

Edmund James Melzer

§ 33g GWB: Offenlegung versus Geheimnisschutz

Der Umgang mit vertraulichen Informationen im
harmonisierten Kartellschadensersatzverfahren



Berliner
Wissenschafts-Verlag

Vorwort

Diese Arbeit wurde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Passau im November 2019 vorgelegt und ist von derselben im Sommersemester 2020 als Dissertation angenommen worden. Literatur und Rechtsprechung konnten bis September 2020 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt zuvörderst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Michael Beurskens LL.M (University of Chicago), LL.M. (Gew. Rechtsschutz), Att. at Law (New York) für seinen fachlichen Überblick und die wertvollen Hilfestellungen während des Entstehungsprozesses. Herrn Professor Dr. Thomas Riehm danke ich für die zügige Erstellung des ausführlichen Zweitgutachtens.

Herrn Rechtsanwalt Dr. Martin Jäger und Herrn Rechtsanwalt Dr. Ben Steinbrück MJur (Oxford) danke ich für die konstruktiven Diskussionen zu Beginn des Vorhabens.

Meiner Freundin Antonia Stoffers danke ich zutiefst für ihr stets offenes Ohr, ihr unermüdliches Verständnis und ihre kontinuierliche und umfassende Unterstützung während der gesamten Anfertigung dieser Arbeit. Ihre hilfsbereite und liebevolle Art sowie ihr positives Gemüt haben mir insbesondere auf steinigten Strecken immer wieder aufgeholfen.

Mein größter Dank gebührt jedoch meinen geliebten Eltern, Dr. rer. oec. Wolfgang Melzer und Dr. phil. Beatrix Wilms-Melzer, welche mir seit jeher bedingungslos in jeder Hinsicht und Lebenslage beigestanden und immer an mich geglaubt haben. Ohne ihre fortwährende Unterstützung, Ermutigung, Inspiration und aufopferungsvolle Förderung, insbesondere während der gesamten Schullaufbahn, wobei ich vor allem für die Ermöglichung meiner mehrjährigen Internatszeit in Kanada immer dankbar sein werde, wäre diese Arbeit nie entstanden. Ihnen ist dieses Werk gewidmet.

Meiner Mutter danke ich darüber hinaus für das liebevolle Lektorat, die wertvollen Ratschläge sowie die unerschöpfliche Geduld und Sorgfalt, mit der sie alle Fragen von Orthographie, Interpunktion, Ausdruck und Stil über Monate diskutiert hat.

Düsseldorf, im Spätsommer 2020

Edmund James Melzer

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	17
I.	Ausgangslage	17
II.	Anlass und Ziel der Untersuchung	22
III.	Gang der Darstellung und Themenbegrenzung	23
B.	Der neue Auskunfts- und Herausgabeanspruch in §§ 33g, 89b GWB	25
I.	Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU durch die 9. GWB-Novelle	25
1.	Anspruchsvoraussetzungen	29
2.	Reichweite des Anspruchs	30
3.	Bruch zivilprozessualer Grundsätze	32
	a) Zivilprozessuale Grundlagen	32
	(aa) Grundsatz	32
	(bb) Ausnahmen	33
	b) Mit der Neuregelung verbundener Paradigmenwechsel	36
4.	Annäherung an die Discovery aus dem US-amerikanischen Recht?	37
	a) Die „pre-trial Discovery“ im US-amerikanischen Recht	38
	b) „Discovery Light“ im deutschen Recht	39
II.	Interessenkonflikt	41
1.	Beispielfälle zur Veranschaulichung	41
2.	Konfliktlage	42
3.	Begriffsbestimmung „Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“	45
	a) Bisherige Definition	45
	b) Kodifizierung durch die Geheimnisschutzrichtlinie	46
	c) Zeitlicher Aspekt	46
	d) Keine Anknüpfung an den Rechtswidrigkeitszusammenhang	47

Inhaltsverzeichnis

4.	Gegenstand des Herausgabeverlangens	48
5.	Bedeutung und Funktion von Geschäftsgeheimnissen und deren Schutz im Lichte des Kartellrechts	49
	a) Ökonomische Aspekte zur Wahrung des Wettbewerbs	49
	b) Bedeutung für Unternehmen	53
III.	Bedeutung und Rolle des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen des Herausgabeanspruchs	55
1.	Einführung in das Schrankensystem des Herausgabeanspruchs gemäß § 33g GWB	55
2.	Keine Möglichkeit der unzulässigen Ausforschung	57
3.	Geschäftsgeheimnisse als Grenze	59
	a) Existenz von Schutzmaßnahmen als Bedingung der Verhältnismäßigkeit in § 33g Abs. 3 Nr. 6 GWB	59
	b) Anknüpfung an prozessuale Schutzmaßnahmen im Freigabeverfahren nach § 89b Abs. 6 und 7 GWB	61
	(aa) Der Weg zum Freigabeverfahren	61
	(bb) Freigabeverfahren und Geheimnisschutz	62
4.	Geheimnisschutzkonstellation im Herausgabeverfahren nach § 33g GWB	63
IV.	Konfliktlösung: Interessenabwägung zwischen Offenlegung und Vertraulichkeit	65
1.	Abwägungsmethode und Schutzmaßstab	65
2.	Weitere Abwägungsparameter	68
	a) Abwägung von Nutzen und Nachteil der Auskunft	69
	b) Zeitpunkt und Umstand der Geltendmachung	70
	c) Aktualität des Geheimnisses	72
	d) Personenbezogener Aspekt	72
	e) Noch einmal: Rechtswidrigkeitszusammenhang	75
	f) Gebot der Einheitlichkeit des Gesetzes	76
3.	Abwägungsergebnis und weiterer Verlauf	77
4.	Die Frage des „Wie“	78
V.	Zwischenergebnis Teil B	79
C.	Prozessualer Geheimnisschutz	81

I.	Die Möglichkeiten prozessualen Geheimnisschutzes im Überblick	81
1.	Geheimnisschutzmöglichkeiten in der ZPO: <i>Status quo</i>	81
	a) Schutz über Zeugnisverweigerungsrechte nach §§ 384 ff. ZPO	81
	b) Ausschluss der Öffentlichkeit	82
	c) Kein Schutz von Geschäftsgeheimnissen gegenüber dem Prozessgegner nach ZPO oder GVG	83
	d) Zwischenergebnis zum Schutz im allgemeinen Zivilprozessrecht	84
2.	Parallelität zur Entwicklung im Immaterialgüterrecht	85
II.	Nähere Betrachtung der Geheimnisschutzmaßnahmen <i>inter partes</i>	87
1.	Möglichkeiten des vorprozessualen Geheimnisschutzes	88
	a) Schwärzungen/Teiloffenlegung von Geheimnissen	88
	b) Das „Düsseldorfer Verfahren“: Geheimverfahren auf vorprozessualer Ebene	91
	(aa) Der Ablauf des Verfahrens im Patentrecht	92
	(1) Die Besichtigung	93
	(2) Die Freigabeentscheidung	95
	(bb) Geheimnisschutzaspekte im „Düsseldorfer Verfahren“: „confidentiality ring“	96
	(cc) Tauglichkeit für den kartellrechtlichen Anwendungsfall	97
	(1) Verfahrenssituation nicht vollständig vergleichbar	97
	(2) Andere Interessenlage	98
	(3) Begrenzter Anwendungsbereich	100
	(dd) Zwischenergebnis	103
	(ee) Modifikationsanregung	104
	c) Wirtschaftsprüfervorbehalt	106
	(aa) Ursprung und rechtliche Einordnung	106
	(bb) Ablauf und Ausgestaltung	107
	(cc) Grenzen des Wirtschaftsprüfervorbehalts	109
	(dd) Bedingte Tauglichkeit bei kartellrechtlichen Streitigkeiten	110
	d) Zwischenergebnis zu vorprozessualen Geheimnisschutzmöglichkeiten de lege lata	114

Inhaltsverzeichnis

2.	Geheimnisschutzmöglichkeiten im Prozess	116
	a) Kompensationsleistung/ Hinterlegung einer Sicherheit	116
	b) „clean teams“	118
	c) Schwärzungen/Beweismittler	120
	d) „In-Camera-Verfahren“	120
	(aa) Konzept und Ausgestaltung	120
	(1) Kein strenges Geheimverfahren	121
	(2) Partieller Parteiausschluss (der beweisbelasteten Partei)	123
	(bb) Tauglichkeit	124
3.	Bewertung und Zwischenergebnis	126
D.	Rechtliche Zulässigkeit der Maßnahmen – Kein Entgegenstehen nationaler oder europäischer Grundrechte	129
I.	Festlegung des Prüfungsmaßstabes: Verhältnis nationaler Grundrechte zu unionsrechtlichen	129
	1. Grundlagen zur Feststellung des Prüfungsmaßstabes	129
	2. Durchführung des „Rechtes der Union“?	131
	3. Verhältnis zur EMRK	132
II.	Beschränkung von Justizgrundrechten	133
	1. „Fair-Trial-Grundsatz“ aus Art. 47 Abs. 2 Grundrechte-Charta i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK	133
	a) Rechtliches Gehör	134
	b) Prozessuale Waffengleichheit	136
	c) Kontradiktorisches Verfahren	137
	2. Eingriff	137
III.	Anmerkung	138
IV.	Rechtfertigung	139
	1. Forschungsbegrenzung	139
	2. Beschränkbarkeit	140
	a) Art. 103 Abs. 2 GG	140
	b) Beschränkbarkeit der Unionsgrundrechte	141
	3. Kollidierende Rechtsgüter mit Verfassungsrang	142

a)	Effektiver Rechtsschutz	143
b)	Schutz vertraulicher Informationen	145
c)	Herstellung praktischer Konkordanz	147
d)	Im Einklang mit EuGH und BVerfG	148
4.	Verhältnismäßigkeit des partiellen Parteiausschlusses	151
a)	Legitimes Ziel und Geeignetheit	152
b)	Erforderlichkeit	153
(aa)	Kein Ausschluss der Partei und ihre Prozessvertreter	153
(bb)	Die „Anwaltslösung“	154
(1)	Bedenken: Verlagerung des Problems auf das Anwalts-Mandanten-Verhältnis	155
(2)	Stellungnahme	157
(i)	Die BGH-Entscheidung „Lichtbogenschnürung“	157
(ii)	Weitere Argumente für die Zulässigkeit der „Anwaltslösung“	159
(iii)	Die notwendige strafbewehrte Verschwiegenheitsverpflichtung	162
(cc)	Die „1+1-Lösung“ aus dem Geschäftsgeheimnisgesetz	163
(1)	Tauglichkeit	165
(i)	Nähere Ausgestaltung	166
(ii)	Begrenzter Anwendungsbereich	166
(2)	Stellungnahme	168
(3)	Anmerkung zur Umsetzung in § 19 GeschGehG	171
(4)	Zwischenergebnis	173
c)	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	173
(aa)	Eingriff in Teilrechte des fairen Verfahrens kaum spürbar	174
(1)	Ansätze zur Ausgestaltung der „Anwaltslösung“	174
(2)	Stellungnahme	176
(bb)	Wichtigkeit des Ziels	177
(cc)	Wesensgehalt der Grundrechte gewahrt?	177
d)	Zwischenergebnis zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffs	177
V.	Übereinstimmung mit Erfahrungen aus dem US-amerikanischen Recht	178
1.	Discovery und Geschäftsgeheimnisse	179

Inhaltsverzeichnis

2.	„protective orders“ im US-amerikanischen Recht	180
3.	Bewertung	183
VI.	Fazit zur Zulässigkeit	184
E.	Rechtliche Verankerung und nähere Ausgestaltung des In-Camera-Verfahrens auf nationaler Ebene	187
I.	Möglichkeit des freiwilligen Verzichts	187
1.	Kritische Meinungen	188
2.	Dispositionsbefugnis	189
3.	Rechtsgrundlage für den Verzicht	191
4.	Praktisches Hindernis – Unterschied zum „Düsseldorfer Verfahren“	192
II.	Erfordernis einer Rechtsgrundlage für einen Parteiausschluss durch das Gericht	195
1.	Kein Parteiausschluss ohne Rechtsgrundlage	195
a)	Anforderungen des nationalen Rechts	195
b)	Anforderungen des Unionsrechts	196
2.	Keine Unterscheidung nach Verteilung der Beweislast	198
3.	Zwischenergebnis	199
III.	§ 89b Abs. 7 GWB als Rechtsgrundlage für einen Parteiausschluss der <i>beweisbelasteten</i> Partei	200
1.	Hinreichende inhaltliche Bestimmtheit	201
a)	Anforderungen an die Bestimmtheit der Rechtsgrundlage	201
(aa)	Vergleich zum Verwaltungsrecht: § 99 Abs. 2 VwGO, § 138 TKG	202
(bb)	Vergleich zum Immaterialgüterrecht: § 140c PatG, § 101a UrhG	203
b)	Subsumption und Bewertung	204
2.	Auslegung des § 89b Abs. 7 GWB	208
a)	Wortlaut	208
b)	Systematik	209
c)	Wille des Gesetzgebers	211
d)	Telos	212

e) Verfassungskonforme Auslegung	213
f) Richtlinienkonforme Auslegung	214
3. Zwischenergebnis	219
IV. Anmerkung	220
V. Nähere Ausgestaltung	221
VI. Zwischenergebnis	224
F. Kein Entgegenstehen sonstigen Unionsrechts	227
I. Hintergrund	227
II. Kein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz	230
III. Einklang mit sonstigen Richtungsvorgaben des Unionsrechts	232
1. Abweichung von Geheimnisschutzrichtlinie	232
2. Stellungnahme	233
G. Fazit	235
Literaturverzeichnis:	245
Gesetzestexte	269

A. Einleitung

I. Ausgangslage

Die Durchsetzung des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV und § 1 GWB kann sowohl im Wege des „public enforcement“ als auch im Wege des „private enforcement“ erfolgen.¹ Während in der Vergangenheit dem Kartellschadensersatzrecht ein Schattendasein nachgesagt wurde², zeigen jüngste Entwicklungen, dass gerade die private Kartellrechtsdurchsetzung im Wege zivilgerichtlicher Schadensersatzklagen im Anschluss an behördliche Bußgeldverfahren zunehmend an Bedeutung gewinnt und zur wirksamen Kartellbekämpfung beiträgt.³ Dies mag überraschen, da im deutschen Recht die Zivilprozessrechtsgrundsätze, insbesondere die aus dem Beibringungsgrundsatz resultierende Darlegungs- und Beweislast, sowie die Dispositionsmaxime als größte Schwachstelle der privaten Kartellrechtsdurchsetzung galten⁴:

Im Falle der Geltendmachung von Schäden, die aus Verstößen gegen das Kartellverbot resultieren⁵, trägt der Kartellgeschädigte die Darlegungs- und Beweislast für die Kartellbetroffenheit, Schadensentstehung und die Schadenshöhe.⁶ Bereits in der Zulässigkeit einer Klage vor deutschen Zivilgerichten muss die Klageschrift gemäß § 253 Abs. 2 ZPO eine „bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag“ enthalten. Zum gerichtlichen Obsiegen muss der Kläger in der Klageschrift die für ihn güns-

1 Erwägungsgründe 3, 5 und 6 der Richtlinie 2014/104/EU; *Weitbrecht*, NZKart 2017, 1574 f.; *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 82 Rn. 2.

2 *Dose*, VuR 2017, 297; *Müller-Graff*, ZHR 2015, 691, 692.

3 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164 f.; *Rother*, NZKart 2017, 1 f.; Schadensersatzklagen sind nicht nur eine Schadenskompensation, sondern aus Sicht der Kartellbehörden „ein (weiteres) probates Mittel zur Prävention und Sanktionierung von Kartellverstößen“, vgl. *Oesterreich*, BB 2017, 1865.

4 Da Art. 2 VO Nr. 1/2003 nichts Genaueres zur Verteilung der Darlegungslast oder zum Beweismaß regelt, gelten vorbehaltlich des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes weiterhin die Regeln des nationalen Prozessrechts; *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 653.

5 Die Schäden, die jährlich durch Kartelle entstehen, summieren sich auf mehrere Milliarden Euro, vgl. *Mederer*, EuZW 2013, 847, 848; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 9; *Dose*, VuR 2017, 297.

6 BGH Urt. v. 28.06.2011 – KZR 75/10, GRUR 2012, 291 Rn. 44 und 72 – ORWI; *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 82 Rn. 29.

I. Ausgangslage

tigen Tatsachen (den Schaden) gemäß §§ 138 Abs. 1, 139 ZPO schlüssig und substantiiert darlegen und diesen zur Begründetheit des Anspruchs beweisen. Zur Geltendmachung eines Schadens aus unmittelbarer Vermögenseinbuße, beispielsweise wegen kartellbedingter Preisüberhöhung⁷ oder aber durch entgangenen Gewinn⁸, muss der Schadensersatzkläger zur Begründung seines Anspruchs ein Verhalten nachweisen, welches „typischerweise im Verborgenen stattfindet und an dem er nicht beteiligt war“.⁹ Das hierfür erforderliche Beweismaterial (wie beispielsweise Preiskalkulationen des Kartellanten) befindet sich jedoch typischerweise in den Händen des Gegners oder Dritter, sodass der Geschädigte nicht darauf zugreifen kann.¹⁰ Im Hinblick auf follow-on-Klagen besteht aus Geschädigtensicht insbesondere ein Informationsbedürfnis bezüglich Fragen der Schadensverursachung und Schadenshöhe, ohne die die Substantiierung der Klage nahezu unmöglich wird.¹¹

Die Bezifferung des Schadens dem Grunde wie der Höhe nach stellt für den Kläger die größte Herausforderung dar.¹² Zur Berechnung des Schadens müssen nach der Differenzhypothese vermutete Umsatz- und Kostenpositionen des Klägers ohne Kartellverstoß den tatsächlichen Umsatz- und Kostenpositionen gegenübergestellt werden.¹³ Dafür bedarf es zumindest solcher Informationen, welche Rückschlüsse auf die Preisgestaltung (im Fall eines Preiskartells), Mengenbeschränkungen (im Fall eines Mengenkartells) oder sonstige strategische Ausrichtungen zulassen. Hierzu kann die Einsicht in Unterlagen des Kartellanten, welche Aufschlüsse über Umsatzentwicklung, Kalkulationen, Entwicklung des Kundenstammes etc. geben, notwendig sein. Ebenso trägt der Kläger die Beweislast für Kausalitätsfragen, also

7 Zu kartellbedingt überhöhten Preisen für die betroffenen Waren oder Dienstleistungen kommt es regelmäßig durch Hardcore-Kartellabsprachen. Aber auch der Preiserhöhungsmisbrauch und die missbräuchliche Diskriminierung können Ursache des Schadens beim unmittelbaren Abnehmer, oder im Fall der Weitergabe der Preiserhöhung, bei nachfolgenden Marktstufen bzw. dem Endverbraucher sein.

8 *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 185 f.

9 *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 24 Rn. 43.

10 Erwägungsgründe 14 und 15 der Richtlinie 2014/104/EU; ebenso *Müller-Graff*, ZHR 2015, 691, 701; *Kersting/Preuß*, WuW 2016, 394, 400; *Dose*, VuR 2017, 297, 299.

11 *Preuß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht Kommentar, § 33g GWB Rn. 2; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164 f.; *Willem*, WRP 2015, 819; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, § 33g GWB Rn. 1, 25.

12 *Fort*, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, Kap. 11 Rn. 65.

13 Die Berechnung des Schadens erfolgt durch die Multiplizierung der Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem Wettbewerbspreis mit der Menge der vom Kläger erworbenen Produkte. Zur Ermittlung des Wettbewerbspreises haben sich insbesondere die Vergleichsmarktmethode, die Kostenmethode und die Simulationsmethode als tauglich erwiesen, vgl. *Fort*, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, Kap. 11 Rn. 66 f.

inwiefern eine Verbindung zwischen der Handlung des Beklagten und dem Nachteil des Klägers besteht. Der Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität gestaltet sich bereits deswegen kompliziert, weil der wirtschaftliche Erfolg oder Misserfolg eines Unternehmens von einer Vielzahl von Faktoren abhängen kann.¹⁴ Insofern wird der Beklagte stets einwenden, dass sein Verhalten keine durchschlagende Wirkung auf Umsatz und Gewinn der Klägerin gehabt habe. Auch wenn die Schadenshöhe gemäß § 287 ZPO durch das Gericht geschätzt werden kann, muss der Kläger dafür Sorge tragen, dass dem Gericht eine ausreichende Schätzungsgrundlage zur Verfügung steht, wofür er regelmäßig Anknüpfungstatsachen substantiiert darlegen muss, also dass die überhöhten Preise auf kartellrechtswidrigen Absprachen beruhen.¹⁵ Hierzu gehören die durchschnittlichen Preise der Anbieter des betroffenen Produktes im Kartellzeitraum, wofür es aber der Kenntnis über die Preisgestaltung des Schädigers bedarf.¹⁶ Selbst für die Einholung eines Sachverständigengutachtens durch das Gericht ist es zunächst erforderlich, dass der Kläger ein entsprechendes Beweisangebot unterbreitet hat.¹⁷ Diese Grundsätze gelten gleichermaßen für die Feststellung des entgangenen Gewinns. Zum Nachweis des Absatzrückgangs bedarf es eines zeitlichen Vergleichs der jeweils abgesetzten Mengen vor und nach der Zuwiderhandlung.¹⁸ Somit waren trotz der Erleichterungen in § 287 ZPO die Darlegung und der Beweis der Anknüpfungstatsachen für die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität und die Schätzung der Höhe des Schadens stets die größte Herausforderung für die geschädigte Partei.¹⁹

Schließt sich die Schadensersatzklage einem vorangegangenen behördlichen Verfahren an, steht den Geschädigten gemäß § 33b GWB regelmäßig die Bindungswirkung der Bußgeldentscheidung zu. Hierbei kann sich der Geschädigte zur Darlegung des Verstoßes auf die Entscheidung einer Behörde stützen.²⁰ Jedoch folgt aus einem von einer Kartellbehörde festgestellten Kartellverstoß nicht evident,

14 *Fort*, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, Kap. 11 Rn. 68.

15 KG Berlin Urt. v. 01.10.2009 – 2 U 17/03, NJOZ 2010, 536, 541; LG Dortmund, Urt. v. 01.04.2004 – 13 O 55/02 Kart, WuW 2004, 1182, 1184; *Topel*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 50 Rn. 114 f; *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 82 Rn. 29.

16 *Oesterreich*, BB 2017, 1865, 1868.

17 KG Berlin Urt. v. 01.10.2009 – 2 U 17/03, NJOZ 2010, 536, 541.

18 *Topel*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 50 Rn. 118.

19 *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 200; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164 f. sehen kartellrechtliche Schadensersatzklagen als geradezu paradigmatisch für das allgemeine zivilprozessuale Grundproblem an, „dass die beweisbelastete Partei oftmals nicht über die zur prozessualen Wahrnehmung ihrer materiellen Rechte erforderlichen Informationen verfügt“.

20 Ausführlich vgl. *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 95 ff.

I. Ausgangslage

dass auch ein Schaden entstanden ist.²¹ Die Bindungswirkung beschränkt sich auf den Kartellrechtsverstoß und erstreckt sich nicht auf den Schaden der einzelnen Betroffenen.²² Die Behördenentscheidung enthält keinerlei Anhaltspunkte in Bezug auf die behauptete Kartellbetroffenheit, die Schadensentstehung sowie die Schadenshöhe, bezüglich derer jedoch die Informationsasymmetrien bestehen. Schließlich muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Kartellverstoß und der Preisentwicklung vom Geschädigten nachgewiesen werden.²³ Daneben sind Fälle denkbar, bei denen es sich *nicht* um *follow-on*-Klagen handelt, also kein vom Bundeskartellamt festgestellter Kartellverstoß vorliegt. Hier kommt es zunächst zu der Frage, „ob“ überhaupt ein kartellrechtswidriges Verhalten gegeben ist, wofür es regelmäßig – mangels Bindungswirkung – einer aufwändigeren Informationsbeschaffung bedarf. Diese strukturelle Informationsasymmetrie führte zu nicht verschuldeten Beweisschwierigkeiten, welche sich negativ auf die Prozessführung auswirken und im schlimmsten denkbaren Szenario zum Verlust des eigentlich materiell bestehenden Schadensersatzanspruchs führen kann.

Grund der Beweisschwierigkeiten war neben den geltenden Prozessgrundsätzen ebenso der (bisherige) Mangel an rechtlichen Werkzeugen zur Informationsbeschaffung.²⁴ Bislang standen dem Kartellgeschädigten nur der allgemeine Auskunftsanspruch nach § 242 BGB, sowie ähnliche Instrumente zur Akteneinsichtnahme bei der Behörde nach § 406e StPO i.V.m. § 46 OWiG und § 474 Abs. 1 StPO zu. Neben diesen existierten keine besonderen Regelungen, welche dem Kartellgeschädigten die Beweismittelbeschaffung erleichterten.²⁵ In Bezug auf etwaige Offenlegungspflichten bestand im deutschen Recht eine Lücke, wodurch der Kläger nicht nur in eine schwächere Prozessposition versetzt wurde, sondern diese auch einer effizienten Rechtsdurchsetzung und somit der Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen im Wege stand.²⁶ Dabei ist der Zugang zu Informationen, die im Besitz der Kartellbehörden oder Parteien sind, bei der Gel-

21 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 173.

22 *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 126.

23 Keine Annahme eines Ursachenzusammenhangs, nur weil die Preise in zeitlichem Zusammenhang mit dem Verstoß gestiegen sind, vgl. *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 82 Rn. 29.

24 Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2014/104/EU; A.A. *Ritter*, WuW 2008, 762, 768; *Dobler/Ritter*, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, S. 79; wohl auch *Meeßen* (2011), S. 595; für eine umfassende Darstellung der bisherigen Rechtslage vgl. *Westhoff* (2010), S 60 ff.; *Ruster*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, Kap. G Rn. 390 ff.; *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 200 ff.

25 *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863, 1868; *Oesterreich*, BB 2017, 1865, 1867.

26 Ergibt sich aus einer Zusammenschau der Erwägungsgründe der Richtlinie 2014/104/EU sowie aus der Regierungsbegründung BT-Drs. 18/10207, S. 39 f.

tendmachung und Abwehr kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche von herausragender Bedeutung, da sich der individuelle Schaden aus öffentlich zugänglichen Quellen nicht einmal annähernd abschätzen lässt.²⁷ Dies gilt gleichermaßen für die Fragen, *ob* und *wenn ja, in welcher Höhe* ein Schaden entstanden ist, aber ebenso für den Gegenbeweis, ob dieser Schaden möglicherweise an die nächste Marktstufe weitergeleitet worden ist, also schon gar kein Schaden bestand (sog. „passing-on-defense“). Schließlich dient der Zugang zu Informationen der Erstellung eines belastbaren ökonomischen Gutachtens über die Schadenshöhe durch einen Gerichtsgutachter.²⁸

In der Vergangenheit gab es verschiedene Lösungsansätze, die Beweisschwierigkeiten zu beseitigen. Hierfür wurden eine Beweislastumkehr, die Möglichkeit der Beweislastverteilung in Form der sekundären Darlegungslast oder – wie in manchen Sonderfällen – materiell-rechtliche Informationsansprüche für die schwächere, beweisbelastete Partei angedacht. Auch die Einführung des Untersuchungsgrundsatzes, also eine Sachverhaltsermittlung von Amts wegen, wurde diskutiert.²⁹ Diese ungewisse und defizitäre Ausgangslage war u.a. Grund für den Erlass der Kartellschadensersatzrichtlinie zur Stärkung privater Rechtsdurchsetzung im Kartellschadensrecht.³⁰ Mit Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU hat sich der deutsche Gesetzgeber für die Schaffung eines materiell-rechtlichen Herausgabe- und Auskunftsanspruchs³¹ in § 33g GWB entschieden, wodurch der notorischen Beweisnot des Geschädigten und der Informationsasymmetrie im Kartellschadensersatzprozess Rechnung getragen werden soll.³² Bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen stellen nämlich die Auskünfte des Anspruchsgegners für den Kläger oft die einzige Möglichkeit dar, um an bestimmte anspruchsbegründende Informationen zu gelangen.³³

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

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

29 So etwa *Wissenbach*, Schadensersatzklage gegen Kartellmitglieder (2006), Heft 60, S. 42 ff.; *Kirchhoff*, WuW 2004, 745, 751.

30 EU-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. 2014 L 349 vom 05.12.2014 im Folgenden auch „Kartellschadensersatzrichtlinie“ oder „Richtlinie 2014/104/EU“.

31 Soweit diese Arbeit überwiegend den Begriff „Herausgabeanspruch“ verwendet, gilt das hierzu Gesagte, vorbehaltlich expliziter Abweichungen, für die Erteilung von Auskünften entsprechend. Im Übrigen dienen die Begriffe Informations- und Offenlegungsanspruch als Oberbegriffe zu den Herausgabe- und Auskunftsansprüchen.

32 *Willems*, WRP 2015, 819; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 962; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar, § 33g GWB Rn. 1.

33 Erwägungsgrund 14 und 15 der Richtlinie 2014/104/EU; ebenso *Jüntgen* (2007), S. 43; *Westhoff* (2010), S. 64; *Dose*, VuR 2017, 297, 299.