

Caroline Rohling

**§ 33g GWB – Die Offenlegung
von Beweismitteln im
Kartellschadensersatzprozess**



Caroline Rohling

**§ 33g GWB – Die Offenlegung von Beweismitteln im
Kartellschadensersatzprozess**

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung
Band 853

Ebook (PDF)-Ausgabe:

ISBN 978-3-8316-7713-9 Version: 1 vom 25.07.2022

Copyright© utzverlag 2022

Alternative Ausgabe: Softcover

ISBN 978-3-8316-4960-0

Copyright© utzverlag 2022

§ 33g GWB – Die Offenlegung von Beweismitteln im Kartellschadensersatzprozess

von
Caroline Rohling



Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 853



D 61

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

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Sämtliche, auch auszugsweise
Verwertungen bleiben vorbehalten.

Copyright © utzverlag GmbH · 2022

ISBN 978-3-8316-4960-0 (gedrucktes Buch)

ISBN 978-3-8316-7713-9 (E-Book)

Printed in EU
utzverlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

In Liebe und Dankbarkeit meinen Eltern.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde am 24.02.2020 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Februar 2020 berücksichtigt werden. Die mündliche Prüfung fand am 27.04.2021 statt.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Rupprecht Podszun, für die hervorragende Betreuung. Stets stand er mir mit vielfältigen Ratschlägen zur Seite. Dabei hat er mir zugleich eine sehr große Freiheit bei der Anfertigung der Arbeit gelassen. Ohne seine Diskussionsbereitschaft und seinen fachlichen Rat wäre es mir nicht möglich gewesen, die Arbeit in dieser Form abzuschließen.

Ich möchte mich zudem bei Frau Prof. Dr. Nicola Preuß für die sehr engagierte und schnelle Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Herzlich bedanken möchte ich mich bei meinen lieben Eltern, Agnes und Wolfgang Rohling. Sie haben mich bei meiner akademischen Ausbildung immer unterstützt und begleitet.

Düsseldorf, im Juni 2022
Caroline Rohling

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| A. Einleitung | 21 |
| I. Beweisführung in Kartellschadensersatzprozessen | 23 |
| II. Relevanz der neuen Offenlegungsvorschriften des GWB | 28 |
| III. Forschungsfrage | 33 |
| IV. Methodik | 34 |
| V. Interessenmatrix als Bewertungsmaßstab | 37 |
| 1. Interessenausgleich | 37 |
| 2. Verhinderung von Missbrauch | 39 |
| 3. Kostenrisiko | 41 |
| 4. Praktikabilität | 41 |
| 5. Rechtseinheit | 41 |
| VI. Stand der Forschung | 42 |
| | |
| B. Die Kartellschadensersatzrichtlinie | 51 |
| I. Die Offenlegungsvorschriften der Kartellschadensersatzrichtlinie | 51 |
| 1. Systematik des Kapitels II der SE-RL | 51 |
| 2. Art. 5 SE-RL als zentrale Vorschrift des Kapitels II der SE-RL | 52 |
| 3. Beschränkungen der Offenlegung in Art. 6 SE-RL und 7 SE-RL | 52 |
| II. Die Erwägungsgründe der Kartellschadensersatzrichtlinie | 53 |
| 1. Probleme bei der Beweisführung im Kartellschadens- ersatzprozess | 53 |
| 2. Beseitigung der „Informationsasymmetrie“ im Kartellschadensersatzprozess | 54 |
| 3. Offenlegung von Beweismitteln im Kartellschadensersatzprozess | 54 |
| 4. Schutzbedürftigkeit von Geschäftsgeheimnissen und sonstigen vertraulichen Informationen | 55 |
| 5. Beweismittel aus Akten einer Wettbewerbsbehörde | 55 |
| 6. Gefahr von Ausforschungsmaßnahmen | 56 |
| 7. Quantifizierung des Schadens als besonders Problem | 57 |

| | |
|---|----|
| C. Die Offenlegungsvorschrift § 33g GWB: Überblick, Besonderheit und Systematik | 59 |
| I. Überblick über die deutsche Umsetzung | 59 |
| 1. Umsetzung in verschiedenen Kapiteln des GWB | 60 |
| 2. Materielle rechtliche und prozessuale Offenlegungsvorschriften | 60 |
| II. Besonderheit der Offenlegungsvorschrift § 33g GWB | 61 |
| 1. Vorgaben des Art. 5 SE-RL | 61 |
| 2. Vorgaben des Art. 13 SE-RL | 62 |
| 3. Umsetzung durch Offenlegungsanspruch | 63 |
| III. Systematik der Offenlegungsvorschrift § 33g GWB | 65 |
| 1. Ausschlussgründe und Verweigerungsrechte | 65 |
| 2. Weitere Ansprüche und Regelungen zu Verwertungsverboten | 69 |
| 3. Bedeutung der Systematik für die Beweislastverteilung | 70 |
| D. Die einzelnen Ansprüche der Offenlegungsvorschrift § 33g GWB | 71 |
| I. Der Beweismittelherausgabeanspruch gemäß § 33g Abs. 1 GWB | 71 |
| 1. Positive Anspruchsvoraussetzungen des Beweismittelherausgabeanspruchs gemäß § 33g Abs. 1 GWB | 72 |
| a) „Wer im Besitz von Beweismitteln ist“ | 72 |
| aa) „Beweismittel“ | 73 |
| (1) Strengbeweisverfahren und Freibeweisverfahren nach der ZPO | 73 |
| (2) Übertragbarkeit des Begriffs „Beweismittel“ im Sinne der ZPO auf das GWB | 73 |
| (3) Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie | 75 |
| (4) Europarechtskonforme Auslegung des Begriffs „Beweismittel“ | 76 |
| (5) Ergebnis | 78 |
| bb) „im Besitz ist“ | 78 |
| (1) Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie | 79 |
| (2) Kongruenz mit der Auslegung des Begriffs „Beweismittel“ | 80 |

| | |
|---|----|
| (3) Keine Gleichsetzung mit „Besitz“ im Sinne von §§ 854 BGB ff. | 81 |
| (4) „Besitz“ im Sinne von § 33g Abs. 1 GWB als tatsächliche Verfügungsgewalt | 81 |
| α) <i>Definition der Literatur</i> | 82 |
| β) <i>Stellungnahme zur Definition der Literatur</i> | 83 |
| γ) <i>Auslegung vor dem Hintergrund des § 371 Abs. 2 S. 1 ZPO</i> | 83 |
| (5) Ergebnis | 84 |
| b) „wenn dieser die Beweismittel so genau bezeichnet, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist“ | 84 |
| aa) Problem der Verwendung des Begriffs „genaue Bezeichnung von Beweismitteln“ als Anspruchsvoraussetzung | 85 |
| bb) Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO an die Bestimmtheit eines Klageantrags | 86 |
| (1) Sinn und Zweck der Bestimmtheit des Klageantrags, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO | 86 |
| (2) Hinreichende Bestimmtheit des Klageantrags | 87 |
| (3) Abhängigkeit der Konkretisierung von Besonderheiten des materiellen Rechts | 87 |
| (4) Besondere Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags bei einer Klage auf Herausgabe von Gegenständen | 88 |
| α) <i>Anforderungen des BGH</i> | 88 |
| β) <i>Anforderungen des OLG Köln</i> | 90 |
| cc) Anforderungen der Kartellschadensersatzrichtlinie an die Bezeichnung der offenzulegenden Beweismittel | 91 |
| dd) Stellungnahme zu der Verwendung des Begriffs „genaue Bezeichnung von Beweismitteln“ als Anspruchsvoraussetzung | 93 |

| | | |
|-----|---|-----|
| ee) | Auslegung der Anspruchsvoraussetzung „genaue Bezeichnung von Beweismitteln“ | 96 |
| (1) | Meinungsstand in der Literatur | 97 |
| (2) | Auslegung | 98 |
| (3) | Ergebnis | 101 |
| c) | „für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 33a Absatz 1 erforderlich“ | 101 |
| aa) | Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung | 102 |
| (1) | Eine Meinung in der Literatur („1. Meinung“) | 102 |
| (2) | Andere Meinung in der Literatur („2. Meinung“) | 102 |
| (3) | Rechtsprechung | 103 |
| bb) | Stellungnahme | 104 |
| (1) | Stellungnahme zu den beiden Meinungen in der Literatur | 104 |
| α) | <i>Kritik an der „1. Meinung“ in der Literatur</i> | 104 |
| β) | <i>Kritik an der „2. Meinung“ in der Literatur</i> | 105 |
| (2) | Anlehnung an die öffentlich-rechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung | 107 |
| α) | <i>Nähe des § 33g GWB zum Prozessrecht</i> | 107 |
| β) | <i>Systematik des § 33g GWB</i> | 108 |
| (3) | Keine Vorgaben in der Begründung zum deutschen Gesetzentwurf | 108 |
| (4) | Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie | 109 |
| α) | <i>Vorgaben in Erwägungsgrund 14 SE-RL</i> | 109 |
| β) | <i>Vorgaben in Erwägungsgrund 45 SE-RL</i> | 110 |
| γ) | <i>Vorgaben in Erwägungsgrund 27 SE-RL</i> | 110 |
| (5) | Verhältnismäßigkeit als Schranke gegen „uferlose“ Herausgabe | 111 |
| (6) | Richtlinienkonformität des Auslegungsergebnisses | 112 |
| (7) | Ausforschung entgegenwirken | 112 |

| | |
|---|-----|
| <i>α) Einfacher zugängliches Beweismittel</i> | 113 |
| <i>β) Schadensschätzung als einfacher zugängliches Beweismittel</i> | 114 |
| (8) Ergebnis | 118 |
| d) „der glaubhaft macht, einen solchen Schadensersatzanspruch zu haben“ | 119 |
| aa) Problem der Verwendung des Begriffs „Glaubhaftmachung“ als Anspruchsvoraussetzung | 119 |
| bb) Hypothese: Gleichsetzung von „Glaubhaftmachung“ im Sinne von § 33g Abs. 1 GWB mit der Legaldefinition des § 294 ZPO | 121 |
| (1) „Glaubhaftmachung“ im Sinne von § 294 ZPO | 121 |
| (2) Gegenstand des Beweises | 123 |
| <i>α) Juristische Tatsachen als Gegenstand des Beweises</i> | 124 |
| <i>β) Der Kartellschadensersatzanspruch als Gegenstand des Beweises</i> | 127 |
| (3) Stellungnahme | 133 |
| <i>α) Beweisrechtlicher Zirkel</i> | 133 |
| <i>β) Erschwerung der Offenlegung durch Beweislast</i> | 135 |
| <i>γ) Der Begriff „Substantiierung“</i> | 135 |
| <i>δ) Unterschied zwischen „Substantiierung“ und „Glaubhaftmachung“</i> | 137 |
| <i>ε) Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie</i> | 137 |
| <i>ζ) Keine Gleichsetzung mit „Glaubhaftmachung“ im Sinne von § 294 ZPO</i> | 140 |
| <i>η) Verwendung des Begriffs Glaubhaftmachung in § 33g GWB verfehlt</i> | 140 |
| cc) Auslegung der Anspruchsvoraussetzung „Glaubhaftmachung“ | 142 |
| (1) Meinungsstand in der Literatur | 142 |
| (2) Auslegung | 143 |

| | | |
|-----|---|-----|
| e) | Rechtshängigkeit einer Kartellschadensersatzklage, § 33a Abs. 1 GWB, nicht notwendig | 145 |
| 2. | Ausschlussgründe des Offenlegungsanspruchs | 146 |
| a) | Unverhältnismäßigkeit als relativer Ausschlussgrund, § 33g Abs. 3 GWB | 148 |
| aa) | Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 SE-RL | 148 |
| bb) | Ziel im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung | 150 |
| cc) | Vermeidung der Durchsetzung des Kartellschadensersatzanspruchs, § 33g Abs. 3 S. 3 GWB | 150 |
| (1) | Problem: Mangelnde Vereinbarkeit mit § 33g Abs. 2 GWB | 151 |
| (2) | Lösungsvorschlag aus der Literatur | 152 |
| (3) | Stellungnahme | 153 |
| dd) | Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne | 154 |
| ee) | Verhältnismäßigkeitserwägungen | 155 |
| (1) | Grad der Glaubhaftmachung, § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB | 155 |
| (2) | Umfang der Beweismittel und Kosten der Herausgabe, § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB | 158 |
| (3) | Ausschluss der Ausforschung von Tatsachen, § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB | 159 |
| (4) | Bindungswirkung von Entscheidungen nach §§ 33b GWB, 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GWB | 160 |
| (5) | Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts, § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB | 162 |
| (6) | Schutz von vertraulichen Informationen, § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB | 164 |
| ff) | Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit | 173 |
| b) | Absolute und temporäre Ausschlussgründe | 174 |
| aa) | Vorgaben des Art. 6 SE-RL | 174 |
| bb) | Bisherige Rechtslage | 176 |

| | |
|---|-----|
| (1) „Pfleiderer-Urteil“ | 177 |
| (2) „Donau Chemie-Urteil“ | 179 |
| (3) „EnBW-Urteil“ | 183 |
| (4) Stellungnahme | 186 |
| cc) Absoluter Ausschlussgrund: Kronzeugen- erklärungen und Vergleichsausführungen, § 33g Abs. 4 GWB | 188 |
| dd) Temporärer Ausschlussgrund: Kartellverfahrens- rechtliche Dokumente, § 33g Abs. 5 GWB | 191 |
| c) Vergleichbare Regelungen im I nformationsfreiheitsgesetz (IFG) | 192 |
| 3. Herausgabeverweigerungsrechte des Offenlegungsanspruchs | 192 |
| 4. Inhalt des Beweismittelherausgabeanspruchs | 193 |
| II. Der Beweismittelherausgabeanspruch gemäß § 33g Abs. 2 GWB | 195 |
| 1. Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie | 195 |
| 2. Vergleich von § 33g Abs. 2 GWB mit § 33g Abs. 1 GWB | 196 |
| a) überwiegend ähnliche Anspruchsvoraussetzungen | 197 |
| b) Gemeinsamkeit von § 33g Abs. 2 GWB und § 33g Abs. 1 GWB | 197 |
| c) Unterschied zwischen § 33g Abs. 2 GWB und § 33g Abs. 1 GWB | 198 |
| 3. „für die Verteidigung gegen einen auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nach § 33a Absatz 1 erforderlich“ | 198 |
| a) „Verteidigung“ | 198 |
| b) „erforderlich“ | 198 |
| 4. „Rechtshängigkeit einer anderen Klage“ | 199 |
| a) Rechtshängigkeit als Anspruchsvoraussetzung | 200 |
| b) Verletzung des „Grundsatz[es] der Waffengleichheit“ | 200 |
| c) Intention des Unionsgesetzgebers | 202 |
| III. Der Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 33g Abs. 7 GWB | 203 |
| 1. Keine Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie | 203 |
| 2. Diskussion in der Literatur zum Aufwendungsersatzanspruch | 204 |
| 3. Stellungnahme zum Aufwendungsersatzanspruch | 206 |

| | | |
|-----|--|-----|
| a) | Keine abschließende Kostenregelung in der Richtlinie | 206 |
| b) | Richtlinienkonforme Kostenregelung durch § 33g Abs. 7 GWB | 208 |
| c) | Keine Gefahr einer Kostenexplosion | 210 |
| IV. | Der Schadensersatzanspruch gemäß § 33g Abs. 8 GWB | 210 |
| 1. | Vorgaben des Art. 8 SE-RL | 211 |
| 2. | Vollstreckung als wirksame Sanktion | 212 |
| 3. | Zirkelschluss beim Schadensersatzanspruch, § 33g Abs. 8 GWB | 214 |
| V. | Die Auskunftsansprüche gemäß § 33g Abs. 10 GWB | 217 |
| 1. | Bisherige Rechtslage | 217 |
| 2. | Entsprechende Geltung von § 33g Abs. 1 bis Abs. 9 GWB | 218 |
| a) | Präzise Fragestellung und Zugänglichkeit von Informationen | 218 |
| b) | Ähnliche Anwendungsprobleme wie bei § 33g Abs. 1, 2 GWB | 219 |
| 3. | Auskunftsanspruch als Erleichterung | 219 |
| a) | Problem: Keine Kenntnis von Beweismitteln im Besitz von (vermeintlichen) Schädigern und Dritten | 220 |
| b) | Lösung: Abhilfe durch Auskunftsanspruch | 220 |
| c) | Praktische Umsetzung: Stufenklage, § 254 ZPO | 221 |
| 4. | Inhalt des Auskunftsanspruchs | 222 |
| E. | Bisherige Praxis: Rechtsprechung zu den Offenlegungsvorschriften | 225 |
| I. | Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-W (Kart) 2/18 | 225 |
| 1. | Landgericht Köln, Beschluss vom 16.01.2018, 31 O 338/17 | 226 |
| 2. | Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 03.04.2018 | 227 |
| a) | Kein Verfügungsanspruch | 228 |
| aa) | Übergangsbestimmung gemäß § 186 GWB | 229 |
| bb) | Relevanz des Zeitpunkts der Entstehung des Schadensersatzanspruchs | 230 |

| | |
|--|-----|
| (1) Dualer Charakter von § 33g Abs. 1 GWB | 231 |
| (2) Relevanz der zeitlichen Anwendbarkeits- voraussetzungen für das materielle Recht | 232 |
| cc) Kein Anspruch auf Herausgabe der in Bezug genommenen Urkunden und sonstigen Beweismittel | 233 |
| b) Kein Verfügungsgrund | 234 |
| aa) Kein einstweiliger Rechtsschutz ohne Dringlichkeit der Angelegenheit | 234 |
| (1) Wortlaut des § 89b Abs. 5 GWB | 235 |
| (2) Vergleich mit der textgleichen Vorschrift § 12 Abs. 2 UWG | 235 |
| bb) Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung | 237 |
| 3. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 07.05.2018 | 238 |
| a) Besondere Dringlichkeit als Voraussetzung | 238 |
| b) Unerheblichkeit des genauen Zeitpunkts der Kenntniserlangung | 240 |
| c) Keine Darlegung von Verjährungsfragen notwendig | 240 |
| d) Der zeitliche Anwendungsbereich des Beweismittelherausgabeanpruchs, § 33g GWB | 242 |
| 4. Reaktion auf die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf | 243 |
| a) Änderung des § 89b Abs. 5 GWB | 244 |
| b) Änderung des § 186 Abs. 4 GWB | 245 |
| II. Landgericht Stuttgart, Urteil vom 20.06.2018, 30 O 79/18 | 246 |
| 1. Sachverhalt | 247 |
| 2. Entscheidungsgründe | 248 |
| a) Zuständigkeit | 249 |
| b) Verfügungsgrund | 250 |
| III. Landgericht Hannover, Urteil vom 18.12.2017, 18 O 8/17 | 252 |
| 1. Sachverhalt | 252 |
| 2. Entscheidungsgründe | 253 |

| | |
|--|-----|
| a) Für die Verteidigung erforderlich | 253 |
| b) Zu den geltend gemachten Auskunftsanträgen im Einzelnen | 254 |
| aa) Auskunftsantrag zu 3) | 254 |
| bb) Auskunftsantrag zu 4) | 255 |
| cc) Auskunftsantrag zu 5) | 256 |
| dd) Auskunftsantrag zu 6) | 257 |
| IV. Folgerung aus der Analyse der bisherigen Rechtsprechung | 257 |
| | |
| F. Rechtsvergleich mit dem österreichischen Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005) | 259 |
| I. Systematische Gegenüberstellung von GWB und KartG | 260 |
| 1. Systematik der österreichischen Offenlegungsvorschriften | 260 |
| 2. Systematische Unterschiede zur deutschen Umsetzung | 261 |
| 3. Systematische Gemeinsamkeiten mit der deutschen Umsetzung | 261 |
| II. Die Offenlegungsvorschriften des KartG | 262 |
| 1. Regelungen des § 37j KartG | 262 |
| a) Anforderungen an die Substantiierung, § 37j Abs. 1 KartG | 262 |
| b) Anordnung der Offenlegung durch das Gericht, § 37j Abs. 2 KartG | 263 |
| c) Anforderungen an den Antrag auf Offenlegung, § 37j Abs. 3 KartG | 264 |
| d) Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit, § 37j Abs. 4 KartG | 265 |
| e) Keine Schutzwürdigkeit des Interesses Klagen zu vermeiden, § 37j Abs. 5 KartG | 266 |
| f) Maßnahmen für den Schutz vertraulicher Informationen, § 37j Abs. 6 KartG | 267 |
| g) Offenlegung nur gegenüber dem Gericht, § 37j Abs. 7 KartG | 267 |

| | |
|--|-----|
| h) Regelungen in § 37j Abs. 8 und Abs. 9 KartG | 268 |
| 2. Regelung des § 37m KartG | 268 |
| 3. Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten in Österreich | 268 |
| III. Inhaltlicher Vergleich von § 33g GWB mit § 37j KartG | 270 |
| 1. Verfahrensvorschrift versus Anspruch | 270 |
| 2. Relevanz der Anhängigkeit der Klage für die Offenlegung | 271 |
| a) Die deutsche Richtlinienumsetzung | 271 |
| b) Die österreichische Richtlinienumsetzung | 272 |
| 3. Anforderungen an die Bezeichnung der Beweismittel | 272 |
| 4. Stringenz der Offenlegungsvorschriften | 273 |
| 5. „Sonderzivilrecht“ und „Sonderprozessrecht“ | 274 |
| IV. Bewertung der Umsetzung von Art. 5 SE-RL durch § 37j KartG | 274 |
| V. Vorteile und Nachteile von § 33g GWB gegenüber § 37j KartG | 276 |
| 1. Offenlegung vor Anhängigkeit der Klage | 276 |
| a) Förderung außergerichtlicher Einigungen | 276 |
| b) Bessere Einschätzung des Prozessrisikos | 278 |
| c) Prozessuale Effizienz | 279 |
| 2. Darlegungs- und Beweislast | 280 |
| a) Darlegungs- und Beweislast bei einer materiellrechtlichen Offenlegungsvorschrift | 280 |
| b) Keine Darlegungs- und Beweislast bei einer verfahrensrechtlichen Offenlegungsvorschrift | 281 |
| 3. Missbrauchsgefahr | 282 |
| 4. Ausforschungsgefahr | 282 |
| a) Begünstigung der Ausforschung durch eine materiellrechtliche Offenlegungsvorschrift | 283 |
| aa) Grundregel der Beweislast im Zivilrecht | 283 |
| bb) Bestimmung der Beweislast im Einzelfall | 284 |
| cc) § 33g Abs. 3 GWB als eine die Beweislastverteilung regelnde Norm | 284 |
| dd) Begünstigung der Ausforschung durch § 33g Abs. 3 GWB | 285 |

| | |
|---|-----|
| b) Verhinderung der Ausforschung durch eine verfahrensrechtliche Offenlegungsvorschrift | 286 |
| 5. Erforderlichkeit eines bestimmten Antrags | 287 |
| 6. Ergebnis: Überwiegen der Nachteile | 287 |
| G. Vorschlag für eine Änderung von § 33g GWB | 289 |
| I. Lösungsansatz für eine Änderung von § 33g GWB | 289 |
| 1. Problem: Nachteile durch materiellrechtliche Umsetzung | 289 |
| 2. Lösung: verfahrensrechtliche Offenlegungsvorschrift | 290 |
| II. Vorteile einer verfahrensrechtlichen Regelung in Anlehnung an § 142 ZPO | 292 |
| 1. Vermeidung eines Bruchs mit überkommenen Grundsätzen | 292 |
| 2. Vermeidung von Ausforschung | 293 |
| 3. Ähnlichkeit der Anforderungen an den Parteivortrag | 295 |
| 4. Ziel der Richtlinie besser erreichbar | 296 |
| 5. Kein bestimmter Antrag erforderlich | 298 |
| 6. Ergebnis: Überwiegen der Vorteile | 298 |
| III. Umsetzung von Art. 5 SE-RL durch eine Verfahrensvorschrift | 299 |
| 1. Aufklärung eines streitigen Sachverhalts | 300 |
| 2. Konkrete Bezugnahme auf die Urkunde | 301 |
| 3. Prozessrelevanz der Urkunde | 302 |
| 4. Anordnung der Urkundenvorlegung von Amts wegen | 304 |
| 5. Sanktionen | 305 |
| a) Notwendigkeit einer ausdrücklichen Regelung | 306 |
| b) Vorschläge für die Regelung von Sanktionen | 307 |
| 6. Zusammenfassender Vorschlag für eine Überarbeitung | 309 |
| H. Ergebnis | 311 |
| Literaturverzeichnis | 315 |

A. Einleitung

Die Offenlegungsvorschrift § 33g GWB (im Folgenden auch: „Offenlegungsanspruch“) ermöglicht sowohl dem (vermeintlichen) Kartellgeschädigten als auch dem (vermeintlichen) Schädiger die Offenlegung von Beweismitteln¹. Dazu gibt § 33g GWB dem (vermeintlichen) Kartellgeschädigten und dem (vermeintlichen) Schädiger einen Beweismittelherausgabeanspruch und einen Auskunftsanspruch an die Hand. Diese Ansprüche werden ergänzt durch einen Aufwendungsersatzanspruch und durch einen Schadensersatzanspruch.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde mit dem Neunten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 01.06.2017 überarbeitet. Mit dieser neunten GWB-Novelle wurde auch die Offenlegungsvorschrift § 33g GWB in das GWB eingefügt.

Durch die neunte GWB-Novelle haben unterschiedliche Regelungen in das GWB Eingang gefunden. Es lassen sich im Wesentlichen drei verschiedene Regelungsgegenstände unterscheiden. In Reaktion auf die Digitalisierung der Wirtschaft sollte mit der neunten GWB-Novelle der Schutz vor Marktmissbrauch sichergestellt werden. Darüber hinaus wurde durch die neunte GWB-Novelle das Bußgeldrecht geändert.

Ein weiterer Regelungsgegenstand der neunten GWB-Novelle war die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU² des Europäischen Parlaments und

-
- 1 Offenlegung von Beweismitteln im Sinne von § 33g GWB meint im Folgenden sowohl die Beweismittelherausgabe gemäß § 33g Abs. 1, 2 GWB als auch die Auskunftserteilung gemäß § 33g Abs. 10 GWB i.V.m. § 33g Abs. 1, 2 GWB. Damit ist der Begriff „Offenlegung“ von Beweismitteln im Sinne von § 33g GWB ein Oberbegriff für die Beweismittelherausgabe und die Auskunftserteilung gemäß § 33g GWB.
 - 2 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (ABl. L 349/1 vom 5.12.2014).

des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (im Folgenden: „Kartellschadensersatzrichtlinie“ oder „SE-RL“). Damit betrifft der dritte Regelungsgegenstand der neunten GWB-Novelle das Kartellschadensersatzrecht.

Die Kartellschadensersatzrichtlinie, deren Umsetzung Änderungen im GWB erforderte, war neben der Digitalisierung der Wirtschaft Anlass der neunten GWB-Novelle.³ Die EU hatte den Mitgliedstaaten aufgegeben, die Kartellschadensersatzrichtlinie bis zum 27.12.2016 umzusetzen, Art. 21 Abs. 1 S. 1 SE-RL. Mit der neunten GWB-Novelle ist der deutsche Gesetzgeber dieser Umsetzungspflicht nachgekommen, wenn auch in Überschreitung der Umsetzungsfrist. Am 09.06.2017 ist die neunte GWB-Novelle in Kraft getreten.

Die Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie ist nicht nur Anlass der Novelle, sondern auch Schwerpunkt. Im Rahmen dieses Schwerpunkts ist insbesondere die Umsetzung der Richtlinienvorgaben zur Offenlegung von Beweismitteln von großer Bedeutung. Denn diese Offenlegungsvorschriften stellen die Kernvorschriften der Kartellschadensersatzrichtlinie dar.⁴ Die Richtlinienvorgaben zur Offenlegung von Beweismitteln stellten den Gesetzgeber vor Herausforderungen. Sie sind ein Novum und jedenfalls in der Reichweite des Art. 5 SE-RL dem deutschen Recht fremd, da sie erheblich über die Möglichkeiten der Anordnung der Urkundenvorlegung gemäß § 142 ZPO hinausgehen. Die Reichweite der Richtlinienvorgaben zu den Offenlegungsvorschriften schwächen den Beibringungsgrundsatz.

Darüber hinaus stellt die Umsetzung der Richtlinienvorgaben zur Offenlegung von Beweismitteln den Gesetzgeber vor Herausforderungen, weil diese Richtlinienvorgaben ein höchst sensibles Thema mit viel Sprengkraft sind. Denn die Offenlegung von Beweismitteln ermöglicht jedermann Informatio-

3 Regierungsbegründung, BT-Drs. 18/10207, S. 1 f.

4 Makatsch/Kacholdt, in: MüKo, WettbR, Band 2, § 33g GWB, Rn. 1.

nen über ein Unternehmen zu erlangen, sofern ein Kartellschadensersatzanspruch „plausibel“ gemacht wird.

Mithin stellten die Richtlinienvorgaben zur Offenlegung von Beweismitteln den Gesetzgeber nicht nur rechtstechnisch, sondern auch inhaltlich vor eine Herausforderung. Nachdem die neunte GWB-Novelle am 09.06.2017 in Kraft getreten ist, kann beurteilt werden, wie der Gesetzgeber diese Herausforderung angenommen hat und die Richtlinienvorgaben hinsichtlich der Offenlegung von Beweismitteln umgesetzt hat.

I. Beweisführung in Kartellschadensersatzprozessen

In Kartellschadensersatzprozessen stellt sich insbesondere die Beweisführung als Problem dar. Denn Kartellschadensersatzprozesse leiden in der Regel an einer „Informationsasymmetrie“⁵⁵ zwischen (vermeintlichen) Kartellgeschädigten und Kartellanten.⁶

Um einen Kartellschadensersatzanspruch erfolgreich einzuklagen, ist es erforderlich, dass der (vermeintliche) Kartellgeschädigte als Kläger die Tatsachen darlegt und beweist, aus denen sich der Anspruch ergibt. Dies stellt die (vermeintlichen) Kartellgeschädigten als Kläger gewöhnlich vor sehr große Herausforderungen, da Kartelle einen konspirativen⁷ Charakter aufweisen.

Die „Informationsasymmetrie“⁴⁸ ist dem Umstand geschuldet, dass die (vermeintlichen) Kartellgeschädigten als Kläger beweisbelastet sind, ihnen jedoch zugleich aufgrund der regelmäßig geheimen Kartellabsprachen der Zugang zu Beweismitteln schwer möglich ist. Denn die Beweismittel, die zum Beweis und zur Bezifferung des Kartellschadens erforderlich sind, befinden

5 Siehe Erwägungsgrund 15 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

6 Siehe Erwägungsgrund 15 der Kartellschadensersatzrichtlinie; *Mäsch*, in: Berg / Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 1.

7 *Saller*, BB 2013, 1160, 1160.

8 Siehe Erwägungsgrund 15 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

sich in der Regel bei den Kartellanten.⁹ In Reaktion auf diese Schwierigkeiten in der Beweisführung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen haben (vermeintliche) Kartellgeschädigte immer wieder versucht, Einsichtnahme in Kronzeugenanträge zu erlangen.

Die Einsichtnahme in Kronzeugenanträge durch (vermeintliche) Kartellgeschädigte missfiel den Kartellanten.¹⁰ Sie befürchteten, dass die Einsichtnahme in Kronzeugenanträge den (vermeintlichen) Kartellgeschädigten die Beweisführung erheblich erleichtern könnte.¹¹ Mit der Einsichtnahme in Kronzeugenanträge stießen die (vermeintlichen) Kartellgeschädigten jedoch nicht nur auf Widerstand bei Kartellanten und Kronzeugen. Die Einsichtnahme von Kronzeugenanträgen beunruhigte darüber hinaus auch die nationalen sowie europäischen Kartellbehörden.¹² Das Bundeskartellamt sowie die Europäische Kommission als Kartellbehörde befürchteten, dass ein Rückgang von Kronzeugenanträgen erfolgen könnte, sofern den (vermeintlichen) Kartellgeschädigten Einsicht in Kronzeugenanträge gewährt wird.¹³

Potenzielle Kronzeugen könnte die Einsichtnahme in Kronzeugenanträge abschrecken und sie von dem Mitwirken an einem Kronzeugenprogramm abhalten. Denn bei einer Einsichtnahme der Kronzeugenanträge durch die (vermeintlichen) Kartellgeschädigten wäre für potenzielle Kronzeugen der Vorteil an der Teilnahme am Kronzeugenprogramm begrenzt. Durch die Teilnahme am Kronzeugenprogramm würden sich die Kronzeugen zwar den Vorteil einer Reduzierung oder eines Erlasses des Bußgeldes verschaffen. Mit diesem Vorteil würde aber auch der erhebliche Nachteil einhergehen, dass mit der Teilnahme am Kronzeugenprogramm den (vermeintlichen) Kartellgeschädigten Beweismittel an die Hand gegeben werden, die ihnen andern-

9 *Oest/Hess/Janutta*, CCZ 2017, 273, 275; *Petrasincu/von Steuben*, NZKart 2018, 286, 287. Vgl. auch *Preuß*, in: LMRKM, Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 2.

10 Vgl. *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 350.

11 Vgl. *Bien*, NZKart 2013, 481, 481, 482; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 341.

12 Vgl. *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 335, 341.

13 Vgl. *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 350, 353; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 335, 341.

falls nicht zur Verfügung stehen würden und durch die sie möglicherweise erst in die Position versetzt werden, ihren Kartellschadensersatzanspruch darzulegen und zu beweisen. In Anbetracht der Tatsache, dass Kartelle erhebliche Schäden¹⁴ verursachen und mithin Kartellschadensersatzklagen in erheblicher Höhe zur Folge haben können, wäre der durch die Kronzeugenerklärung mögliche Nachteil, der in der möglichen Einsichtnahme von (vermeintlichen) Geschädigten in diese Erklärung besteht, erheblich. Dieser Nachteil fällt zu dem durch die Kronzeugenerklärung bedingten Vorteil erheblich ins Gewicht.

Der abschreckende Effekt durch eine mögliche Einsichtnahme in Kronzeugenanträge sorgte die Kartellbehörden deswegen so sehr, weil Kronzeugen zur Aufdeckung von Kartellen beitragen.¹⁵ Aufgrund des geheimen Charakters von Kartellen sind die Kartellbehörden zur Aufdeckung eines Kartells in der Regel darauf angewiesen, dass einer aus der Mitte der Kartellanten Informationen bekannt gibt. Werden potenzielle Kronzeugen durch die Weitergabe von Kronzeugenerklärungen an (vermeintliche) Kartellgeschädigte von der Teilnahme an Kronzeugenprogrammen abschreckt, so haben die Kartellbehörden die Gefährdung der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts (public enforcement) zu befürchten.¹⁶

Um die effektive Kartellrechtsdurchsetzung durch die Kartellbehörden (public enforcement) sicherzustellen, schlug die Europäische Kommission den Erlass der Kartellschadensersatzrichtlinie vor. Mit dem Erlass der Kartellschadensersatzrichtlinie wollte die Europäische Kommission sicherstellen, dass Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen zu keinem Zeitpunkt eingesehen werden können. Der Unionsgesetzgeber hat dieses ka-

14 *Dose*, VuR 2017, 297, 297; *Makatsch / Mir*, EuZW 2015, 7, 9; *Mederer*, EuZW 2013, 847, 848. Vgl. auch Folgenabschätzungsbericht v. 11.6.2013 zum Vorschlag, SWD(2013) 203 final (Euro-Lex-Referenz S2013SC0203), Rn. 67, 102, 172.

15 Siehe Erwägungsgrund 26 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

16 Siehe Erwägungsgrund 26 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

tegorische Offenlegungsverbot bezüglich Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen in Art. 6 Abs. 6 SE-RL geregelt.

Darüber hinaus wollte der Unionsgesetzgeber mit der Kartellschadensersatzrichtlinie auch die „Informationsasymmetrie“¹⁷ als besonderes Problem von Kartellschadensersatzklagen beseitigen.¹⁸ Dieser „Informationsasymmetrie“¹⁹ begegnete der Unionsgesetzgeber insbesondere durch die Offenlegungsvorschriften, Art. 5 SE-RL ff., und durch die Schadensschätzung, Art. 17 SE-RL.

Denn mit Hilfe von öffentlich zugänglichen Informationen lässt sich häufig nicht beurteilen, ob und in welcher Höhe das Kartell einen Schaden für unmittelbare Abnehmer verursacht hat und ob diese unmittelbaren Abnehmer den Schaden an die nächste Marktstufe weitergegeben haben.²⁰ Daher ist die Offenlegung von Informationen im Besitz beziehungsweise in der tatsächlichen Verfügungsgewalt von Kartellbehörden und von Parteien sowohl für die Geltendmachung eines Kartellschadensersatzanspruchs als auch für die Verteidigung gegen einen Kartellschadensersatzanspruch besonders bedeutsam.²¹

Mit dem Schutz von Kronzeugenerklärungen einerseits und der Erleichterung der Beweisführung im Rahmen von Kartellschadensersatzverfahren andererseits intendierte der Unionsgesetzgeber, den widerstreitenden Interessen von Kartellanten, Kronzeugen und (vermeintlichen) Kartellgeschädigten zu einem Ausgleich zu verhelfen. Mithin versucht die Richtlinie zwei entgegengesetzte und miteinander unvereinbare Interessen zugleich umzusetzen: zum einem das Informationsbedürfnis der (vermeintlichen) Kartell-

17 Siehe Erwägungsgrund 15 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

18 Siehe Erwägungsgrund 14 f., 46 f., 54 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

19 Siehe Erwägungsgrund 15 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

20 Vgl. *Weitbrecht*, NZKart 2019, 70, 73; *Preuß*, in: LMRKM, Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 69.

21 *Weitbrecht*, NZKart 2019, 70, 73.

geschädigten und zum anderem das Geheimhaltungsbedürfnis von Kartellanten und Kronzeugen.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Kartellschadensersatzrichtlinie durch die neunte GWB-Novelle umgesetzt. Die Offenlegungsvorschriften der Kartellschadensersatzrichtlinie erfahren insbesondere durch §§ 33g, 89b, 89c GWB eine Umsetzung. Darüber hinaus wird dem (vermeintlichen) Kartellgeschädigten die Beweisführung durch die Bindungswirkung von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde, § 33b GWB, und durch die Schadensschätzung, § 33a Abs. 3 GWB i.V.m. § 287 ZPO, erleichtert.

Insbesondere die Bindungswirkung gemäß § 33b GWB hilft dem (vermeintlichen) Kartellgeschädigten bei der Beweisführung, sodass bei follow-on-Klagen in der Regel „nur“ noch über den Schaden gestritten wird. Hinsichtlich der Darlegung und des Beweises des Schadens kommt dem (vermeintlichen) Kartellgeschädigten sowohl bei follow-on-Klagen als auch bei stand-alone-Klagen die Schadensschätzung, § 33a Abs. 3 GWB i.V.m. § 287 ZPO, zur Hilfe. Auch wenn die Schadensschätzung, § 33a Abs. 3 GWB i.V.m. § 287 ZPO, eine erhebliche Erleichterung bei der Beweisführung darstellt, muss der (vermeintliche) Kartellgeschädigte für eine Schadensschätzung gemäß § 33a Abs. 3 GWB i.V.m. § 287 ZPO immer noch die Anknüpfungstatsachen darlegen und beweisen.²² Sofern der (vermeintliche) Kartellgeschädigte keinen Zugang zu diesen Anknüpfungstatsachen hat, können ihm die Offenlegungsvorschriften gemäß §§ 33g, 89b, 89c GWB helfen.

Auch wenn die Kartellschadensersatzrichtlinie die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Offenlegung von Kronzeugenerklärungen beseitigt und dem (vermeintlichen) Kartellgeschädigten die Beweisführung durch die Offenlegungsvorschriften erleichtert hat, sind durch die Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die neunte GWB-Novelle eine Vielzahl neuer Pro-

22 Vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: *Langen/Bunte, Kartellrecht*, Band 1, § 33g GWB, Rn. 35.

bleme und Fragestellungen hinsichtlich der Offenlegung von Beweismitteln entstanden, die erneut eine Rechtsunsicherheit²³ verursachen.

II. Relevanz der neuen Offenlegungsvorschriften des GWB

Die Offenlegungsvorschriften §§ 33g, 89b, 89c GWB sind für Kartellschadensersatzklagen deshalb von so entscheidender Relevanz, weil die Vorschriften in Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie die „Informationsasymmetrie“²⁴ zwischen (vermeintlichen) Kartellgeschädigten und Kartellanten beseitigen sollen. Gerade weil Kartellschadensersatzprozesse durch Schwierigkeiten bei der Beweisführung gekennzeichnet sind und diese „Informationsasymmetrie“²⁵ eine Herausforderung für (vermeintliche) Kartellgeschädigte darstellt, kommt den neuen Offenlegungsvorschriften des GWB eine erhebliche Bedeutung zu.

Die Offenlegungsvorschriften beseitigen aber nicht nur die „Informationsasymmetrie“²⁶ zugunsten des (vermeintlichen) Kartellgeschädigten. Darüber hinaus sollen die Offenlegungsvorschriften auch dem (vermeintlichen) Schädiger die Offenlegung von Beweismitteln ermöglichen, damit der (vermeintliche) Schädiger sich angemessen gegen die Kartellschadensersatzklage verteidigen kann.

Durch die Schaffung eines Offenlegungsanspruchs (damit ist im Folgenden die Vorschrift § 33g GWB in ihrer Gesamtheit gemeint, also sowohl die Beweismittelherausgabeansprüche gemäß § 33g Abs. 1 GWB und gemäß § 33g Abs. 2 GWB als auch die Auskunftsansprüche gemäß § 33g Abs. 10 GWB i.V.m. § 33g Abs. 1 GWB und gemäß § 33g Abs. 10 GWB

23 Vgl. *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 164; *Mäsch*, in: *Berg/Mäsch*, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, § 33g GWB, Rn. 3.

24 Siehe Erwägungsgrund 15 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

25 Siehe Erwägungsgrund 15 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

26 Siehe Erwägungsgrund 15 der Kartellschadensersatzrichtlinie.