

# 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 Kartellschadensersatzprozess	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. Materiellrechtliche 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) Kritik an der „1. Meinung“ in der Literatur	104
	β) Kritik an der „2. Meinung“ in der Literatur	105
(2)	Anlehnung an die öffentlich-rechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung	107
	α) Nähe des § 33g GWB zum Prozessrecht	107
	β) Systematik des § 33g GWB	108
(3)	Keine Vorgaben in der Begründung zum deutschen Gesetzentwurf	108
(4)	Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie	109
	α) Vorgaben in Erwägungsgrund 14 SE-RL	109
	β) Vorgaben in Erwägungsgrund 45 SE-RL	110
	γ) Vorgaben in Erwägungsgrund 27 SE-RL	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 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