

LENA HORNKOHL

# Geschäftsgeheimnisschutz im Kartellschadensersatzprozess

*Beiträge zum Kartellrecht*

---

**Mohr Siebeck**

# Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von  
Michael Kling und Stefan Thomas

14





Lena Hornkohl

# Geschäftsgeheimnisschutz im Kartellschadensersatzprozess

Die Offenlegung von Beweismitteln  
und der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im  
Kartellschadensersatzrecht nach Umsetzung  
der Kartellschadensersatzrichtlinie

Mohr Siebeck

*Lena Hornkohl*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg und Uppsala; 2014 Erste Juristische Staatsprüfung; Rechtsreferendariat in Heidelberg, Frankfurt und Brüssel; 2016 Zweite Juristische Staatsprüfung; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung der Universität Heidelberg; 2019 LL.M. College of Europe Brügge; 2019–2020 Tätigkeit als Rechtsanwältin in Brüssel; 2020 Promotion; derzeit Senior Research Fellow am Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law. [orcid.org/0000-0001-5157-618X](https://orcid.org/0000-0001-5157-618X)

ISBN 978-3-16-160248-1 / eISBN 978-3-16-160249-8

DOI 10.1628/978-3-16-160249-8

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.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://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 Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im Wintersemester 2020/2021 als Dissertation angenommen. Entstanden ist das Manuskript zum Großteil während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg in den Jahren 2015–2018. Später erschienene Literatur und Rechtsprechung wurden, soweit möglich, bis März 2021 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt

vor allem meinem verehrten Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff, Ph.D.h.c., MAE für die jahrelange Unterstützung und Förderung, die für mich eine ungemeine persönliche und wissenschaftliche Bereicherung darstellt,

dem Zweitgutachter Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess für die zügige Korrektur sowie das entgegengebrachte Vertrauen und die weitere Fürsprache,

dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses Prof. Dr. Christoph A. Kern für die spannende Diskussion im Rahmen der Disputation,

Prof. Dr. Michael Kling und Prof. Dr. Stefan Thomas für die Aufnahme in die Schriftenreihe,

der Konrad-Adenauer-Stiftung für deren großzügige Förderung,

dem Austauschprogramm der Universitäten Heidelberg – Cambridge und der Juristischen Fakultät der Universität Cambridge für den Forschungsaufenthalt im Sommer 2017,

der Unit A/4 „ECN and Private Enforcement“ der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission sowie Dr. Rainer Becker für die internen Einblicke in das europäische Kartellschadensersatzrecht,

meiner Mutter Sabine Fischer-Hornkohl für das sorgfältige Durchlesen dieser und vieler weiterer Texte,

Ursula Hartenstein für unzählige bereichernde und aufmunternde Gespräche am Lehrstuhl,

und vor allem Fatma Türkoglu von *Coffeein* Heidelberg, ohne deren hervorragenden Kaffee diese Arbeit niemals fertiggestellt worden wäre.

Dank für ihre kontinuierliche Unterstützung gebührt ferner meiner Familie – Volker, Sabine, Laura und Jan – sowie meinen zahlreichen Professoren, Mentoren, Freunden, Lehrstuhl-, Instituts- und Studienkollegen aus Brügge, Brüssel, Cambridge, Heidelberg, Kiew, Krakau, Luxemburg, Mainz und Minden, deren namentliche Aufzählung hier jeden Rahmen sprengen würde. Besonders hervorheben möchte ich dennoch meine ewigen Leidensgenossen Tianyu Yuan und Veronika Gaile, die je ganz auf ihre Weise entscheidend zum Gelingen jeglicher meiner rechtswissenschaftlichen Leistungen der letzten 10 Jahre beigetragen haben.

Luxemburg, im April 2021

Lena Hornkohl

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXIII
Einführung .....	1
<i>A. Problemstellung</i> .....	1
<i>B. Gang der Untersuchung</i> .....	5
<i>C. Eingrenzung des Themengebietes</i> .....	6
Kapitel 1: Das Bedürfnis für eine Offenlegung von Beweismitteln im Rahmen der privaten Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen .....	7
<i>A. Beweisführung, Darlegungs- und Beweislast als Herausforderung im Kartellschadensersatzprozess</i> .....	7
<i>B. Die Beweiserleichterungen und Beweishilfen im Kartellschadensersatzprozess und ihre Grenzen</i> .....	33
<i>C. Auswirkungen der Beweismöglichkeiten auf das Klagerecht Geschädigter und das Bedürfnis für Offenlegungsansprüche</i> .....	59
<i>D. Fazit</i> .....	82
Kapitel 2: Der Konflikt mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen bei der Offenlegung von Beweismitteln im Kartellschadensprozess .....	83
<i>A. Geschäftsgeheimnisse: Definition, Schutzbedürftigkeit und Verankerung im Recht</i> .....	84
<i>B. Geschäftsgeheimnisse im Kartellschadensersatzrecht</i> .....	102

<i>C. Der Konflikt zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteresse und Fazit</i> .....	118
<b>Kapitel 3: Der konzeptionelle Ausgleich von Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteresse</b> .....	121
<i>A. Ausgangspunkt: Die effektive Offenlegung von notwendigen Beweismitteln unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen</i> .....	122
<i>B. Ausnahme: Offenlegung mit Schutzmaßnahmen für Geschäftsgeheimnisse als Ausgleich zwischen Informations- und Geheimhaltungsinteresse</i> .....	123
<i>C. Ultima-Ratio-Situationen: die Rückausnahmen</i> .....	126
<i>D. Fazit</i> .....	133
<b>Kapitel 4: Die Kartellschadensersatzrichtlinie</b> .....	135
<i>A. Die Offenlegung von Beweismitteln</i> .....	135
<i>B. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen</i> .....	171
<i>C. Stellungnahme zum Ausgleich von Offenlegungsinteresse und Geschäftsgeheimnisschutz</i> .....	181
<i>D. Fazit</i> .....	186
<b>Kapitel 5: Die deutsche Umsetzung im GWB</b> .....	187
<i>A. Die Offenlegung von Beweismitteln</i> .....	187
<i>B. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen</i> .....	227
<i>C. Stellungnahme zum Ausgleich von Offenlegungsinteresse und Geschäftsgeheimnisschutz</i> .....	239
<i>D. Fazit</i> .....	244
<b>Kapitel 6: Prozessualer Geschäftsgeheimnisschutz</b> .....	247
<i>A. Mögliche Schutzmaßnahmen</i> .....	248
<i>B. Auswahl und Ausgestaltung konkreter Maßnahmen für den Einzelfall</i> .....	291
<i>C. Umsetzung in der Praxis des Kartellschadensersatzrechts</i> .....	294
<i>D. Fazit</i> .....	297

Kapitel 7: Privatautonome Regelungen .....	299
<i>A. (Prozess) Vereinbarungen zur autonomen Regelung des         Geschäftsgeheimnisschutzes im Kartellschadensersatzprozess .....</i>	299
<i>B. Zulässige, zumindest teilweise Vermeidung der         gesetzlichen Offenlegungsregeln .....</i>	301
<i>C. Fazit .....</i>	308
Zusammenfassung in Thesen .....	311
Literaturverzeichnis .....	317
Sachregister .....	345



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXIII
Einführung .....	1
<i>A. Problemstellung</i> .....	1
<i>B. Gang der Untersuchung</i> .....	5
<i>C. Eingrenzung des Themengebietes</i> .....	6
<b>Kapitel 1: Das Bedürfnis für eine Offenlegung von Beweismitteln im Rahmen der privaten Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen</b> .....	<b>7</b>
<i>A. Beweisführung, Darlegungs- und Beweislast als Herausforderung im Kartellschadensersatzprozess</i> .....	<i>7</i>
I. Der Kartellschadensersatzprozess als Zivilprozess .....	8
II. Besonderheiten im Kartellschadensersatzprozess .....	9
1. Die Beweisführung des Geschädigten .....	9
a) Aktivlegitimation .....	9
b) Passivlegitimation .....	10
c) Der haftungsbegründende Tatbestand .....	11
aa) Der Kartellrechtsverstoß als Verletzungshandlung ...	11
bb) Die Rechtswidrigkeit .....	13
cc) Das Verschulden .....	13
dd) Die haftungsbegründende Kausalität .....	14
d) Der haftungsausfüllende Tatbestand .....	16
aa) Die Schadensentstehung .....	16
bb) Umfang und Berechnung des Kartellschadensersatzes .....	17
(1) Die Ermittlung des Preisüberhöhungsschadens ...	18

(2) Die Ermittlung des entgangenen Gewinns .....	21
(3) Zinsen .....	21
cc) Die haftungsausfüllende Kausalität .....	22
(1) Besonderheiten beim Anspruch der mittelbaren Abnehmer .....	22
(2) Besonderheiten beim Anspruch der Abnehmer von Kartellaußenseitern .....	23
dd) Der haftungsausfüllende Tatbestand als besondere Herausforderung .....	25
2. Die Beweisführung des Schädigers .....	27
a) Die Vorteilsausgleichung im Kartellschadensersatzprozess durch den Weiterwälzungseinwand .....	28
b) Das Mitverschulden, § 254 BGB .....	31
III. Zwischenergebnis .....	32
<i>B. Die Beweiserleichterungen und Beweishilfen im Kartellschadensersatzprozess und ihre Grenzen .....</i>	33
I. Die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen .....	33
1. Der Anwendungsbereich der Bindungswirkung .....	33
2. Umfang und Grenzen der Bindungswirkung .....	36
3. Zwischenergebnis .....	39
II. Die sekundäre Darlegungslast für den Weiterwälzungseinwand	40
III. Beweislastumkehr für das Verschulden im Kartellschadensersatzrecht? .....	41
IV. Die Vermutungen und Anscheinsbeweise im Kartellschadensersatzprozess .....	41
1. Vermutungen .....	41
a) Die Schadensvermutung .....	41
b) Die Weiterwälzungsvermutung .....	44
2. Anscheinsbeweise .....	46
3. Zwischenergebnis .....	48
V. Schätzungen .....	48
1. Schadensschätzung .....	49
2. Schätzung der Weiterwälzung .....	52
3. Zwischenergebnis .....	52
VI. Beweiserleichterung für den entgangenen Gewinn (§ 252 S. 2 BGB) .....	53
VII. Beteiligung der Kartellbehörden am Zivilverfahren und deren Öffentlichkeitsarbeit .....	53
1. Die Kartellbehörden als <i>amicus curiae</i> .....	53
a) Die Beteiligung aus eigener Initiative .....	53
b) Die Beteiligung der Kartellbehörden infolge gerichtlichen Ersuchens .....	55

2. Die Veröffentlichung von Entscheidungen und weitere Öffentlichkeitsarbeit der Kartellbehörden .....	56
VIII. Zwischenergebnis .....	57
C. <i>Auswirkungen der Beweismöglichkeiten auf das Klagerecht Geschädigter und das Bedürfnis für Offenlegungsansprüche</i> .....	59
I. Die Informationsasymmetrie im Kartellschadensersatzrecht ....	59
1. Geheime Kartellabsprachen als Prototyp des Kartellrechtsverstoßes .....	60
2. Schwieriger Nachweis bei unzureichenden Beweiserleichterungen .....	61
3. Inhaber der notwendigen Beweismittel .....	62
a) Die jeweiligen Prozessgegner .....	62
b) Die sonstigen Dritten .....	63
c) Die Kartellbehörden .....	63
aa) Ermittlungsunterlagen .....	64
bb) Kronzeugenunterlagen .....	64
(1) Unternehmensklärung .....	66
(2) Weitere Beweismittel .....	66
cc) Vergleichsausführungen .....	67
4. Zwischenergebnis .....	68
II. Die Gefährdung fundamentaler Rechte und Prinzipien durch die Informationsasymmetrie .....	69
1. Die effektive Durchsetzung des europäischen Kartellrechts	69
2. Das Kompensationsprinzip .....	70
3. Die prozessuale Waffengleichheit .....	71
4. Der effektive Rechtsschutz und die Justizgewährleistung ....	72
5. Zwischenergebnis .....	73
III. Lösung durch die Offenlegung von Beweismitteln .....	73
1. Keine bestehenden Offenlegungspflichten im allgemeinen deutschen Zivilprozess .....	73
2. Notwendigkeit der Offenlegung .....	75
3. Grundsätzliche Kritikpunkte .....	77
a) Widerspruch zum Geheimwettbewerb und zum Selbstständigkeitspostulat im Kartellrecht .....	77
b) Zivilprozessuale Systemfremdheit von Offenlegungsregeln .....	79
c) Sonderprozessrecht für Kartellrecht .....	80
d) Zwischenergebnis .....	81
D. <i>Fazit</i> .....	82

Kapitel 2: Der Konflikt mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen bei der Offenlegung von Beweismitteln im Kartellschadensprozess .....	83
<i>A. Geschäftsgeheimnisse: Definition, Schutzbedürftigkeit und Verankerung im Recht .....</i>	<i>84</i>
I. Begriff und Definition des Geschäftsgeheimnisses .....	85
1. Information .....	85
2. Unternehmensbezug .....	86
3. Nichtoffenkundigkeit .....	87
4. Geheimhaltungswille .....	90
5. Geheimhaltungsinteresse .....	91
II. Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit von Geschäftsgeheimnissen im Allgemeinen .....	92
1. Wert für das Unternehmen .....	92
2. Wettbewerbsrelevanz .....	93
III. Rechtliche Verankerung von Geschäftsgeheimnissen .....	95
1. Unionsrecht .....	95
2. Deutsches Recht .....	99
IV. Zwischenergebnis .....	102
<i>B. Geschäftsgeheimnisse im Kartellschadensersatzrecht .....</i>	<i>102</i>
I. Informationen, die einen Kartellrechtsverstoß belegen: Schutz von rechtswidriger Information als Geschäftsgeheimnis? .....	102
II. Geschäftsgeheimnisgegenstände im Kartellschadensersatzrecht .....	106
1. Geschäftsgegenstände im Allgemeinen .....	106
2. Benötigte Geschäftsgeheimnisgegenstände für den Kartellschadensersatzprozess .....	107
3. Persönliche Reichweite der Geschäftsgeheimnisse im Kartellschadensersatzprozess .....	110
a) Parteien im Kartellschadensersatzprozess .....	111
b) Dritte .....	111
c) Kartellbehörden .....	112
aa) Geschäftsgeheimnisse in Kronzeugenunterlagen? ....	112
(1) Unternehmenserklärung .....	112
(2) Sonstige Beweismittel .....	113
(3) Besondere Stellung von Kronzeugenunterlagen wegen Geschäftsgeheimnissen? .....	114
bb) Geschäftsgeheimnisse in Vergleichsausführungen? ...	116
4. Zeitliche Reichweite von Geschäftsgeheimnissen im Kartellschadensersatzprozess .....	116
III. Zwischenergebnis .....	117

C. <i>Der Konflikt zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteresse und Fazit</i> .....	118
<b>Kapitel 3: Der konzeptionelle Ausgleich von Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteresse</b> .....	121
A. <i>Ausgangspunkt: Die effektive Offenlegung von notwendigen Beweismitteln unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen</i> .....	122
B. <i>Ausnahme: Offenlegung mit Schutzmaßnahmen für Geschäftsgeheimnisse als Ausgleich zwischen Informations- und Geheimhaltungsinteresse</i> .....	123
C. <i>Ultima-Ratio-Situationen: die Rückausnahmen</i> .....	126
I. <i>Verhältnismäßige Abwägung von Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteresse</i> .....	127
II. <i>Offenlegung ohne Schutzmaßnahmen</i> .....	133
III. <i>Ausschluss der Offenlegung</i> .....	133
D. <i>Fazit</i> .....	133
<b>Kapitel 4: Die Kartellschadensersatzrichtlinie</b> .....	135
A. <i>Die Offenlegung von Beweismitteln</i> .....	135
I. <i>Richtlinienkonzept: Innerprozessuale Offenlegung</i> .....	136
II. <i>Die Voraussetzungen der Offenlegung von Beweismitteln</i> .....	138
1. <i>Die Offenlegung vom Beklagten</i> .....	138
a) <i>Normalfall (Art. 5 Abs. 1 S. 1 KartSchRL)</i> .....	138
aa) <i>Antrag des Klägers mit substantiiertes Begründung und Plausibilität des Schadensersatzanspruchs</i> .....	139
bb) <i>Benennung der Beweismittel (Art. 5 Abs. 2 KartSchRL)</i> .....	141
cc) <i>Relevanz der offenzulegenden Beweismittel</i> .....	142
dd) <i>Verhältnismäßigkeit der Offenlegung (Art. 5 Abs. 3 KartSchRL)</i> .....	143
b) <i>Der mittelbare Abnehmer als Kläger (Art. 14. Abs. 1 letzter Hs. KartSchRL)</i> .....	145
2. <i>Die Offenlegung vom Kläger</i> .....	147
a) <i>Normalfall (Art. 5 Abs. 1 S. 2 KartSchRL)</i> .....	147
b) <i>Die Offenlegung vom Kläger für den Weiterwälzungseinwand (Art. 13 S. 2 KartSchRL)</i> .....	148
3. <i>Die Offenlegung vom Dritten</i> .....	149
4. <i>Die Offenlegung von Beweismitteln aus Akten der Wettbewerbsbehörde (Art. 6, 7 KartSchRL)</i> .....	150

a)	Der Regelungsbereich von Art. 6 KartSchRL .....	150
b)	Die Ausnahmetatbestände des Art. 6 KartSchRL .....	151
aa)	Die graue Liste (Art. 6 Abs. 5 KartSchRL) .....	151
bb)	Die schwarze Liste (Art. 6 Abs. 6 KartSchRL) .....	153
(1)	Beweismittelarten im Sinne von Art. 6 Abs. 6 KartSchRL .....	154
(2)	Verfahren .....	157
cc)	Flankierende Regelung: Verwendungsbeschränkungen (Art. 7 KartSchRL) .....	158
dd)	Interne Unterlagen von Wettbewerbsbehörden (Art. 6 Abs. 3 KartSchRL) .....	159
c)	Regeln für offenlegbare Aktenbestandteile .....	160
aa)	Gegenstand der offenlegbaren Aktenbestandteile ....	160
bb)	Besondere Verhältnismäßigkeitsaspekte .....	161
III.	Anordnung und Rechtsfolgen der Offenlegung .....	162
IV.	Sonstige flankierende Regelungen .....	163
1.	Anwaltsprivileg (Art. 5 Abs. 6 KartSchRL) .....	163
2.	Anhörung (Art. 5 Abs. 7 KartSchRL) .....	164
3.	Sanktionen (Art. 8 KartSchRL) .....	164
4.	Zeitliche Anwendbarkeit (Art. 22 KartSchRL) .....	165
V.	Stellungnahme und Zwischenergebnis .....	165
1.	Offenlegungsregeln zur Überwindung der Informationsasymmetrie unter bestimmten Voraussetzungen und Terminologie .....	165
2.	Vereinfachte Substantiierung des Schadensersatzanspruches und Bezeichnung von Beweismitteln .....	167
3.	Fokus auf die Offenlegung von Wettbewerbsbehörden .....	169
4.	Flankierende Maßnahmen .....	170
B.	<i>Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen</i> .....	171
I.	Allgemeiner Geschäftsgeheimnisschutz durch das System der Offenlegung in der Richtlinie .....	171
II.	Einzelfallabwägung und Schutzmaßnahmen nach Art. 5 Abs. 3, Abs. 4 KartSchRL .....	172
1.	Das System des Art. 5 Abs. 3 lit. c und Abs. 4 KartSchRL ...	172
2.	Die einzelnen Abwägungskriterien beim Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen .....	176
3.	Die von der Richtlinie vorgesehenen Schutzmaßnahmen für Geschäftsgeheimnisse bei der Offenlegung (Art. 5 Abs. 4 S. 2 KartSchRL) .....	177
4.	Die Vertraulichkeitsmitteilung der Kommission .....	178
5.	Exkurs: Anwendbarkeit der Maßnahmen aus Art. 9 GGRL .....	179

III. Weitere flankierende Regelungen zum Geschäftsgeheimnisschutz .....	179
IV. Zwischenergebnis .....	180
<i>C. Stellungnahme zum Ausgleich von Offenlegungsinteresse und Geschäftsgeheimnisschutz .....</i>	181
I. Basisregelung durch die Richtlinienbestimmungen .....	181
II. Maßgebliche Kritikpunkte .....	182
1. Keine Definition von Geschäftsgeheimnissen .....	182
2. Fehlendes Zwischenverfahren .....	183
3. Unzureichende Schutzmaßnahmen für Geschäftsgeheimnisse bei ihrer Offenlegung .....	184
<i>D. Fazit .....</i>	186
<b>Kapitel 5: Die deutsche Umsetzung im GWB .....</b>	187
<i>A. Die Offenlegung von Beweismitteln .....</i>	187
I. Das Umsetzungskonzept .....	187
II. Der Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften (§ 33g GWB) .....	189
1. Die Angriffssituation (§ 33g Abs. 1 GWB) .....	189
a) Aktivlegitimation .....	189
b) Passivlegitimation .....	190
c) Bezug zum Schadensersatzanspruch .....	190
aa) Glaubhaftmachung .....	191
bb) Schadensersatzanspruch .....	192
d) Erforderliche Beweismittel zur Erhebung eines Schadensersatzanspruchs .....	193
e) Genaue Bezeichnung der Beweismittel .....	193
2. Die Verteidigungssituation (§ 33g Abs. 2 GWB) .....	194
3. Die Ausschlussstatbestände .....	194
a) Die schwarze Liste (§ 33g Abs. 4 GWB) .....	195
b) Die graue Liste (§ 33g Abs. 5 GWB) .....	195
c) Verhältnismäßigkeit (§ 33g Abs. 3 GWB) .....	196
4. Verweigerungsrechte (§ 33g Abs. 6 GWB) .....	197
5. Rechtsfolgen .....	197
a) Herausgabe von Beweismitteln .....	197
b) Erteilung einer Auskunft (§ 33g Abs. 10 GWB) .....	198
6. Isolierte, prozessuale Geltendmachung des materiell- rechtlichen Anspruchs .....	199
a) Besonderheiten für die Glaubhaftmachung .....	200
b) Aussetzung des Kartellschadensersatzprozesses .....	200

III. Innerprozessuale Offenlegung .....	201
1. Stufenklage .....	201
2. Die innerprozessuale Offenlegung über §§ 89b, 89d Abs. 4 S. 1 GWB .....	202
a) Besonderheiten für §§ 142, 422, 428, 429 ZPO .....	202
b) Zwischenurteil (§ 89b Abs. 3 GWB) .....	204
IV. Einstweiliger Rechtsschutz .....	205
V. Offenlegung aus Behördenakten (§ 89c GWB) .....	206
1. Das Vorlageersuchen (§ 89c Abs. 1 GWB) .....	206
a) Voraussetzungen .....	206
b) Rechtsfolge .....	208
2. Die Zugänglichmachung der Urkunden, Gegenstände und Auskunft des Vorlageersuchens (§ 89c Abs. 2 GWB) .....	209
a) Voraussetzungen des Antrags auf Zugänglichmachung .....	209
b) Verfahren der Zugänglichmachung .....	210
VI. Sonstige Verfahrensregelungen .....	211
1. Prüfverfahren bei Unterlagen der schwarzen Liste (§ 89b Abs. 8 GWB) .....	211
2. Beweisverwertungsverbote und Beweisregeln .....	212
a) Verwertungsverbot im Straf- und Ordnungswidrigkeitsprozess (§ 33g Abs. 9 GWB) .....	212
b) Beweismittel aus Akteneinsicht (§ 89d Abs. 1–3 GWB) .....	213
VII. Sonstige flankierende Regelungen .....	213
1. Aufwendungsersatz (§ 33g Abs. 7 GWB) und Kostentragung .....	213
a) Aufwendungsersatz und isolierte Offenlegung aus § 33g GWB .....	213
b) Kostentragung bei innerprozessualer Offenlegung .....	216
2. Sanktionen (§ 33g Abs. 8 GWB) .....	216
3. Zeitliche Anwendbarkeit (§ 186 Abs. 4 GWB) .....	217
VIII. Fortgeltung vorheriger Offenlegungsregelungen .....	218
IX. Stellungnahme und Zwischenergebnis .....	219
1. Das überschießende Umsetzungskonzept und die verfehlten materiell-rechtlichen Offenlegungsregeln .....	220
2. Aufbau und verwendete Terminologie der §§ 33g, 89b ff. GWB .....	223
3. Flankierende Maßnahmen .....	224
<i>B. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen .....</i>	<i>227</i>
I. Verhältnismäßigkeit und Einzelfallabwägung (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB) .....	228
II. Herausgabeverweigerungsrecht und Freigabeverfahren .....	229
1. Die Herausgabeverweigerung nach § 33g Abs. 6 GWB .....	230

2. Das Freigabeverfahren nach §§ 33g Abs. 6 S. 2, 3, 89b Abs. 6 GWB .....	231
a) Gegenstand des Freigabeverfahrens .....	231
b) Voraussetzungen und Ablauf des Freigabeverfahrens ...	232
III. Prozessualer Geheimnisschutz (§ 89b Abs. 7 GWB) .....	233
1. Grundregelung in § 89b Abs. 7 GWB a.F. (§ 89b Abs. 7 S. 1 GWB n.F.) .....	233
2. Änderungen der 10. GWB-Novelle: § 89b Abs. 7 S. 2 GWB n.F. ....	235
3. Exkurs: Kein allgemeiner Geheimnisschutz im deutschen Zivilprozessrecht .....	236
IV. Geschäftsgeheimnisse und Offenlegung aus Behördenakten ....	238
V. Zwischenergebnis .....	238
<i>C. Stellungnahme zum Ausgleich von Offenlegungsinteresse und Geschäftsgeheimnisschutz .....</i>	239
I. Aufgreifen des Richtlinienkonzepts .....	239
II. Maßgebliche Kritikpunkte .....	239
1. Keine Definition von Geschäftsgeheimnissen .....	239
2. Fehlen einiger flankierender Regelungen .....	239
3. Sammelsurium aus Abwägung, Herausgabeverweigerung und Freigabeverfahren .....	240
4. Unzureichende Regelung des prozessualen Geheimnisschutzes nach § 89b Abs. 7 GWB .....	242
<i>D. Fazit .....</i>	244
Kapitel 6: Prozessualer Geschäftsgeheimnisschutz .....	247
<i>A. Mögliche Schutzmaßnahmen .....</i>	248
I. Einschränkung der Bedingungen der Offenlegung durch Kompensation oder Sicherheitsleistung .....	248
1. Offenlegung gegen Kompensationszahlung .....	248
2. Offenlegung gegen Sicherheitsleistung .....	249
3. Zwischenergebnis .....	250
II. Modifizierung der offenzulegenden Beweismittel .....	250
1. Geschäftsgeheimnisse in nicht entscheidungserheblichen Teilen .....	251
2. Geschäftsgeheimnisse in entscheidungserheblichen Teilen ...	253
3. Zwischenergebnis .....	253
III. Ausschluss der Öffentlichkeit .....	254
1. Ausschluss der Öffentlichkeit nach deutschem Recht .....	254
2. Übertragung auf den Kartellzivilprozess .....	255

IV. Beschränkung des zur Kenntnisnahme berechtigten Personenkreises	256
1. Vorbilder	257
2. Grundsätzliche rechtliche Herausforderungen	258
3. Möglichkeiten der Ausgestaltung und ihre Bewertung	259
a) Der Einsatz eines Beweismittlers	259
b) Ein „ <i>In-camera</i> “-Verfahren: eine Offenlegung nur an das Gericht	262
aa) Rechtfertigung nach den Maßstäben aus der Rechtsprechung	262
(1) Grundrechtliche Ausgangssituation	263
(2) Entscheidungen des BVerfG	264
(3) Entscheidungen des EuGH	265
(4) Zwischenergebnis	265
bb) Übertragung auf den Kartellzivilprozess	266
cc) Zwischenergebnis	268
c) Der Anwaltsvorbehalt	268
aa) Grundsätzliche Zulässigkeit vor dem Hintergrund des rechtlichen Gehörs und des Beibringungsgrundsatzes	269
bb) Bedenken aus der Natur des Anwalt-Mandanten-Verhältnisses	269
cc) Sonderproblem: Praktikabilität und Zulässigkeit des Düsseldorfer Verfahrens im Kartellzivilrecht	271
dd) § 89b Abs. 7 S. 1 GWB i.V.m. Art. 5 Abs. 4 S. 2 KartSchRL als gesetzliche Grundlage des Anwaltsvorbehalts	273
(1) Das Bestimmtheitsgebot und der Vorbehalt des Gesetzes	274
(2) Auslegung zugunsten eines Anwaltsvorbehalts	275
ee) Zwischenergebnis	279
d) Offenlegung an „ <i>Clean Teams</i> “ der Parteien und Vorbild des § 19 Abs. 1 S. 3 GeschGehG	279
e) Zwischenergebnis	282
V. Der Sachverständigeneinsatz zur Vorbereitung und Unterstützung	282
VI. Verschwiegenheitsverpflichtungen, Verwendungsbeschränkungen und ihre Sanktionierung	283
1. Verschwiegenheitsverpflichtungen	283
2. Verwendungsbeschränkungen	284
3. Weitere Sanktionen	285
4. Zwischenergebnis	286

VII. Verschluss der Gerichtsakten .....	286
1. Vorbilder .....	287
2. Zulässigkeit des vollständigen oder teilweisen Verschlusses der Gerichtsakten .....	287
3. Zwischenergebnis .....	288
VIII. Vertrauliche Fassung von Gerichtsentscheidungen .....	288
1. Modifikation der Gerichtsentscheidung für die Parteien .....	289
2. Veröffentlichung der Gerichtsentscheidung .....	290
3. Zwischenergebnis .....	291
IX. Zwischenergebnis zu den möglichen prozessualen Schutzmaßnahmen .....	291
<i>B. Auswahl und Ausgestaltung konkreter Maßnahmen für den         Einzelfall .....</i>	291
<i>C. Umsetzung in der Praxis des Kartellschadensersatzrechts .....</i>	294
I. Anordnungen zum Geschäftsgeheimnisschutz bei der isolierten Offenlegung und in späteren Prozessstadien .....	295
II. Anordnungen zum Geschäftsgeheimnisschutz bei der innerprozessualen Offenlegung und in späteren Prozessstadien	296
<i>D. Fazit .....</i>	297
Kapitel 7: Privatautonome Regelungen .....	299
<i>A. (Prozess) Vereinbarungen zur autonomen Regelung des         Geschäftsgeheimnisschutzes im Kartellschadensersatzprozess .....</i>	299
<i>B. Zulässige, zumindest teilweise Vermeidung der         gesetzlichen Offenlegungsregeln .....</i>	301
I. Pauschalierte Schadensersatzklauseln .....	302
II. Vergleiche, Schiedsverfahren und andere Möglichkeiten alternativer Streitbeilegung .....	304
1. Außergerichtliche Vergleiche .....	304
2. Schiedsverfahren .....	306
<i>C. Fazit .....</i>	308
Zusammenfassung in Thesen .....	311
Literaturverzeichnis .....	317
Sachregister .....	345



## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
AB	Antitrust Bulletin
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbnErfG	Gesetz über Arbeitnehmererfindungen
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
BeckOGK	Beck'scher Online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
Begr.	Begründer
Bekanntmachung Zusammenarbeit	Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags (2004/C 101/04) vom 27.04.2004
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Cal. L. Rev.	California Law Review
CAT	Competition Appeal Tribunal
CAT Rules	The Competition Appeal Tribunal Rules 2015
CB	Compliance Berater
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CDC	CDC Cartel Damage Claims
CJQ	Civil Justice Quarterly
CMLR	Common Market Law Review
Commission Staff Working Paper Grünbuch	Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules (COM(2005) 672 final) vom 19.12.2005
Commission Staff	Commission staff working paper accompanying the White paper

Working Paper Weißbuch Competition Act	on damages actions for breach of the EC antitrust rules (SEC(2008) 404) vom 02.04.2008 Competition Act 1998
CPN	Competition Policy Newsletter
CPR	Civil Procedure Rules 1998
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DesignG	Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design
dies.	Dieselbe / dieselben
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DVBf	Deutsches Verwaltungsblatt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
EAR	The European Antitrust Review
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
ECN	European Competition Network
ECN+ RL	Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts vom 11.12.2018
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Enforcement-RL	Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 29.04.2004
EntwurfRL	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union vom 11.06.2013
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GeschGehG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 18.04.2019
GG	Grundgesetz
GGRL	Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 08.06.2016

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report
Grünbuch	Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts (COM(2005) 672 final) vom 19.12.2005
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVRZ	Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IBA-Rules	International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration vom 17.12.2020
ICC	International Chamber of Commerce
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz)
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
Impact Assessment Report Richtlinie	Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Damages actions for breach of the EU antitrust rules Accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (SWD(2013) 203 final) vom 11.06.2013
IPRB	IP – Rechtsberater
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
ITRB	IT – Rechtsberater
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KartSchRL	Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union vom 26.11.2014
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
Kronzeugenmitteilung EU	Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (2006/C 298/11) vom 08.12.2006 geändert durch Änderung der Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (2015/C 256/01) vom 05.08.2015

KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LG	Landgericht
Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs	Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (SWD(2013) 205), vom 11.06.2013
Leitlinien Schadensabwälzung	Leitlinien für nationale Gerichte zur Schätzung des Teils des Schadensabwälzung auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags (2019/C 267/07) vom 09.08.2019
lit.	littera (Buchstabe)
L/M/R/K/M	Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/ Meyer-Lindemann
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
Marq. Intell. Prop. L.	Rev. Marquette Intellectual Property Law Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mitteilung Akteneinsicht Kommission	Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Artikel 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (2005/C 325/07) vom 22.12.2005
Mitt	Mitteilungen der Deutschen Patentanwälte
Mitteilung Vergleichsverfahren Kommission	Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen (2008/C 167/01) vom 02.07.2008
Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs	Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013/C 167/07) vom 13.06.2013
MMR	Multimedia und Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	Neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
öKartG	österreichisches Kartellgesetz 2005
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PatG	Patentgesetz
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
RAW	Recht Automobil Wirtschaft
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RDG	Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft

Rn.	Randnummer
RStDG	Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SME	Small and Medium-sized Enterprises
Sog.	Sogenannt
SpruchG	Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StraFo	Strafverteidiger Forum
TransparenzVO	Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vom 30.05.2001
TKG	Telekommunikationsgesetz
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
UA	Unterabsatz
u.a.	unter anderem
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Verb. Rs.	Verbundene Rechtssachen
VersR	Versicherungsrecht
Vertraulichkeitsmitteilung	Mitteilung der Kommission über den Schutz vertraulicher Informationen durch nationale Gerichte in Verfahren zur privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts (2020/C 242/01) vom 22.07.2020
vgl.	vergleiche
VO 1/2003	Verordnung Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln vom 16.12.2002
VO 773/2004	Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission vom 7.04.2004
VuR	Verbraucher und Recht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
Weißbuch	Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (COM(2008) 165 final) vom 02.04.2008
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International
7. GWB-Novelle	Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
9. GWB-RegE	Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (BT-Drs. 18/10207) vom 07.11.2016
9. GWB-Novelle	Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 01.06.2017
10. GWB-Novelle	Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 18.01.2021

# Einführung

## A. Problemstellung

Die Durchsetzung des Kartellrechts in Europa konzentrierte sich lange auf eine Verfolgung durch die öffentliche Hand.<sup>1</sup> Obwohl der Europäischen Gerichtshofs schon früh anerkannt hatte, dass Art. 101 und 102 AEUV unmittelbare Wirkung im Sinne der Entscheidung „*Van Gend & Loos*“ haben,<sup>2</sup> war höchstgerichtlich nicht geklärt, ob Privatrechtssubjekte aufgrund dieser Wettbewerbsregeln von Anderen Schadensersatz verlangen dürfen. Die europäische Rechtsprechung entwickelte sich jedoch stetig fort.

Schon im Urteil „*Francovich*“<sup>3</sup> aus dem Bereich der Staatshaftung lassen sich erste Züge der folgenden Rechtsprechungsentwicklung erkennen. Nach dieser Rechtsprechung durfte jedermann von den Mitgliedstaaten für Schäden Ersatz verlangen, die durch Verstöße gegen das Unionsrecht entstanden und diesen Staaten zuzurechnen sind.<sup>4</sup> Neben dem *effet utile* folgt die Staatshaftung nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs aus dem Wesen der mit den Verträgen geschaffenen Rechtsordnung und der Loyalität der Mitgliedstaaten, welche dem Einzelnen Rechte und Pflichten geben.<sup>5</sup>

Generalanwalt *van Gerven* in den Schlussanträgen zur Rechtssache „*Banks*“<sup>6</sup> war es, der zuerst die Grundsätze der „*Francovich*“-Entscheidung

---

<sup>1</sup> Kern, ZZPInt 2007, 351, 360; Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 307 ff.

<sup>2</sup> EuGH, 05.02.1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – *van Gend & Loos ./. Niederländische Finanzverwaltung*; EuGH, 30.01.1974, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 – *Belgische Radio en Televisie u.a. ./. SV SABAM und NV Fonior*; nachfolgend: EuGH, 28.02.1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 – *Stergios Delimitis ./. Henninger Bräu AG*; EuGH, 20.09.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage und Crehan*.

<sup>3</sup> EuGH, 19.11.1991, C-6/90 u. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 – *Andrea Francovich u.a. ./. Italienische Republik*.

<sup>4</sup> EuGH, 19.11.1991, C-6/90 u. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 – *Andrea Francovich u.a. ./. Italienische Republik*, Rn. 36; bestätigt in: EuGH, 05.03.1996, C-46/93 u. C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 – *Brasserie du Pêcheur SA ./. Bundesrepublik Deutschland und The Queen ./. Secretary of State for Transport*.

<sup>5</sup> EuGH, 19.11.1991, C-6/90 u. C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 – *Andrea Francovich u.a. ./. Italienische Republik*, Rn. 31 ff.

<sup>6</sup> Generalanwalt *van Gerven*, 27.10.1993, C-128/92, ECLI:EU:C:1993:860 – *H.J. Banks & Co. ./. British Coal Corporation*.

auf die horizontale Direktwirkung zwischen Privaten übertragen wollte. Nach seiner Argumentation stellt das Kartellschadensersatzrecht zwei Seiten derselben Medaille dar: Das Kartellverbot beinhaltet ein subjektives Recht für das eine, eine Pflicht für das andere Privatrechtssubjekt.<sup>7</sup>

Der Europäische Gerichtshof schloss sich in der Entscheidung „*Courage*“<sup>8</sup> *van Grevens* Ansicht an und bestätigte diese in der Rechtssache „*Manfredi*“<sup>9</sup>. Er erkannte, dass ein Anspruch auf Kartellschadensersatz im Primärrecht begründet ist. Der EuGH nennt den *effet utile* als zentralen Grund und führt aus, dass „die volle Wirksamkeit des Art. 81 EG-Vertrag [heute Art. 101 AEUV] und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Art. 81 Absatz 1 EG-Vertrag [heute Art. 101 Abs. 1 AEUV] ausgesprochenen Verbots beeinträchtigt wäre, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“<sup>10</sup>

Obwohl danach geklärt war, dass von Primärrechts wegen Schadensersatz zu leisten ist, waren die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs und die einschlägigen Verfahrensmodalitäten ungeklärt. Der Europäische Gerichtshof betonte sogar noch, dass „mangels einer einschlägigen Unionsregelung es jedoch Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten ist, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, sofern diese Modalitäten nicht weniger günstig ausgestaltet sind als die entsprechender innerstaatlicher Klagen (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte

---

<sup>7</sup> *Generalanwalt van Grevens*, 27.10.1993, C-128/92, ECLI:EU:C:1993:860 – *H.J. Banks & Co. / British Coal Corporation*, Rn. 41. Der EuGH hatte sich in der „*Banks*“-Rechtsprechung dann aber im Endeffekt nicht mit der maßgeblichen Frage auseinanderzusetzen, da er bereits die unmittelbare Wirkung des als verletzt in Rede stehenden Art. 65 EGKS-Vertrags verneinte, EuGH, 13.04.1994, C-128/92, ECLI:EU:C:1994:130 – *H. J. Banks & Co. Ltd. / British Coal Corporation*, Rn. 19. In den nachfolgenden Rechtssachen „*Delimitis*“ und „*Masterfoods*“ ging es auch primär um die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen für das Zivilverfahren und nicht um die Frage, ob das Unionsrecht einen Schadensersatzanspruch wegen Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht fordert, EuGH, 28.02.1991, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 – *Stergios Delimitis / Henninger Bräu AG*; EuGH, 14.12.2000, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 – *Masterfoods Ltd. / HB Ice Cream Ltd.*

<sup>8</sup> EuGH, 20.09.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage und Crehan*, Rn. 26.

<sup>9</sup> EuGH, 13.07.2006, C-295/04 – C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 – *Vincenzo Manfredi / Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*

<sup>10</sup> EuGH, 20.09.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage und Crehan*, Rn. 26. Jüngst wieder bestätigt in EuGH, 12.12.2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 – *Otis GmbH u.a. / Land Oberösterreich u.a.*, Rn. 22 ff.

nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).<sup>11</sup> In der Rechtssache „*Manfredi*“ erklärte der Europäische Gerichtshof immerhin, dass sich aus dem Primärrecht einige Mindestanforderungen ergäben, wie zum Beispiel der Ersatz des Vermögensschadens und des entgangenen Gewinns.<sup>12</sup>

Zwar gab es in einigen Mitgliedstaaten schon rudimentäre Regelungen zum Kartellschadensersatz.<sup>13</sup> Die Europäische Kommission sah die Rechtsprechung des EuGH dennoch zu Recht als Arbeitsauftrag an, das Kartellschadensersatzrecht auf europäischer Ebene einheitlich zu regeln.<sup>14</sup> Nach dem Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts (COM(2005) 672 final) vom 19.12.2005 (Grünbuch)<sup>15</sup> und dem Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (COM(2008) 165 final) vom 02.04.2008 (Weißbuch)<sup>16</sup> sowie dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union vom 11.06.2013 (EntwurfRL)<sup>17</sup> wurde am 10. November 2014 die Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Eu-

<sup>11</sup> EuGH, 20.09.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage und Crehan*, Rn. 29. Damit wiederholt der EuGH auch seinen lang anerkannten Grundsatz der Verfahrensausonomie der Mitgliedstaaten. Nationale Gerichte und Behörde haben es zur Aufgabe, die dem Bürger zustehenden Unionsrechte zu schützen. Die Ausgestaltung dieser Verfahren obliegt aber dem innerstaatlichen Recht, vgl. std. Rspr. EuGH, 16.12.1976, 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 – *Rewe-Zentralfinanz eG und Rewe-Zentral AG .I. Landwirtschaftskammer für das Saarland*; EuGH, 16.12.1976, 45/76, ECLI:EU:C:1976:191 – *Comet BV .I. Produktschap voor Siergewassen*.

<sup>12</sup> EuGH, 13.07.2006, C-295/04 – C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 – *Vincenzo Manfredi .I. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*, Rn. 95–97.

<sup>13</sup> Grünbuch, S. 3; Weißbuch, S. 2, 3. Siehe auch: *Bándil/Darák/Láncos/Tóth*, Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law (XXVII FIDE Congress), *passim*.

<sup>14</sup> Eine von der Kommission in Auftrag gegebene Studie kam zu dem Ergebnis, dass dieser Rechtsbereich in den Mitgliedstaaten völlig unterentwickelt und nicht aufeinander abgestimmt sei, *Waelbroeck/Slater/Even-Shoshan*, Ashurst-Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 1.

<sup>15</sup> Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN> (zuletzt abgerufen am 11.04.2021).

<sup>16</sup> Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN> (zuletzt abgerufen am 11.04.2021).

<sup>17</sup> Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:DE:PDF> (zuletzt abgerufen am 11.04.2021).

ropäischen Union vom 26.11.2014 (KartSchRL) erlassen, welche am 25. Dezember 2014 in Kraft getreten ist.<sup>18</sup> Die Mitgliedstaaten hatten eine Umsetzungspflicht bis zum 27. Dezember 2016.<sup>19</sup> In Deutschland ist dies durch die 9. GWB-Novelle mit Wirkung zum 09.06.2017 erfolgt.<sup>20</sup> Private Kartellschadensersatzklagen vor nationalen Gerichten sollen von nun an neben der behördlichen Rechtsdurchsetzung stehen und zur effektiven Durchsetzung des europäischen Kartellrechts beitragen.

Besonders die schwierige Beweissituation im Kartellschadensersatzprozess stellte einen maßgeblichen Anlass für den Erlass der KartSchRL und ihrer Umsetzungsgesetze dar. Deshalb sieht die Richtlinie in Kapitel II umfassende Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln vor. Es stellt sich dabei zunächst die Frage, ob und wie der für das Kartellschadensersatzrecht typischen Informationsasymmetrie mit Hilfe solcher Offenlegung von Beweismitteln begegnet werden kann. Das Interesse an der Offenlegung von Beweismitteln kann außerdem auch mit gegenläufigen Interessen in Konflikt treten. Dabei sticht die besondere Sensibilität der offenzulegenden Unterlagen hervor, denn die entscheidenden Beweismittel enthalten oft unternehmerische Strategien, Preiskalkulationen, Umsatzzahlen und andere Geschäftsgeheimnisse. Ohne die sensiblen Daten können die beweisbedürftigen Tatsachen, vor allem der Kartellschaden, im Kartellschadensersatzverfahren oft nicht nachgewiesen werden. Gleichzeitig sind diese Informationen wettbewerbsrelevant für die offenlegungsverpflichteten Unternehmen und stellen einen gewissen wirtschaftlichen Wert dar.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis für eine Offenlegung von Beweismitteln und dem Konflikt mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Kartellschadensersatzprozess. Dabei werden die neu geschaffenen Regelungen in der KartSchRL, der 9. und mittlerweile auch 10. GWB-Novelle in Deutschland auf dieses Spannungsfeld hin untersucht. Da beide Instrumente Lücken lassen, wird ein eigenes Schutzkonzept für Geschäftsgeheimnisse bei der Offenlegung herausgearbeitet und konkrete Schutzmaßnahmen vorgestellt.

---

<sup>18</sup> Art. 23 KartSchRL.

<sup>19</sup> Art. 21 Abs. 1 KartSchRL.

<sup>20</sup> Wegen der Verspätung hatte die Europäische Kommission Ende Januar 2017 schon ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet. Mittlerweile wurde das Verfahren abgeschlossen, vgl. Europäische Kommission, Kartellrecht: Kommission stellt Vertragsverletzungsverfahren gegen 18 Mitgliedstaaten nach vollständiger Umsetzung der Richtlinie über kartellrechtliche Schadensersatzklagen in nationales Recht ein, MEMO/18/1444.

## B. Gang der Untersuchung

Die Arbeit schafft dafür zunächst die notwendigen Grundlagen. In Kapitel 1 wird das grundsätzliche Bedürfnis einer Offenlegung von Beweismitteln verdeutlicht. Unter Darstellung der neuen Kodifizierung des Kartellschadensersatzrechts nach der KartSchRL wird aufgezeigt, welche Informationsasymmetrien in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts bestehen und warum auch die von der KartSchRL geschaffenen und davor bereits bestehenden Beweiserleichterungen nur bedingt weiterhelfen. Es wird herausgearbeitet, dass eine Offenlegung von Beweismitteln im Kartellzivilrecht im Grundsatz trotz einiger Bedenken sinnvoll und notwendig ist.

Sodann (Kapitel 2) werden die Geschäftsgeheimnisse, welche sich regelmäßig in den offenzulegenden Unterlagen befinden, als Konfliktpol dargestellt. Dabei wird ein Fokus auf Geschäftsgeheimnisse und deren Vorkommen im Kartellschadensersatzrecht gelegt.

Im Kapitel 3 wird geklärt, wie mit diesem Konflikt im Grundsatz vor dem Hintergrund gängiger deutscher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Rechtsprechung umzugehen ist. Dafür wird ein grundsätzlicher Ansatz erarbeitet, an dem sich die gesetzlichen Regelungen messen müssen. Es wird ein Regel-Ausnahme-Rückausnahme-Konzept vorgestellt, welches über die konkreten gesetzlichen Umsetzungsregeln hinaus Bedeutung hat und als konzeptioneller Hintergrund für die in Kapitel 6 und 7 entwickelten konkreten Schutzmaßnahmen dienen soll.

Dann wird die Offenlegung von Beweismitteln und der Schutz von Geschäftsgeheimnissen *de lege lata* beurteilt. Sowohl die durch die KartSchRL geschaffenen (Kapitel 4) und im GWB umgesetzten Offenlegungsregeln (Kapitel 5) werden unter dem Gesichtspunkt beleuchtet, ob sie eine wirksame Offenlegung ermöglichen, aber gleichzeitig auch den Geschäftsgeheimnisschutz nicht vernachlässigen. Dabei wird gezeigt, dass es beiden Regelungen an konkreten, ausdifferenzierten Mechanismen fehlt und sie jeweils nur eine näher auszugestaltende Generalklausel schaffen. Es wird herausgearbeitet, dass sowohl die KartSchRL als auch das GWB in dem entscheidenden Punkt der Abwägung zwischen Informations- und Geheimhaltungsinteresse ungenügende Vorgaben machen, da sie konkrete Schutzmaßnahmen nicht ausreichend regeln. Sie schaffen nur eine Basis für einen Ausgleich zwischen Informationsinteresse und Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen.

In Kapitel 6 werden deshalb verschiedene prozessuale Mechanismen vorgeschlagen, die *de lege lata* möglich sind, um Offenlegung und Geschäftsgeheimnisschutz miteinander zu vereinbaren. An diesen Schutzmaßnahmen können sich Rechtsprechung und Praxis in Zukunft orientieren, die bisher mit dem Ausgleich von Informations- und Geheimhaltungsinteresse wenig zu tun und mithin überfordert sind. Außerdem wird sich mit der Frage auseinandergesetzt, wie Geschäftsgeheimnisschutz parteiautonom hergestellt

werden kann (Kapitel 7). Die Abhandlung schließt mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse ab.

### C. Eingrenzung des Themengebietes

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf eine Analyse der europäischen primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben und ihrer Umsetzung ins deutsche Recht. Andere mitgliedstaatliche Regelungen werden allenfalls vergleichend herangezogen. Die Arbeit konzentriert sich ebenfalls auf deliktsrechtliche Ansprüche aus § 33a GWB. Darüber hinaus werden hier allein kartellrechtliche Verstöße gegen Art. 101 AEUV und § 1 GWB besprochen, auch wenn der Anspruch aus § 33a GWB ebenso den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV und §§ 19 ff. GWB erfasst. In einem Fall der privaten Rechtsdurchsetzung bei Verstößen gegen Vorschriften des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung tritt letztendlich eine ähnliche Informationsasymmetrie auf, weshalb die hier gemachten Lösungsvorschläge gleichfalls angewendet werden können.

## *Kapitel 1*

# Das Bedürfnis für eine Offenlegung von Beweismitteln im Rahmen der privaten Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen

Am Beispiel des deutschen Rechts wird aufgezeigt, warum in Kartellschadensersatzverfahren eine besondere Informationsasymmetrie und damit ein Bedürfnis für die Offenlegung von Beweismitteln besteht. Nur in einem solchen Fall kann ein Konflikt mit Geschäftsgeheimnissen entstehen. Andernfalls hätte das Offenlegungsinteresse immer hinter dem Geschäftsgeheimnisschutz das Nachsehen. Dazu werden die Voraussetzungen des Kartelldeliktsanspruchs aus § 33a GWB erläutert und es wird dargestellt, wer die jeweilige Darlegungs- und Beweislast trägt und wie die Beweisführung erfolgt (unter A.). Hier wird aufgrund des Schwerpunktes der Arbeit auf die herrschenden Meinungen zu den einzelnen Anspruchspunkten abgestellt, um auch einen praktischen Ansatz gewährleisten zu können. Sodann wird erläutert, dass die schwierige Beweissituation trotz umfangreicher Beweiserleichterungen (unter B.) Offenlegungsregeln für Beweismittel im Kartellschadensersatzrecht unverzichtbar macht (unter C.).

## A. Beweisführung, Darlegungs- und Beweislast als Herausforderung im Kartellschadensersatzprozess

Auf den ersten Blick sieht die Durchsetzung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs aus § 33a GWB einfach aus: Derjenige kann vom Kartellanten Schadensersatz verlangen, der einen kausalen Schaden erlitten hat. Für diesen Anspruch gilt die allgemeine ungeschriebene zivilrechtliche Darlegungs- und Beweislastregelung: Jede Partei muss die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm darlegen und beweisen. Betrachtet man die einzelnen Tatbestandsmerkmale hingegen genauer, so treten Beweisprobleme zutage, die dem Kartellzivilrecht immanent sind.

## I. Der Kartellschadensersatzprozess als Zivilprozess

Der Kartellschadensersatzprozess ist ein Zivilprozess. Demzufolge stehen in seinem Zentrum die Tatsachenermittlung und es gilt ein Strengbeweisverfahren (§§ 355 ff. ZPO). Danach darf der Beweis nur nach dem im Gesetz vorgesehenen Verfahren und mit den dort genannten Beweismitteln (Zeugen, Sachverständige, Urkunde, Augenschein und Parteivernehmung) durchgeführt werden.<sup>1</sup> Vor allem aber bedeutet dies, dass die Tatsachenermittlung und ihre rechtliche Beurteilung auf Grundlage der allgemeinen zivilrechtlichen Darlegungs- und Beweislast erfolgt.<sup>2</sup> Die Regelverteilung der Darlegungs- und Beweislast folgt der ungeschriebenen Rosenberg'schen Formel,<sup>3</sup> nach der im Grundsatz jeder die Beweislast für das Vorliegen der ihm günstigen Tatsachen<sup>4</sup> trägt, unabhängig davon, welche Parteirolle er innehat. Die anspruchsbegründenden und -erhaltenden Tatsachen sind danach von demjenigen darzulegen und zu beweisen, der einen Anspruch geltend macht.<sup>5</sup> Der Gegner hat die rechtshindernden, -vernichtenden und -hemmenden Einwendungen sowie Gegenrechte darzulegen und zu beweisen.<sup>6</sup> Außerdem obliegt demjenigen die Beweislast, der eine Ausnahme von einer Regel behauptet.<sup>7</sup> Teilweise gibt es besondere gesetzliche Beweislastregelungen, wie zum Beispiel tatsächliche Vermutungen im Rahmen des Anscheins- oder Indizienbeweises.<sup>8</sup> Ziel der Beweisführung ist im Allgemeinen die Überzeugung des Richters von der Wahrheit einer tatsächlichen Behauptung, der sogenannte Vollbeweis (§ 286 Abs. 1 S. 1 ZPO).<sup>9</sup> Bei gesetzlichen Darlegungs- und Beweiserleichterungen kann ein geringerer Grad an Gewissheit ausreichen.<sup>10</sup> Das ist bei der Schätzung von Schaden und Forderungshöhe (§ 287 ZPO) oder bei Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO)<sup>11</sup> der Fall.

<sup>1</sup> Saenger/Saenger, § 284 ZPO Rn. 19.

<sup>2</sup> Zur Unterscheidung zwischen der objektiven (materiellen) Darlegungs- und Beweislast und der subjektiven (formellen) Darlegungs- und Beweislast, welche aber in der Regel inhaltlich miteinander korrelieren, MüKo-ZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 97 ff.

<sup>3</sup> Rosenberg, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, *passim*.

<sup>4</sup> Was günstige Tatsachen sind, ergibt sich entsprechend der Normentheorie von Rosenberg aus dem Wortlaut („es sei denn, dass“; „sofern nicht“; „das gilt nicht, wenn“) und der Systematik im Rahmen einer Auslegung, vgl. Gottwald, Jura 1980, 225, 229; kritisch Arnold, AcP 2009, 285 ff.

<sup>5</sup> Std. Rspr., zum Beispiel: BGH, 13.11.1998, V ZR 386/97, Rn. 13.

<sup>6</sup> Std. Rspr., zum Beispiel: BGH, 13.11.1998, V ZR 386/97, Rn. 13.

<sup>7</sup> Std. Rspr., zum Beispiel: BGH, 24.03.2010, XII ZR 175/08, Rn. 22.

<sup>8</sup> Statt aller siehe: BeckOK-ZPO/Bacher, § 284 ZPO Rn. 88 ff.

<sup>9</sup> Saenger/Saenger, § 284 ZPO Rn. 17; Musielak/Voit/Foerste, § 286 ZPO Rn. 18.

<sup>10</sup> BeckOK-ZPO/Bacher, § 286 ZPO Rn. 3.

<sup>11</sup> Zur Glaubhaftmachung siehe umfassend: Kapitel 5 A. II. 1. c) aa).

## II. Besonderheiten im Kartellschadensersatzprozess

Da der Kartellschadensersatzprozess ein Zivilprozess ist, finden die genannten Grundsätze des Beweisrecht auch bei ihm Anwendung. Besonders die allgemeine Darlegungs- und Beweislast sowie die Mittel der Beweisführung stellen in der Praxis jedoch eine zentrale Herausforderung der Durchsetzung privater Kartellschadensersatzansprüche dar.<sup>12</sup>

### 1. Die Beweisführung des Geschädigten

Der Geschädigte, typischerweise der Kläger, hat nach der allgemeinen Regel der Beweislastverteilung das Bestehen des Anspruchs, also alle rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale des Schadensersatzanspruchs aus § 33a GWB darzulegen und zu beweisen.<sup>13</sup> Danach muss der Geschädigte Aktiv- und Passivlegitimation, Kartellrechtsverstoß, Rechtswidrigkeit, Verschulden, haftungsbegründende Kausalität, Schadensentstehung sowie -umfang und haftungsausfüllende Kausalität darlegen und beweisen.

#### a) Aktivlegitimation

Die Aktivlegitimation wird entsprechend dem europäischen Verständnis weit gefasst. Den Ausgangspunkt der Aktivlegitimation bildet die bereits angesprochene Jedermann-Doktrin des Europäischen Gerichtshofs aus der Rechtssache „*Courage*“, wonach „jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“<sup>14</sup> Die Anspruchsberechtigung „jedermanns“ bedeutet, dass kein möglicherweise Ersatzberechtigter aus der Aktivlegitimation auszuschließen ist.<sup>15</sup> Dies bestätigte auch jüngst der Bundesgerichtshof in „*Schienenkartell II*“.<sup>16</sup> Korrekturen erfolgen im Rahmen der Kausalitäts- und Schadensprüfung.

Verschiedene Personengruppen können damit kartellbetroffen und aktivlegitimiert sein. Es kommen unter anderem kartellfremde Wettbewerber,<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Etwaige Beweiserleichterungen werden später erläutert, siehe: Kapitel I B.

<sup>13</sup> Statt aller siehe dazu umfassend: *Lahme* in: Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 160, 162 ff.

<sup>14</sup> EuGH, 20.09.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage und Crehan*, Rn. 26; EuGH, 13.07.2006, C-295/04 – C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 – *Vincenzo Manfredi .I. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*, Rn. 60. Kürzlich wieder bestätigt in: EuGH, 12.12.2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 – *Otis GmbH u.a. .I. Land Oberösterreich u.a.*, Rn. 22 ff. Dies wurde auch von der KartSchRL in Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 aufgenommen.

<sup>15</sup> EuGH, 12.12.2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 – *Otis GmbH u.a. .I. Land Oberösterreich u.a.*, Rn. 22 ff.

<sup>16</sup> BGH, 28.01.2020, KZR 24/17, Rn. 24.

<sup>17</sup> *Stancke*, NZKart 2017, 636, 640.

die Kartellbeteiligten selbst,<sup>18</sup> die unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer<sup>19</sup> und Lieferanten<sup>20</sup> und die Abnehmer von Kartellaußenseitern („Preisschirmkunden“)<sup>21</sup> in Betracht. Sie können selbst klagen, aber auch aus abgetretenem Recht vorgehen.<sup>22</sup> Eine Beweisführung durch den Kläger kann in dem Falle durch Vorlage der Abtretungsurkunde, durch Handelsregisterauszüge und Kopien der Personalausweise erfolgen.<sup>23</sup>

### b) Passivlegitimation

§ 33a Abs. 1 GWB knüpft daran an, dass derjenige passivlegitimiert ist, der einen Kartellrechtsverstoß begangen hat („wer“). Dies sind die am Kartell beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen,<sup>24</sup> denen das tatsächliche Verhalten ihrer Organe zugerechnet wird.<sup>25</sup> Ob diesbezüglich im Kartellzivilrecht entgegen der grundsätzlich geltenden kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungstrennung im Konzern der aus dem europäischen Bußgeldrecht bekannte europäische Unternehmensbegriff inklusive der Vermutung eines bestimmenden Einflusses gilt, ist höchst umstritten und hier nicht

<sup>18</sup> EuGH, 20.09.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage und Crehan*, Rn. 34. Wenn Beteiligte eines Kartells gleichberechtigt und freiwillig die kartellrechtswidrige Absprache getroffen haben, scheidet ein Schadensersatzanspruch jedoch aus, weil ein Einzelner nicht aus seinem eigenen rechtswidrigen Verhalten Nutzen ziehen darf (*venire contra factum proprium*). Dahinstehen kann es im Endeffekt, ob in einem derartigen Fall schon die Aktivlegitimation ausgeschlossen ist, der Schutzzweck im Rahmen der Kausalitätsprüfung fehlt, ein Fall des § 242 BGB oder § 254 BGB gegeben ist, *Wurmnest*, RIW 2003, 896, 898; BT-Drs. 15/3640 S. 53.

<sup>19</sup> Heutzutage siehe: Art. 12–15 der KartSchRL und § 33c GWB. Hinsichtlich mittelbarer Abnehmer siehe schon: BGH, 28.06.2011, KZR 75/10, Rn. 23 ff.

<sup>20</sup> *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz, 239; *Stancke*, NZKart 2017, 636, 640.

<sup>21</sup> Kürzlich dazu: BGH, 19.05.2020, KZR 8/18, Rn. 25. Angedeutet bereits in: BGH, 28.01.2020, KZR 24/17, Rn. 24. Ein Preisschirmeffekt ergibt sich, wenn an einem Kartell nicht beteiligte Unternehmen, die Kartellaußenseiter, unter dem Schirm des Kartells bewusst oder unbewusst die Preise für ihre Produkte ebenfalls erhöhen, EuGH, 05.06.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 – *Kone AG u.a. .I. ÖBB-Infrastruktur AG*; EuGH, 12.12.2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 – *Otis GmbH u.a. .I. Land Oberösterreich u.a.*, Rn. 22 ff.

<sup>22</sup> Zur Geltendmachung aus abgetretenem Recht: OLG Düsseldorf, 18.02.2015, VI-U (Kart) 3/14, U (Kart) 3/14, Rn. 66; *Thole*, ZWeR 2015, 93, 96.

<sup>23</sup> *Fritzschel/Klöpner/Schmidt*, NZKart 2016, 412, 413; OLG Düsseldorf, 14.05.2008, VI-U (Kart) 14/07, U (Kart) 14/07 Rn. 69.

<sup>24</sup> *Fritzschel/Klöpner/Schmidt*, NZKart 2016, 412, 415; *Hülsen/Kasten*, NZKart 2015, 296, 297.

<sup>25</sup> Zur Zurechnung umfassend *Paull/Stadler* in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 5 Rn. 15 ff. Dort auch zur Frage, ob darüber hinaus die Organe auch persönlich haften.

# Sachregister

- 10. GWB Novelle 42–45, 187, 206, 218, 225, 235–236, 243
- 9. GWB Novelle 4, 187
- Abnehmer
  - mittelbar 10, 21–22, 26, 28, 43–44, 63, 111, 131, 145–147, 149
  - unmittelbar 10, 21, 28, 42–43, 63, 111
- Abtretung 10, 189
- AGB 302–303
- Aggregation 252
- Aktivlegitimation 9, 189–190
- Amicus curiae 53–55, 140
- Anhörung 164, 170, 179, 183, 240
- Anscheinsbeweis 34, 46–50, 75
- Anwalt
  - parteieigener 269–271
  - neutraler 270
- Anwaltsprivileg 83, 163–164
- Anwaltsvorbehalt 268–279
- Äquivalenzgrundsatz 2, 131, 136, 163
- Aufwendungsersatz 213–216
- Ausforschungsbeweis 79, 122
- Auskunftersuchen 55
- Auskunft 198
- Aussetzung 200
- Auslegung, richtlinienkonform 192, 277
- Beibringungsgrundsatz 59, 79–80, 259, 267, 269, 300
- Belgien 243
- Bestandskraft 35–36
- Bestimmtheitsgebot 166, 223, 273–275, 295–296
- Beweisführung 9–10
- Beweislast
  - allgemein 7–9, 13, 16, 21, 27, 30–31, 59, 76, 80
  - ~umkehr 41, 76
- Beweismittel
  - allgemein 4, 8, 12, 14, 52, 62, 66, 141, 193
  - ~kategorien 141, 168
  - ~modifizierung 250–253
- Beweismittler 259–261
- Beweisverwertungsverbot 212–213
- Beweiswürdigung, Grundsatz der freien 259, 260–261, 262, 300
- Bindungswirkung
  - rechtliche 33–38
  - faktische 54
- Bundesverfassungsgericht 264–265
- Bußgeld
  - Berechnung 38
  - Bescheid 51
  - Ermäßigung 65
- Caucasing 306
- Clean team 279–282
- Courage-Rechtsprechung 1–2, 9, 69
- Darlegungslast
  - allgemein 7–9, 13, 16, 21, 27, 30–31, 49, 59, 76, 80
  - sekundär 40, 76
- Differenzhypothese 16, 22
- Disclosure 163, 248, 251, 285
- Discovery 59, 79, 167
- Dritter 63, 111, 149
- Durchschnittsschaden 51
- Effektivitätsgrundsatz 3, 69, 122, 131, 136, 163, 278
- Enforcement-RL 80, 137, 188, 191, 223, 235
- Entscheidungserheblichkeit 250–253
- Ermittlungsumfang, behördlicher 37, 55
- Ermittlungsunterlagen 64, 114
- Ersuchen, gerichtliches 55, 205–211
- Feststellungsklage, negativ 194
- Follow-on Klage 33, 39, 47, 59, 128, 140, 205, 221
- forum shopping 75, 136, 170, 183, 185
- Frankreich 179
- Freibeweisverfahren 52
- Freigabeverfahren 229–234, 240–241, 259
- Fruit of the poisonous tree-Doktrin 156

- Geheimwettbewerb 77–78, 94, 119  
 Gehör, rechtliches 258, 260–262, 269, 271, 274, 287, 299, 307  
 Generalklausel 274–275  
 Gerichtsakten, Verschluss von 286–288  
 Gerichtsentscheidung  
 – Veröffentlichung 290  
 – vertrauliche Fassung 288–289  
 Geschäftsgeheimnis  
 – Abwägung 123–126, 172–177, 228–229, 240–241  
 – Definition 84–92, 172–173, 239  
 – Gegenstand 106–110  
 – ~Gesetz 84–85, 101, 236–237, 239, 243–244, 247  
 – ~Inhaber 110  
 – neutrales 104–106, 113  
 – rechtswidriges 102–106  
 – ~Richtlinie 84–85, 179  
 – Schutzbedürftigkeit 92–95  
 – Schutzmaßnahmen 124–127, 133, 176–178, 181, 184–185, 233–237, 242–244, 247–297  
 – Schutzsystem 171–176, 228–233  
 – zeitlich 116–117  
 Gesetzesvorbehalt 273–275  
 Gewinn, entgangener 16–17, 21, 25–26, 29–30, 42, 46  
 Glaubhaftmachung 8, 46, 189, 191–192, 200, 202, 207, 224  
 Graue Liste 151–153, 171, 195  
 Grünbuch 3, 164  
 Hardcore-Kartell 132, 168  
 Immaterialgüterrecht 80, 92, 94, 242, 244, 247, 258, 271–273, 276  
 Informationsasymmetrie 4, 59–73, 75, 165–167  
 In-camera-Verfahren 257–258, 262–268, 277  
 Informationsfreiheitsgesetz 74, 218  
 Jedermann-Doktrin 9, 69, 122  
 Justizgewährleistungsanspruch 72  
 Kartellbefangenheit 15, 22, 43–44, 47  
 Kartellbehörde 53–57, 63, 112, 140–162, 206–211  
 Kartellbeteiligte 10, 44  
 Kartellbetroffenheit 15, 37  
 Kartellgeheimnis 60  
 Kartellschadensersatzrichtlinie 4, 136–186  
 Kausalität  
 – haftungsausfüllend 15–16, 22–26, 37  
 – haftungsbegründend 14, 37  
 Kompensationsprinzip 70  
 Kompensationszahlung 248–249  
 Kone-Rechtsprechung 24, 44  
 Konkordanz, praktische 263–266  
 Kronzeugenunterlagen 64–67, 112–116, 153–158, 162, 172  
 Lettland 51  
 Lieferanten 10, 17, 42–43  
 Liste, schwarze 153–158, 171–172, 195, 211–212  
 Lithauen 243  
 Luxemburg 243  
 Manfredi-Rechtsprechung 2–3, 14, 69–70  
 Marker 155  
 Mengeneffekt 30  
 Mindestschaden 50  
 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 6, 42  
 Mitverschulden 31, 147  
 Mündlichkeitsgrundsatz 258, 262  
 Offenlegung  
 – allgemein 73–74  
 – ~antrag 139–141, 193  
 – ~sausschluss 133, 194  
 – außerprozessual 192–193, 199–201, 220–224, 247, 299, 301  
 – ~sbedingung 248–250  
 – ~sbedürfnis 7, 59–82  
 – elektronisch 170  
 – ~serpression 79, 145, 215  
 – immaterialgüterrechtlich 80, 137  
 – innerprozessual 136–137, 165–167, 187–188, 201–205, 207, 216, 247, 255, 296–297  
 – isoliert 136–137, 199–201, 213–215, 255, 295–296  
 – ~kosten 122, 130, 144, 170, 213–216, 225  
 – materiell-rechtlich 74, 187–188, 220–222  
 – Rechtsfolgen 162–163, 197–199  
 – ~svoraussetzungen 80–81, 122, 138, 189  
 – zivilprozessual 74, 202–203

- Öffentlichkeitsarbeit 56–57  
 Öffentlichkeitsausschluss 254–256  
 Österreich 188, 243
- Passivlegitimation 10, 15, 190  
 Portugal 243  
 Preisschirmeffekt 10, 15, 23–27, 43–44, 47, 49  
 Preisüberhöhungsschaden 16–17, 22–24, 42  
 Primärrecht 2, 69, 95–96  
 Prozessgegner 62, 111  
 Prozessvereinbarung 299  
 Prüfverfahren 211–212
- Rechtsbegriff, unbestimmt 166  
 Rechtsschutz  
 – effektiver 72–73, 262  
 – einstweiliger 205–206, 225–226, 272–273  
 Richter, gesetzlicher 258, 261  
 Richtlinientwurf 3, 150, 152–153  
 Rumänien 51
- Sachverständiger 52, 235, 236, 242, 259–261, 282–283  
 Sanktion 164, 170, 180, 216–217, 225, 240, 285  
 Schadensabwälzung 28, 40  
 Schadensberechnung 17–20, 25, 49, 108–110  
 Schadensersatzklauseln, pauschaliert 302–304  
 Schadensumfang 17, 37–38, 42, 49, 58  
 Schätzung  
 – freie Schadens~ 51  
 – Schadens~ 8, 49  
 – Weiterwälzungs~ 52  
 Schiedsverfahren 306–308  
 Schienenkartell 9, 15, 22, 29, 40, 42–43, 47, 75, 303  
 Schwärzung 250–253  
 Sekundärrecht 98  
 Selbstständigkeitspostulat 77–78  
 Sicherheitsleistung 249–250  
 Sonderprozessrecht 80–81  
 Spanien 243  
 Stand-alone Klage 48, 59, 60, 128, 140, 221  
 Strengbeweisverfahren 8  
 Streuschaden 17  
 Stufenklage 201
- Stufenregelung 171  
 Substantiierung 139–140, 167–169  
 Systemfremdheit 79
- Teilurteil 204  
 Transparenzverordnung 74, 144, 158–159, 162, 174, 218  
 TRIPS 85
- Umsetzung, überschießend 220–222  
 Umsetzungspflicht 4, 186  
 Ungarn 51  
 Unmittelbarkeitsgrundsatz 258, 262  
 Unterlagen, intern 159–160  
 Unternehmensklärung 66, 112–113
- Vereinigte Staaten von Amerika 37, 79, 82, 167  
 Vereinigtes Königreich 163, 248, 251, 257, 285, 287, 301  
 Verfahren, Düsseldorf 235, 242, 271–273, 276  
 Vergleich 304–306  
 Vergleichsausführungen 67, 116, 152–158, 172  
 Verhältnismäßigkeit 125–132, 143–145, 149, 161–162, 173–175, 181–182, 196, 207, 210, 228–229, 241, 262  
 Verjährung 201  
 Vermögensschaden 16  
 Vermutung  
 – Befangenheits~ 44–45  
 – Schadens~ 41–45, 49–50  
 – Schadensumfangs~ 42, 51, 75–76  
 – Weiterwälzungs~ 44  
 Verpflichtungszusage 35  
 Vertraulichkeitskreis 256  
 Vertraulichkeitsmitteilung 84, 178–179, 185, 236, 243, 247  
 Verschulden 13–14, 38, 40  
 Verschwiegenheitsverpflichtung 283–284  
 Verwendungsbeschränkung 123, 170, 284–285  
 Verweigerungsrecht 229–230, 240–241  
 Vollbeweis 8, 15, 49–50  
 Vorlageersuchen 206–209, 238  
 Vorteilsausgleichung 28–31  
 Vorschuss 214
- Waffengleichheit 71, 77, 122, 147, 188, 194  
 Weißbuch 3

- Weiterwälzungseinwand 28–31, 39–40,  
47, 110, 148, 194  
Wettbewerber 9, 42, 119, 131  
Wettbewerbsbeschränkung 12, 37  
Zeugnisverweigerungsrecht 230
- Zinsen 16–17, 21  
Zugänglichmachung 209–211, 238  
Zurückbehaltungsrecht 214  
Zwischenurteil 204  
Zwischenverfahren 125, 157, 160, 183,  
241

# Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von  
Michael Kling und Stefan Thomas

Mit der Schriftenreihe *Beiträge zum Kartellrecht* (BtrKR) führt der Verlag seine Tradition, Werke mit hohem wissenschaftlichem Anspruch zu veröffentlichen, für das Kartellrecht fort. Er bietet damit ein Forum für Monographien, Habilitationsschriften, herausragende Dissertationen und thematisch geschlossene Sammelbände zu zentralen und grundlegenden Fragen des Kartellrechts einschließlich seiner europarechtlichen, internationalen und rechtsvergleichenden Bezüge.

ISSN: 2626-773X  
Zitiervorschlag: BtrKR

Alle lieferbaren Bände finden Sie unter [www.mohrsiebeck.com/btrkr](http://www.mohrsiebeck.com/btrkr)



Mohr Siebeck  
[www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)













