

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](http://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
$\alpha$ )	<i>Definition der Literatur</i>	82
$\beta$ )	<i>Stellungnahme zur Definition der Literatur</i>	83
$\gamma$ )	<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
$\alpha$ )	<i>Anforderungen des BGH</i>	88
$\beta$ )	<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 Anwendbarkeitsvoraussetzungen 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 Beweismittelherausgabeanspruchs, § 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 Beweismitteln<sup>1</sup>. 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/EU<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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“<sup>55</sup> zwischen (vermeintlichen) Kartellgeschädigten und Kartellanten.<sup>6</sup>

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 konspirativen<sup>7</sup> Charakter aufweisen.

Die „Informationsasymmetrie“<sup>48</sup> 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> Sie befürchteten, dass die Einsichtnahme in Kronzeugenanträge den (vermeintlichen) Kartellgeschädigten die Beweisführung erheblich erleichtern könnte.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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 Schäden<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

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“<sup>17</sup> als besonderes Problem von Kartellschadensersatzklagen beseitigen.<sup>18</sup> Dieser „Informationsasymmetrie“<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup> 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 Rechtsunsicherheit<sup>23</sup> 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“<sup>24</sup> zwischen (vermeintlichen) Kartellgeschädigten und Kartellanten beseitigen sollen. Gerade weil Kartellschadensersatzprozesse durch Schwierigkeiten bei der Beweisführung gekennzeichnet sind und diese „Informationsasymmetrie“<sup>25</sup> eine Herausforderung für (vermeintliche) Kartellgeschädigte darstellt, kommt den neuen Offenlegungsvorschriften des GWB eine erhebliche Bedeutung zu.

Die Offenlegungsvorschriften beseitigen aber nicht nur die „Informationsasymmetrie“<sup>26</sup> 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.