

§ 1 Die Bestimmung der Schadenshöhe als zentrales Hindernis bei der Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen

Nach § 33a Abs.1 GWB ist derjenige, der gegen Art.101 und Art.102 AEUV oder die deutschen kartellrechtlichen Vorschriften (vgl. § 33 Abs. 1 GWB) verstößt, zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wenn ein Geschädigter diesen Anspruch prozessual durchsetzt, trägt er nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozessrechts grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen.⁵² Aufgrund der strukturellen Informationsasymmetrie im Kartellrecht kann dies Schadensersatzkläger im Zusammenhang mit dem Nachweis der Schadenshöhe vor erhebliche Herausforderungen stellen.⁵³ Bevor jedoch die Schätzungsmethoden für die Schadenshöhe näher betrachtet werden, soll zunächst ein Blick auf das im deutschen Recht geltende Beweismaß geworfen werden.

A. *Beweismaß und Beweiserleichterungen beim Nachweis der Schadenshöhe im deutschen Recht*

Gemäß § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO entscheidet das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung. Der Richter darf sich

52 BGH 6.10.2016 – VII ZR 185/13, NJW 2017, 386, Tz. 18; *Bacher*, in: BeckOK ZPO, § 284 Rn. 72, 84; *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 286 Rn. 98.

53 Vgl. Komm., Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Art.101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, v. 13.6.2013, ABl. C 2013 167/07, Tz. 3; Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 8; Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, v. 2.4.2008, SEC(2008) 404, Tz. 89; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 57; *Ellger*, in: FS Möschel (2011), S. 191, 193; *Schreiber*, KSzW 2011, 37, 42; *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, WRP 2012, 173, 174; *Mederer*, EuZW 2013, 847, 851; *Rauh*, NZKart 2013, 222, 222; *Bernhard*, NZKart 2014, 488, 488.

nicht mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines Ergebnisses zufriedengeben, sondern es muss der Vollbeweis erbracht werden.⁵⁴ Dazu ist ein für das „praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“; erforderlich.⁵⁵ Als Ausnahme von diesem Regelbeweismaß gilt hinsichtlich der Schadenshöhe ein herabgesetztes Beweismaß. In kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen entscheidet das Gericht gem. § 33a Abs. 3 GWB i.V.m. § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO über das Bestehen und die Höhe des entstandenen Schadens „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung“. Ziel des § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO ist, die generellen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast zu mildern und zu verhindern, dass Schadensersatzklagen am Beibringungsgrundsatz scheitern.⁵⁶ Anstatt des Vollbeweises ist es ausreichend, wenn eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit vorliegt.⁵⁷ Es obliegt daher dem Kläger die Tatsachen vorzutragen, auf deren Grundlage der Schaden geschätzt werden kann, da er die Darlegungs- und Beweislast für den Schaden trägt.⁵⁸

Seit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle wird für kartellrechtliche Schadensersatzklagen gem. § 33a Abs. 2 S. 1 GWB vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht.⁵⁹ Schon vor der 9. GWB-Novelle war im deutschen Recht ein Anscheinsbeweis für die Entstehung eines kartellbedingten Schadens in Form einer Preissteigerung in der Rechtsprechung anerkannt.⁶⁰ Dieser Anscheinsbeweis bezog sich aber nur auf die Entstehung eines Schadens und erleichterte die Beweisführung hinsichtlich der Schadenshöhe nicht. Dies gilt auch nach geltendem Recht (vgl.

54 *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 286 Rn. 5.

55 *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 286 Rn. 5.

56 *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 287 Rn. 1, 22; *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 287 Rn. 1.

57 BGH, NJW 2008, 1381, 1382, Tz. 9; BGH, NJW-RR 2007, S. 569, 671, Tz. 21; BGH, NJW 2005, 3275, 3277; *Abrens*, in: Wiczorek/Schütze, ZPO, § 287 Rn. 49; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 287 Rn. 43; *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 287 Rn. 17; *Kling/Thomas*, Kartellrecht § 23 Rn. 48.

58 Vgl. *Saenger*, in: Saenger, ZPO § 287 Rn. 14, 16 f.; *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 287 Rn. 7.

59 Die Regelung wurde aufgrund von Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL 2014/104/EU aufgenommen, nach dem ebenfalls vermutet wird, dass Kartelle Schäden verursachen; vgl. *Kersting/Preuß*, WuW 2016, 394, 396; *Petrascu*, WuW 2016, 330, 331.

60 Vgl. LG Dortmund 1.4.2004 – 13 O 55/02, Tz. 190 (juris); KG Berlin 1.10.2009 – 2 U 10/03 Kart., Tz. 38 ff. (juris); LG Berlin 6.8.2013 – 16 O 193/11 Kart., Tz. 59 (juris); zum Ganzen *Thiede/Träbing*, NZKart 2016, 422, 424 ff.

§ 33a Abs. 2 S. 1 GWB⁶¹. Die Darlegung einer tragfähigen Schätzungsgrundlage für die Schadenshöhe stellt folglich auch nach der 9. GWB-Novelle eine wesentliche Hürde für Schadensersatzkläger im deutschen Recht dar. Dies gilt umso mehr, da deutsche Gerichte in der Vergangenheit auf Unsicherheiten bei der Schadensschätzung mit empfindlichen Sicherheitsabschlägen zu Lasten der Kläger reagierten.⁶² Es ist somit für eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung weiterhin elementar, dass Schadensersatzkläger auf Beweismittel und Informationen, die für die Schätzung der Schadenshöhe relevant sind, zugreifen können.

B. Die Bestimmung der Schadenshöhe anhand ökonomischer Methoden

Ausgangspunkt für die Bestimmung der Schadenshöhe ist im deutschen Recht die Hypothese, dass sich der Schaden aus der Differenz der Vermögenslage des Geschädigten unter Wettbewerbsbedingungen und der durch die Wettbewerbsverzerrung beeinflussten Vermögenslage ergibt.⁶³ Bei Kartellen ist regelmäßig der Preis für die kartellbefangenen Produkte oder Dienstleistungen zu ermitteln, der ohne den Wettbewerbsverstoß gegolten hätte, um ihn mit dem tatsächlich gezahlten Preis zu vergleichen.⁶⁴ Um eine derartige Schadensschätzung zu ermöglichen, wurden verschiedene ökonomische Methoden entwickelt, wie die Vergleichsmarktmethode oder

61 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 54 f.; *Kersting/Preuß*, WuW 2016, 394, 396.

62 Vgl. OLG Düsseldorf 26.6.2009 – VI-2a Kart 2-6/08 OWi (u.a.), Tz. 546 f. – *Zementkartell* (juris).

63 Vgl. für Deutschland: *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33a Rn. 33; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 33 Rn. 47; für die EU: Komm., Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, v. 13.6.2013, ABl. C 2013 167/07, Tz. 3; Komm., Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013), SWD(2013) 205, Tz. 1.

64 Komm., Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013), SWD(2013) 205, Tz. 15.

der Kosten-Plus-Ansatz.⁶⁵ Des Weiteren können ökonomische Modelle über oligopolistische Marktstrukturen, wie das *Bertrand*-Modell⁶⁶ oder das *Cournot*-Modell⁶⁷, zur Schadensschätzung herangezogen werden.⁶⁸

Im deutschen Recht werden von der Rechtsprechung häufig Vergleichsmarktmethode zur Schätzung der Schadenshöhe genutzt.⁶⁹ Diese Methoden vergleichen in räumlicher, sachlicher oder zeitlicher Hinsicht Preise, die sich auf funktionierenden Märkten gebildet haben, mit Preisen von

65 *Meessen*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 418 ff.; *Ellger*, in: FS Möschel (2011), S. 191, 202 ff.; vgl. für eine ausführliche Darstellung der verschiedenen Methoden, Komm., Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013), SWD(2013) 205; *Ashurst*, Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules: Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages (2004), S. 17 ff.

66 „Das Bertrand-Oligopolmodell beschreibt einen Markt mit einer relativ geringen Zahl von Unternehmen (und hohen Marktzutrittsschranken), auf dem die Unternehmen über Preise und nicht über Produktionsmengen Wettbewerb betreiben. Die Unternehmen legen bei der Preisfestsetzung ihre Annahmen bezüglich der Preise ihrer Wettbewerber zugrunde. [...]“; Komm., Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013), SWD(2013) 205, Tz. 98.

67 „Das Cournot-Oligopolmodell beschreibt einen Markt mit einer relativ geringen Zahl von Unternehmen (und hohen Markteintrittsschranken), auf dem die Unternehmen über die Produktionsmenge miteinander konkurrieren. Vor der Preisfestsetzung legen die Unternehmen ihre Produktionsmengen (oder Produktionskapazitäten) gleichzeitig anhand der antizipierten Produktionsmengen der anderen Unternehmen fest. [...]“; Komm., Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013), SWD(2013) 205, Tz. 98.

68 Vgl. BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 24.

69 BGH 19.6.2007 – KRB 12/07, Tz. 19 (juris) – Papiergroßhandel: sieht die Methode als „überlegen“ an; vgl. OLG Frankfurt a.M. 17.11.2015 – 11 U 73/11 (Kart), Tz. 69 (juris) – Kartellpreisermittlung; OLG Frankfurt a.M. 21.12.2010 – 11 U 37/09 (Kart), Tz. 25 ff. (juris) – Arzneimittelpreise; KG Berlin 1.10.2009 – 2 U 17/03 Kart–, Leitsatz Nr. 7f und Tz. 75 ff. (juris); LG Dortmund 1.4.2004 – 13 O 55/02 Kart, Tz. 20 (juris); BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 22 f.; *Ellger*, in: FS Möschel (2011), S. 191, 202; *Bernhard*, NZKart 2013, 488, 489. Das BKartA wandte die Vergleichsmethoden auch zur Bestimmung des Mehrerlöses vor der 7. GWB-Novelle an, vgl. *Barth/Bongard*, WuW 2009, 30, 34 ff.

kartellierten Märkten.⁷⁰ Die bedeutendste Vergleichsmarktmethode ist die zeitliche Vergleichsmarktanalyse. Bei ihr werden Preise, die vor oder nach den Aktivitäten des Kartells bei funktionierendem Wettbewerb galten, als wettbewerbsanaloge Preise genutzt; d.h., sie werden als wettbewerbsgemäße Preise gewertet.⁷¹ Diese Preise werden mit der Stückzahl multipliziert, die der Kläger vom Beklagten bezogen hat. Der sich daraus ergebende Umsatzerlös wird vom kartellbedingten Umsatzerlös abgezogen. Die Differenz ergibt den entstandenen Schaden.⁷²

Eine Schwäche der Vergleichsmarktmethoden ist, dass preisbestimmende Faktoren, wie etwa steigende Produktionskosten, nicht berücksichtigt werden.⁷³ Zudem stehen Geschädigte häufig vor dem Problem, dass sich für die kartellbefangenen Produkte in der Regel kein Preis unter Wettbewerbsbedingungen gebildet hat und sich die Schadenshöhe nicht durch einen bloßen Vergleich ermitteln lässt. Um eine genauere Schadensschätzung zu ermöglichen, wird daher häufig eine Kombination der verschiede-

70 Vgl. Komm., Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013), SWD (2013) 205, Tz. 33; *Ashurst*, Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules: Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages (2004), S. 19; *Oxera*, Quantifying Antitrust Damages, S. 46 ff.; *Barth/Bongard*, WuW 2009, 30, 36. In der amerikanischen Literatur auch als „yardstick-method“ bezeichnet, vgl. *Areeda/Hovenkamp/Blair/Durance*, Antitrust Law (2007), Bd. IIA, ¶ 392 f., S. 338 ff.; *Parker*, 17 Antitrust Bull., 497, 509 ff. (1972).

71 *Ashurst*, Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules: Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages (2004), S. 17 (before-and after-method); *Renda et al.*, Report on Making Antitrust Damages More Effective (2007), S. 442; *Oxera*, Quantifying Antitrust Damages (2009), S. 52 ff.; Komm., Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013), SWD(2013) 205, Tz. 38.

72 *Ellger*, in: FS Möschel (2011), 191, 202.

73 *Parker*, 17 Antitrust Bull., 497, 508 (1972); *Ashurst*, Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules: Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages (2004), S. 18; *Oxera*, Quantifying Antitrust Damages (2009), S. 55.

nen Vergleichsmarktmethode⁷⁴ oder Regressionsanalysen⁷⁵ angewendet, um die hypothetischen Marktbedingungen besser zu bestimmen. Letztere ökonomische Methode erfordert allerdings viele Daten und ist sehr aufwendig.⁷⁶

Die Situation wird für die Kläger ferner dadurch verschärft, dass sie Transaktionen rekonstruieren müssen, die teilweise 10 bis 15 Jahre zurückliegen.⁷⁷ Die relevanten Dokumente über Warenlieferungen oder Marktbeobachtungen aus den relevanten Zeiträumen sind daher häufig nicht verfügbar.⁷⁸ Zur Verdeutlichung der Schwierigkeiten, mit denen Kläger in der Rechtspraxis konfrontiert sind, wird auf zwei Schadensersatzklagen verwiesen, die das Unternehmen *Cartel Damage Claims SA (CDC)* – welches sich auf das Inkasso von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen spezialisiert hat – erhoben hat. Im sog. *Zementverfahren* wertete CDC für die Schadensersatzklage 300.000 Transaktionsdaten von 36 Zementkunden mit mehr als 3 Millionen (Mio.) Parametern aus einem Zeitraum von 10 Jahren aus, und in dem Fall *Wasserstoffperoxid* wurden 40.000 Liefervorgänge mit 2,5 Mio. Parametern von 32 Zedenten aus einem Zeitraum von 10 Jahren zur Schadensschätzung analysiert.⁷⁹

Angesichts dieser Datenmengen erscheint es für ein einzelnes geschädigtes Unternehmen fast unmöglich, seinen Schaden genau zu schätzen. Die Schätzung der Schadenshöhe stellt folglich das zentrale Hindernis bei der Durchsetzung von Schadensersatzklagen dar.⁸⁰

74 Komm., Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013), SWD (2013) 205, Tz. 15; *Ellger*, in: FS Möschel (2011), S. 191, 206.

75 Komm., Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013), SWD(2013) 205, Tz. 42, Fn. 37; *Ellger*, in: FS Möschel (2011), S. 191, 205; *Bernhard*, NZKart 2013, 488, 491.

76 Komm., Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013), SWD(2013) 205, Tz. 82; *Ellger*, in: FS Möschel (2011), S. 191, 205. Einen Überblick zum Sammeln von Informationen in der Rechtspraxis bieten *Brunner/Bacher*, NZKart 2017, 345 ff.

77 *Classen*, in: Sanktionen im Kartellrecht (2011), S. 58.

78 *Classen*, in: Sanktionen im Kartellrecht (2011), S. 58.

79 *Classen*, in: Sanktionen im Kartellrecht (2011), S. 60.

80 Vgl. Komm., Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder 102 des Vertrags über

C. Informationsbeschaffung im Zivilprozessrecht *inter partes*

Vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2014/104/EU am 27. Dezember 2016 bestanden im deutschen Zivilprozessrecht keine Möglichkeiten für eine hinreichende Informationsbeschaffung *inter partes*. Kartellrechtlichen Schadensersatzklägern stand weder ein besonderes prozessuales Offenlegungsverfahren für die Beweisgewinnung noch ein besonderer materiell-rechtlicher Herausgabe- oder Auskunftsanspruch zur Verfügung. Der Zugang zu Beweismitteln *inter partes* richtete sich vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften des Zivilprozessrechts, wonach die Parteien für die Beschaffung ihrer Beweismittel grundsätzlich allein verantwortlich sind.⁸¹ In kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen konnten die Parteien im Wesentlichen nur das selbstständige Beweisverfahren gem. § 485 ZPO, die Vorlagepflicht gem. § 422 ZPO und die Vorlageanordnungen gem. §§ 142, 144 ZPO zur Informationsgewinnung nutzen.

Diese Rechtsgrundlagen eigneten sich jedoch nicht, um kartellrechtliche Schadensersatzklagen zu substantiieren.⁸² Ein Grund hierfür war, dass diese Vorschriften grundsätzlich erst nach Rechtshängigkeit der Schadensersatzklage anwendbar sind und im Ermessen des Gerichts stehen.⁸³ Geschädigte waren somit bei ihrer Anwendung schon mit Prozesskosten belastet. Zudem erfordern die genannten Vorschriften grundsätzlich die konkrete Bezeichnung des begehrten Beweismittels,⁸⁴ da ein Ausforschungsbeweis⁸⁵ im deutschen Zivilprozessrecht unzulässig ist.⁸⁶

die Arbeitsweise der Europäischen Union, v. 13.6.2013, ABl. 2013 C 167/07, Tz. 3; Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 8; Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, v. 2.4.2008, SEC(2008) 404, Tz. 89; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 57; *Ellger*, in: FS Möschel (2011), S. 191, 193; *Schreiber*, KSzW 2011, 37, 42; *Raub/Zuchandke/Reddemann*, WRP 2012, 173, 174; *Raub*, NZKart 2013, 222, 222; *Mederer*, EuZW 2013, 847, 851; *Bernbard*, NZKart 2014, 488, 488.

81 Vgl. BGH 7.2.2008 – IX ZB 137/07, Tz. 9 (juris); BGH 26.10.2006 – III ZB 2/0, NJW 2007, 155, 156; BGH 12.11.1991 – KZR 18/90, Tz. 28 (juris) = BGHZ 116, 47, 56; BGH 11.6.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151, 3151.

82 Für § 422 ZPO: *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 62; vgl. *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 251 f., 264; a.A. *Häfele*, Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2013), S. 278 f.

83 Vgl. *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 297.

Am aussichtsreichsten war, eine Vorlageanordnung nach §§ 142 ff. ZPO zu beantragen. Der potentielle Nutzen der §§ 142 ff. ZPO für kartellrechtliche Schadensersatzkläger war aber sehr begrenzt.⁸⁷ Dies beruhte maßgeblich darauf, dass Kartellanten versuchen, so wenig Beweismittel wie möglich zu hinterlassen, und somit häufig keine Urkunden oder Objekte des Augenscheins bestehen.⁸⁸ Zudem konnte eine Vorlageanordnung gegenüber Dritten insbesondere gem. § 142 Abs. 2 S. 1 ZPO i.V.m. § 384 Nr. 3 ZPO, der Kunst- oder ein Gewerbegeheimnis schützt (darunter auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse⁸⁹), ausgeschlossen sein. Ferner wurden die §§ 142 ff. ZPO nach ihrer Einführung im Jahr 2002 als Fremdkörper im deutschen Zivilprozessrecht wahrgenommen. Nach Studien aus den Jahren 2006 und 2009 haben nur 5 Prozent der Richter am Amtsgericht und 7 Prozent der Richter am Landgericht von §§ 142, 144 ZPO in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der Normen Gebrauch gemacht.⁹⁰

Es bestand daher – auch wenn kein ausdrücklicher Offenlegungsschutz für Kronzeugeninformationen vor der 9. GWB-Novelle im deutschen Recht normiert war⁹¹ – durch die unzureichenden Informationsbeschaffungsmöglichkeiten der Schadensersatzkläger im Ergebnis ein faktischer Schutz von Kronzeugen und anderer Kartellmitglieder im Zivilprozessrecht. Kartellgeschädigte waren vor der 9. GWB-Novelle folglich auf alternative Informationsquellen angewiesen. Als derartige Informationsquelle kam insbesondere der Zugriff auf Kronzeugeninformationen bei Kartellbehörden in Betracht.

84 Vgl. für das selbstständige Beweisverfahren: § 486 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO; für die Vorlage von Urkunden: § 424 ZPO; für § 142 ff.: *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 266.

85 Der Begriff „Ausforschungsbeweis“ bezeichnet eine Situation, in der durch die Beweisaufnahme Tatsachen zu Tage gebracht werden sollen, die ein genaueres Vorbringen oder die Bezeichnung weiterer Beweismittel ermöglichen; vgl. Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess (2013), S. 159 f.

86 OLG Köln 29.10.1999 – 19 W 36/99, MDR 2000, 226, 227; OLG Oldenburg 8.7.2008 – 5 W 41/08, Tz. 8 (juris).

87 Vgl. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 205.

88 *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 265.

89 *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 70.

90 Vgl. *Hommerich et. al.*, Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts (2006), S. 112; *Prütting*, in: Bork/Eger/H.-B. Schäfer (2009), S. 1, 8 f.

91 Vgl. *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 133 f., der dies erwägt, aber i.E. ablehnt.