b. Ausbeutungsmissbrauch	285
c. Selbstbegünstigung	286
d. Behinderungsmissbräuche nach § 19a GWB-E	286
3. Stellungnahme	287
D) Quantifizierungsmethoden	288
I. Entwickelte Methoden bei Verstößen gegen das Kartellverbot	289
1. Ökonomische Methoden zur Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises im kontrafaktischen Szenario	289
a. Vergleichsmarktkonzepte	289
aa. Räumliches Vergleichsmarktkonzept	290
bb. Zeitliches Vergleichsmarktkonzept	291

Inhaltsverzeichnis

cc. Sachliches Vergleichsmarktkonzept	292
dd. Differenz-der-Differenz Methode	292
b. Kosten- und finanzgestützte Analysen	293
c. Regressionsanalyse	295
d. Weitere Simulationsmodelle	296
II. Anhand dieser Methoden nachzuweisende Schadensarten bei Verstößen gegen das Kartellverbot	297
1. Direkte Abnehmer	297
a. Preishöhenschaden	297
b. Mengenschaden	297
c. Vorteilsausgleich	300
2. Mittelbare Abnehmer	300
a. Abgewälzter Preisaufschlag	300
b. Vorteilsausgleich und Mengenschaden	302
3. Schäden im Rahmen nicht-preisbezogener Kartellabsprachen	302
4. Bewertung der Schadensermittlung im Rahmen von Verstößen gegen das Kartellverbot	303
a. Vergleichsmarktkonzept	304
b. Kostengestützte Analyse	306
c. Regressionsanalyse	307
III. Übertragbarkeit auf Fälle des Marktmachtmissbrauchs	308
1. Gemeinsame Ausgangsposition	308
2. Faktische Unterschiede in Missbrauchsfällen	308
a. Ermittlung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios in Missbrauchsfällen	309
aa. Ermittlung des kontrafaktischen Szenarios in Fällen des Preishöhenmissbrauchs	309
bb. Ermittlung des kontrafaktischen Szenarios in Fällen des Behinderungsmissbrauchs	309
cc. Maßnahmen der Wettbewerbsbehörde	311
b. Zeitliche Abfolge eines Behinderungsmissbrauchs	312
c. Informationsdefizite	313
d. Unterschiedliche Folgen für gleiche Gruppe	314
e. Kein gleichlautendes ökonomisches Verständnis für Missbrauchspraktiken und ihre Folgen	314
3. Zusammenfassung	315
4. Nachzuweisende Schadensarten im Rahmen des Ausbeutungsmissbrauchs	316
a. Preisüberhöhung	316

b. Schäden im Rahmen des Konditionenmissbrauchs	318
c. Mengenschaden	320
d. Vorteilsausgleich	321
e. Mittelbare Abnehmer	321
f. Zwischenergebnis	322
5. Mögliche nachzuweisende Schadensarten im Rahmen des Behinderungsmissbrauchs	322
a. Preisüberhöhung bei der Marktgegenseite	322
b. Entgangener Gewinn	323
aa. Konkrete Berechnung	323
bb. Abstrakte Berechnung	324
(1) Heranzuziehende Methoden	325
(2) Einzelne Fälle der Bezifferung des entgangenen Gewinns von Wettbewerbern im Rahmen des Behinderungsmissbrauchs	328
i. Bereits auf dem Markt präsente Wettbewerber	328
ii. Verhinderung des Markteintritts	329
cc. Anrechnung von Kosten	331
dd. Künftige Verluste	331
c. Marktanteilsverlust	332
d. Ersatz frustrierter Aufwendungen	333
e. Investitions- und Innovationsanreize	333
f. Mittelbare Abnehmer	334
g. Zwischenergebnis	334
6. Ergebnis	335
E) Schadens- und Kausalitätsnachweis in Missbrauchsfällen	337
I. Grundlagen der Darlegungs- und Beweislast im Zivilprozess	337
1. Darlegungs- und Beweislastverteilung	337
2. Das Beweismaß als Ziel der Beweiswürdigung	338
3. Beweiserleichterungen	339
a. Gesetzliche Beweiserleichterungen	339
b. Gesetzliche Vermutung	339
c. Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung	340
aa. Voraussetzungen für die Annahme eines Anscheinsbeweises	340
bb. Anforderungen an die Annahme einer tatsächlichen Vermutung	342

Inhaltsverzeichnis

II. Beweiserleichterungen in Kartellschadensersatzfällen	342
1. Bindungswirkung des § 33b S. 1 und 2 GWB	343
2. Vermutung des § 33a Abs. 2 S. 1 GWB	343
a. Reichweite der Vermutung	343
aa. Schaden und haftungsausfüllende Kausalität	344
bb. Schadensposten und -höhe	344
(1) Nicht-preisbezogene Schäden im Rahmen von Kartellen	344
(2) Entgangener Gewinn	346
(3) Schadenshöhe	348
cc. Auswirkungen der Schadensvermutung	349
dd. Zeitlicher Anwendungsbereich	349
b. Anwendung auf Missbrauchsfälle	349
aa. Direkte Anwendung	350
(1) Grammatikalische Auslegung	350
(2) Systematische Auslegung	351
(3) Richtlinienkonforme Auslegung	352
(4) Teleologische Auslegung / zugrundeliegender ökonomischer Erfahrungssatz	352
(5) Zwischenergebnis	353
bb. Analoge Anwendung	353
(1) Bewusste Entscheidung des Gesetzgebers	354
(2) Erkenntnisse aus dem objektiven Gesetzeszweck sowie allgemeinen Prinzipien der Schadensersatzrichtlinie und der 9. GWB-Novelle	355
(3) Gleichbehandlungsgrundsatz	355
i. Kartelle	356
ii. Ausbeutungsmissbrauch	357
a. Reiner Preishöhenmissbrauch	357
b. Konditionenmissbrauch	358
iii. Behinderungsmissbräuche	360
(4) Ergebnis	363
3. Vermutung des § 33a Abs. 2 S. 4 GWB	363
a. Analogie in Fällen des Ausbeutungsmissbrauchs	365
b. Analogie in Fällen des Behinderungsmissbrauchs	365
aa. Zugunsten der Wettbewerber	365
bb. Zugunsten der Marktgegenseite	366
c. Zwischenergebnis	366

4. Anscheinsbeweis oder tatsächliche Vermutung	366
a. Verstöße gegen das Kartellverbot	367
aa. Entwicklung	367
bb. Unionsrechtliche Vorgaben	370
(1) Wertung durch Einführung der gesetzlichen Schadensvermutung	370
(2) Wertung durch Einführung der Vermutung der Kartellbetroffenheit	371
(3) Effektivitätsgrundsatz	371
cc. Bewertung	373
b. Übertragung auf Missbrauchsfälle	374
aa. Keine gesetzgeberische Wertung	375
bb. Rolle des Effektivitätsgrundsatzes	375
cc. Typizität in Missbrauchsfällen	375
(1) Ausbeutungsmissbrauch als Preishöhenmissbrauch	375
(2) Konditionenmissbrauch	377
(3) Behinderungsmissbrauch	377
c. Zwischenergebnis	378
5. Schätzungsbefugnis nach § 287 ZPO	379
a. Umfang	380
aa. Schadensentstehung- und -höhe	380
bb. Entgangener Gewinn	381
cc. Haftungsausfüllende Kausalität	381
b. Anforderungen an Substantiierung der Schätzungsgrundlage	382
aa. Art der beizubringenden Tatsachen in Missbrauchsfällen	383
(1) Ausbeutungsmissbrauch	384
(2) Behinderungsmissbrauch	385
bb. Berücksichtigung des anteiligen Gewinns als Schätzungsgrundlage	386
cc. Umfang der beizubringenden Unterlagen	388
c. Anforderungen an die Präzision des Schätzungsergebnisses	388
d. Bedeutung ökonomischer Gutachten nach dem Urteil Schienenkartell II	390
e. Antrag nach § 90 Abs. 5 GWB	390

Inhaltsverzeichnis

6. Vermutung des § 33c Abs. 2 GWB zugunsten mittelbarer Abnehmer	391
a. Keine Vermutung der Höhe der Weiterwälzung	392
b. Kein Preisaufschlag als Schaden	397
c. Entgangener Gewinn	397
7. § 33c Abs. 3 S. 2 GWB als Vermutung zugunsten mittelbarer Abnehmer	398
a. Reichweite	398
b. Anwendung in Missbrauchsfällen	398
aa. Direkte Anwendung	398
bb. Analoge Anwendung	399
(1) Ausbeutungsmissbrauch	399
(2) Behinderungsmissbrauch	400
c. Zwischenergebnis	401
III. Vorteilsausgleich	401
1. Anwendung der Weiterwälzungsvermutung in der Verteidigungssituation	402
2. Nachweis eines Mengeneffekts	403
IV. Ergebnis	404
F) Bewertung anhand des Maßstabs der ökonomischen Analyse des Rechts	406
I. Grundsätze der ökonomischen Analyse des Rechts	406
1. Annahmen	406
2. Ökonomisches Modell der Verhaltenssteuerung	407
a. Individuelle Verhaltensentscheidung	408
b. Privater Nutzen	408
c. Private Kosten	409
3. Ökonomisches Modell der optimalen Rechtsdurchsetzung	410
a. Grundlagen	410
b. Einbeziehung gesellschaftlicher Kosten	411
aa. Direkte Kosten des Normverstoßes	411
bb. Durchsetzungskosten	414
c. Präventionsmechanismus	416
d. Durchsetzungsfehler	417
4. Zwischenergebnis	418
5. Einflussnahme des Gesetzgebers	419
a. Sanktion	419
b. Verfahrensrecht im weiten Sinne	419

II. Eignung des rechtsökonomischen Ansatzes für eine Bewertung	420
1. Annahmen	420
2. Bestimmung der relevanten Werte	421
III. Anwendung der ökonomischen Analyse der Rechtsdurchsetzung auf Verstöße gegen das Missbrauchsverbot	422
1. Berücksichtigung der ökonomischen Aspekte im Rahmen des § 33a GWB	422
2. Auseinanderfallen von Wettbewerbsschäden und individuellen Schäden in Missbrauchsfällen	423
3. Risiko dauerhafter Unterabschreckung	425
4. Optimale Durchsetzung von Schadensersatzklagen bei Missbrauch von Marktmacht?	426
a. Ausbeutungsmissbrauch	427
b. Behinderungsmissbrauch	428
c. Mittelbare Abnehmer und Einwand der Schadensabwälzung	429
IV. Ergebnis	431
G) Resümee und Ausblick	432
I. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse	432
II. Möglichkeiten zur Erhöhung der Effizienz kartellrechtlicher Schadensersatzklagen in Missbrauchsfällen	435
1. Vorauswahl durch die Behörden	435
2. Veränderung der Sanktionsparameter	436
a. Modell eines alternativen „Entschädigungsanspruchs“	437
aa. Zulässigkeit einer möglichen Überkompensation	437
(1) Zulässigkeit aufgrund des Präventionsgedankens	438
(2) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	439
(3) Überkompensatorische Elemente im bestehenden Schadensrecht	441
(4) Zulässigkeit nach kartellrechtlichen Grundsätzen	442
bb. Mögliche Anknüpfungparameter für die Bezifferung	443
(1) Ausgleichsanspruch nach der Fluggastrechteverordnung	444
(2) Schmerzensgeldermittlung	445
(3) Schadensersatzanspruch bei einer Persönlichkeitsrechtsverletzung	446

Inhaltsverzeichnis

(4) Ansprüche wegen Verletzung der Datenschutzgrundverordnung	447
b. Stellungnahme	448
III. Fazit	451
Literaturverzeichnis	453