

ANJA MEIER-HOFFMANN

Sachverhaltsermittlung
für den Kartell-
schadensersatzprozess

Beiträge zum Kartellrecht

19

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von
Michael Kling und Stefan Thomas

19



Anja Meier-Hoffmann

Sachverhaltsermittlung für den Kartellschadensersatzprozess

Mohr Siebeck

Anja Meier-Hoffmann, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School und der Duke Law School; Referendariat in Hamburg mit Stationen in Rom und Halle an der Saale; Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Potsdam und einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Berlin, seit 2021 Rechtsanwältin bei einer internationalen Wirtschaftskanzlei.

ISBN 978-3-16-161191-9 / eISBN 978-3-16-161192-6

DOI 10.1628/978-3-16-161192-6

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck gesetzt in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Michael
und meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 als Dissertation an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam angenommen.

Zu ihrem Gelingen haben verschiedene Menschen beigetragen, denen an dieser Stelle mein Dank gebührt: An erster Stelle ist hier meine Doktormutter, Frau Prof. Dr. Dorothea Assmann, zu nennen. Sie hat mir die größtmögliche wissenschaftliche Freiheit für die Erstellung dieser Arbeit eingeräumt und war stets für meine Fragen und Diskussionen erreichbar. Ihr sei auch für die schnelle Gutachtenerstellung gedankt. Weiterhin gebührt Herrn Prof. Dr. Tobias Lettl mein Dank für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ich danke auch den Herausgebern Herrn Prof. Dr. Michael Kling und Herrn Prof. Dr. Stefan Thomas für die Aufnahme in die vorliegende Schriftenreihe. Die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung und die Potsdam Graduate School haben dankenswerterweise diese Arbeit mit großzügigen Druckkostenzuschüssen unterstützt.

Wissenschaftliche Arbeiten entstehen nicht in einem Vakuum. Ich danke daher auch und insbesondere meinen Kollegen und Freunden. Nicht nur, dass sie stets ein offenes Ohr für meine Fragen, Sorgen und Nöte hatten, sie haben daneben die mühevollen Aufgabe des Korrekturlesens übernommen. Hier sind insbesondere Dr. Hannah Andres-Klagge, Jonathan Beel, Sylvia Fritz, Dr. Jonathan Jung, Dr. Pirmin Emanuel Schreiner, Dr. Timo Sebastian Heller, Dr. Alix Schlüter, Tim Nordemann, Robert Wille und Johannes Schroth hervorzuheben. Es ist keine Selbstverständlichkeit, dass man derartige Mühen auf sich nimmt – die vorliegende Arbeit hat durch sie sehr gewonnen. Vielen Dank auch an die Kollegen und Mitstreiter an der Universität und in der Kanzlei, die ich die Freude hatte, über die Jahre kennenlernen zu dürfen.

Ohne meine Familie hätte ich weder diese Arbeit noch meine juristische Ausbildung meistern können. Ganz besonders danken möchte ich dabei meinen Eltern Jens und Andrea Hoffmann, aber auch meinen Großeltern Wolfgang und Karin Zedler. Nicht nur, dass sie mir in finanzieller Hinsicht ermöglicht haben, diese Arbeit zu schreiben, sie haben mich auch immer bei den zwangsläufig auftretenden Krisen und Herausforderungen aufgefangen. Leider konnte mein Großvater Wolfgang Zedler die Vollendung dieser Arbeit nicht mehr erleben. Ich bin mir aber sicher, dass er sich über die Fertigstellung sehr gefreut hätte.

Ganz besonders muss ich aber meinem Mann, Michael Meier, danken. Ohne seine konstante Unterstützung, seinen Zuspruch, seine Bereitschaft zur Diskussion, seine

Hilfe und ganz besonders seinen Humor hätte ich weder meine juristische Ausbildung noch diese Promotion vollenden können.

Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Potsdam, März 2022

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
A. Einleitung	1
I. Einführung	1
II. Gang der Untersuchung	3
B. Ausgangssituation	7
I. Bedeutung der zivilprozessualen Durchsetzung von Kartellschadens- ersatzansprüchen	7
1. Privates Durchsetzungsinteresse	8
2. Öffentliches Durchsetzungsinteresse: Schutz der Institution des Wettbewerbs	10
a) Begriff des <i>private enforcement</i> – verschiedene Rechtsdurchsetzungs- mechanismen und Anwendungsbereich	11
b) Rechtfertigung der Verlagerung öffentlich-rechtlicher Durchsetzungs- interessen auf private Rechtsdurchsetzung	15
aa) Historische Entwicklung und rechtstheoretische Fundierung	16
bb) Vor- und Nachteile privater Rechtsdurchsetzung	18
c) Öffentliches Durchsetzungsinteresse als legitime gesetzgeberische Motivation im Privat- und Wirtschaftsrecht?	20
aa) Rechtfertigung aus dem Europarecht	20
bb) Rechtmäßigkeit in verfassungsrechtlicher Hinsicht	22
(1) Verletzung von Grundrechten	23
(2) Verstoß gegen Staatsorganisationsprinzipien	27
cc) Zivilrecht als richtiger Regelungsstandort für Gemeinwohl- orientierung?	28
d) Arten des kartellrechtlichen <i>private enforcement</i>	30
aa) <i>Private enforcement</i> als „Schild“ – die defensive Dimension	30
bb) <i>Private enforcement</i> als „Schwert“ – die offensive Dimension	32
e) Ergebnis	33

II. Informationsasymmetrie im Kartellprozess	34
III. Ausforschungsverbot im deutschen Zivil- und Zivilverfahrensrecht	35
1. Ausforschungsverbot im Zivilprozessrecht	36
a) Ausforschungsverbot im Rahmen des Beweisrechts	36
aa) Mangelnde Bestimmtheit der Behauptung	38
bb) Fehlende Anhaltspunkte für Behauptung	40
cc) Auf Ausforschung gerichteter Beweisantrag	43
dd) Zwischenergebnis	45
b) Ausforschungsverbot im Rahmen von § 142 ZPO	45
aa) Einschränkung durch Notwendigkeit schlüssigen Parteivortrags	47
bb) Einschränkung durch die Notwendigkeit hinreichend konkreter Bezugnahme auf die Urkunde	50
cc) Zwischenergebnis	53
c) Ausforschungsverbot im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens, §§ 485 ff. ZPO	53
d) Zwischenergebnis	56
2. Der Grundsatz „ <i>nemo contra se edere tenetur</i> “	57
a) Geltung als allgemeiner Grundsatz des deutschen Zivilprozessrechts? aa) Herzuleiten aus allgemeinen Erwägungen des Zivilprozessrechts? bb) Herzuleiten aus dem strafprozessualen Verbot der Selbst- bezeichnung?	59
b) Sondersituation Kartellrecht	64
c) Zwischenergebnis	65
3. Verbot der Ausforschung als Grenze materiell-rechtlicher Informations- ansprüche	65
4. Ergebnis	69
C. Informationsbeschaffung vor der 9. GWB-Novelle und ihre Defizite	71
I. Informationsbeschaffung beim (potentiell) Beklagten	71
1. Materiell-rechtliche Ansprüche	71
a) Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben nach § 242 BGB	72
aa) Materiell-rechtliche Defizite des Auskunftsanspruchs	73
(1) Vorliegen einer Sonderbeziehung als einschränkende Voraussetzung des Auskunftsanspruchs	73
(2) Subsidiarität des Anspruchs	76
(3) Zumutbarkeit für den Verpflichteten	77
(4) Beschränkter Umfang der Auskunft	79
(5) Zwischenergebnis	81
bb) Defizite bei der prozessualen Durchsetzung des Auskunfts- anspruchs im Rahmen der Stufenklage nach § 254 ZPO	81

b)	Vorlageansprüche nach §§ 809, 810 BGB	82
aa)	Vorlageanspruch nach § 809 BGB	82
bb)	Einsichtnahmeanspruch nach § 810 BGB	85
c)	Zwischenergebnis	87
2.	Innerprozessuale Informationsbeschaffung	87
a)	Prozessuale Anordnungen	87
aa)	Prozessuale Aufklärungspflichten?	88
(1)	Prozessuale Aufklärungspflicht <i>de lege lata</i>	88
(2)	Prozessuale Aufklärungspflicht <i>de lege ferenda</i>	94
(3)	Prozessuale Aufklärungspflicht im Kartellrecht <i>de lege ferenda</i>	97
(4)	Zwischenergebnis	98
bb)	Prozessuale Anordnung nach § 142 ZPO	99
(1)	Schlüssiger Parteivortrag	100
(2)	Bezugnahme auf eine konkrete Urkunde	101
(3)	Besitz der Urkunde oder der sonstigen Unterlagen	102
(4)	Grenze der Vorlageanordnung	103
(5)	Übertragung der Voraussetzungen von §§ 422, 423 ZPO	105
(6)	Rechtsfolge	106
(7)	Defizite der prozessualen Vorlageanordnung nach § 142 ZPO in kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen	109
cc)	Prozessuale Anordnungen bei elektronischen Dokumenten nach § 144 ZPO sowie Beweis nach § 371 Abs. 1 Satz 2 ZPO	111
dd)	Anordnung der Vorlegung der Handelsbücher nach § 258 HGB	114
ee)	Zwischenergebnis	116
b)	Beweisrecht	117
aa)	Selbständiges Beweisverfahren, §§ 485 ff. ZPO	117
bb)	Informationsbeschaffung durch Beweisanträge	119
(1)	Zeugenvernehmung von Mitarbeitern des kartellbeteiligten Unternehmens	120
(2)	Parteivernehmung, §§ 445, 448 ZPO	121
(3)	Anordnung der Urkundenvorlage nach §§ 421, 422, 423 ZPO	123
cc)	Zwischenergebnis	124
3.	Darlegungslast- und Beweiserleichterungen	125
a)	Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Grundsatz	126
aa)	Objektive Darlegungs- und Beweislast	126
bb)	Subjektive Darlegungs- und Beweislast	127
cc)	Grundsätzliche Verteilung	127
dd)	Substantiierungslast	128
b)	Erleichterungen der Darlegungslast im Kartellrecht	129
aa)	Herabsenkung der Anforderungen an Substantiierungspflicht	129
bb)	Sekundäre Darlegungslast	130

- cc) Zwischenergebnis 137
- c) Beweiserleichterungen im Kartellrecht 137
 - aa) Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen nach § 33b GWB n. F. bzw. § 33 Abs. 4 GWB a. F. 138
 - bb) Anscheinsbeweis 141
 - cc) Tatsächliche Vermutung 149
 - dd) Beweislastumkehr 151
 - ee) Schadensschätzung nach § 287 ZPO (i. V. m. § 33a Abs. 3 Satz 1 GWB) 152
 - ff) Zwischenergebnis 156
- d) Ergebnis 156
- 4. Bewertung 156
- II. Informationsbeschaffung bei Dritten 157
 - 1. Materiell-rechtliche Auskunfts- und Herausgabeansprüche 157
 - a) Auskunftsanspruch nach § 242 BGB 158
 - b) Vorlageansprüche nach §§ 809, 810 BGB 158
 - c) Vergleichsvereinbarungen mit anderen Kartellanten 159
 - d) Zwischenergebnis 159
 - 2. Zivilprozessuale Mittel 159
 - a) Urkundenvorlagepflicht nach §§ 428, 429 ZPO 159
 - b) Prozessuale Anordnung nach § 142 Abs. 2 ZPO 160
 - c) Zeugenvernehmung von unbeteiligten Marktteilnehmern nach §§ 373 ff. ZPO 162
 - 3. Zwischenergebnis 163
- III. Informationsbeschaffung bei Kartellbehörden 164
 - 1. Bundeskartellamt 164
 - a) Veröffentlichungspraxis des Bundeskartellamtes 164
 - b) Akteneinsichtsrechte 166
 - aa) Verwaltungsverfahrenrechtliches Akteneinsichtsrecht, § 29 Abs. 1 Satz 1 VwVfG 167
 - bb) Kartellrechtliches Akteneinsichtsrecht, § 72 GWB a. F. bzw. § 70 GWB n. F. 169
 - cc) Akteneinsichtsrecht als Verletzer im Rahmen des Bußgeldverfahrens nach § 406e Abs. 1 StPO i. V. m. § 46 Abs. 1, 3 Satz 4 OWiG 170
 - (1) Tatbestandsvoraussetzungen 171
 - (2) Ausschlussgründe 172
 - (3) Umfang der Akteneinsicht 175
 - (4) Zwischenergebnis 175
 - c) Ansprüche aus Informationsfreiheitsgesetz (IFG) 176
 - d) Gerichtlich vermittelte Informationsbeschaffung 177

aa) Ersuchen der Zivilgerichte um Auskunfts- und Urkundenvorlage zur Vorbereitung des Termins im Kartellschadensersatzprozess nach § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO i. V. m. §§ 474 Abs. 1 StPO, 49b OWiG	178
(1) Doppeltürmodell des Bundesverfassungsgerichts: Vorliegen der Voraussetzungen des § 474 Abs. 1 StPO	180
(2) Akteneinsichtsrecht der Partei	183
bb) Auskunfts- und Urkundenvorlageersuchen gegenüber den Kartellbehörden, § 432 Abs. 1 ZPO	185
e) Genuiner Informationsanspruch des Informationssuchenden gegenüber der Kartellbehörde <i>de lege ferenda</i>	186
2. Landeskartellämter	187
a) Verwaltungsverfahrensrchtliches Akteneinsichtsrecht	187
b) Akteneinsichtsrecht im Bußgeldverfahren	188
c) Ansprüche aus den Informationsfreiheitsgesetzen der Länder	188
3. Europäische Kommission	189
a) Veröffentlichungspraxis der Europäischen Kommission	189
b) Europäische Akteneinsichtsrechte	191
aa) Primärrechtliche Verankerung	192
bb) Europäisches Kartellverfahrensrecht	192
cc) Transparenzverordnung VO 1049/2001	194
4. Zwischenergebnis	198
IV. Ergebnis	198
D. Richtlinie 2014/104/EU („Kartellschadensersatzrichtlinie“)	200
I. Ausgangssituation und Zielsetzung der Richtlinie	200
1. Historische Ausgangssituation	200
2. Übergeordnete Ziele der Richtlinie	204
II. Vorgaben der Richtlinie hinsichtlich der Offenlegung von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften	207
1. Offenlegung von Beweismitteln gegenüber Prozessbeteiligten und Dritten, Art. 5 der Richtlinie	207
2. Offenlegung von Beweismitteln aus den Akten der Kartellbehörden, Art. 6 der Richtlinie	209
3. Bewertung	209
E. Vorbemerkungen zur deutschen Umsetzung	212
I. Umsetzungsgeschichte	212
II. Einordnung in die Gesamtsystematik	213

1. Materiell-rechtliche oder prozessuale Umsetzung und deren Auswirkungen	213
a) Angelegte Regelungstendenz in der Richtlinie	214
b) Überlegungen zur Rechtsnatur der Vorbildvorschriften der <i>Enforcement</i> -Richtlinie	218
c) Vorteile und Defizite materiell-rechtlicher oder prozessrechtlicher Umsetzungsmodalitäten	219
aa) Materiell-rechtliche Umsetzung	219
bb) Prozessrechtliche Umsetzung	226
cc) Zwischenergebnis	231
d) Gewählte Umsetzung: Materiell-rechtlicher Anspruch mit prozessualer Zielrichtung	234
e) Ergebnis	235
2. Sonder(prozess)recht oder Umsetzung im BGB und in der ZPO	236
a) Kartellrechtliches Sonderprivat- und Sonderprozessrecht	237
aa) Vorteile	237
bb) Nachteile	239
cc) Ergebnis	240
b) Exkurs: Tradierter Umgang mit Sonderprozessrecht und Materialisierungstendenzen im Zivilverfahrensrecht	241
aa) Begriff der Materialisierung	241
bb) Ausgangssituation des tradierten Zivilprozessrechts	242
(1) Zweck des Zivilprozessrechts	243
(a) Civilprozeßordnung (CPO) von 1877	243
(b) Durchsetzung subjektiver Rechte	243
(c) Wiederherstellung und Bewahrung des Rechtsfriedens	244
(d) Sicherung materieller Gerechtigkeit und Wahrheit	244
(e) Zwischenergebnis	245
(2) Folgerungen für die Ausgestaltung des deutschen Zivilprozessrechts	245
cc) Überlegungen zur Einführung eines sozialen Zivilprozessrechts	246
dd) Europäisierung des Prozessrechts	248
(1) Ausgangspunkt: Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten	250
(2) Einschränkung durch Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip	254
(3) Anwendungsfälle	255
(a) Rechtsprechung des EuGH	256
(b) Europäische Gesetzgebung	260
(4) Notwendigkeit der Veränderung des deutschen Prozessrechts stets angezeigt?	263
(5) Prozeduralisierung und Materialisierung als Tendenzen der Europäisierung des Zivilprozessrechts?	266
(6) Ergebnis	267

ee) Materialisierungstendenzen aus anderen Erwägungen	268
(1) Verfassungsrechtliche Erwägungen sowie europäische Grund- und Menschenrechte	269
(2) Richterliche Rechtsfortbildung	269
ff) Wandel hin zu stärkerer Materialisierung begrüßenswert?	272
c) Ergebnis	274
3. Überschneidende deutsche Regelungen	275

F. Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften nach §§ 33g, 89b GWB 277

I. Anspruchsvoraussetzungen 278

1. Zur (potentiellen) klageweisen Geltendmachung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs, § 33g Abs. 1 GWB	278
a) Aktivlegitimation	278
b) Passivlegitimation	281
c) Ausreichend: Ein auf Schadensersatz gerichteter Anspruch	285
aa) Begriffsbestimmung	286
bb) Vorprozessualer Herausgabe- und Auskunftsanspruch	287
d) „Glaubhaft“ machen	287
e) Genaue Bezeichnung der erforderlichen Beweismittel bzw. der erforderlichen Auskünfte	294
aa) Beweismittel bzw. Auskünfte	294
(1) Beweismittel	294
(2) Auskünfte	296
bb) Erforderlichkeit	296
cc) Genaue Bezeichnung aufgrund der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen	298
f) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Informationsasymmetrie?	304
2. Zur Verteidigung gegen eine Klage, mit der ein auf Schadensersatz gerichteter Anspruch geltend gemacht wird, § 33g Abs. 2 GWB	305
a) Aktiv- und Passivlegitimation	305
b) Zur Verteidigung bei einem rechtshängigen Rechtsstreit über einen Anspruch auf Herausgabe- und Auskunftserteilung oder auf Schadensersatz	307
aa) Zur Verteidigung	307
bb) Rechtshängiger Rechtsstreit	308
cc) Negative Feststellungsklage des Kartellanten	309
c) Sonstige Tatbestandsvoraussetzungen	310
3. Ausschlussgründe	310
a) Unverhältnismäßigkeit, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, § 33g Abs. 3 GWB	310

aa)	Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit	310
(1)	Gesetzlich bezeichnete Gründe	312
(2)	Widersprüche zu § 33g Abs. 7 GWB bei Einbeziehung von Kostengesichtspunkten in die Verhältnismäßigkeit?	318
bb)	Insbesondere: Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie Freigabeverfahren durch das Gericht	319
(1)	Begriffsbestimmung von Betriebs- und Geschäfts- geheimnissen sowie sonstiger vertraulicher Informationen	319
(2)	Systematik des Geheimnisschutzes im Rahmen von §§ 33g Abs. 3, 89b Abs. 6, 7 GWB	322
(3)	Zivilprozessualer Geheimnisschutz nach dem <i>status quo</i> und Lösungsmöglichkeiten im Rahmen des Kartellprozesses (§ 89b Abs. 7 GWB)	327
(a)	Europarechtliche Annäherung	330
(b)	Verwaltungsgerichtliches <i>in-camera</i> -Verfahren und Übertragbarkeit auf den Zivilprozess	334
(c)	Geheimnisschutz nach § 7 Abs. 7 Satz 2 SpruchG	338
(d)	Schutz nach dem neuen Geschäftsgeheimnisgesetz	339
(e)	Wirtschaftsprüfervorbehalt	341
(f)	„Düsseldorfer Modell“	342
(g)	Genuin kartellrechtliche Lösung – die erforderlichen Maßnahmen des § 89b Abs. 7 GWB	348
(h)	Ergebnis	353
(4)	Praktische Umsetzbarkeit und Sanktionen	354
b)	Absoluter Ausschluss von Kronzeugenerklärungen und Vergleichs- ausführungen, § 33g Abs. 4 GWB	355
aa)	Zielsetzung	356
bb)	Begriff der Kronzeugenerklärung und der Vergleichsausführung	357
cc)	Bisheriger Schutzstandard	359
dd)	Europarechtliche Primärrechtswidrigkeit?	362
(1)	Verstoß gegen Art. 101 AEUV	362
(2)	Rechtsschutzmöglichkeiten	368
(a)	Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV	368
(b)	Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV	369
(c)	Zwischenergebnis	375
ee)	Freigabeverfahren nach §§ 33g Abs. 4 Satz 3 i. V. m. 89b Abs. 8 GWB	376
ff)	Zwischenergebnis	377
c)	Temporärer Ausschluss behördlicher Informationen, § 33g Abs. 5 GWB	378
d)	Herausgabeverweigerung aufgrund entsprechender Zeugnis- verweigerungsrechte, § 33g Abs. 6 i. V. m. § 89b Abs. 6 GWB	379

e) Zwischenergebnis	382
4. Zeitlicher Anwendungsbereich der Norm	383
5. Verjährung des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs	388
6. Bewertung und Zwischenergebnis	389
II. Inhalt des Anspruchs	392
1. Verpflichtung zur Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften	392
a) Herausgabe von Beweismitteln	392
b) Auskunftserteilung	396
c) Differenzierung und (Stufen-)Verhältnis?	399
2. Schadensersatzanspruch nach § 33g Abs. 8 GWB	400
3. Aufwandungserstattungsanspruch des Verpflichteten nach § 33g Abs. 7 GWB als Gegenanspruch	402
a) Inhalt	403
aa) Vorschusspflicht	403
bb) Zurückbehaltungsrecht	404
cc) Anwendung auch bei gerichtlicher Vorlageanordnung nach §§ 142 Abs. 1 ZPO i. V.m. 89b Abs. 1 GWB	406
dd) Spätere Erstattungsmöglichkeiten im Kartellschadens- ersatzprozess	408
(1) Als Teil der Gerichtskosten nach § 91 ZPO des Kartell- schadensersatzprozesses	408
(2) Als Teil der Rechtsverfolgungskosten im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 33a Abs. 1 GWB	409
b) Vereinbarkeit mit Richtlinie?	410
4. Zwischenergebnis	413
III. Prozessuale Durchsetzung des Anspruchs	414
1. Hauptsacheverfahren	415
a) Isolierte Klage auf Herausgabe der Beweismittel bzw. Auskunfts- erteilung nach § 33g Abs. 1, 2 GWB	416
b) Stufenklage nach § 254 ZPO	419
c) Vorlage im Kartellschadensersatzprozess nach § 33a Abs. 1 GWB	420
aa) Innerprozessuale Editions- und Auskunftspflichten nach § 89b Abs. 1 GWB i. V.m. § 142 ZPO	420
(1) Tatbestand	421
(a) Notwendigkeit des Verweises auf § 142 ZPO – „Rematerialisierung“ der prozessualen Urkunden- editionspflicht?	422
(b) Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung?	423
(c) Einzelne Tatbestandsvoraussetzungen	425
(d) Insbesondere: Möglichkeiten der Erzwingung nach	

§ 89b Abs. 1, 2 GWB und Vereinbarkeit mit Kartell- schadensersatzrichtlinie	426
(2) Rechtsfolge: Ermessen bei § 142 ZPO	429
(a) Vereinbarkeit mit der Kartellschadensersatzrichtlinie	430
(b) Europarechtskonforme Lösungsmöglichkeiten	431
(3) Bewertung	432
bb) Zwischenurteil nach § 89b Abs. 3 GWB	432
cc) Zwischenergebnis	437
2. Einstweiliger Rechtsschutz	438
a) Entwurf in § 89b Abs. 5 GWB-RegE	438
b) Regelung in § 89b Abs. 5 GWB	439
aa) Verfügungsgrund	440
bb) Verfügungsanspruch	444
cc) Ausschluss durch Vorwegnahme der Hauptsache	445
dd) Anhörungserfordernis	446
c) Daneben: Möglichkeiten der Geltendmachung im einstweiligen Rechtsschutz, insbesondere nach der Modifikation von § 89b Abs. 5 GWB-RegE	448
3. Vollstreckungsverfahren	451
a) Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g Abs. 1, 2 GWB	451
b) Erteilung von Auskünften nach § 33g Abs. 10 GWB	453
4. Bewertung	453
IV. Ausschluss anderer Informationsbeschaffungsmöglichkeiten und weitere Verwendung erlangter Beweismittel	455
1. § 89d Abs. 4 GWB	456
2. Materiell-rechtliche Ansprüche	457
3. Sonstige zivilprozessuale Mechanismen	458
a) Sekundäre Darlegungslast	458
b) Beweisvereitelung	459
4. Sonstige Informationsbeschaffungsmöglichkeiten	459
5. Verwendung erlangter Beweismittel	459
6. Zwischenergebnis	460
V. Bewertung	460
G. Ersuchen auf Offenlegung aus der Behördenakte nach § 89c GWB	466
I. Rechtsnatur	467
II. Zweistufiges Verfahren	469
1. Ersuchen des Gerichtes bei der Wettbewerbsbehörde	469
a) Antrag einer Partei	469

b)	In einem Rechtsstreit wegen eines Anspruchs nach §§ 33a Abs. 1 oder 33g Abs. 1, 2 GWB	471
c)	Glaubhaftmachen eines Anspruchs auf Schadensersatz nach § 33a Abs. 1 GWB	472
aa)	„Glaubhaftmachung“	472
bb)	Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 89c GWB	473
d)	Glaubhaftmachen der Unerreichbarkeit auf sonstige Weise	475
e)	Rechtsfolge: Pflichtgemäß auszuübendes Ermessen des Gerichts	476
2.	Kein Ausschluss des Ersuchens	476
a)	Unverhältnismäßigkeit nach § 89c Abs. 3 GWB	477
b)	Kronzeugenerklärungen, Vergleichsausführungen, interne Vermerke und Kommunikation nach § 89c Abs. 4 GWB	480
3.	Zugang der ersuchenden Partei zu Beweismitteln oder Auskünften	481
a)	Entsprechung im Antrag nach § 89c Abs. 1 GWB	482
b)	Erforderlichkeit	482
c)	Keine Unverhältnismäßigkeit	483
d)	Entscheidung des Gerichts über „Ob“ und „Wie“ des Zugangs zu vorgelegten Akten und Urkunden	483
e)	Freigabeverfahren nach §§ 89b Abs. 6, 89c Abs. 2 Satz 3, 4 GWB	484
III.	Verfahrensziel: Vorlegung von und Zugang zu Urkunden und Gegenständen sowie Erteilung amtlicher Auskünfte	485
IV.	Adressaten des Ersuchens	486
V.	Ausschluss anderer Informationsbeschaffungsmöglichkeiten bei den Kartellbehörden und Verwendung erlangter Beweismittel	487
VI.	Zwischenergebnis	493
H.	Vereinbarkeit der Normen mit den Grundlagen des Zivilprozessrechts, des Verfassungsrechts und des Europarechts	495
I.	Zivilprozessuale Vereinbarkeit	495
1.	Beibringungsgrundsatz	495
2.	(Prozessuale) Waffengleichheit	497
a)	Im Rahmen des § 33g Abs. 1 und Abs. 2 GWB	499
b)	Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 89b Abs. 5 GWB	502
3.	Ausforschungsverbot und Grundsatz <i>nemo contra se edere tenetur</i>	502
4.	Vorwegnahme der Hauptsache	506
5.	Zwischenergebnis	507
II.	Verfassungsrechtliche Vereinbarkeit	507

1. Beziehung des Zivil- und Zivilprozessrechts zum Verfassungsrecht	508
2. Prüfungsmaßstab	509
3. Betroffene Grundrechte	514
a) Recht auf Beweis	514
b) Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	523
c) Schutz personenbezogener Daten	528
d) Sonstige Grundrechte	531
4. Zwischenergebnis	532
III. Europarechtliche Vereinbarkeit	532
1. Umsetzung durch materiell-rechtliche Norm	533
2. Absoluter Schutz von Kronzeugenerklärungen und Vergleichs- ausführungen	533
3. Aufwändungerstattungsanspruch nach § 33g Abs. 7 GWB	534
4. Zwischenergebnis	534
IV. Ergebnis	535
I. Bewertung der neuen Regelung bezüglich der Auflösung der Informationsasymmetrie sowie künftige Tendenzen	537
I. Sachgerechte Auflösung bestehender Informationsasymmetrien durch das neue Herausgabe- und Auskunftsregime?	537
II. Vorschläge <i>de lege ferenda</i>	542
III. Norm mit Modellcharakter oder nicht nachahmenswerte Ausnahmenvorschrift?	544
J. Gefundene Ergebnisse in Thesen	546
K. Fazit	560
Literaturverzeichnis	563
Sachverzeichnis	595

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AVR	Archiv des Völkerrechts
BB	Betriebs-Berater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Cal. L. Rev.	California Law Review
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CMLRev	Common Market Law Review
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DS-GVO	Datenschutzgrundverordnung
DStR	Das deutsche Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E. L. Rev.	European Law Review
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ERCL	European Review of Contract Law
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
Eur. Competition L. Ann.	European Competition Law Annual
Eur. Rev. Priv. Law	European Review of Private Law
EuR-Beiheft	Europarecht Beiheft
euvr	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht

XXII

Abkürzungsverzeichnis

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWeRK	Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GRCh	Grundrechtecharta
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR Prax.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Herv. durch Verf.	Hervorhebung durch Verfasser
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. e.	im Sinne eine(r/s)
i. S. v.	im Sinne von
i. V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
jM juris	juris – Die Monatszeitschrift
jurisPK	juris Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
JVEG	Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
Maryland L. Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	Multimedia und Recht
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RabelZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

RW	Rechtswissenschaft
Texas L. Rev.	Texas Law Review
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Uniform L. Rev.	Uniform Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VuR	Verbraucher und Recht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
World Competition Law and Economics Rev.	World Competition Law and Economics Review
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht
ZZP-Int.	Zeitschrift für Zivilprozessrecht International

Im Übrigen richten sich die Abkürzungen nach *Kirchner, Hildebert* (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl., Berlin 2018 sowie *Duden, Konrad* (Begr.), Duden – Die deutsche Rechtschreibung, 28. Aufl., Berlin 2020.

A. Einleitung

„*ipsa scientia potestas est*“
Francis Bacon

I. Einführung

Illegale Kartelle schaden der Volkswirtschaft. Offener Wettbewerb hingegen sorgt dafür, dass endgültige Machtpositionen verhindert werden, die die Freiheit aller Marktteilnehmer bedrohen oder beseitigen.¹ Für die Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs spielt daher das Kartellrecht eine überragend wichtige Rolle.² Seit den 1950er-Jahren sind deshalb vor allem Preisabsprachen zwischen Wettbewerbern, aber auch die missbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht von Monopolisten nach europäischem und deutschem Recht untersagt.³ Traditionellerweise wird das Kartellrecht dabei im kontinentaleuropäischen Raum – anders als im US-amerikanischen Rechtskreis – behördlich durchgesetzt (*public enforcement*).⁴ In den letzten Jahrzehnten trat und tritt jedoch immer stärker die private Rechtsdurchsetzung mittels Kartellschadensersatzklagen zumeist auf deliktischer Grundlage hinzu (*private enforcement*). Hierbei machen benachteiligte Wettbewerber oder Abnehmer denjenigen Schaden geltend, der ihnen durch das Fehlverhalten der Kartellanten entstanden ist, etwa durch künstlich überhöhte Preise aufgrund von illegalen Preisabsprachen. Private Schadensersatzklagen im Kartellrecht haben mittlerweile eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung und Breitenwirkung. Allein im derzeit vor den Gerichten verhandelten sog. LKW-Kartell sind aktuell Klagen mit über 3.000 potentiell Geschädigten anhängig.⁵ Im Rahmen derartiger Verfahren werden teilweise Schadensersatzsummen in oberer dreistelliger Millionenhöhe gefordert.⁶ Mit der

¹ Wiedemann, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 3.

² Vgl. Bunte, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 13. Aufl. 2018, Einl. Rn. 116.

³ Im damaligen europäischen Recht nach Art. 85 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.03.1957 (EWG-Vertrag), im deutschen Recht durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) v. 27.07.1957, BGBl. I S. 1081.

⁴ Kamann, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Rn. 4.

⁵ Siehe dazu FAZ v. 15.12.2018, Nr. 292, S. 29.

⁶ So im bislang größten Verfahren vor dem LG München I, das am 24.10.2019 begonnen hat, vgl. <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/groesster-lkw-kartell-prozess-beginnt> (zuletzt abgerufen am 14.10.2021).

Zulassung derartiger Privatklagen soll nach Ansicht des EuGH nicht nur das Kompensationsinteresse des Einzelnen geschützt werden, sondern durch die Abschreckungswirkung auch die Funktionsfähigkeit des Marktes als Gemeinschaftsinteresse.⁷ Um diese Entwicklung zu intensivieren, hat der europäische Gesetzgeber die Richtlinie 2014/104/EU⁸ (im Folgenden „Kartellschadensersatzrichtlinie“) zur Förderung privater Kartellschadensersatzklagen erlassen, die den Klägern das gerichtliche Vorgehen erleichtern soll.

Gleichzeitig sieht sich nämlich der Kartellgeschädigte⁹, der vor der Überlegung steht, eine Klage zu erheben, mit entscheidenden Schwierigkeiten konfrontiert. Denn der Kartellprozess ist gekennzeichnet von einer asymmetrischen Informationsverteilung: Der vom Kläger darzulegende Kartellverstoß findet seiner Natur nach im Verborgenen statt, die zum Beweis nötigen Informationen liegen deshalb in der Regel außerhalb des klägerischen Zugriffsbereichs beim beklagten potentiellen Kartellanten. Dazu kommt, dass es sich um einen besonders faktenintensiven Prozess handelt, bei dem viele zur Schadensberechnung notwendige Informationen, etwa zur Marktentwicklung oder zum tatsächlichen aus der Kartellabsprache erwachsenden wirtschaftlichen Vorteil, allein beim Beklagten vorliegen.¹⁰ Diese Gemengelage machte isolierte Kartellschadensersatzklagen bisher oft zu einem schwierigen Unterfangen, weil es nach den traditionellen Grundsätzen der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) Aufgabe des Klägers ist, die notwendigen Informationen beizubringen und zu beweisen. Gleichzeitig eröffnet die ZPO dem Kläger bisher nur eingeschränkte Möglichkeiten, die nötigen Informationen zwangsweise vom Beklagten oder von Dritten zu beschaffen. Zugleich entwertet es jegliches materielle Recht, wenn eine prozessuale Durchsetzung nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten in Betracht kommt.

Diesen Befund bestätigte auch die von der EU-Kommission im Jahr 2004 in Auftrag gegebene *ashurst*-Studie¹¹, wonach die private Kartellrechtsdurchsetzung in Europa nicht nur völlig unterentwickelt sei, sondern auch erhebliche Unterschiede

⁷ Vgl. dazu ausdrücklich *EuGH*, Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 23 – „*Kone*“; Urt. v. 13.07.2006, Rs. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 91 – „*Manfredi*“; Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – „*Courage*“.

⁸ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union („Kartellschadensersatzrichtlinie“), ber. Fassung, ABl. EU Nr. L 349 v. 05.12.2014, S. 1 ff.

⁹ Aus Gründen besserer Lesbarkeit wird in der nachfolgenden Untersuchung die männliche Form gewählt. In der Sache sollen natürlich sämtliche Geschlechter von dieser Formulierung mitumfasst sein.

¹⁰ *Kommission*, Staff Working Paper accompanying the White Paper, SEC (2008) 404, Rn. 87 ff.

¹¹ *ashurst*, „Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules“, 31.08.2004, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf (zuletzt abgerufen am 14.10.2021).

zwischen den Mitgliedstaaten bestünden.¹² Das folgende Grün- und Weißbuch der Kommission identifizierte als prozessuales Hauptproblem derartiger kartellrechtlicher Schadensersatzklagen den mangelnden Zugang zu den notwendigen Beweismitteln.¹³ An dieser Stelle setzt die Kartellschadensersatz-Richtlinie an und statuiert u. a. prozessuale Offenlegungs- und Beweismittelherausgabepflichten (Art. 5 ff. der Richtlinie). Der deutsche Gesetzgeber hat die dortigen Vorgaben mit der 9. Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹⁴ im Jahr 2017 in § 33g GWB sowie §§ 89b ff. GWB umgesetzt und diese Umsetzung mit der 10. GWB-Novelle im Jahr 2021 punktuell ergänzt. Die hieraus hervorgegangenen Regelungen stehen im Zentrum der folgenden Untersuchung. Dabei geht die Arbeit der übergeordneten Forschungsfrage nach, ob die Neuregelung sich als inhaltlich und rechtstechnisch zielführende Lösung der durch die Informationsasymmetrie verursachten Schwierigkeiten erweist und insofern auch als Vorbild für andere Regelungsgebiete neben dem Kartellrecht dienen kann. Inhaltlich steht hierbei die Frage im Mittelpunkt, ob die Novelle das tripolare Spannungsverhältnis zwischen Offenlegungsinteresse, Vertraulichkeitsinteresse und öffentlichem Verfolgungsinteresse¹⁵ zufriedenstellend zu lösen vermag. In technischer Hinsicht ist vor allem klärungsbedürftig, ob sich die gefundene Neuregelung systematisch und dogmatisch in das bestehende Zivil- und Zivilverfahrenrechtssystem einfügt oder sich nicht doch als ein europäisch determinierter Fremdkörper erweist.

II. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung nimmt zunächst die vor der 9. GWB-Novelle bestehende Situation als Ausgangspunkt, um die private Kartellrechtsdurchsetzung durch Schadensersatzklagen (hierzu unter B.) zu beleuchten. Hierbei wird herausgearbeitet, welche Bedeutung der zivilprozessualen Durchsetzung zukommt (hierzu unter B.I.). Es sind insofern die Interessen des einzelnen Rechtsverfolgenden, aber auch das übergeordnete Interesse der Gemeinschaft in den Blick zu nehmen. In diesem Rahmen ist allgemein auf die Bedeutung des *private enforcement* des Kartellrechts – im Gegensatz zur administrativen Durchsetzung – einzugehen. Nachdem die betroffenen rechtli-

¹² Kamann, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Rn. 7 mit Verweis auf die *ashurst*-Studie.

¹³ *Kommission*, Grünbuch der Kommission v. 19.12.2005 „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, KOM (2005) 672 fin., S. 6 f., Nr. 2.1; *Kommission*, Staff Working Paper accompanying the Green Paper, KOM (2005) 672 fin., S. 13 Rn. 34; vgl. auch *Kommission*, Weißbuch der Kommission v. 02.04.2008 „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, KOM (2008) 165 fin., S. 5, Nr. 2.2.

¹⁴ Neues Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 01.06.2017, BGBl. I S. 1416 ff.

¹⁵ Müller-Graff, ZHR 179 (2015), 691, 704.

chen Interessen herausgearbeitet worden sind, muss auf die tatsächliche Situation (potentieller) Kartellschadensersatzkläger eingegangen werden (hierzu unter B.II.). Hier soll aufgezeigt werden, vor welchen tatsächlichen Schwierigkeiten Rechtssuchende im Bereich kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche stehen. Insbesondere ist die häufig zitierte institutionalisierte Informationsasymmetrie zu thematisieren, welche es dem Rechtssuchenden erschwert, die ihm zustehenden Rechte effektiv durchsetzen zu können. Die Untersuchung wendet sich sodann den Grenzen der Informationsbeschaffung zu: Hier ist das oftmals beschworene Ausforschungsverbot im deutschen Zivil- und Zivilprozessrecht in den Blick zu nehmen (hierzu unter B.III.). Dieses ist einerseits überhaupt auf seine Existenz, andererseits auf seine Grenzen hin zu untersuchen, um damit im weiteren Verlauf der Untersuchung auch Grenzen der neuen Informationsansprüche aufzeigen zu können.

Nachdem durch diesen Teil die Ausgangssituation der Informationsbeschaffung im Kartellrecht herausgearbeitet wurde, sind die bisherigen Instrumente der Informationsbeschaffung zu analysieren (hierzu unter C.). Dies dient dem Zweck, beurteilen zu können, inwiefern der neue Anspruch auf Beweismittelfreilegung eine tatsächliche Verbesserung darstellt. Zudem soll die Frage in den Blick genommen werden, ob die bisherige Gesamtdogmatik der Informationsbeschaffung durch die neuen Ansprüche durchbrochen wird. Dabei sind insbesondere die Defizite bereits bestehender Informationsbeschaffungsmöglichkeiten zu verdeutlichen. Hierzu soll zwischen der Informationsbeschaffung bei dem (potentiellen) Beklagten, bei Dritten, aber auch bei den beteiligten Behörden unterschieden werden. Gleichzeitig ist sowohl auf die vorprozessuale als auch die innerprozessuale Beweisbeschaffung einzugehen.

Im Anschluss an die Untersuchung der Defizite bestehender Möglichkeiten für den (potentiellen) Kläger ist sodann die europäische Richtlinie 2014/104/EU, die sog. Kartellschadensersatzrichtlinie, als Ausgangspunkt der Reformbewegung des nationalen Rechts zu thematisieren (hierzu unter D.). Hierbei wird in einem kurzen historischen Abriss die rechtliche Ausgangssituation aufgezeigt, die den Erlass dieser Richtlinie veranlasste. Daneben sind die spezifischen europäischen Offenlegungsregelungen als Basis des neuen deutschen Offenlegungsregimes kurz in den Blick zu nehmen, ehe sich der Fokus auf die deutsche Umsetzung richtet (hierzu unter E.). Dabei soll in einem vorgelagerten Kapitel zum einen auf die deutsche Umsetzungsgeschichte eingegangen werden, aber auch auf die Einordnung in die Gesamtsystematik des deutschen Rechts. In diesem Zusammenhang ist zum einen der Frage nachzugehen, ob die Umsetzung der Offenlegungsansprüche der Kartellschadensersatzrichtlinie primär im materiellen Recht oder gegebenenfalls im Prozessrecht verortet werden sollte. Zum anderen stellt sich aber auch die Frage, ob sich eine Umsetzung eher in Form eines Sonderprozessrechts anbietet oder gegebenenfalls doch in den allgemeinen Gesetzen hätte geschehen sollen. Hierbei soll in einem Exkurs zudem auf Fragen der Materialisierung des Prozessrechts, die insbesondere

von Europäisierungsschüben wie der hier in Rede stehenden Richtlinie getrieben werden, einzugehen sein, wobei diese Tendenzen kritisch zu evaluieren sind.

Nachdem durch diese Kapitel die Ausgangssituation der Problematik, der europäische Hintergrund des Anstoßes der Neuregelung und der allgemeine Rahmen der deutschen Umsetzung abgesteckt worden sind, wird sich die Untersuchung den neueregelten Normen selbst zuwenden. An diesem Punkt soll zunächst der Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften nach § 33g GWB in den Blick genommen werden (hierzu unter F.). Da dies das Herzstück der Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie bildet und ein Novum in dem eher informationsfeindlichen deutschen Recht darstellt, ist hier ein Schwerpunkt der Untersuchung zu legen. Im Einzelnen soll hierbei zunächst ein besonderer Augenmerk auf den einzelnen Tatbestandsmerkmalen liegen. Diese sind im Hinblick auf die bestehende Dogmatik und ihre europäische Herkunft auszulegen und einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Dabei kann allerdings die Untersuchung nicht stehenbleiben: Weiterhin ist der genaue Inhalt der neuen Anspruchsgrundlage zu klären und mit der bereits bestehenden deutschen Dogmatik in Einklang zu bringen. Daneben ist die prozessuale Durchsetzung dieses Anspruchs zu untersuchen, da materielle Ansprüche ohne effektive Durchsetzung inhaltsleer bleiben. Zuletzt soll auch auf die Konkurrenzverhältnisse zu bereits bestehenden Informationsbeschaffungsmöglichkeiten eingegangen werden.

Neben dem Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften vom Beklagten oder Dritten existiert durch die Neuregelung nunmehr nach § 89c GWB die Möglichkeit des gerichtlichen Ersuchens auf Offenlegung aus der kartellverfahrensrechtlichen Behördenakte (hierzu unter G.). Dies stellt einen Spurwechsel weg vom Akteneinsichtsrecht hin zu einem gerichtlich vermittelten prozessualen Einsichtsrecht dar. Dabei soll neben der Rechtsnatur dieser Vorschrift auch der Verfahrensgang kritisch beleuchtet werden und das damit erreichte Verfahrensziel. Zuletzt ist auch hier das Konkurrenzverhältnis zu bereits bestehenden Informationsbeschaffungsmechanismen gegenüber staatlichen Stellen zu untersuchen.

Nachdem die einzelnen Neuregelungen kritisch untersucht wurden, ist insgesamt zu fragen, ob diese mit dem bereits bestehenden Recht vereinbar sind (hierzu unter H.). Für das deutsche Zivilprozessrecht stellt sich die Frage der Vereinbarkeit insbesondere hinsichtlich des Beibringungsgrundsatzes, des Ausforschungsverbotes, des Grundsatzes prozessualer Waffengleichheit und des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache. Daneben ist jedoch auch die verfassungsrechtliche und europarechtliche Vereinbarkeit kritisch zu evaluieren. Zuletzt ist in einer Gesamtbewertung die Frage zu beantworten, ob die vom deutschen Gesetzgeber geschaffenen Regelungen die festgestellten Defizite der bisherigen Informationsbeschaffung beseitigen können oder ob es nicht im Einzelnen Änderungsvorschläge gibt (hierzu unter I.). Zuletzt ist fraglich, ob sich diese Art prozessbezogener Mitwirkungspflicht, die der deutsche Gesetzgeber geschaffen hat, als eine Modellregelung für weitere Rege-

lungsbereiche anbietet oder doch eher eine singuläre Ausnahme bleiben sollte. Abschließend ist nach Zusammenstellung der gefundenen Ergebnisse in Thesen ein Fazit zu ziehen (hierzu unter J. und K.).

B. Ausgangssituation

Im Rahmen dieser Untersuchung soll in einem ersten Teil zunächst auf die Hintergründe der neu geschaffenen Normen einzugehen sein: Als Ausgangspunkt ist die Bedeutung der zivilprozessualen Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen grundlegend in den Blick zu nehmen (hierzu unter I.). In diesem Zusammenhang sind die jeweils betroffenen Interessen des Einzelnen und der Allgemeinheit zu analysieren. Dabei ist insbesondere der Begriff des *private enforcement* kritisch zu beleuchtet und es ist zu entfalten, inwieweit er im Kartellrecht Anwendung findet. Danach schließt sich ein Blick auf die tatsächliche Ausgangssituation kartellrechtlicher Zivilklagen an und es sind kurz die bestehenden Informationsasymmetrien im Kartellprozess aufzuzeigen (hierzu unter II.). Die Untersuchung wendet sich sodann den Grenzen der Informationsbeschaffung zu: So ist konkret abzuklären, was unter dem oftmals beschworenen Ausforschungsverbot im deutschen Zivilprozess zu verstehen ist (hierzu unter III.).

I. Bedeutung der zivilprozessualen Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen

Eingangs ist zunächst klarzustellen, welchen übergeordneten Zielen eine zivilprozessuale Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen dient. Im Zuge dessen ist einerseits darauf einzugehen, welche privaten Durchsetzungsinteressen hinter derartigen Ansprüchen stehen (hierzu unter 1.). Die Betrachtung kann jedoch nicht bei dem Fokus auf rein privaten Interessen stehenbleiben: Es ist andererseits zu untersuchen, inwieweit auch ein öffentliches Durchsetzungsinteresse an der privatrechtlichen Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen besteht (hierzu unter 2.). In diesem Rahmen soll abgeklärt werden, was genau unter privater Durchsetzung oder auch *private enforcement* zu verstehen ist (hierzu unter 2.a)). Ferner thematisiert dieser Abschnitt, welche Vor- und Nachteile damit gegenüber der behördlichen Durchsetzung von Kartellrecht verbunden sind und wie sich das Konzept der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung öffentlicher Interessen historisch entwickelt hat (hierzu unter 2.b)). Zusammenfassend soll weiterhin die Frage in den Blick genommen werden, inwiefern ein öffentliches Durchsetzungsinteresse am Schutz des Wettbewerbs durch das Privat- bzw. Wirtschaftsrecht besteht und ein solches Durchset-

zungsinteresse auch ein legitimes gesetzgeberisches Interesse darstellt (hierzu unter 2.c)). Um sich danach konkreter dem Kartellrecht zuzuwenden, ist außerdem aufzuzeigen, welche Arten des genuin kartellrechtlichen *private enforcement* existieren (hierzu unter 2.d)), ehe ein Zwischenergebnis gezogen wird (hierzu unter 2.e)).

1. Privates Durchsetzungsinteresse

Da der Kartellschadensersatzanspruch im Grundsatz ein deliktischer Anspruch ist¹ lässt sich bei der Bestimmung des privaten Durchsetzungsinteresses auf die Zwecke des allgemeinen Deliktsrechts zurückgreifen.

Wie auch die Europäische Kommission in ihren Vorarbeiten zur Kartellschadensersatzrichtlinie betont², steht dabei zum einen – dem klassischen Verständnis deliktischer Schadensersatzansprüche verhaftet³ – die Kompensations- oder Ausgleichfunktion im Vordergrund.⁴ Demzufolge ist Ziel der Ausgleich des entstandenen Schadens, vornehmlich nach dem gesetzlichen System der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB.⁵ Wie sich auch aus Art. 3 Abs. 1 der Kartellschadensersatzrichtlinie ergibt, ist deren Ziel die Gewährleistung des vollständigen Ersatzes des Schadens, den eine natürliche oder juristische Person aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht erlitten hat. Gleichzeitig ist diese Kompensation aber auch funktional begrenzt, wie Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie statuiert. Hiernach darf der vollständige Ersatz nicht zu einer Überkompensation führen. Eine Art „Belohnungsfunktion“ des Schadensersatzes wie es sie bspw. mit den *treble damages*⁶ im

¹ Kersting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33a Rn. 1; Schaub, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 15. Aufl. 2020, Vorb. zu §§ 823 ff. Rn. 26; zur Vorgängervorschrift des § 33 GWB a.F. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 5. Aufl. 2014, § 33 Rn. 47.

² Vgl. bspw. *Kommission*, Weißbuch der Kommission v. 02.04.2008, KOM (2008) 165 fin., S. 9; *Kommission*, Staff Working Paper accompanying the Green Paper, KOM (2005) 672 fin., Rn. 4.

³ Spindler, in: BeckOGK-BGB, Stand 01.11.2020, § 823 Rn. 10; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 43; Hager, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, Vorb. zu § 823 Rn. 9; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, § 75 I 2.i).

⁴ Dazu im europäischen Kartellrecht *EuGH*, Urt. v. 06.06.2013, Rs. C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 24 – „*Donau Chemie*“; Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26 – „*Courage*“; vgl. allgemein dazu Fuchs, in: Fuchs/Weitbrecht, Handbuch private Kartellrechtsdurchsetzung, § 1 Rn. 15; Kamann, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Rn. 18, § 24 Rn. 19.

⁵ Spindler, in: BeckOGK-BGB, Stand 01.11.2020, § 823 Rn. 10; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 43; Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 7 Rn. 1.

⁶ *Treble damages* bezeichnet dabei die (automatische und obligatorische) Verdreifachung der Schadensersatzsumme. Deren Zweck ist Kompensation, Abschreckung und Sanktion gleichermaßen, vgl. dazu und allgemein zu *treble damages* im US-amerikanischen Kartellrecht *Cavanagh*, Tul. L. Rev. 61 (1986–1987), 777 ff., 782; allgemein *Salaschek*, Die kartellrechtlichen Sanktionssysteme der USA und der EU vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen Sanktionsumfelder, S. 124 ff.

US-Kartellrecht gibt, existiert im europäischen Rechtsraum somit nicht und wird auch nicht angestrebt.⁷

Daneben stellt sich jedoch bereits im Rahmen individueller Durchsetzungsinteressen des Anspruchsberechtigten die Frage, ob neben dieser klassischen Kompensationsfunktion des Deliktsrechts auch eine Präventionsfunktion anzuerkennen ist. Danach soll das Deliktsrecht durch die Überwälzung der Schadenskosten nicht nur dem Schadensausgleich (Kompensation), sondern auch der Schadensvermeidung dienen – die Androhung der Haftung soll demnach den Schädiger schon im Voraus von der Begehung abschrecken.⁸ Insbesondere der Europäische Gerichtshof betont stets auch die Präventionsfunktion des (europäischen) Kartellschadensersatzanspruchs, indem er in seinen Urteilen ausführt, dass ein derartiger Schadensersatzanspruch

„geeignet [sei], von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können“⁹.

Der EuGH betont damit auch die Mehrdimensionalität einer derartigen Prävention: Nicht nur der Einzelne soll von einer konkreten Rechtsverletzung abgehalten werden, gleichermaßen soll die Verhaltenssteuerung sämtlicher Marktteilnehmer angestrebt werden.¹⁰ Teilweise wird im deutschen Recht demgegenüber eine eigenständige Präventionsfunktion des Deliktsrechts kritisch betrachtet: So sei eine Verhaltenssteuerung allein als „erwünschtes Nebenprodukt“ anzusehen.¹¹ Angesichts der Tatsache, dass der BGH insbesondere im Bereich des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor den Medien sich mit der verhaltenssteuernden Funktion des Deliktsrechts befassen hat und diese ausdrücklich bejaht,¹² lässt sich eine bloße Qualifikation als „Nebenprodukt“ der Kompensationsfunktion nicht aufrecht

⁷ Kamann, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Rn. 18; vgl. auch Schröder, Die Verwaltung 50 (2017), 309, 325 f., welcher von „wohltemperierter“ Abschreckungswirkung spricht.

⁸ Vgl. Spindler, in: BeckOGK-BGB, Stand 01.11.2020, § 823 Rn. 11; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 45; Hager, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, Vorb. zu § 823 Rn. 10; Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 3 ff.; Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 7 Rn. 2; allgemein zur vermehrten Anerkennung präventiver Elemente Körner, NJW 2000, 241; Prinz, NJW 1996, 953.

⁹ EuGH, Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 23 – „Kone“; Urt. v. 13.07.2006, Rs. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 91 – „Manfredi“; Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – „Courage“.

¹⁰ Kamann, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Rn. 18.

¹¹ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, § 27 I, S. 423; in der Tendenz auch Canaris, in: Ahrens/Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz, Festschrift für Erwin Deutsch, 85, 105.

¹² BGH, Urt. v. 05.12.1995, NJW 1996, 984, 985: „Außerdem soll sie der Prävention dienen“; Urt. v. 15.11.1994, 861, 865: „Außerdem soll der Rechtsbehelf der Prävention dienen“; vgl. dazu Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 33.

erhalten.¹³ Gleichzeitig ist in tatsächlicher Hinsicht zu konstatieren, dass das bestehende Aufklärungsdefizit bei Kartellverstößen¹⁴ dazu führen kann, dass der auf Prävention gerichtete Schadensersatzanspruch im Rahmen des Kartellrechts eine nur eingeschränkte (öffentliche) Wirkung entfaltet.¹⁵

2. Öffentliches Durchsetzungsinteresse: Schutz der Institution des Wettbewerbs

Neben dem rein privaten Interesse des Klägers, einen erlittenen Schaden geltend zu machen, stellt sich die Frage, inwiefern die private Durchsetzung von Recht auch in den Dienst übergeordneter öffentlichen Interessen gestellt werden kann, bzw. zu stellen ist.

Der dahinterstehende Gedanke liegt – wie schlussendlich auch bei der soeben angesprochenen Präventionsfunktion im Rahmen deliktischer Schadensersatzansprüche – darin, dass dem Adressaten einer Norm durch Androhung abschreckender Sanktionen im Fall der Schädigung von Marktteilnehmern ein Anreiz zu normgemäßem Verhalten vermittelt werden soll. Somit wird mit den Mitteln des Haftungs- und Schadensrechts eine Verhaltenssteuerung angestrebt.¹⁶ Es stellt sich aber die Frage, inwiefern der Einzelne als ein *public attorney general*¹⁷ bzw. in der Funktion eines „Funktionär[s] der Gesamtrechtsordnung“¹⁸ von der Privatrechtsordnung eingesetzt werden kann, um in der Verteidigung seiner höchsteigenen Rechte übergeordneten Interessen des Gemeinwohls zu dienen.

Eingangs ist zunächst klarzustellen, dass Rechtsdurchsetzung an sich nicht zwingend durch den Staat erfolgen muss.¹⁹ Vielmehr kann dieser sich im Ausgangspunkt zur Regulierung öffentlicher Interessen neben dem öffentlichen Recht auch des Privatrechts bedienen.²⁰ Damit verbunden sind jedoch Befürchtungen, dass es zu einem

¹³ Die Präventivfunktion als eigenständige Funktion des Privatrechts bejahend *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 ff., 431; *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 46 f.

¹⁴ Siehe dazu im Folgenden unter B.II. sowie ausführlich unter C.

¹⁵ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 718.

¹⁶ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 668; vgl. auch *Oster*, EuR 2019, 578, 580, 589 f.

¹⁷ *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 707; vgl. allgemein zum Begriff *public attorney general Buxbaum*, Yale Journal of International Law 26 (2001), 219, 220, 222 f.; *Coffee Jr.*, Maryland L. Rev. 42 (1983), 215, 216 ff.; die Bezeichnung tauchte in diesem Zusammenhang erstmals im Urteil des U.S. Court of Appeals im Fall „*Associated Industries of New York State*“, Inc. v. Ickes, 134 f.2d 694, 702 (2d Cir. 1943) auf (nach Judge *Jerome Frank*: „Such persons, so authorized, are, so to speak, private Attorney Generals.“); vgl. dazu *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 54.

¹⁸ *Raiser*, in: Tübinger Juristenfakultät, Summum ius summa iniuria, 145, 159.

¹⁹ *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 31; *Waldhoff*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3; § 46 Rn. 14; vgl. auch *Becker*, NVwZ 2019, 1385, 1390.

²⁰ *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 31; *Schröder*, DVBl. 2019, 1097, 1103; *Schröder*, Die Verwaltung 50 (2017), 309, 333; vgl. auch *Schlacke*, VVDStRL 79 (2019), 169, 190.

Sachverzeichnis

- Abschriften 393
Akteneinsichtsrecht 166 ff., 467
Aktivlegitimation 278 ff.
Anhörung des Antragsgegners 446 f.
Anscheinsbeweis 141 ff., 271
Äquivalenzprinzip 205, 254 f.
ashurst-Studie 202
Aufwendungserstattungsanspruch 402 ff., 534
Ausforschung 36 ff., 314 f., 502 ff.
-*sbeweis* 36 ff., 119
-*sverbot* 36 ff., 502 ff.
Auskunft 72 ff., 178 f., 396 ff., 453
Aussetzung 417 f.
- Beibringungsgrundsatz 59, 495 ff.
Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnis *siehe*
Geschäftsgeheimnis
Beweislastumkehr 151 f., 402
Beweismittel 294 ff., 392 ff.
Beweisvereitelung 271, 345 ff., 401 f., 459
Bindungswirkung 138 ff., 312
Bonusregelung 140, 173 ff., 185, 358, 481
Bußgeldbescheid 135, 174, 378, 490
- confidentiality rings* 332
- depositions* 396
disclosure 215 ff., 231, 277, 389, 561
Dokumentenkatgorien 57, 196, 424, 504
„*Donau Chemie AG*“ 360 ff., 516 ff.
Düsseldorfer Modell 329 ff., 342 ff.
- economic unit approach* 306
Effektivitätsprinzip 185, 205 f., 216, 254 ff.,
365
effet utile 22, 217 f., 373, 533
eidesstattliche Versicherung 80, 398, 444
„*EnBW*“ 196 ff., 360 ff., 534
- Enforcement*-Richtlinie 218 ff., 290 f., 297,
343
erforderlich 79, 181, 297 ff., 403, 482 f.
Europäisierung 248 ff., 561
- faktenintensiv 2, 34, 239, 273
falsa demonstratio 435
fishing expedition 65, 231, 291, 299, 504 f.
Follow-on-Klagen 13, 32 f., 391, 463, 541
Fragmentierung 273 ff.
Freigabeverfahren 342 ff., 376 f., 379 ff., 484 f.
- Geschäftsgeheimnisgesetz 320, 333, 339 ff.
Geschäftsgeheimnis 319 ff., 339 f., 347 ff., 525
glaubhaft *siehe Glaubhaftmachung*
Glaubhaftmachung 287 ff., 439 ff., 472 f.,
475 f.
Grundauskunft 316 f., 478
- Herausgabe 392 ff.
Hybrid 234 ff., 342 ff., 421 ff., 432, 540 ff.
- in-camera*-Verfahren 334 ff.
Informationsasymmetrie 34 ff., 304, 537 ff.
ins Blaue hinein 40 ff., 68, 504
Institutionenschutz 15 ff., 29, 497
intertemporär 383
- Justizgewährungsanspruch 515 ff.
- Kartellbefangenheit 144 ff.
Kartellschadensersatzrichtlinie 200 ff., 362 ff.
Kartellverstoß 128, 130, 139, 286 f.
Kompensationsfunktion 9
Konstitutionalisierung 269, 508
Kopien 393 f., 399, 450, 487
Kronzeugenerklärung 174, 355 ff., 480 f.,
514 ff., 533

- Labor 238, 544, 560
legal privilege 380
- Mangelnde Bestimmtheit 38 ff.
 Materialisierung 241 f., 247 ff., 266 ff., 422, 560
 Mitwirkungspflicht 64, 88 ff., 235 f., 540, 544
 Mobilisierung des Bürgers 15, 20 ff.
 Modellcharakter 544 f.
 Modellregelung 545, 561
- nemo contra se edere tenetur* 35 f., 57 ff., 134, 234, 502 f.
 Nichtigkeitsklage 368 ff.
- Offenlegung 207 ff., 394, 466 ff.
- passing-on-defence* 136, 308 f., 500, 502
 Passivlegitimation 281 ff., 305 f., 471
 personenbezogene Daten 173, 179 f., 524 f., 528 ff., 536
 „*Pfleiderer*“ 174, 183, 359 ff., 516 ff., 533
 Plausibilität 42 f., 68 f., 214 f., 291 f., 504
 Präventionsfunktion 9 f.
pre-trial-discovery 35, 231, 277, 438, 502
 Primärrechtswidrigkeit 362 ff., 378
private enforcement 1, 11 f., 238, 541, 561
 Prozeduralisierung 266
 Prozessuale Aufklärungspflicht 88 ff.
 prozessuale Waffengleichheit 273 ff., 447, 497 ff., 531, 542 f.
public enforcement 1, 11 f., 206, 314, 357
- Recht auf Beweis 97, 514 ff., 539
 Recht auf effektiven Rechtsschutz 515
 Recht auf ein faires Verfahren 498, 515 ff.
 Rechtsanwalt 170 f., 322, 336 f., 350, 379 ff.
 relevant 297 f.
 Rematerialisierung 422 f., 464
 Ruhen des Verfahrens 418
- Sachdienlichkeit 325 f., 484
 Sachverständiger 294 ff., 342 ff., 395, 538
 Sanktionen 354, 415 ff., 427 ff., 436
 Schadensschätzung 152 ff.
 sekundäre Darlegungslast 48 ff., 61 f., 130 ff., 225 f., 458 f.
 selbständiges Beweisverfahren 53 ff., 117 ff., 342 ff.
- soft law* 329 ff.
 Sonderprozessrecht 236 ff., 261 ff., 452
 Sonderverbindung 73 ff., 157 f., 228 f.
 sozialer Zivilprozess 247
 Spruchverfahren 338 f.
Stand-alone-Klagen 32 f., 74, 391, 463, 541
Storme-Entwurf 95, 267
 Stufenklage 81 f., 220, 227 ff., 419 f., 453
 Stufenverhältnis 399 f.
- tatsächliche Verfügungsgewalt 282
 tatsächliche Vermutung 145 ff., 149 ff.
 Teilurteil 227, 435 f., 454, 542
 Transparenzverordnung 194 ff., 360 ff., 491 f.
- umbrella pricing* 145
 Unverhältnismäßigkeit 310 ff., 477 ff., 483
siehe Verhältnismäßigkeit
 Urkundenvorlage 94 ff., 123 ff., 159 ff., 426 ff., 542
- Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten 204 ff., 249 ff., 265, 365
 Verfügungsanspruch 444 f.
 Verfügungsgrund 440 ff.
 Vergleichsausführung 209 f., 355 ff., 480 f., 513 ff., 533 ff.
 Verhältnismäßigkeit 310 ff., 318, 477 ff., 483, 519 ff.
 Veröffentlichung 164, 189 ff., 326, 517
 Verschwiegenheitsverpflichtung 332, 349 f.
 vertrauliche Informationen 193, 208, 319 ff., 399, 415
 Vertraulichkeitskreise 332, 349
 Vollstreckungsverfahren 451
 Vorabentscheidungsverfahren 369 ff.
 Vorlageanordnung 47 ff., 99 ff., 160, 426 ff., 543
 vorprozessual 287, 499 ff.
 Vorschusspflicht 318, 403 f., 414, 554
 Vorwegnahme der Hauptsache 438, 445 ff., 506 f.
- Wahrheitsfiktion 109, 227, 428, 436, 542
 Wahrscheinlichkeit, gewisse 134, 292
 –, hinreichende 287, 352, 504
 –, überwiegende 288 ff., 444, 472 f.
 Wirtschaftsprüfervorbehalt 78, 334, 341 f., 351

Zeitlicher Anwendungsbereich 383 ff.
Zumutbarkeit 77 ff., 103 ff., 131 ff., 303 f.,
424 f.

Zurückbehaltungsrecht 404 ff.
Zwangsgeld 222 f., 428 f., 452 ff., 540
Zwischenurteil 233, 432 ff., 454, 463 f., 540 ff.