Wirtschaftsrecht
und Wirtschaftspolitik

298

Katharina Helmdach

Kronzeugeninformationen im kartellrechtlichen Schadensersatzprozess

Eine Untersuchung des deutschen, des europäischen und des amerikanischen Rechts

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

herausgegeben von
Prof. Dr. Florian Bien
Prof. Dr. Ulrich Schwalbe
Prof. Dr. Heike Schweitzer

begründet von
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker

Band 298

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Katharina Helmdach

Kronzeugeninformationen im kartellrechtlichen Schadensersatzprozess

Eine Untersuchung des deutschen, des europäischen und des amerikanischen Rechts

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Publiziert mit Unterstützung durch die Max Planck Digital Library.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2018

1. Auflage 2019

© Katharina Helmdach

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden

Gedruckt in Deutschland auf alterungsbeständigem Papier.

ISBN 978-3-8487-5628-5 (Print)
ISBN 978-3-8452-9836-8 (ePDF)

DOI: https://doi.org/10.5771/9783845298368

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Meiner Familie

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im Frühjahr 2018 als Dissertation angenommen. Wesentliche Teile der Arbeit sind am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, entstanden. Die Veröffentlichung der Arbeit wurde vom Max-Planck-Institut durch die Gewährung eines Druckkostenzuschusses und die Open-Access-Veröffentlichung durch die Max-Planck-Gesellschaft unterstützt. Literatur und Rechtsprechung sind im Wesentlichen bis Juni 2018 berücksichtigt.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Reinhard Ellger. Durch ihn wurde mein Interesse am Kartellrecht gestärkt und gefördert – sei es durch die Möglichkeit, auf einem der Mestmäcker-Symposien vorzutragen, die regelmäßigen Gespräche, die unbedingte Unterstützung meiner Dissertation oder durch meine Tätigkeit als wissenschaftliche Assistentin am Max-Plank-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

Mein Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Peter Mankowski für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Frau Prof. Dr. Heike Schweizer, Herrn Prof. Dr. Florian Bien und Herrn Prof. Dr. Ulrich Schwalbe für die Aufnahme in die vorliegende Schriftenreihe.

Bedanken möchte ich mich insbesondere bei Dr. Sabrina Dücker, Tanja Köhnke, Dr. Lenja Vespermann, Maja Fukue, Christoph Scheibner sowie Ingrid und Peter Rademaker. Sie haben in verschiedenen Stadien meiner Arbeit Teile des Manuskripts gesichtet.

Von Herzen danke ich Michael Rademaker, Renate Hartig-Helmdach und Ulrich Helmdach sowie Kristina Helmdach-Beier. Sie haben nicht nur Teile des Manuskripts gesichtet, sondern mir immer ein offenes Ohr geliehen und mir beiseite gestanden. Insbesondere haben mich meine Eltern während meiner Ausbildung in jeglicher Form unterstützt und gefördert. Dies gilt auch für die vorliegende Dissertation. Mein Ehemann Michael hat durch seine stete Ermunterung, Geduld, Unterstützung und Liebe maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ihnen – meiner Familie – widme ich diese Arbeit.

Hamburg, Juni 2019 Katharina Helmdach

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis 27

Einleitung 35

§ 1 Die Bestimmung der Schadenshöhe als zentrales Hindernis bei der Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen 47

A. Beweismaß und Beweiserleichterungen beim Nachweis der Schadenshöhe im deutschen Recht 47

B. Die Bestimmung der Schadenshöhe anhand ökonomischer Methoden 49

C. Informationsbeschaffung im Zivilprozessrecht inter partes 53

§ 2 Die Eignung von Kronzeugeninformationen zur Substantiierung von Schadensersatzklagen 55

A. Die Kronzeugenprogramme in den USA, in der EU und in Deutschland im Überblick 55

B. Der Inhalt von Kronzeugeninformationen und die Substantiierung von Schadensersatzklagen 63

§ 3 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen in der Rechtsprechung des EuGH 72

A. Entscheidung des EuGH in der Sache „Pfleiderer“ 72

B. Entscheidung des EuGH in der Sache „Donau Chemie“ 76

§ 4 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im deutschen Recht 81

A. Die Rechtslage vor der Richtlinie 2014/104/EU 81

B. Sekundärrechtliche Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU 123

C. Die 9. GWB-Novelle – Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU ins deutsche Recht 169

D. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen vor und nach der 9. GWB-Novelle im Vergleich 215

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

E. Fazit: Grundsätzlich kein Zugriff auf Kronzeugeninformationen 221

§ 5 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im europäischen Recht außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU 222

A. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach kartellverfahrensrechtlichen Vorschriften 222

B. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach dem Dokumentenzugangsrecht gem. Art. 2 ff. VO 1049/2001 224

C. Fazit: Grundsätzlich kein Zugriff auf Kronzeugeninformationen 278

§ 6 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht 280

A. Kartellrechtliche Schadensersatzklagen in den USA – Ein Überblick 280

B. Keine Veröffentlichung von Kronzeugendokumenten in allgemein zugänglichen Quellen 287

C. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht 289

D. Exkurs: Der Zugriff auf Informationen aus Gerichtsakten 349

E. Fazit: Grundsätzlich kein Zugriff auf Kronzeugeninformationen 351

§ 7 Kronzeugeninformationen in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung – Ein vergleichender Rundblick 353

A. Allgemeine bis bereichsspezifische Regelungsansätze 353

B. Der außerprozessuale Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden 357

C. Die gerichtlichen Anordnungen der Offenlegung im Vergleich 358

D. Förderung der freiwilligen Informationsübermittlung durch Haftungsprivilegien für Kronzeugen 371

E. Fazit: Wachsende Konvergenz des amerikanischen, des europäischen und des deutschen Rechts 381

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Resümee 383

Zusammenfassung in Thesen 385

Literaturverzeichnis 391

Materialien 415

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 27

Einleitung 35

§ 1 Die Bestimmung der Schadenshöhe als zentrales Hindernis bei der Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen 47

A. Beweismaß und Beweiserleichterungen beim Nachweis der Schadenshöhe im deutschen Recht 47

B. Die Bestimmung der Schadenshöhe anhand ökonomischer Methoden 49

C. Informationsbeschaffung im Zivilprozessrecht inter partes 53

§ 2 Die Eignung von Kronzeugeninformationen zur Substantiierung von Schadensersatzklagen 55

A. Die Kronzeugenprogramme in den USA, in der EU und in Deutschland im Überblick 55

I. Das Prisoner's Dilemma – die theoretische Grundlage der Kronzeugenprogramme 55

II. Das Kartellverbot und das behördliche Kartellverfahren als wesentliche Grundlagen für die Kronzeugenprogramme 56

1. USA 57

2. EU 59

3. Deutschland 60

III. Regelungen der Kronzeugenprogramme zum Sanktionserlass und zur Sanktionsermäßigung 60

IV. Bedeutung der Kronzeugenprogramme für die Kartellrechtsdurchsetzung 63

B. Der Inhalt von Kronzeugeninformationen und die Substantiierung von Schadensersatzklagen 63

I. USA 64

II. Europa 65

1. Unternehmenserklärungen 66

2. Andere, bereits existierende Beweismittel 67

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Deutschland 68
1. Erster Bonusantrag 68
2. Nachfolgende Bonusanträge 70
IV. Bewertung 70

§ 3 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen in der Rechtsprechung des EuGH 72

A. Entscheidung des EuGH in der Sache „Pfleiderer“ 72
I. Verfahrensgang und Entscheidung des EuGH 72
II. Bewertung 74

B. Entscheidung des EuGH in der Sache „Donau Chemie“ 76
I. Verfahrensgang und Entscheidung des EuGH 76
II. Bewertung 79

§ 4 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im deutschen Recht 81

A. Die Rechtslage vor der Richtlinie 2014/104/EU 81
I. Rechtsgrundlagen im Überblick 81
II. Akteneinsicht bzw. Aktenauskunft gem. § 406e und § 475 StPO 82
1. Gegenstand des Akteneinsichts- bzw. Aktenauskunftsrechts 82
2. Antragsberechtigung 83
3. Voraussetzungen 85
a) Berechtigtes Interesse 86
aa) Beschränkung des berechtigten Interesses durch das zivilprozessuale Ausforschungsverbot 86
bb) Begrenzung des Akteneinsichtsrechts auf Bußgeldbescheide 88
b) Darlegung des berechtigten Interesses 89
c) Einsichtnahme durch einen Rechtsanwalt 91
4. Versagung der Akteneinsicht bzw. der Aktenauskunft aufgrund entgegenstehender (überwiegender) Interessen gem. § 406e Abs. 2 S. 1 und § 475 Abs. 1 S. 1 StPO 93
a) Schutzwürdige Interessen von Kronzeugen 93
aa) Kronzeugeninformationen und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung 93
(1) Daten natürlicher Kronzeugen 95
(2) Daten von Kronzeugenunternehmen 96

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Kronzeugeninformationen als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse 97
cc) Schutz der staatlichen Kartellrechtsdurchsetzung als schutzwürdiges Interesse i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 1 StPO 100
dd) Vertrauensschutz als schutzwürdiges Interesse i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 1 StPO 101
b) Abwägung i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 1 StPO 105
aa) Erforderlichkeit der Akteneinsicht 106
(1) Veröffentlichungen des Bundeskartellamts 106
(2) Einsicht in den Bußgeldbescheid 107
(3) Beiziehung von Verfahrensakten durch Zivilgerichte 107
bb) Weitere Abwägungskriterien 112
c) Entgegenstehende Interessen gem. § 475 Abs. 1 S. 1 StPO 114
5. Versagung der Akteneinsicht bzw. Aktenauskunft wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks 115
a) Gefährdung des Untersuchungszwecks gem. § 406e Abs. 2 S. 2 StPO 115
aa) Untersuchungszweck i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 2 StPO 115
bb) Ermessen i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 2 StPO 120
b) Gefährdung des Untersuchungszwecks gem. § 477 Abs. 2 StPO 121
6. Versagung der Akteneinsicht bzw. Aktenauskunft zur Verhinderung von Verfahrensverzögerungen, § 406e Abs. 2 S. 3 StPO 121
III. Zusammenfassung 122

B. Sekundärrechtliche Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU 123
I. Die Entwicklung zur Richtlinie 2014/104/EU im Überblick 124
II. Der Schutz von Kronzeugenerklärungen gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU 126
1. Vorschriften zum Schutz von Kronzeugenerklärungen im Überblick 126
a) Der Begriff der Kronzeugenerklärung 126
b) Der Offenlegungsschutz gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU 129
c) Das Verwendungsverbot gem. Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU 130

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Bewertung des Kronzeugenschutzes 131
a) Absoluter Schutz von Kronzeugenerklärungen aus Gründen der Effizienz 131
b) Vereinbarkeit mit dem Primärrecht 137
aa) Diskussionstand 137
bb) Stellungnahme 138
(1) Argument: Die Rechtsprechung des EuGH sei nur bis zum Inkrafttreten der Richtlinie maßgeblich 139
(2) Argument: Der partielle Offenlegungsschutz sei aufgrund besserer Rahmenbedingungen mit dem Unionsrecht vereinbar 141
(3) Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 47 GRCh 143
cc) Ergebnis: Zweifel an der Vereinbarkeit des Art. 6 Abs. 6 und des Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU mit dem Primärrecht 147
III. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen 148
1. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen im Zivilprozess gem. Art. 5 RL 2014/104/EU 149
a) Bereits bestehende Kronzeugeninformationen als Gegenstand des Offenlegungsverfahrens nach Art. 5 RL 2014/104/EU 149
b) Antragsteller und Antragsgegner 150
c) Voraussetzungen 151
aa) Hinreichende Bestimmtheit des Offenlegungsantrags 152
bb) Darlegung der Plausibilität des Schadensersatzanspruchs mit zugänglichen Tatsachen und Beweismitteln 153
cc) Verhältnismäßigkeit der Offenlegung gem. Art. 5 Abs. 3 RL 2014/104/EU 155
(1) Rechtfertigung der Offenlegung gem. Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. a) RL 2014/104/EU 155
(2) Umfang und Kosten der Offenlegung gem. Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. b) RL 2014/104/EU 156

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Vertraulichkeit der begehrten Informationen gem. Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. c) RL 2014/104 157
dd) Anhörung der Betroffenen 158
d) Besondere Anordnungen zum Schutz von Kronzeugendokumenten 158
e) Rechtsfolge: Offenlegung im Ermessen nationaler Gerichte 159
f) Gerichtliche Sanktionen i.S.d. Art. 8 RL 2014/104/EU 160
2. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen bei Wettbewerbsbehörden 161
a) Anwendbarkeit des Offenlegungsverfahrens 161
b) Besonderheiten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung 163
aa) Hinreichende Bestimmtheit gem. Art. 6 Abs. 4 lit. a) RL 2014/104/EU 163
bb) Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage gem. Art. 6 Abs. 4 lit. b) RL 2014/104/EU 164
cc) Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts gem. Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU 165
c) Schutz vor Offenlegung und Verwendung in Schadensersatzprozessen 167
IV. Bewertung 167

C. Die 9. GWB-Novelle – Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU ins deutsche Recht 169
I. Neuregelungen im Überblick 169
II. Das Kombinationsmodell des deutschen Gesetzgebers 170
1. Die Einführung eines materiell-rechtlichen Anspruchs zur Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU 171
2. Prozessualer Ansatz für Offenlegungsersuchen bei Wettbewerbsbehörden 173
III. Der Schutz von Kronzeugenerklärungen im deutschen Recht 173
1. Der Begriff der „Kronzeugenerklärung“ im deutschen Recht 173
2. Der Ausschluss des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g Abs. 4 GWB 175
3. Ablehnungsrecht der Wettbewerbsbehörde bei Offenlegungsersuchen gem. § 89c Abs. 4 GWB 177
4. Flankierende Regelungen 178

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen 179
1. Der Anspruch auf Herausgabe und Auskunftserteilung gem. § 33g Abs. 1 und Abs. 10 GWB 179
a) Anwendungsbereich des § 33g Abs. 1 GWB 179
b) Voraussetzungen 181
aa) Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs 182
(1) Glaubhaftmachung i.S.d. § 33g GWB 182
(2) Vorzutragende Tatsachen 184
bb) Erforderlichkeit der begehrten Beweismittel 185
cc) Besitz des Anspruchsgegners 186
dd) Größtmögliche Bestimmtheit des Herausgabeverlangens 187
ee) Kein Ausschluss gem. § 33g Abs. 3 und Abs. 5 GWB 188
(1) Ausschluss wegen Unverhältnismäßigkeit gem. § 33g Abs. 3 GWB 188
(a) Substantiierung des Antrags mit zugänglichen Beweismitteln gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB 189
(b) Umfang der begehrten Beweismittel und der entstehenden Kosten gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB 189
(c) Berücksichtigung des zivilprozessualen Ausforschungsverbots gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB 190
(d) Bindungswirkung von Entscheidungen gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GWB 191
(e) Wirksamkeit der öffentlichen Kartellverfolgung gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB 191
(f) Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und vertraulichen Informationen gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB 193
(2) Ausschluss von Informationen und Dokumenten aus laufenden Verfahren gem. § 33g Abs. 5 GWB 194
c) Rechtsfolge: Herausgabe der erforderlichen Beweismittel bzw. Auskunftserteilung 195

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Verweigerungsrecht gem. § 33g Abs. 6 GWB und Freigabeverfahren nach § 89b Abs. 6 und Abs. 7 GWB 195
aa) Verweigerungsrechte gem. § 33g Abs. 6 GWB 196
bb) Der Schutz vertraulicher Informationen gem. § 89b Abs. 7 GWB 197
e) Modifikation zivilprozessualer Vorschriften durch § 89b GWB 199
aa) Anordnung der Urkundenvorlage im Schadensersatzprozess gem. § 89b Abs. 1 und Abs. 2 GWB i.V.m. § 142 ZPO 199
bb) Zwischenurteil gem. § 89b Abs. 3 GWB 201
cc) Aussetzung des Verfahrens gem. § 89b Abs. 4 GWB 201
dd) Anordnung einer einstweiligen Verfügung gem. § 89b Abs. 5 GWB 202
f) Vorbildcharakter der §§ 33g, 89b GWB 204
g) Zusammenfassung 204
2. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen bei Behörden und Gerichten 205
a) Regelungen im Überblick 205
b) Die Offenlegung von Informationen aus der Verfahrensakte gem. § 89c GWB 206
aa) Anwendungsbereich 206
bb) Besondere Voraussetzungen des Offenlegungsgesuchs gem. § 89c GWB 207
(1) Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs 207
(2) Keine zumutbare alternative Informationsbeschaffung 208
(3) Keine Unverhältnismäßigkeit der Vorlageanordnung 209
(a) Bestimmtheit des Antrags gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB 209
(b) Anhängigkeit einer Schadensersatzklage gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB 210
(c) Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB 210
cc) Ermessen 211
dd) Ablehnungsrechte gem. § 89c Abs. 4 GWB 212

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ee) Beweisverwertung 212
ff) Offenlegung gegenüber dem Antragsteller 213
c) Bewertung 214

D. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen vor und nach der 9. GWB-Novelle im Vergleich 215
I. Informationszugriff inter partes 215
II. Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden 217
III. Bewertung 220

E. Fazit: Grundsätzlich kein Zugriff auf Kronzeugeninformationen 221

§ 5 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im europäischen Recht außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU 222

A. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach kartellverfahrensrechtlichen Vorschriften 222
I. Akteneinsichtsrecht gem. Art. 27 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 222
II. Das Akteneinsichtsrecht des Beschwerdeführers, Art. 8 VO 773/2004 223
III. Das Anhörungsrecht unbeteiligter Dritter, Art. 13 VO 773/2004 224

B. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach dem Dokumentenzugangsrecht gem. Art. 2 ff. VO 1049/2001 224
I. Anwendbarkeit der VO 1049/2001 im Kartellrecht 225
II. Gegenstand und Umfang des Dokumentenzugangsrechts gem. Art. 2 VO 1049/2001 228
III. Antragsberechtigung 229
IV. Offenlegungsschutz gem. Art. 4 VO 1049/2001 230
1. Offenlegungsschutz gem. Art. 4 Abs. 1 VO 1049/2001 230
a) Schutz des öffentlichen Interesses im Hinblick auf die Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik gem. Art. 4 Abs. 1 lit. a), vierter Gedankenstrich VO 1049/2001 230
b) Schutz der Privatsphäre und der Integrität des Einzelnen gem. Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO 1049/2001 231

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Offenlegungsschutz gem. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 233
a) Geschützte Interessen im Sinne des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 234
aa) Der Schutz der geschäftlichen Interessen gem. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 234
(1) Der Begriff des „geschäftlichen Interesses" i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 234
(a) Wortlaut 235
(b) Historische Auslegung 236
(c) Systematische Betrachtung 237
(d) Teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs auf rechtmäßige Interessen 238
(e) Fazit 242
(2) Kronzeugeninformationen als geschäftliche Interessen i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 242
(a) Das Alter als maßgebliches Kriterium für die Wettbewerbsrelevanz 242
(b) Beurteilungsperspektive 246
bb) Schutz des Zwecks von Untersuchungstätigkeiten i.S.d. Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 247
(1) Der Schutz von Kronzeugen als Informanten der Europäischen Kommission 247
(2) Der Schutz des Kartellverfahrens 250
(a) Kronzeugeninformationen aus laufenden Verfahren 250
(b) Kronzeugeninformationen aus abgeschlossenen Verfahren 251
(aa) Zeitpunkts des Verfahrensabschlusses 251
(bb) Anwendung des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 nach Abschluss des Kartellverfahrens 253

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Beeinträchtigung der geschützten Interessen 259
aa) Entwicklung der allgemeinen Vermutung der Beeinträchtigung 260
bb) Reichweite der vermuteten Beeinträchtigung 262
(1) Zeitlicher Geltungsbereich der Vermutung 262
(2) Ausweitung der Vermutung auf einzelne Dokumente 264
c) Kein überwiegendes öffentliches Interesse am Dokumentenzugang 268
aa) Kartellrechtliche Schadensersatzklagen als Interesse der Allgemeinheit 268
bb) Notwendigkeit des Dokumentenzugangs 273
cc) Überwiegen des öffentlichen Interesses 275

C. Fazit: Grundsätzlich kein Zugriff auf Kronzeugeninformationen 278

§ 6 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht 280

A. Kartellrechtliche Schadensersatzklagen in den USA – Ein Überblick 280
I. Schadensersatz nach Sec. 4 Clayton Act 281
II. Entwicklung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen 285

B. Keine Veröffentlichung von Kronzeugendokumenten in allgemein zugänglichen Quellen 287

C. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht 289
I. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im zivilprozessualen discovery-Verfahren 289
1. Allgemeines zum Ablauf des discovery-Verfahrens 289
2. Wirksame Klageerhebung als Voraussetzung 291
3. Reichweite des discovery-Verfahrens 294
a) Grundsätzlicher weiter Anwendungsbereich 294
b) Reformierung der Rule 26(b)(1) FRCP im Jahr 2015 296
aa) Reformbedarf und Weg zur Novellierung im Jahr 2015 296
bb) Wesentliche Änderungen der Rule 26(b)(1) FRCP 298
(1) Einführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Regelbeispielen 299

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Keine Zulässigkeit als Beweismittel erforderlich 301
(3) Stellungnahme 301
c) Allgemeine Schranken des discovery-Verfahrens 303
4. Relevante discovery-Maßnahmen im Kartellrecht 304
a) Depositions 304
b) Production of documents and things 306
5. Schutz von Kronzeugeninformationen im discovery-Verfahren 307
a) Privileges 308
aa) Inter partes 308
(1) Attorney-client-privilege 309
(2) Work-product-doctrine 311
(3) Privilege against self-incrimination 312
bb) Department of Justice 313
(1) Law enforcement investigatory privilege 313
(2) Informer's identity privilege 316
b) Erlass einer protective order gem. Rule 26(c) FRCP 317
c) Zusammenfassung 319
6. Exkurs: Der Sprung über den Atlantik – Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen europäischer Wettbewerbsbehörden 320
a) Anwendung amerikanischen Rechts im Allgemeinen und in kartellrechtlichen Fällen 320
b) Rechtliche Möglichkeiten der Beschränkung exterritorialer discovery-Maßnahmen 322
c) Offenlegung von Kronzeugeninformationen ausländischer Wettbewerbsbehörden in der Rechtsprechung 324
d) Reaktionen der Europäischen Kommission 327
e) Zusammenfassung 327
II. Freiwillige Offenlegung von Informationen nach dem Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (ACPERA) 328
III. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach dem Freedom of Information Act (FOIA) 333
1. Anwendungsbereich und Antragsberechtigung 333

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Ausnahmetatbestände 334
a) Der Schutz von trade secrets, commercial information und financial information nach Exemption 4 FOIA 334
aa) Schutz von trade secrets gem. Exemption 4 FOIA 335
bb) Schutz von commercial information und financial information gem. Exemption 4 FOIA 336
cc) Weitere Voraussetzungen für die Versagung des Informationszugangs gem. Exemption 4 FOIA 336
(1) Informationen anderer Personen 337
(2) Vertraulichkeit oder Schutz durch privileges 337
(a) Confidential 337
(b) Besonders geschützte Informationen (privileged information) 339
b) Schutz behördlicher Verfahren gem. Exemption 7(A) FOIA 339
c) Der Schutz von Kronzeugeninformationen als persönliche Daten gem. Exemption 6 FOIA und Exemption 7(C) FOIA 341
d) Schutz von Informationen zur Rechtsdurchsetzung gem. Exemption 7(D) FOIA 344
e) Beeinträchtigung der geschützten Interessen 347
3. Bedeutung des Freedom of Information Act in der Praxis 348
4. Zusammenfassung 349

D. Exkurs: Der Zugriff auf Informationen aus Gerichtsakten 349

E. Fazit: Grundsätzlich kein Zugriff auf Kronzeugeninformationen 351

§ 7 Kronzeugeninformationen in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung – Ein vergleichender Rundblick 353

A. Allgemeine bis bereichsspezifische Regelungsansätze 353

B. Der außerprozessuale Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden 357

C. Die gerichtlichen Anordnungen der Offenlegung im Vergleich 358
I. Rechtshängigkeit einer Klage 359
II. Reichweite des Informationszugriffs 359
III. Bestimmtheitsanforderungen an den Offenlegungsantrag 362

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Der Schutz von Kronzeugeninformationen 363
1. Der Schutz von Kronzeugeninformationen bei einem Informationszugriff inter partes 363
2. Der Schutz von Kronzeugeninformationen bei einem Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden 364
V. Die Funktion des Gerichts bei der Informationsbeschaffung 366
1. Prozessleitung bei Informationsbegehren 366
2. Richterliche Verhältnismäßigkeitsprüfung als Mittel gegen Rechtsmissbrauch 368
a) Einfluss des europäischen und deutschen Rechts auf das amerikanische Recht 368
b) Einfluss des amerikanischen Rechts auf das europäische und das deutsche Recht 369
c) Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Rechtspraxis 370

D. Förderung der freiwilligen Informationsübermittlung durch Haftungsprivilegien für Kronzeugen 371
I. Zweck der Haftungsprivilegierung 372
II. Einführung einer Haftungsprivilegierung ins deutsche Recht 373
1. Rezeption des amerikanischen Rechts 374
2. Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis 376
a) Gesamtschulnerausgleich im Kartellrecht nach der 9. GWB-Novelle 376
b) Privilegierung nachrangiger Kronzeugen 377
c) Fazit 380

E. Fazit: Wachsende Konvergenz des amerikanischen, des europäischen und des deutschen Rechts 381

Resümee 383

Zusammenfassung in Thesen 385

Literaturverzeichnis 391

Materialien 415

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Ala. L. Rev.	Alabama Law Review
A.L.R. Fed.	American Law Report, Federal Series
ABA	American Bar Association
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ACPERA	Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 (ACPERA), Pub.L. 108-237, Title II, §§ 211 to 214, June 22, 2004, 118 Stat. 666, as amended Pub.L. 111-30, § 2, June 19, 2009, 123 Stat. 1775; Pub.L. 111-190, §§ 1 to 4, June 9, 2010, 124 Stat. 1275
ACTL	American College of Trial Lawyers
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
Antitrust Bull.	Antitrust Bulletin
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
AnwBl	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bl.	Blatt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (ab 2014 Energie)
Bonusregelung	Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlaß und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelungen – vom 7. März 2006
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Bundesratdrucksache
BReg	Bundesregierung
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Cal.	Calfornia
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
C.D.	Central District
Cir.	Circuit (Court of Appeals)
CMLR	Common Market Law Review
Co.	Company
Comm. Law	Communications Lawyers
Comp. L. Rev.	The Competition Law Review
Corp.	Corporation
CPI	Competition Policy International
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DB	DER BETRIEB
Def. Couns. J.	Defense Counsel Journal
DoJ	Department of Justice
D.D.C.	District of Columbia
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Dtl.	Deutschland
Duke L. J.	Duke Law Journal
DVBl.	Deutsches Verwalungsblatt
EC	European Community
ECJ	European Competition Journal
E.C.L.R.	European Competition Law Review
E.D.	Eastern District

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ECN	European Competition Network
ECON	Ausschuss für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments
EG	Europäische Gemeinschaft; Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
ELTE L. J.	Eötvös Loránd University (ELTE) Law Journal
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
et. al.	et alii; und andere
etc.	et cetera
EU	Europäische Union; European; EU
EuG	Das Gericht der Europäischen Union; Gericht erster Instanz bei Urteilen vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUR	Euro
Europ.	Europäisch, Europäische, Europäischer, Europäisches
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgend
ff.	fortfolgend
F.2d.	Federal Reporter, 2nd Series
F.3d	Federal Reporter, 3rd Series
F.R.D.	Federal Rules Decision
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
FRCRP	Federal Rules of Criminal Procedure
F. Supp.	Federal Supplement
Fed. Cts. L. Rev.	Federal Courts Law Review
Fed. Law.	Federal Lawyer
FG	Festgabe
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung
Fn.	Fußnote
FOIA	Freedom of Information Act; 5 U.S.C. § 552, as amended by Public Law No. 104-231, 110 STAT. 3048
Fordham Int'l. L. J.	Fordham International Law Journal
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
FRCRP	Federal Rules of Criminal Procedure
FRE	Federal Rules of Evidence
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
FTC Act	Federal Trade Commission Act

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GA	Generalanwalt / Generalanwältin; Goltdammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GAO	Government Accountability Office
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRCh	Charter der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht
GWB-E	Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HBÜ	Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18.3.1970
Hdb.	Handbuch
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i.d.F.	in der Fassung
i.d.S.	in diesem Sinne
i.E.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne der / des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IAALS	Instititute for Advancement of American System
ICN	International Competition Network
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz); Informationsfreiheitsgesetz vom 5. September 2005 (BGBl. I S. 2722), das durch Artikel 2 Absatz 6 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist
Ill.	Illinois
Inc.	Incorporated
JCLE	Journal of Competition Law and Economics
JECLaP	Journal of European Competition Law & Practice
JR	Juristische Rundschau
Jura	

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KK-OWiG	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
KMR-StPO	Kleinknecht, Müller, Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung
KOM.	Kommission der Europäischen Gemeinschaften
Komm.	Europäische Kommission
krit.	kritisch
KSzW	Kölner Schriften zum Wirtschaftsrecht
lit.	litera
L. Ed.	Lawyer's Edition, Supreme Court Reporter
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaiers/Möhring
Loyola L. Rev.	Loyola Law Review
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.W.v.	mit Wirkung vom
M.D.Pa.	Middle District of Pennsylvania
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatszeitschrift fürs Deutsche Recht
Mich. J. Int' L.	Michigan Journal of International Law
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
MMR	Multimedia und Recht
MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
N.D.	Northern District
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenzeitschrift; Rechtsprechungsreport
No.	Number
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr.	Nummer
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht, Rechtsprechungsreport
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw. J. Int'l L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law & Business

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PatG	Patentgesetz
Rdnr.	Randnummer
Rev. of Litigation	Review of Litigation
Rev. Litig.	The Review of Litigation
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
RLV	Richtlinienvorschlag
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
sec.	section
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
S.	Satz / Seite
S. Ct.	Supreme Court; Entscheidungssammlung des Supreme Court
S.D.	Southern District
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz
SSRN	Social Science Research Network (http://www.ssrn.com/)
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
StraFo	Strafverteidiger Forum
STRR	StrafRechtsReport
StV	Strafverteidiger
Suffolk U. L. Rev.	Suffolk University Law Review

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Transparenz-verordnung	Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. L 145/45)
Tz.	Teilziffer
u.a.	und andere; unter anderem
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
USD	US Dollar
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U.S.	United States
U.S.C.	United States Code
U.S.C.A.	United States Code Annotated
U.S.F.L. Rev.	University of San Francisco Law Review
usw.	und so weiter
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v.	versus.; vom; von; vor
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Var.	Variante
verb.	verbunden
Verf.	Verfasserin
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. EG 2003 L 1/1)
VO 1049/2001	Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. EG 2001 L 145/45)
VO 773/2004	Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission (ABl. EG 2004 L 123/18)
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

W.D.	Western District
WL	Westlaw
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschat und Wettbewerb - Entscheidungssammlung
z.	zu, zum, zur
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht
ZZPInt.	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht international

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einleitung

Obwohl in der Europäischen Union (EU) Kartelle große volkswirtschaftliche Schäden (ca. 5,6–23,3 Mrd. Euro jährlich[1]) verursachen, werden unionsweit nur in ca. 25 Prozent der abgeschlossenen Kartellverfahren Schadensersatzklagen (sog. follow-on-Klagen) erhoben.[2] Es besteht dadurch das Risiko, dass Kartellanten ihren „Gewinn" behalten können und sich die Bildung von Kartellen letztendlich „lohnt".[3] Dies kann weder aus volkswirtschaftlichen noch aus allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen erwünscht sein.

Ein wesentliches Hindernis für die Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen stellt das Informationsgefälle zwischen den Parteien dar. Kartellen ist es immanent, dass ihre Mitglieder ihre Kommunikation auf das Nötigste begrenzen, dass sie alles dafür tun, um von anderen Marktteilnehmern oder von Behörden nicht entdeckt zu werden und dass sie versuchen, keine Beweise zu hinterlassen.[4] So gründen Kartellmitglieder beispielsweise eigens Vereine (z.B. „Gardening Club"), um ihre Treffen zu tarnen, und verwenden geheime Codewörter, wie etwa „Spargel" und „Baby Gurke", für ihre wettbewerbswidrigen Absprachen.[5]

Angesichts derartiger Verheimlichungsstrategien sind Kartellgeschädigte mit dem Problem konfrontiert, dass sich Informationen und Beweismittel, die für kartellrechtliche Schadensersatzklagen relevant sind, in den Händen der Kartellbeteiligten und damit im Besitz der gegnerischen Partei befinden.[6] Es ist ihnen aufgrund dieser „strukturellen Informationsasymme-

---

1 Komm., Impact Assessment Report, v. 11.6.2013, SWB(2013) 203 final, Tz. 67, 102, 172; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3011.

2 *Schwab*, JECLaP 2014, 65, 65 mit Verweis auf *Mosso*, The Commission's proposal for a Directive on Antitrust Damages Actions, Vortrag gehalten in Brüssel am 20.6.2013.

3 *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 9.

4 *Klose*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Europ. Wettbewerbsrecht, Leniency-Bekanntmachung, Rn. 1.

5 Vgl. zum sog. "NES"-Kartell Komm., Press Release 28.3.2012, IP/12/314.

6 Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 5; 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. 66.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

trie“[7] nur unter großen Anstrengungen – wenn überhaupt – möglich, die anspruchsbegründenden Tatsachen, insbesondere die Höhe des entstandenen Schadens, in einem Gerichtsverfahren darzulegen und zu beweisen.[8]

Die daraus folgende restriktive Haltung gegenüber Schadensersatzklagen im europäischen und im deutschen Recht ist neben dem hohen Prozessrisiko auch darin begründet, dass kartellrechtliche Schadensersatzklagen traditionell keine herausragende Stellung einnehmen. So besitzt z.B. die Europäische Union (EU) keine entsprechende Gesetzgebungskompetenz für Schadensersatzklagen. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in dem Urteil *Courage/Crehan* im Jahr 2001 vielmehr deutlich gemacht, dass es die Aufgabe der einzelnen Mitgliedstaaten sei, zu gewährleisten, dass jedermann den Schaden, der ihm durch kartellrechtswidrige Absprachen zugefügt wurde, geltend machen kann.[9]

Nachdem der EuGH in dem eben genannten Urteil auch herausstellte, dass die Geltendmachung von Schadensersatzklagen der Wirksamkeit des Kartellverbots gem. Art. 101 AEUV diene,[10] veröffentlichte die Europäische Kommission verschiedene Vorschläge und Leitlinien, um die private Kartellrechtsdurchsetzung in der Europäischen Union zu stärken. In diesem Zusammenhang wurde auf europäischer Ebene zuletzt die Richtlinie 2014/104/EU erlassen, die maßgeblich auf die Initiative der Europäischen Kommission zurückzuführen ist und die durch die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)[11] im Jahr 2017 ins deutsche Recht umgesetzt wurde.

Ähnlich wie auf europäischer Ebene fristeten kartellrechtliche Schadensersatzklagen auch im deutschen Recht jahrzehntelang ein Mauerblümchen-Dasein. Obwohl die Möglichkeit, den Ersatz kartellrechtlicher Schäden zu fordern, schon seit Einführung des GWB besteht, wurden bis zum Jahr 2007 in Deutschland nur zwei erfolgreiche kartellrechtliche Schadensersatzprozesse geführt.[12] Diese geringe Zahl lässt sich durch die hohen rechtlichen Hürden erklären, die im deutschen Recht vor der 7. GWB-Novelle galten und welche die Kläger kaum überwinden konnten. So war bei-

---

7 Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 8.
8 *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 222.
9 EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. I-06297, Tz. 29 – Courage/Crehan.
10 EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. I-06297, Tz. 26 f. – Courage/Crehan.
11 I.d.F. der Bekanntmachung v. 15.7.2005 (BGBl. I S. 2114, ber. 2009 S. 3850), zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.7.2017 (BGBl. I S. 2739) m.W.v. 29.7.2017.
12 *Ellger*, in: FS Möschel (2011), S. 191, 199.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spielsweise die Aktivlegitimation auf Personen beschränkt, gegen die sich der Wettbewerbsverstoß unmittelbar oder gezielt richtete.[13]

Ein wesentlicher Umschwung im deutschen Recht erfolgte seit der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005.[14] Im Rahmen der 7. GWB-Novelle wurde der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch aus dem allgemeinen Deliktsrecht gelöst und spezialgesetzlich in § 33 GWB geregelt. Zudem wurde die Bindungswirkung von kartellrechtlichen Entscheidungen in § 33 Abs. 4 GWB und die Hemmung der Verjährung in § 33 Abs. 5 GWB normiert. In der Folgezeit wurde durch das Urteil *ORWI* des BGH im Jahr 2011 geklärt, dass unmittelbare Abnehmer, mittelbare Abnehmer und sonstige Marktteilnehmer zur Geltendmachung von Schadensersatz berechtigt sind.[15] Weitere Neuregelungen im Bereich des privaten Kartell-

---

13 Vgl. dazu *Hempel,* WuW 2005, 137, 142; *Fuchs,* WRP 2005, 1384, 1392.

14 *Bueren*, Transactional resolutions in German competition law & merger control (2014), S. 25.

15 BGH 28.6.2011 – KZR 75/10, Tz. 29 (juris) – ORWI; die Entscheidung begrüßend: *Hartmann-Rüppel/Ludewig*, ZWeR 2012, 90, 104; *Hooghoff*, GWR 2012, 32651 (beck-online); *Seitz*, GRUR-Prax 2011, 543; kritisch *Haas/Dittrich*, LMK 2012, 327348 (juris). Zur Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer sowie zur Schadensabwälzung wurden in der Literatur und in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung verschiedene Ansichten vertreten. Eine Ansicht lehnte sowohl die Anspruchsberechtigung der indirekten Abnehmer als auch die *passing-on-defense* ab, vgl. OLG Düsseldorf 16.5.2007 – VI-2 U (Kart) 10/05, Tz. 74; LG Mannheim 29.4.2005 – 22 O 74/04, Tz. 16; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 33 Rn. 12 f., 26 (für eine eingeschränkte Anspruchsberechtigung); *Rehbinder*, in: Loewenheim et al., § 33 GWB, Rn. 15 f.; *Meessen,* Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 278 und S. 491; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 1. Aufl., § 21 Rn. 40, 66; *Köhler*, GRUR 2004, 99, 103; *Lübbig*, WRP 2004, 1254, 1261; *Dittrich*, GRUR 2009, 123, 126-128; andere Auffassungen bejahen hingegen die Anspruchsberechtigung der indirekten Abnehmer, vgl. OLG Düsseldorf 22.12.2010 – VI-2 U (Kart) 34/09, Tz. 38; *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 11. Aufl., GWB, § 33 Rn. 120; *Bornkamm*, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder (2010), S. 51, 63; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 33 Rn. 58 ff.; *Westermann*, in: FS Westermann (2008), S. 1605, 1610; *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz (2009), S. 342 ff.; *Lettl*, ZHR 167 (2003), 473, 480 ff.; *Beninca*, WuW 2004, 604, 607 f.; *Schütt,* WuW 2004, 1124, 1129; *Kießling*, GRUR 2009, 733, 739. Sie vertraten jedoch unterschiedliche Lösungsansätze, um eine mehrfache Inanspruchnahme des Schädigers zu verhindern. So sollte eine mehrfache Inanspruchnahme z.B. über die Grundsätze des Vorteilsausgleichs (*Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 11. Aufl., GWB, § 33 Rn. 120; *Westermann*, in: FS Westermann (2008), S. 1605, 1620 f.; *Reich,* WuW 2008, 1046, 1053) oder einen Gesamtgläubigerausgleich (KG 1.10.2009 – 2 U 10/03 Kart = WuW/E DE-R 2773ff. (Berliner Transportbeton), Tz. 122 ff.) vorgenommen werden.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechts wurden durch die 9. GWB-Novelle im Jahr 2017 erlassen. Es wurde z.B. ein spezieller Auskunfts- und Herausgabeanspruch (§ 33g GWB) und eine Schadensvermutung (§ 33a Abs. 2 GWB) eingeführt.

Die Veränderung des rechtlichen Rahmens hat zu einer langsamen Belebung des privaten Kartelldeliktsrechts in Deutschland geführt. Zwischen 2009 und 2010 machten z.B. Geschädigte des *Vitamin-Kartells*, des *Transportbeton-Kartells (Berlin)*, des *Zement-Kartells*, des *Papier-Kartells* und des *Fahrtreppen-Kartells* Schadensersatzansprüche geltend.[16] Auch in den Tätigkeitsberichten aus den Jahren 2013/2014 und 2015/2016 weist das Bundeskartellamt auf ein starkes Wachstum der *Follow-on*-Klagen hin.[17] Nach Auffassung des Bundeskartellamts ist – dem Tätigkeitsbericht aus dem Jahr 2015/2016 zufolge – die Erhebung einer Schadensersatzklage im Anschluss eines behördlichen Kartellverfahrens nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel.[18]

Trotz dieser Entwicklung besteht für Schadensersatzkläger im deutschen Recht weiterhin die Hürde, dass sie die Schadenshöhe beweisen bzw. eine Grundlage für eine gerichtliche Schadensschätzung vortragen müssen.[19] In diesem Zusammenhang haben Geschädigte – auch nach der 9. GWB-Novelle – ein erhebliches Interesse, auf möglichst viele Informationen aus der Zeit des Kartellrechtsverstoßes zuzugreifen und diese vor Gericht vorzutragen.[20]

Das soeben genannte Informationsbedürfnis der Geschädigten kann befriedigt werden, einerseits durch den Beweismittelzugang *inter partes* und andererseits durch den Zugriff auf Informationen der Wettbewerbsbehörden. Für Letzteres bieten sich insbesondere Informationen an, welche die Wettbewerbsbehörden von Kronzeugen erhalten (nachfolgend: Kronzeugeninformationen).

Kronzeugen im kartellrechtlichen Sinne sind an einem Kartell beteiligte Unternehmen oder Personen, die im Gegenzug für den Erlass oder die Reduktion der drohenden Sanktion mit der Wettbewerbsbehörde kooperie-

16 BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640, S. 49.
17 BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drs. 18/5210, S. 34; BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT- Drs. 18/12760, S. 80.
18 BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760, S. 80.
19 Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drs. 18/5210, S. 35; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332, 334.
20 Vgl. *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164, 166; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332, 334.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren.[21] Vorreiter auf diesem Gebiet war das amerikanische Kartellrecht, das schon im Jahr 1978 Sanktionserleichterungen für Kronzeugen einführte.[22] Seit dem Jahr 1996 können Kartellbeteiligte im europäischen Kartellrecht die Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission nutzen.[23] Die geltende Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen[24] wurde im Jahr 2006 eingeführt (im Folgenden: Kronzeugenmitteilung (2006)). Im deutschen Recht besteht seit dem Jahr 2000 mit der sog. Bonusregelung ein Kronzeugenprogramm. Mittlerweile beruht ein wesentlicher Großteil der behördlichen Kartellverfahren im europäischen Recht (ca. 80 Prozent[25]) und im deutschen Recht (über 50 Prozent[26]) auf der Kooperation mit Kronzeugen.

Für den Zugriff auf Kronzeugeninformationen bieten sich sowohl nationale als auch unionsrechtliche Rechtsgrundlagen an. Im deutschen Recht haben sich die Möglichkeiten eines Informationszugriffs durch die 9. GWB-Novelle grundsätzlich gewandelt. Während sich vor der 9. GWB-Novelle der Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach den allgemeinen Vorschriften des Zivil- und des Strafprozessrechts richtete, bestehen nun mit dem Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB und dem Offenlegungsersuchen gegenüber Wettbewerbsbehörden gem. § 89c GWB spezielle Vorschriften. Hinsichtlich der Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften sind jedoch noch verschiedene Fragen ungeklärt, so dass die Rechtslage im deutschen Recht derzeit noch nicht gefestigt ist.

Auf unionsrechtlicher Ebene bietet die *Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang*

---

21 *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2010), S. 30; *Kling/Thomas*, Kartellrecht (2016), § 9 Rn. 9 und § 23 Rn. 132; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 25; allgemein zum Begriff des Kronzeugen *Albrecht*, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 106 f.

22 *Albrecht*, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 140; *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2013), S. 125.

23 *Albrecht*, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 165; *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2010), S. 106 ff.

24 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 2006 C 298/ 17, Änderungen in ABl. 2015 C 256/1.

25 Komm., Staff Working Paper, Impact Assessment Report (2013), Tz. 57.

26 Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rn. 176 mit Hinweis auf *Mundt*, Kampf gegen Preisabsprachen: 635 Millionen: Kartellamt steuert auf Bußgeldrekord zu, Fokus Money online, 30.5.2014.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission[27] (nachfolgend: VO 1049/2001) eine Möglichkeit, Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission einzusehen. Auch auf dieser Ebene stellen sich verschiedene Fragen. Neben der Anwendbarkeit der Verordnung 1049/2001 im Kartellrecht ist insbesondere zu erörtern, aufgrund welcher Tatbestandsvarianten des Art. 4 VO 1049/2001 eine Versagung des Dokumentenzugangs und dadurch ein Schutz von Kronzeugeninformationen in Betracht kommen. Zudem ist die Vermutung der Beeinträchtigung der geschützten Interessen i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001, die durch den EuGH in dem Urteil *EnBW Energie*[28] eingeführt wurde, und ihre Reichweite näher zu betrachten. Des Weiteren ist der Frage nachzugehen, inwieweit kartellrechtliche Schadensersatzklagen ein „überwiegendes öffentliches Interesse" i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 darstellen können.

Sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene ist ein wesentliches Problem im Zusammenhang mit der Offenlegung von Kronzeugeninformationen und ihrer Verwendung in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, dass sie in einem „Spannungsverhältnis"[29] zur behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung stehen. Es wird allgemein befürchtet, dass die Offenlegung von Kronzeugeninformationen dazu führt, dass weniger Unternehmen Kronzeugenprogramme nutzen (*chilling effect*)[30] oder die Qualität der übermittelten Informationen abnimmt.[31] Dies könnte schwerwiegende Ef-

---

27 ABl. 2001 L 145/45.

28 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 92, 93 – Komm./EnBW Energie.

29 Das Wort „Spannungsverhältnis" wurde im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen Kronzeugenprogrammen und Schadensersatzklagen verwendet von GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – C-360/09, Tz. 28 – Pfleiderer; *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2009, 885, 885, 887, 889; dies., WuW 2011, 935, 938 und 939; von einem „Spannungsfeld" sprechend *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 45.

30 Vgl. EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 42 – Donau Chemie; EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 27 – Pfleiderer; Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 12; OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 36 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); AG Bonn 12.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 20 – Pfleiderer II (juris); ICN, Anti-Cartel Enforcement Manual (2009), Chapter 2, Tz. 2.4 und 3.7; *Riley*, E.C.L.R. 2010, 191, 195; *Seitz*, EuZW 2011, 598, 601; *Busch/Sellin*, BB 2012, 1167, 1168; für das amerikanische Recht *In re Micron Technology, Inc. Securities Litigation,* 264 F.R.D. 7, 11 (D.D.C. 2010); *Stolt-Nielsen Transp. Group Ltd. v. U.S.*, 480 F. Supp. 2d 166, 179-180 (D.D.C. 2007).

31 *Seitz*, EuZW 2011, 598, 602.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fektivitätseinbußen für die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung zur Folge haben, da es nicht nur für Kartellgeschädigte schwer ist, gegen Kartelle vorzugehen, sondern auch für die Kartellbehörden. So ist z.B. trotz des Kronzeugenprogramms im europäischen Kartellrecht nur von einer Aufdeckungsquote von ca. 15 Prozent auszugehen.[32] Eine Effektivitätsminderung kann sich jedoch letztlich auch auf die private Kartellrechtsdurchsetzung negativ auswirken, weil es sich bei den meisten kartellrechtlichen Schadensersatzklagen um *Follow-on*-Klagen handelt.[33]

Ein Grund für den befürchteten Attraktivitätsverlust – den sog. *chilling effect* – ist darin zu sehen, dass die Entscheidung eines Unternehmens, einen Kronzeugenantrag zu stellen, grundsätzlich auf ökonomischen Erwägungen beruht.[34] Maßgeblich für die Kooperationsbereitschaft ist daher, dass das antragstellende Unternehmen durch die Teilnahme am Kronzeugenprogramm nicht schlechter steht, als wenn es die Kooperation mit der Kartellbehörde unterlässt.[35] Es darf durch die Kooperation kein wirtschaftlicher Nachteil entstehen. Kartellunternehmen werden folglich auf Sanktionserlass oder -reduktion im behördlichen Verfahren verzichten, wenn sie aufgrund ihrer Kronzeugenstellung mit höheren finanziellen Belastungen durch Schadensersatzleistungen rechnen müssen als nicht kooperierende Unternehmen und dadurch den finanziellen Vorteil des Sanktionserlasses oder der Sanktionsreduktion verlieren.[36]

---

32 *Renda et. al.*, Report Making Antitrust Damages More Effective (2007) S. 95 f.

33 Vgl. *Mäger/Zimmer/Milde,* WuW 2011, 935, 938; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 467 („[…] ohne Bußgeldbescheid […] keine Schadensersatzklage. […]").

34 *Schroll,* Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 126; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 25; *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 217, 220; *Canenbley/Steinvorth*, in: FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 152; *Eilsmansberger*, CMLR 2007, 431, 436.

35 Vgl. Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 12; *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 4.

36 GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – C-360/09, Tz. 38 – Pfleiderer; Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 2006 C 298/17, Tz. 6; BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 31; *Alexander,* Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht (2010), S. 419, *Schroll,* Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 156 und 186 f.; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzkla-

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im deutschen Recht bestand vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2014/104/EU bzw. vor der 9. GWB-Novelle ein derartiges Risiko für die Effektivität des Kronzeugenprogramms des Bundeskartellamts (sog. Bonusregelung) und der Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission. Kronzeugen, deren Namen schon im Fallbericht des Bundeskartellamts oder in der Entscheidung der Europäischen Kommission[37] genannt wurden, waren ein leichtes Ziel für Schadensersatzklagen (sog. *„first-mover-disadvantage"*[38]). Neben der Bekanntgabe ihrer Identität war ein Grund hierfür, dass Kronzeugen in der Regel gegen die kartellbehördlichen Entscheidungen keine Rechtsmittel einlegten und die Entscheidungen gegen sie dadurch im Vergleich zu Entscheidungen gegen andere Kartellmitglieder früher rechtskräftig bzw. bestandskräftig wurden.[39] Die Hemmung der Verjährung von Schadensersatzansprüchen gegen Kronzeugen gem. § 33 Abs. 5 GWB a. F. endete dadurch früher als bei Kartellmitgliedern, die die behördliche Entscheidung angriffen. Dies verschärfte die Haftungslage für Kronzeugen.[40] Zwar betraf dies bei Entscheidungen des Bundeskartellamts im deutschen Recht insbesondere Kronzeugen, deren Geldbuße reduziert wurde, weil im Kartellverfahren gegen den ersten

---

gen (2013), S. 25 f.; *Klooz,* Die Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter in Akten des Bundeskartellamts (2014), S. 203; *Canenbley/Steinvorth*, in: FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 144 und 152; *Burholdt*, BB 2006, 2201, 2205; *Jüntgen,* WuW 2007, 128, 128 f.; vgl. *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement of EC Competition Law (2007), 217, 220 *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 106; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 311.

37 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 2006 C 296, geändert durch Abl. 2015 C 256/1, Tz. 39.

38 Begriff verwendet von *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 217, 220; *Canenbley/Steinvorth*, in: FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 152; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 33.

39 Komm., 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, S. 19.

40 Milde, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 33; Schroll, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 169 f.; Hölzel, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 332 f.; Ritter, WuW 2008, 762, 773; Wagner-von Papp, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch Schadensersatzklagen? (2010), S. 267, 274.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kronzeugen eine Einstellung gem. § 47 OWiG erfolgte,[41] d.h. die nachrangigen Kronzeugen somit von der Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB erfasst wurden.[42] Aber auch der erste Kronzeuge konnte sich nicht in Sicherheit wiegen, da im europäischen Recht gegen alle Kronzeugen Entscheidungen durch die Europäische Kommission erlassen werden.[43] Kronzeugen, denen das Bußgeld erlassen wurde, waren daher bei Entscheidungen der Europäischen Kommission ebenfalls einem erhöhten Haftungsrisiko ausgesetzt. Insgesamt konnte somit der Eindruck entstehen, dass sich Kronzeugen durch ihre Kooperation mit der Behörde selbst zur „Zielscheibe privater Schadensersatzklagen"[44] machten. Es wurde deshalb befürchtet, dass Kartellunternehmen aus Angst vor einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme von einer Kooperation im behördlichen Verfahren abgeschreckt werden würden.

Um diese negativen Effekte auf ihr eigenes und auf die nationalen Kronzeugenprogramme zu verhindern, hob die Europäische Kommission den Schutz des Kronzeugen bei ihren Vorschlägen zur Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung immer wieder hervor.[45] Diese Bestrebungen mündeten auf europäischer Ebene in der Einführung des absoluten Offenlegungsschutzes von Kronzeugenerklärungen und einer Haftungsprivilegierung des ersten Kronzeugen in der Richtlinie 2014/104/EU[46]. Nach Umsetzung ins deutsche Recht im Rahmen der 9. GWB- ist nunmehr der absolute Offenlegungsschutz von Kronzeugenerklärungen in § 33g Abs. 4 GWB sowie in § 89c Abs. 4 GWB normiert, während sich die Haftungsprivilegierung des ersten Kronzeugen nach § 33e GWB richtet.

---

41 *Bueren*, Transactional resolutions in German competition law & merger control (2014), S. 26.

42 *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 217, 222.

43 Vgl. *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 9 Rn. 99.

44 Vgl. AG Bonn 5.10.2015 – 52 Gs 120/14, S. 9 (Website des Bundeskartellamts); *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 24; *Wagner-von Papp,* EWS 2009, 445, 453.

45 Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg., S. 6, Option 6 und S. 11, Option 28; Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 12; Komm., 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, COM(2013) 404 final, S. 17.

46 Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Danach ist die Haftung des ersten Kronzeugen auf seine unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer oder Lieferanten beschränkt, es sei denn, andere Geschädigte können von den übrigen Rechtsverletzern keinen vollständigen Ersatz erlangen.

Dennoch stellen sich auch nach der 9. GWB-Novelle Fragen, die den Zugriff auf Kronzeugeninformationen betreffen. So ist z.B. weiterhin fraglich, ob die Gefahr für die Kronzeugenprogramme durch die Einführung des oben genannten Offenlegungsschutzes für Kronzeugenerklärungen gebannt ist. Kronzeugen sind auch nach der Novelle nicht absolut vor einer Offenlegung ihrer Informationen geschützt. Sie sehen sich – auch wenn in einem geringeren Umfang – weiterhin mit dem Problem konfrontiert, dass die Informationen und Dokumente, die bereits vor dem Kronzeugenantrag bestanden und die sie als Kooperationsleistung an die Kartellbehörden übermittelt haben, als Beweismittel in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen eingeführt werden können. In welchem Umfang diese Unterlagen von einer Offenlegung ausgenommen sind und inwieweit die bisherige Rechtsprechung nach der 9. GWB-Novelle zu berücksichtigen ist, ist bisher noch nicht geklärt. Der *chilling effect* und der *first-mover-disadvantage* könnten daher auch nach der 9. GWB-Novelle im deutschen Recht weiter fortbestehen.

Des Weiteren ist die Vereinbarkeit des Offenlegungsschutzes mit dem europäischen Primärrecht der Europäischen Union zweifelhaft.[47] Denn der EuGH hat vor Inkrafttreten der Richtlinie sowohl in der Entscheidung *Pfleiderer* im Jahr 2011 als auch in der Entscheidung *Donau Chemie* aus dem Jahr 2013 hinsichtlich der Offenlegung von Kronzeugeninformationen auf nationaler Ebene eine Einzelfallabwägung zwischen dem Interesse der Geschädigten auf Schadensersatz und dem Interesse an einer effektiven Kartellrechtsdurchsetzung gefordert.[48] Der Offenlegungsschutz von Kron-

47 Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Entwurf eines Berichts, 3.10.2013, 2013/0185(COD), S. 27; BR, Stellungnahme v. 20.9.2013, BR-Drs. 514/13, Tz. 13; Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Tz. 69; *Lundqvist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016), S. 165, 178; *Dschworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 839; *Gussone/Maritzen*, EWS 2013, 292, 293; *Seitz*, EuZW 2013, 561, 562; *Hempel*, EuZW 2013, 586, 590; *Gamble,* E.C.L.R. 2014, 469, 479; *Kersting*, WuW 2014, 564, 566 f.; *Schwab*, JECLaP 2014, 65, 66; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 342 f.; *Makatsch/Mir,* EuZW 2015, 7, 9; *Wagner-von Papp,* Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.B.ii.c.

48 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 31 – Pfleiderer; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 30 – Donau Chemie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeugenerklärungen scheint mit dieser Rechtsprechung auf den ersten Blick im Widerspruch zu stehen.

Die Richtlinie 2014/104/EU und ihre Umsetzung ins nationale Recht haben ferner zu unterschiedlichen Offenlegungsregimen auf nationaler und europäischer Ebene geführt. Während im nationalen Recht der bereits erwähnte Offenlegungsschutz für Kronzeugenerklärungen besteht, sieht die VO 1049/2001 auf europäischer Ebene keine entsprechende Regelung vor. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen auf europäischer Ebene möglich ist und welche Auswirkungen die unterschiedlichen Offenlegungsregime haben. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen in kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen ist daher weder für das deutsche noch das europäische Recht abschließend geklärt.

Die soeben aufgeworfenen Fragen sollen in der vorliegenden Arbeit zunächst durch eine Betrachtung des deutschen Rechts vor und nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle unter Berücksichtigung der Richtlinie 2014/104/EU untersucht werden. Anschließend wird die Rechtslage für das europäische Recht außerhalb der VO 1049/2001 betrachtet. Des Weiteren wird ein Blick auf die Rechtslage im amerikanischen Recht geworfen. Abschließend erfolgt ein Vergleich des deutschen, des europäischen und des amerikanischen Rechts, wobei untersucht werden soll, inwieweit sich die Rechtsordnungen gegenseitig beeinflusst haben.

Eine rechtsvergleichende Betrachtung bietet sich im vorliegenden Kontext an, da das amerikanische Recht für das deutsche und das europäische Recht zumindest auf dem Gebiet der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung eine Art Modellfunktion hat und die Kronzeugenprogramme im deutschen und im europäischen Recht auf den amerikanischen Kronzeugenregelungen beruhen. Zudem scheint der Spagat zwischen erfolgreicher privater und behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung im amerikanischen Kartellrecht gelungen. Kronzeugenprogramme stellen dort ein wesentliches Mittel zur Kartellverfolgung dar,[49] obwohl privatrechtliche Klagen den wesentlichen Großteil aller kartellrechtlichen Klagen darstellen.[50] Da-

---

49 Im Jahr 2010 z.B. waren ca. 50 internationale Kartellverfahren anhängig, von denen über die Hälfte auf Hinweise von Kronzeugen zurückzuführen waren, vgl. *Hammond*, The Evolution of *Criminal Antitrust* Enforcement Over the Last Two Decades (2010), S. 3.

50 Von schätzungsweise ca. 90 Prozent ausgehend *Renda et. al.*, Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU (2007), S. 9; *Schwedler,* Die private Durchsetzung des Kartellrechts in den USA, Europa und Deutschland (2005), S. 5; *Möschel,* WuW 2007, 483, 486.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rüber hinaus hat sich die Rechtsprechung der amerikanischen Bundesgerichte mehrfach mit der Frage beschäftigt, ob Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission in amerikanischen Schadensersatzprozessen offenzulegen sind.[51]

Vor diesem Hintergrund ist Ziel der vorliegenden Arbeit, die Gemeinsamkeiten und Unterschiede des Zugriffs auf Kronzeugeninformationen im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen im deutschen Recht vor und nach der 9. GWB-Novelle herauszustellen und diese mit dem Zugriff auf Kronzeugeninformationen im europäischen und im amerikanischen Recht zu vergleichen. Dabei soll versucht werden, allgemeine Prinzipien für den Zugriff auf Kronzeugeninformationen zu formulieren.

51 Zur Übersicht zur amerikanischen Rechtsprechung *Vandenborre*, E.C.L.R. 2011, 116, 117 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 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.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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; *Ahrens*, in: Wieczorek/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; *Petrasincu*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 33a Abs. 2 S. 1 GWB[61]. 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.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Kosten-Plus-Ansatz.[65] Des Weiteren können ökonomische Modelle über oligopolistische Marktstrukturen, wie das *Bertrand*-Modell[66] oder das *Cournot*-Modell[67], zur Schadensschätzung herangezogen werden.[68]

Im deutschen Recht werden von der Rechtsprechung häufig Vergleichsmarktmethoden 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.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/Durrance*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen Vergleichsmarktmethoden[74] oder Regressionsanalysen[75] 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

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Ausforschungsbeweis[85] 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; *Rauh/Zuchandke/Reddemann,* WRP 2012, 173, 174; *Rauh*, NZKart 2013, 222, 222; *Mederer,* EuZW 2013, 847, 851; *Bernhard*, 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. *Häefele,* Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2013), S. 278 f.

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

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Geschäftsgeheimnisse[89]), 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 war[91] – 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.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 2 Die Eignung von Kronzeugeninformationen zur Substantiierung von Schadensersatzklagen

Im Kartellrecht übermitteln Kronzeugen aufgrund ihrer fortdauernden Kooperationsverpflichtung Informationen in Form von Dokumenten, E-Mails etc. an die Wettbewerbsbehörde. Nach einem Überblick über die Kronzeugenprogramme in den USA, auf europäischer Ebene und in Deutschland (A.) wird im Folgenden betrachtet, welche Informationen Kronzeugen an die Wettbewerbsbehörden übermitteln und inwieweit sich diese zur Substantiierung von Schadensersatzklagen eignen (B.).

A. Die Kronzeugenprogramme in den USA, in der EU und in Deutschland im Überblick

Kronzeugenproramme sind im europäischen, im deutschen und im amerikanischen Recht Ermittlungsinstrumente, die den Behörden zur Durchsetzung des Kartellverbots dienen. Sie wurden zuerst in den USA im Jahr 1978 und danach sukzessive auf europäischer Ebene und in Deutschland eingeführt.

I. Das Prisoner's Dilemma – die theoretische Grundlage der Kronzeugenprogramme

Theoretische Grundlage der Kronzeugenprogramme ist das sog. *Prisoner's Dilemma*.[92] Dieses Modell beschreibt in seiner klassischen Form eine Situation, in der zwei Personen schwere Sanktionen für eine gemeinsam begangene Tat drohen und in der die Beweislage grundsätzlich nicht für den Nachweis der Tat ausreicht.[93] Es wird den Beschuldigten daher ein

92 *Hetzel*, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2004), S. 46.

93 *Hetzel*, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2004), S. 46; *Schroll*, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Handel angeboten:[94] Für den Fall, dass beide zu einem Geständnis bereit sind, würden für beide mildere Strafen ergehen. Wenn ein Beschuldigter allein geständig ist, wird keine Strafe gegen den kooperierenden Täter erlassen, den anderen treffe jedoch die volle Strafe. Schweigen hingegen beide, droht beiden die Verurteilung wegen eines milderen Delikts (deren Strafe aber milder ist, als wenn beide gestehen). Die Beschuldigten müssen sich entscheiden, ohne sich miteinander abstimmen zu können. Dadurch wird eine Unsicherheit erzeugt, die statistisch dazu führt, dass sich beide für ein Geständnis entscheiden.[95] Denn keiner der Beschuldigten kann sich darauf verlassen, dass der andere schweigt. Eine ähnliche Unsicherheit sollen die Kronzeugenprogramme bei den Kartellunternehmen erzeugen:[96] Zwar wäre die günstigste Variante für alle Beteiligten, nicht mit den Kartellbehörden zu kooperieren. Allerdings können sie sich nicht darauf verlassen, dass kein Kartellmitglied die Kronzeugenregelung in Anspruch nimmt, um für sich den Straferlass zu sichern. Dadurch wird ein erheblicher Druck auf die Kartellanten ausgeübt, als erstes mit der Wettbewerbsbehörde zusammenzuarbeiten.[97]

II. Das Kartellverbot und das behördliche Kartellverfahren als wesentliche Grundlagen für die Kronzeugenprogramme

Anhand des *Prisoner's Dilemma* können heute drei Grundvoraussetzungen für effektive Kronzeugenprogramme im Kartellrecht identifiziert werden: Erstens müssen Verstöße gegen das Kartellverbot mit hohen Sanktionen geahndet werden; zweitens muss ein hohes Entdeckungs- und Verfolgungsrisiko bestehen und drittens muss ein hohes Maß an Transparenz bestehen, damit die Kartellmitglieder die Folgen ihrer Kooperation abschätzen kön-

94 *Puffer-Mariette*, Die Effektivität von Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2008), S. 21 f.; *Schroll*, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 34.

95 *Hetzel*, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2004), S. 46; *Wiesner*, Der Kronzeuge im Kartellrecht (2004), S. 14 f.

96 *Albrecht*, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 128 f.; *Puffer-Mariette*, Die Effektivität von Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2008), S. 22 f.; *Schroll*, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 35.

97 *Panizza*, ZWeR 2008, 58, 60 und 69; vgl. *Ohle/Albrecht*, WRP 2006, 866, 870.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen.[98] Folglich sind die Vorschriften des materiellen Kartellverbots und die Ausgestaltung des Kartellverfahrens im Allgemeinen für das Funktionieren der Kronzeugenprogramme wesentlich und sollen nachfolgend betrachtet werden.

1. USA

Das Kartellrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, das sog. *antitrust law*, besteht aus wenigen Gesetzen, die durch umfangreiches Richterrecht ergänzt werden.[99] Sec. 1 Sherman Act ist wohl die bekannteste materielle Vorschrift des Antitrust-Rechts. Durch sie wird jeder Vertrag, jede Vereinigung oder jedes Zusammenwirken, das den Handel zwischen mehreren Bundesstaaten oder mit ausländischen Staaten einschränkt, für rechtswidrig erklärt.[100] Nach sec. 1(2) Sherman Act beträgt die Geldstrafe gegen Unternehmen bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot maximal USD 100 Mio. oder die doppelte Höhe des Gewinns oder des Verlusts, den das Kartell verursacht hat.[101] Für natürliche Personen beträgt die maximale Geldstrafe USD 1 Mio. oder die doppelte Höhe des Gewinns oder des Verlusts, den das Kartell verursacht hat; gegen natürliche Personen kann zudem eine maximale Haftstrafe von bis zu 10 Jahren verhängt werden.[102] Die Höhe der konkreten Strafe im Einzelfall richtet sich nach den *United States Sentencing Guidelines*, die auf dem *Sentencing Reform Act of 1984*[103] basieren.

---

98 *Hammond,* Detecting and Deterring Cartel Activity through an Effective Leniency Program, Nov. 2000, S. 1; *Albrecht,* Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 128 f.; *Schroll,* Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 32 f.

99 *Blechmann/Patterson*, in: FK, Ausland – USA, Rn. 5; *Elhauge/Geradin*, Global Competion Law and Economics (2011), S. 4; *Hempel,* Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 173.

100 Sec. 1 Sherman Act, § 15 U.S.C. § 1: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal."

101 18 U.S.C. § 3571(c)(1)-(2), (d); 15 U.S.C. § 1; vgl. *Hammond,* The Evolution of Criminal Enforcement Over the Last Two Decades, S. 5, Fn. 6.

102 18 U.S.C. § 3571(c)(1)-(2), (d); 15 U.S.C. § 1. Mit einer Freiheitsstrafe über einem Jahr ist ein Verstoß gegen sec. 1 Sherman Act ein Verbrechen (*felony*), vgl. Rule 7 (a) (1) FRCRP.

103 H.R.5773 - 98th Congress (1983-1984).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Neben sec. 1 Sherman Act ist auch die Vorschrift des sec. 5 Federal Trade Comission Act (FTC Act), die insbesondere unlautere Methoden des Wettbewerbs verbietet, hervorzuheben.[104] Zwar handelt es sich bei sec. 5 FTC Act formal nicht um ein Kartellverbot bzw. ein Antitrust-Gesetz.[105] Die Rechtsprechung legt jedoch sec. 5 FTC Act weit aus, so dass alle Verstöße gegen sec. 1 Sherman Act erfasst werden.[106] Zuständig für die Durchsetzung des FTC Act ist die Federal Trade Commission (FTC) – eine unabhängige Behörde, die unter Aufsicht des Kongresses steht.[107] Die Federal Trade Commission kann – um wettbewerbswidriges Verhalten zu verhindern – nach sec. 5(b) FTC Act Verfügungen erlassen, die darauf gerichtet sind, dass der Adressat das wettbewerbswidrige Handeln unterlässt und die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften einhält (*cease and desist orders*).[108] Die Missachtung einer solchen Verfügung kann Geldstrafen in Höhe von bis zu USD 10.000 zur Folge haben.[109]

Erstaunlich ist, dass von den soeben genannten Behörden nur das Department of Justice (DoJ) Kronzeugenprogramme erlassen hat: die *Corporate Leniency Policy*, die sich an Unternehmen als Kronzeugen richtet, und die *Individual Leniency Policy*, die natürliche Personen adressiert, die nicht als Mitarbeiter eines Kronzeugenunternehmens unter den Schutz der *Corporate Leniency Policy* fallen. Hintergrund hierfür könnte sein, dass das Department of Justice im Bundesrecht für die Durchsetzung die strafrechtli-

---

104 *Blechmann/Patterson*, in: FK, Ausland – USA, Rn. 9; sec. 5 (a) (1); 15 U.S.C. § 45: „Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful"; *Hay*, Das US-amerikanische Recht (2015), Rdnr. 635.

105 *Von Kalinowksi*, § 5.01, S. 5-3 (Stand: Rel. 102-8/96).

106 *FTC v. Motion Picture Advertising Svc. Co., Inc.*, 344 U.S. 392, 23 S. Ct. 361, 97 L. Ed 426 (1953); *FTC vs. Cement Institute*, 333 U.S. 683 (1948); *Areeda/Hovenkamp*, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application (2007), ¶ 302c, S. 16.

107 15 U.S.C. § 41: „A commission is created and established, to be known as the Federal Trade Commission (hereinafter referred to as the Commission), which shall be composed of five Commissioners, who shall be appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate. […]"; *Broder/Maitland-Walker*, A Guide to US Antitrust Law (2005), Rn. 8-021; *Von Kalinowski*, Vol. V, § 76.01 [2], S. 76-3 (Stand: Rel. 146-8/2011).

108 15 U.S.C. § 45(b); *Broder/Maitland-Walker*, A Guide to US Antitrust Law (2005), Rn. 8-022; *Hay*, Das US-amerikanische Recht (2015), Rn. 642.

109 15 U.S.C. § 45; 15 U.S.C. § 1311; *Sullivan/Hovenkamp*, Antitrust law, policy and procedure (2004), S. 69; *Hay*, Das US-amerikanische Recht (2015), Rn. 642, Fn. 190.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Sanktionen des sec. 1 Sherman Act zuständig ist.[110] Zudem kann die Federal Trade Commission natürlichen Personen nicht selbst Immunität gewähren, sondern sie muss einen entsprechenden Antrag an das Department of Justice oder die Attorney General der einzelnen Bundesstaaten stellen.[111]

2. EU

Im europäischen Recht ist das Kartellverbot in Art. 101 AEUV verankert. Verstöße gegen das Kartellverbot werden mit Geldbußen bis zu 10 Prozent des Unternehmensumsatzes des Vorjahres (Art. 23 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003) sanktioniert, wobei die Höhe der konkreten Geldbuße mittels der *Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 1/2003*[112] anhand verschiedener Kriterien bestimmt wird. Im Vergleich zum amerikanischen zeichnet sich das europäische Recht dadurch aus, dass es nur Unternehmen adressiert und keine strafrechtlichen Sanktionen verhängt werden. Dieser begrenztere Anwendungsbereich spiegelt sich auch in der Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission wider, die sich nur an Unternehmen als potentielle Kronzeugen richtet. Die primäre Verantwortung für die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts und damit auch für das Kronzeugenprogramm trägt gem. Art. 105 Abs. 1 AEUV die Europäische Kommission. Sie wird bei der Durchsetzung des Kartellverbots von den Wettbewerbsbehörden der einzelnen Mitgliedstaaten unterstützt (Art. 4 und 5 VO 1/2003).

---

110 15 U.S.C. § 4: „[...] shall be the duty of the several United States attorneys [...] under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations.", vom DoJ als „[...] leading anti-cartel enforcer [...]" ausgehend, OECD, The Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement, United States, 15 June 2015, DAF/COMP/WP3/WD(2015)11, Tz. 7.

111 Vgl. dazu Federal Trade Commission, Operating Manual, Kap. 3, Tz. 3.6.7.6.9.

112 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 1.9.2006, ABl. 2006 C 210/2.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Deutschland

Im deutschen Recht ist das Kartellverbot in § 1 GWB normiert, das dem Kartellverbot gem. Art. 101 AEUV entspricht. Verstöße gegen § 1 GWB werden – wie im europäischen Recht – nicht strafrechtlich sanktioniert, sondern insbesondere durch den Erlass von Geldbußen gem. § 81 Abs. 1 Nr. 1 und § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB geahndet. Nach § 81 Abs. 4 GWB können die Geldbußen bis zu EUR 1 Mio. gegenüber natürlichen Personen und bis zu bis zu 10 Prozent des Unternehmensumsatzes des Vorjahres betragen, wobei die konkrete Bemessung der Geldbußen sich nach den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts[113] richtet. Auch das deutsche Kronzeugenprogramm, die sog. Bonusregelung des Bundeskartellamts[114], richtet sich sowohl an die Kartellunternehmen als auch an natürliche Personen. Zuständig für die Ordnungswidrigkeitenverfahren sind nach § 81 Abs. 10 Nr. 3 GWB das Bundeskartellamt und Landeskartellamt, wobei dem Bundeskartellamt eine herausragende Stellung in der Bekämpfung von Kartellen zukommt.

III. Regelungen der Kronzeugenprogramme zum Sanktionserlass und zur Sanktionsermäßigung

Bei der Gewährung eines Sanktionserlasses kann zwischen Kronzeugenanträgen, die zur Einleitung von Verfahren führen, und Kronzeugenanträgen, die sich auf bereits laufende Verfahren beziehen, unterschieden werden. In den USA, in der EU und in Deutschland wird einem Unternehmen im Kartellrecht ein Sanktionserlass zwingend gewährt, wenn die Kartellbehörde noch kein Ermittlungsverfahren eröffnet hat, das Unternehmen der erste Antragsteller ist, es weder der Anführer des Kartells war noch andere Unternehmen zur Teilnahme gezwungen hat und mit der Kartellbehörde kooperiert.[115]

---

113 BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, v. 25.6.2013.

114 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7.3.2006.

115 DoJ, Corporate Leniency Policy, Teil A: „[...] At the time the corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source; [...] and 6. The corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity."; Komm., Mitteilung

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wenn die Kartellbehörde schon ein Kartellverfahren eröffnet hat, werden grundsätzlich an die Kooperationsangebote höhere Anforderungen gestellt als vor Eröffnung eines Verfahrens. Im europäischen und im deutschen Recht müssen z.B. die Kronzeugen weitere wesentliche Beweismittel für den Nachweis des Kartellrechtsverstoßes liefern, um in den Genuss eines Sanktionserlasses zu kommen.[116] Zudem steht der Sanktionserlass für den ersten Antragsteller im amerikanischen und im deutschen Recht nach Eröffnung des Verfahrens im (intendierten) Ermessen der Kartellbehörde.[117] Die Differenzierung zwischen gebundener Entscheidung und (intendiertem) Ermessen zeigt, dass der Aufdeckung von geheimen Kartellen grundsätzlich ein größerer Stellenwert eingeräumt wird als dem Nachweis des Kartellrechtsverstoßes im kartellrechtlichen Verfahren. Diese Prioritätensetzung kommt durch die höheren Anforderungen an einen Straferlass nach Eröffnung des Ermittlungsverfahrens zum Ausdruck. Im europäischen Recht ist hingegen ein automatischer Sanktionserlass für den ersten Antragsteller auch nach Eröffnung des Kartellverfahrens möglich.[118] Wesentlich für diesen Sanktionserlass ist, dass die Kartellbehörden zu diesem Zeitpunkt noch nicht über hinreichende Beweise für den Kartellrechtsverstoß verfügen.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem deutschen und dem europäischen Kronzeugenprogramm einerseits und den amerikanischen Kron-

---

über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 8 lit. a), 10; BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung –, v. 7.3.2006, Abschnitt B, Tz. 3, Nr. 2.

116 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 11; BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7. 3.2006, Abschnitt B, Tz. 4 Nr. 1 und Nr. 2.

117 DoJ, Corporate Leniency Policy, Teil B: „[...] 1. The corporation is the first one to come forward and qualify for leniency with respect to the illegal activity being reported; 2. The Division, at the time the corporation comes in, does not yet have evidence against the company that is likely to result in a sustainable conviction; [...] and 7. The Division determines that granting leniency would not be unfair to others, considering the nature of the illegal activity, the confessing corporation's role in it, and when the corporation comes forward."; BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7.3.2006, Abschnitt B, Tz. 4 Nr. 1, 2 und 5.

118 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 8 lit. b).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeugenprogrammen andererseits ist, dass die Kronzeugenprogramme in den USA keine Sanktionsmilderungen für Zweit- oder Drittantragsteller vorsieht. Die Kooperation dieser „nachrangigen" Antragsteller kann nur außerhalb des Kronzeugenprogramms als positives Nachtatverhalten strafmildernd im Rahmen der Strafzumessung oder im Rahmen eines Verständigungsverfahrens (*plea bargaining*) berücksichtigt werden, indem entweder der Anklagevorwurf oder das Strafmaß begrenzt wird.[119]

Im europäischen und im deutschen Kronzeugenprogramm ist dagegen eine Reduktion der Sanktionen auch für Unternehmen möglich, die nicht als erstes den Kronzeugenantrag gestellt haben (im Folgenden: nachrangige Kronzeugen).[120] Hierfür müssen allerdings die übermittelten Informationen im europäischen Recht einen „erheblichen Mehrwert" darstellen.[121] Der Begriff „Mehrwert" bezieht sich auf das Ausmaß, in dem die vorgelegten Beweise der Europäischen Kommission beim Nachweis der Zuwiderhandlung helfen.[122] Auch im deutschen Kronzeugenprogramm müssen die Informationen einen wesentlichen Beitrag bei der Feststellung des Verstoßes leisten.[123] Hintergrund dieser erhöhten Anforderungen ist, dass die Aussage eines Kartellanten nicht für die Verhängung einer Geldbuße genügt, wenn die betroffenen, mutmaßlichen Kartellanten die Aussage bestreiten (sog. „testis unus"-Grundsatz).[124]

---

119 Vgl. ausführlich zum *plea bargaining*, *Bueren*, Verständigungen – Settlements im Kartellbußgeldverfahren (2011), S. 55 ff.

120 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 23 ff.; BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7. 3.2006, Abschnitt C.

121 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 24.

122 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 25.

123 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, vom 7.3.2006, Abschnitt C, Tz. 5, Nr. 1.

124 Vgl. EuG 15.3.2000 – T-337/94, Slg. 1998-II-1571, Tz. 91 – Enso-Gutzeit Oy/Kommission; EuG 8.7.2004 – T-67/00, Slg. 2004 II-2501, Tz. 219 – JFE Engineering; *Klose*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Europ. Wettbewerbsrecht, Leniency-Bekanntmachung, Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Bedeutung der Kronzeugenprogramme für die Kartellrechtsdurchsetzung

Die Kartellbehörden betonen immer wieder die überragende Relevanz der Kronzeugenprogramme für die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung. Sie werden schon seit Jahren als *most effective investigative tool* bezeichnet.[125] Die stetig steigende Zahl von Ermittlungen, die auf Kronzeugeninformationen beruhen, scheint die Bedeutung der Programme zu bestätigen. Zur Illustration soll an dieser Stelle nur auf die Entwicklung im europäischen Recht hingewiesen werden. Während vor der Einführung des ersten Kronzeugenprogramms im Jahr 1996 von der Europäischen Kommission durchschnittlich ein Kartell im Jahr aufgedeckt wurde,[126] erließ die Europäische Kommission allein in den Jahren 2000 bis 2009 Entscheidungen in 66 Kartellfällen.[127]

B. Der Inhalt von Kronzeugeninformationen und die Substantiierung von Schadensersatzklagen

Im Vorfeld der 9. GWB-Novelle vertraten das Bundeskartellamt und Teile der Literatur die Auffassung, dass sich Hinweise auf die Schadenshöhe nur zufällig in Kartellverfahrensakten befänden.[128] Der nachfolgende Abschnitt geht dieser Aussage nach und untersucht, ob Kronzeugeninformationen entsprechende Angaben enthalten, die zur Substantiierung von Schadensersatzklagen geeignet sind. Dazu werden zunächst die Kooperationspflichten der Kronzeugen im amerikanischen, im europäischen und im deutschen Recht betrachtet und anschließend bewertet.

---

125 *Hammond* nennt das Kronzeugenprogramm „[…] most effective investigative tool. […]", The Evolution of Criminal Enforcement Over the Last Two Decades, Rede auf dem 24th Annual of the National Institute On White Collar Crime, Miami, 25. Februar 2010, S. 3.

126 *Riley*, E.C.L.R. 2010, 191, 192.

127 Komm., Kartellstatistik vom 7.12.2011, S. 5, Tabelle 1.10.

128 BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, S. 25; zuvor schon *Bien*, EuZW 2011, 889, 889; *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 350.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. USA

Im amerikanischen Kartellrecht sind sowohl Unternehmen als auch natürliche Personen als Kronzeugen verpflichtet, die zuständige Abteilung des Department of Justice, die Antitrust Division, aufrichtig und vollständig über den Wettbewerbsverstoß zu informieren und mit der Kartellbehörde uneingeschränkt zusammenzuarbeiten.[129] Der Informationspflicht wird entsprochen, wenn der Antragsteller seinen Kenntnisstand vollständig offenlegt und alle Dokumente übermittelt, die mit dem Wettbewerbsverstoß in Zusammenhang und in seiner Verfügungsmacht stehen.[130] Unternehmen sind darüber hinaus dafür verantwortlich, dass ihre Mitarbeiter uneingeschränkt mit der Kartellbehörde zusammenarbeiten.[131] Von der Kooperationspflicht sind nur Informationen ausgenommen, die unter das *attorney-client-privilege* oder das *work-product-privilege* fallen und dadurch besonders geschützt sind.[132] Legt ein Kronzeugenunternehmen diese Informationen offen, ist dies für den Kronzeugen nach Auffassung des Department of Justice in nachfolgenden Zivilprozessen unschädlich, da die Offenlegung von Informationen durch potentielle Kronzeugen gegenüber der Antitrust Division keinen Verzicht auf die Aussageverweigerungsrechte (*waiver of privileges*) darstelle.[133]

Bei Antragstellung vor Eröffnung eines Kartellverfahrens ist nicht maßgeblich, ob die Antitrust Division mit den übermittelten Informationen einen Wettbewerbsverstoß nachweisen kann. Vielmehr ist es ausreichend, wenn die Antitrust Division aufgrund der Informationen des Kronzeugen die entscheidenden Beweise finden kann.[134] Die übermittelten Informationen dienen folglich als Hilfsmittel für weitere behördliche Ermittlungen,

---

129 DoJ, Corporate Leniency Policy, Teil A Nr. 3 und Teil B Nr. 4.

130 DoJ, Model Corporate Conditional Leniency Letter, Nr. 2 lit. a) und lit. b).

131 DoJ, Model Corporate Conditional Leniency Letter, Nr. 2 lit. c) bis lit. f).

132 DoJ, Model Corporate Conditional Leniency Letter, Nr. 2 lit. b); *Hammond/Barnett*, Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters, Nov. 2008, Nr. 16; *Hammond*, Recent Developments to the Antitrust Division's Corporate Leniency Program, März 2009, S. 5.

133 DoJ, Model Corporate Conditional Leniency Letter, Einf.; *Hammond/Barnett*, Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters, Nov. 2008, Nr. 16.

134 *Hammond*, When Calculating the Costs and the Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Would You Put a Price Tag on an Individual Freedom?, S. 3; *ders.*, Detecting and Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

müssen aber nicht selbst zum Beweis vor Gericht geeignet sein.[135] Dazu kann die Antitrust Division im Rahmen des *Grand-Jury*-Verfahrens Aussagen der Beschuldigten, die Dokumentenvorlage oder Hausdurchsuchungen nutzen.[136] Nach Eröffnung des Kartellverfahrens müssen hingegen Informationen übermittelt werden, die über den aktuellen Ermittlungsstand der Antitrust Division hinausgehen.[137] Die reine Anzeige eines Kartellrechtsverstoßes reicht dann nicht mehr aus.

Das antragstellende Kartellunternehmen ist zudem nicht verpflichtet, sogleich bei Antragstellung alle erforderlichen Informationen zu übermitteln. Vielmehr kann sich ein Unternehmen seine Position als erster Antragsteller sichern, wenn es alle erforderlichen Informationen innerhalb einer bestimmten Frist einreicht; diese Sicherung der Rechtsposition ist als Setzen eines „Markers" bekannt. Im amerikanischen Recht ist es daher zunächst ausreichend, dass die Unternehmen nur einen kurzen Antrag (*proffer*) stellen, der später vervollständigt wird.

II. Europa

Die Europäische Kommission unterscheidet in ihrer Kronzeugenmitteilung (2006) zwischen (1.) Unternehmenserklärungen und (2.) anderen Informationen/Beweisen, welche die Kartellunternehmen besitzen und an die Europäische Kommission weiterleiten. Für beide Informationsarten gilt, dass sie genau, nicht irreführend und vollständig sein müssen, damit sie den Anforderungen an eine ernsthafte Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission genügen.[138]

---

135 *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 310.

136 *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 310.

137 Dies kann aus denVoraussetzungen der Type B Leniency geschlossen werden; (" [...] (2) zum Zeitpunkt der Anzeige der Antitrust Division noch nicht ausreichend Beweise für eine Verurteilung vorliegen" (Übersetzung durch Verf.)).

138 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 12 (a) Fn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Unternehmenserklärungen

Unternehmenserklärungen müssen nur diejenigen Kronzeugen abgeben, die einen vollständigen Bußgelderlass begehren. Die Kronzeugenmitteilung (2006) definiert den Begriff „Unternehmenserklärung" als

> „eine freiwillige Darstellung seitens oder im Namen des Unternehmens gegenüber der Kommission bezüglich seines Wissens über ein Kartell und seine Beteiligung daran, die speziell für die Zwecke dieser Mitteilung erfolgt."[139]

Unternehmenserklärungen beinhalten somit selbstbelastende Aussagen von Unternehmen, die nicht durch andere, bereits existierende Beweismittel nachgewiesen werden können. Nach dem Wortlaut der Teilziffer 9 lit. a) der Kronzeugenmitteilung (2006) müssen Unternehmenserklärungen im Einzelnen

> „eine eingehende Beschreibung der Art des mutmaßlichen Kartells, einschließlich z.B. seiner Ziele, Aktivitäten und Funktionsweise; Angaben über das betroffene Produkt bzw. die betroffene Dienstleistung, die räumliche Ausdehnung und die Dauer sowie eine Schätzung des von dem mutmaßlichen Kartell betroffenen Marktvolumens; genaue Angaben über mutmaßliche Kartellkontakte (Daten, Orte, Inhalte und Teilnehmer) und alle relevanten Erläuterungen zu den im Rahmen des Antrags beigebrachten Beweismitteln"

enthalten. Daten über den Antragsteller und die anderen Kartellmitglieder sowie Daten über die Einzelpersonen, die am Kartell mitgewirkt haben, müssen ebenfalls offengelegt werden.[140] Es werden zudem Angaben über die Wettbewerbsbehörden erfasst, zu denen der Antragsteller schon Kontakt aufgenommen hat.[141]

---

139 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl.C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 31.

140 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 9 lit. a).

141 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 9 lit. a).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Andere, bereits existierende Beweismittel

Im Hinblick auf bereits existierende Beweismittel stellt die Europäische Kommission bei Informationen des ersten Kronzeugen und bei Informationen nachrangiger Kronzeugen unterschiedlich hohe Anforderungen an die Qualität der Informationen. Eine Pflicht zur Übermittlung aller Informationen, die für das Kartellverfahren relevant sein können, besteht aber aufgrund der Verpflichtung zur stetigen Kooperation für alle Kronzeugen – unabhängig davon, welchen Rang sie als Kronzeugen genießen.

Um einen Erlass der Geldbuße zu bewirken, muss der erste Antragsteller nicht nur eine Unternehmenserklärung abgeben. Vielmehr müssen auch bereits existierende Beweismittel übermittelt werden, wenn diese sich im Besitz des Antragstellers befinden oder dieser Zugang zu ihnen hat.[142] Wenn die Europäische Kommission noch kein Verfahren eröffnet hat, werden keine hohen qualitativen Anforderungen an diese Beweismittel gestellt (vgl. Kronzeugenmitteilung (2006) Tz. 8 lit. a)). Ausreichend ist die Begründung eines Anfangsverdachts.[143] Falls die Europäische Kommission hingegen schon einen Anfangsverdacht hat, muss das Kartellunternehmen zwingende Beweise vorlegen, um die Feststellung des Verstoßes gegen Art. 101 AEUV zu ermöglichen (vgl. Kronzeugenmitteilung (2006) Tz. 8 lit. b)).

Ein strengerer Maßstab als für die Informationen des ersten Kronzeugen gilt für die übermittelten Informationen nachfolgender Antragsteller. Diese müssen einen erheblichen Mehrwert für das Ermittlungsverfahren darstellen. Der Begriff „Mehrwert" bezieht sich auf das Ausmaß, in dem die vorgelegten Beweise der Europäischen Kommission beim Nachweis der Zuwiderhandlung helfen.[144] Dabei wird Beweismitteln aus der Zeit des Verstoßes größerer Wert beigemessen als zeitlich nachfolgenden.[145] Nach Auffassung der Europäischen Kommission sind zudem Beweismittel mit direktem Bezug zum Kartellrechtsverstoß bedeutender als Beweismittel mit indirektem Bezug zum Kartellrechtsverstoß. Ihr zufolge ist zu berücksichtigen, ob die Beweismittel zwingend sind oder bei Anfechtung weite-

142 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 9 (b).
143 *Klose*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Leniency-Bekanntmachung, Rn. 8.
144 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 25.
145 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 25.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rer Untermauerung bedürften.[146] Einen „Mehrwert" haben z.B. Beweismittel, wenn sie der Europäischen Kommission die Feststellung des Kartells ermöglichen[147] oder wenn die Beweismittel dazu geeignet sind, bußgelderhöhend zu wirken. Dies ist u.a. gegeben, wenn neben einer Preisabsprache auch eine Kundenaufteilung nachgewiesen werden kann oder eine längere Dauer des Kartells.[148] In solchen Fällen kann ggf. ein Teilerlass der Geldbuße für die Mitteilung erschwerender Tatsachen in Betracht kommen.[149]

III. Deutschland

Im deutschen Recht ist der Antragsteller im Rahmen der Bonusregelung dazu verpflichtet, alle ihm zugänglichen Informationen und Beweismittel an das Bundeskartellamt zu übermitteln.[150] Dazu gehören insbesondere Angaben, die für die Berechnung der Geldbuße bedeutsam sind und die dem Antragsteller vorliegen oder die er beschaffen kann.[151] Bei der Qualität der zu übermittelnden Informationen stellt das Bundeskartellamt – ähnlich wie die Europäische Kommission – unterschiedliche Anforderungen an den ersten Kronzeugenantrag, den sog. ersten Bonusantrag, und die nachfolgenden Bonusanträge.

1. Erster Bonusantrag

Bei dem ersten Bonusantrag wird differenziert, ob der Kronzeugenantrag vor oder nach Eröffnung des Kartellverfahrens eingebracht wurde. Vor Eröffnung des Kartellverfahrens müssen die Informationen ausreichen, um

146 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 25.
147 *Bechtold et al.,* Art. 23 VO 1/2003, Rn. 80; *de Bronett,* Art. 23 VO 1/2003 Rn. 81; *Klose*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Leniency-Bekanntmachung, Rn. 46; *Kerse/Khan*, EC Antitrust Procedure (2005), Rn. 7-227.
148 *Klose*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Leniency-Bekanntmachung, Rn. 46.
149 *Kerse/Khan,* EC Antitrust Procedure (2005), Rn. 7-228.
150 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7.3.2006, Abschnitt D, Tz. 8.
151 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen -Bonusregelung-, v. 7.3.2006, Tz. 8.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einen Durchsuchungsbeschluss zu bewirken.[152] Dazu ist erforderlich, dass die Informationen einen konkreten Anfangsverdacht begründen.[153] Es müssen also tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der zu untersuchende Lebenssachverhalt eine Kartellordnungswidrigkeit darstellt.[154]

Nach Eröffnung des Kartellverfahrens müssen die Informationen dagegen ausreichen, um die Tat nachzuweisen.[155] Der Maßstab an die zu übermittelnden Informationen ist zu diesem Zeitpunkt also deutlich höher als vor Eröffnung des Kartellverfahrens.[156] Konkrete qualitative Erfordernisse bestimmt die Bonusregelung jedoch nicht. Aus den Anforderungen, die an einen Marker[157] gesetzt werden, lässt sich jedoch ein Mindeststandard für die für einen Bonusantrag erforderlichen Informationen ermitteln.[158] Danach muss ein Bonusantrag Angaben über die Art und Dauer des Kartellverstoßes, die sachlich und räumlich betroffenen Märkte, die Identität der Beteiligten sowie die Wettbewerbsbehörden, bei denen ebenfalls Anträge gestellt wurden, beinhalten.[159] Es ist daher anzunehmen, dass die Bonusanträge und die dazu gehörigen Dokumente häufig Angaben zur Umsetzung und zur Durchsetzung der Kartellabsprache sowie zu den Auswirkungen auf den betroffenen Markt enthalten.[160] Dazu gehörige Dokumente als bereits bestehende Beweismittel können z.B. entsprechende Gesprächsnotizen, Kalendereinträge oder E-Mails sein.[161]

---

152 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung-, v. 7.3.2006, Tz. 3; *Vollmer,* in: MüKo Wettbewerbsrecht, § 81 GWB Rn. 153.

153 *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 81 Rn. 518.

154 Vgl. BGH v. 1.6.1994 – 1 BJs 182/83 StB 10/94, NStZ 1994, 499, 500; *Peters*, in: MüKo StPO, § 152 Rn. 35.

155 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung-, v. 7.3.2006, Tz. 4.

156 *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 81 Rn. 520.

157 Darunter ist eine rangwahrende Erklärung zur Zusammenarbeit durch das Kartellunternehmen mit der Möglichkeit einer späteren Vervollständigung zu verstehen, vgl. *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 81 Rn. 529.

158 So auch *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 71.

159 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung-, v. 7.3.2006, Tz. 11.

160 *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 87.

161 *Klooz,* Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 230.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Nachfolgende Bonusanträge

Im Vergleich zum ersten Kronzeugenantrag stellt die Bonusregelung, wie die Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission, bei nachfolgenden Kronzeugenanträgen einen strengeren Maßstab an die zu übermittelnden Informationen als im Zusammenhang mit dem ersten Kronzeugenantrag. Für die Ermäßigung des Bußgeldes müssen die Informationen „wesentlich" dazu beitragen, die Tat nachzuweisen.[162] Wann ein Beitrag wesentlich ist, entscheidet das Bundeskartellamt. Der Begriff „wesentlich" wird durch die Bonusregelung nicht näher bestimmt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass es sich um Informationen handeln muss, die über den bisherigen Ermittlungsstand des Bundeskartellamts hinausgehen.

IV. Bewertung

Als Maßstab für eine Bewertung der übermittelten Informationen werden die Ausführungen der Europäischen Kommission im Arbeitspapier zum Weißbuch für Schadensersatzklagen herangezogen. Danach sind nützliche Informationen zur Schadensschätzung Notizen über abgestimmte Preiserhöhungen oder Einflussnahmen auf den Wettbewerb, interne Dokumente der Kartellmitglieder zur Bewertung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse, Informationen über wirtschaftliche Tätigkeiten der Kartellmitglieder auf dem betroffenen Markt sowie genaue Informationen über die Verletzungshandlung und die Verursachungsbeiträge.[163] Vergleicht man die Anforderungen der Kronzeugenmitteilung und der Bonusmitteilung mit den Angaben, welche die Europäische Kommission zur Schadensschätzung als nützlich erachtet, stimmen diese im Wesentlichen überein. Beispielsweise können Angaben über Preisabsprachen Geschädigten helfen, die Marktentwicklungen genauer zu rekonstruieren. Absprachen von Gebiets- oder Kundenaufteilungen[164] sowie Produktabgrenzungen können nützlich sein, um zu bestimmen, wer von welchen Auswirkungen des Kartells betroffen wurde. Ferner können zur Schätzung des hypothetischen Marktpreises be-

---

162 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7.3.2006, Tz. 5.

163 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 89; *Herrlinger*, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder (2010), S. 65, 66.

164 Zur Kundenaufteilung *Bien*, EuZW 2011, 889, 889 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reits bestehende Beweismittel hilfreich sein, wie etwa Notizen über Einflussnahmen auf den Wettbewerb oder interne Dokumente der Kartellmitglieder zur Bewertung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse. Die Angaben aus Unternehmenserklärungen können daher grundsätzlich für die Substantiierung von Schadensersatzklagen nützlich sein.

Die Art und der Umfang der Kronzeugeninformationen in den Verfahrensakten unterscheiden sich allerdings je nach Kartell und Wissensstand des Kronzeugen. Inwieweit Kronzeugeninformationen zur Substantiierung einer konkreten Schadensersatzklage geeignet sind, ist daher eine Frage des Einzelfalls. Die Annahme, es sei rein „zufällig", wenn sich in Kronzeugenanträgen des Bundeskartellamts oder der Europäischen Kommission hilfreiche Informationen für die Schadensschätzung befinden,[165] ist aber bei genauerer Betrachtung aufgrund der Übereinstimmungen der Informationspflichten der Kronzeugen im deutschen und im europäischen Recht mit den Angaben des Arbeitspapiers zum Weißbuch zweifelhaft. Es ist vielmehr im Ergebnis davon auszugehen, dass Kronzeugendokumente des deutschen und europäischen Kronzeugenprogramms grundsätzlich Informationen enthalten, die für die Durchsetzung von Schadensersatzklagen relevant sind.[166]

Informationen aus amerikanischen Kronzeugenprogrammen sind im Vergleich zu Informationen aus dem europäischen und dem deutschen Kronzeugenprogramm dagegen für Geschädigte weniger attraktiv. Dies liegt u.a. daran, dass es im amerikanischen im Gegensatz zum deutschen und zum europäischen Recht nur einen Kronzeugen gibt. Durch diesen numerischen Unterschied sinkt tendenziell die Wahrscheinlichkeit, dass die Kronzeugendokumente Informationen enthalten, die für Geschädigte nützlich sein können.[167] Zudem begründen Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht häufig nur einen Anfangsverdacht und müssen nicht als Beweismittel geeignet sein.

---

165 Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, S. 25.

166 *Häfele*, Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2012), S. 4; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 24; *Kling/Thomas*, Kartellrecht (2016), S. 86; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 73; a.A. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 112 f.

167 Vgl. *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 310.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 3 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen in der Rechtsprechung des EuGH

Vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU befasste sich der EuGH in den Entscheidungen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* mit der Offenlegung von Kronzeugeninformationen auf Ebene der Mitgliedstaaten und entwickelte allgemeine Grundsätze für den Zugriff auf Kronzeugeninformationen aus Art. 101 AEUV. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des europäischen Primärrechts sind diese Grundsätze sowohl im europäischen Sekundärrecht als auch im nationalen Recht der Mitgliedstaaten zu beachten.[168]

A. Entscheidung des EuGH in der Sache „Pfleiderer"

Der EuGH befasste sich in der Entscheidung *Pfleiderer* aus dem Jahr 2011 erstmalig mit dem Zugriff auf Kronzeugeninformationen. Im Folgenden werden der Verfahrensgang und die Entscheidung des EuGH dargestellt und anschließend bewertet.

I. Verfahrensgang und Entscheidung des EuGH

Ausgangspunkt für das Verfahren „*Pfleiderer*" vor dem EuGH bildete ein Akteneinsichtsbegehren der *Pfleiderer AG* (nachfolgend: Pfleiderer) gem. § 406e StPO gegenüber dem Bundeskartellamt.[169] Die begehrten Akten befassten sich mit einem Bußgeldverfahren gegen die drei größten europäischen Dekorpapierhersteller u.a. wegen wettbewerbswidriger Preisabsprachen.[170] Das Bundeskartellamt gewährte keine umfängliche Akteneinsicht, sondern übermittelte Pfleiderer Bußgeldbescheide in anonymisierter Form und gewährte Akteneinsicht in eine um Geschäftsgeheimnisse, interne Unterlagen und Kronzeugeninformationen bereinigte Verfahrensakte.[171] Um eine vollständige Akteneinsicht zu bewirken (einschließlich der Einsicht in

168 Vgl. *Köndgen*, in: Riesenhuber (2015), § 6 Rn. 11.
169 Vgl. EuGH 14.6.2011 – C- 360/09, Tz. 9 – Pfleiderer.
170 Vgl. EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 8 – Pfleiderer.
171 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 11 f. – Pfleiderer.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Bonusanträge und die freiwillig von Kronzeugen übermittelten Unterlagen), beantragte Pfleiderer eine Entscheidung des AG Bonn gem. § 62 OWiG.[172]

Das AG Bonn erließ zwar einen Beschluss, nach dem die Akteneinsicht auch in die Bonusanträge und in die freiwillig übermittelten Unterlagen zu gewähren war, schob aber dessen Vollstreckung auf. Zudem setzte das AG Bonn das Verfahren aus und legte dem EuGH eine Vorabentscheidungsfrage gem. Art. 267 AEUV vor, um zu klären, inwieweit die kartellrechtlichen Vorschriften des Unionsrechts es erforderten, Geschädigten und anderen Dritten die Einsicht in Kronzeugeninformationen zu versagen.

Generalanwalt (GA) Mazák betonte in seinen Schlussanträgen, die Bedeutung der Kronzeugendokumente für die Kartellverfolgung.[173] Zugleich verwies er auf die Rechtsprechung des EuGH, der zufolge die volle Wirksamkeit der Art. 101 ff. AEUV beeinträchtigt wäre, wenn nicht jeder Schadensersatz verlangen könne.[174] Informationen aus Kronzeugendokumenten könnten zudem hilfreich sein, um Schadensersatzklagen zu untermauern.[175] Nach Ansicht von GA Mazák könnte eine Offenlegung aller Kronzeugeninformationen jedoch aufgrund des hohen Haftungsrisikos und einer möglichen Schlechterstellung von Kronzeugen zu einer Gefährdung der Effektivität der Kronzeugenprogramme führen.[176] Um diese kollidierenden Interessen in Ausgleich zu bringen, schlug GA Mazák vor, freiwillig übermittelte Dokumente von Kronzeugen absolut zu schützen, die Offenlegung von bereits, bestehenden Beweismitteln jedoch zuzulassen.[177]

Der EuGH ist den Schlussanträgen nicht gefolgt. Der EuGH entschied im Jahr 2011, dass die Akteneinsicht gem. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO in Kronzeugenunterlagen nicht grundsätzlich gegen das Unionsrecht verstoße.[178] Vielmehr stellte der EuGH fest, dass es Aufgabe der Mitgliedstaaten sei, Vorschriften über den Zugang zu Dokumenten, die von Kronzeugen stammten, zu regeln, da das unionsrechtliche Kartellrecht keine verbindlichen Vorschriften vorsehe.[179] Die Mitgliedstaaten müssten allerdings bei der Gestaltung einer entsprechenden Regelung den Äquivalenz- und den

172 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 14 – Pfleiderer.
173 GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – C-360/09, Tz. 31 und 33 – Pfleiderer.
174 GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – C-360/09, Tz. 36 – Pfleiderer.
175 GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – C-360/09, Tz. 37 – Pfleiderer.
176 GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – C-360/09, Tz. 38 – Pfleiderer.
177 GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – C-360/09, Tz. 46 – Pfleiderer.
178 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 23 ff. – Pfleiderer.
179 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 20-23, 32 – Pfleiderer.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Effektivitätsgrundsatz[180] beachten.[181] Der EuGH erkannte in seiner Entscheidung zudem an, dass Kronzeugen „nützliche Instrumente"[182] für die Kartellrechtsdurchsetzung seien und ihre Wirksamkeit durch die Möglichkeit eines Informationszugriffs beeinträchtigt werden könnte.[183] Gleichzeitig betonte der EuGH, dass es jedermann möglich sein müsse, Ersatz des Schadens zu verlangen, der ihm durch wettbewerbswidriges Verhalten entstanden sei.[184] Das Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden schützenswerten Interessen ist nach Auffassung des EuGH durch die nationalen Gerichte im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte der Rechtssache zu lösen.[185] Eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen absolut geschützten Dokumenten, die freiwillig und eigens für die Wettbewerbsbehörde erstellt wurden, und anderen Dokumenten, die unabhängig von der Teilnahme an einem Kronzeugenprogramm bestehen, proklamierte der EuGH – anders als GA Mazák – nicht.

II. Bewertung

In der Literatur wird die Entscheidung *Pfleiderer* zum Teil kritisch betrachtet.[186] Einige befürchten, dass der Anreiz, einen Kronzeugenantrag zu stellen, gemindert sein könnte und die Gefahr bestehe, dass die Qualität der Kronzeugenanträge aufgrund erhöhter Haftungsrisiken leide.[187] Nach dieser Ansicht wirke sich dies letztlich auch auf *Follow-on*-Klagen negativ aus.[188] Andere vertreten die Ansicht, dass die Entscheidung zu mehr Rechtsunsicherheit geführt habe, da der EuGH keine Kriterien für den Zu-

180 Nach dem Äquivalenzgrundsatz müssen für unionsrechtliche Ansprüche dieselben Rechtsbehelfe und Verfahrensvorschriften bereitgestellt werden wie für Ansprüche innerstaatlichen Rechts. Nach dem Effektivitätsgrundsatz ist sicherzustellen, dass die nationalen Rechtsbehelfe und Verfahrensvorschriften die Geltendmachung unionsrechtlicher Ansprüche nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, vgl. GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 3 – Donau Chemie.

181 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 24 – Pfleiderer.

182 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 25 – Pfleiderer.

183 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 26 – Pfleiderer.

184 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 28 – Pfleiderer.

185 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 31 – Pfleiderer.

186 *Seitz*, EuZW 2011, 598, 601f.; *Raff*, GPR 2011, 294, 295 ff.

187 *Seitz*, EuZW 2011, 598, 601, 602; *Singh*, E.C.L.R. 2014, 110, 114; kritisch dazu *Bien*, EuZW 2011, 889, 889.

188 *Palzer/Preisendanz*, EWS 2011, 365, 368.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gang zu Kronzeugendokumenten festgelegt habe, mit Ausnahme des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes.[189] Des Weiteren bestehe das Risiko einer divergierenden Rechtspraxis in den Mitgliedstaaten[190] und eines sog. *Forum Shopping*, wenn Geschädigte in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union Akteneinsichtsersuchen beantragen, die geringe Anforderungen stellen.[191]

Es erscheint fraglich, ob die in der Literatur geäußerte Kritik gerechtfertigt ist. Zunächst ist zweifelhaft, ob der EuGH das zugrunde liegende Spannungsverhältnis in der Entscheidung *Pfleiderer* hätte auflösen können.[192] Zum einen ist zu berücksichtigen, dass die Kontroverse, welchen Interessen und welcher Durchsetzungsform des Kartellverbots Vorrang zu gewähren ist, letztlich „politischer Natur“[193] ist.[194] Zum anderen bestand zur Zeit der Urteilsverkündung im europäischen Kartellrecht weder eine Vorschrift, welche Kronzeugen einen Offenlegungsschutz einräumte, noch eine Vorschrift, welche Geschädigten Akteneinsicht zur Substantiierung ihrer Schadensersatzklagen gewährte.[195] Der EuGH hat daher zu Recht weder dem einen noch dem anderen Interesse einen Vorrang gewährt.[196]

Zudem ist die Kritik, die Entscheidung des EuGH habe zu einer größeren Rechtsunsicherheit geführt, nicht gerechtfertigt. Die Unsicherheit wurde nicht durch die Entscheidung des EuGH geschaffen. Vielmehr bestand sie mangels rechtlicher Regelungen schon vor der Entscheidung *Pfleiderer*. Sie wurde bloß durch die Entscheidung ins „Rampenlicht“ gerückt.[197]

---

189 *Steinhardt*, Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes (2018), S. 107; *Fornasier/Sanner*, WuW 2011, 1067, 1070 und 1074; *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2011, 935, 940; *Raff*, GPR 2011, 294, 295 ff.; *Singh*, E.C.L.R. 2014, 110, 114; vgl. *Sander et. al.*, E.C.L.R. 2013, 174, 175.

190 *Fornasier/Sanner*, WuW 2011, 1067, 1070; *Hauger/Palzer*, EWS 2012, 124, 129; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 177.

191 *Fornasier/Sanner*, WuW 2011, 1067, 1070; *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2011, 935, 940; *Seitz*, EuZW 2011, 598, 601.

192 *Murach*, GWR 2011, 317, 317; *Raff*, GPR 2011, 294, 296; *Kersting,* JZ 2012, 42, 44.

193 *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2011, 935, 939 und 941.

194 Vgl. auch *Kapp*, WuW 2012, 474, 476.

195 *Kersting*, JZ 2012, 42, 44.

196 Vgl. *Sanner,* Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 481; *Fornasier/Sanner*, WuW 2011, 1067, 1069; *Kersting*, JZ 2012, 42, 44; a.A. *Kreße*, WRP 2014, 1261, 1266, der aus der Entscheidung auf einen Vorrang der Interessen der Geschädigten schließt; ähnlich *Kapp*, WuW 2012, 474, 477, der de facto von einer Entscheidung gegen die Kronzeugen ausgeht.

197 *Palzer/Preisendanz*, EWS 2011, 365, 368; vgl. *Seitz,* EuZW 2011, 598, 601.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch der Einwand, das Urteil des EuGH begünstige divergierende Rechtsanwendungen in den Mitgliedstaaten und *Forum Shopping*, ist zweifelhaft. Mangels einheitlicher europäischer Vorschriften zur Harmonisierung bestanden in diesem Zusammenhang auch schon vor dem Urteil des EuGH das Risiko divergierender Rechtspraxis und die Gefahr des sog. *Forum Shopping*.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der EuGH in den Urteilen *Courage/Crehan* und *Manfredi* die Ausgestaltung von Schadensersatzklagen und entsprechender Rechtsbehelfe unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes den Mitgliedstaaten zugewiesen hat. Die Betonung der Kronzeugenprogramme in den Entscheidungsgründen spricht dafür, dass sich der EuGH der Bedeutung der Entscheidung für die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung bewusst war.[198]

Insgesamt betrachtet, hat die Entscheidung des *EuGH* das Spannungsverhältnis zwischen der Effektivität der Kronzeugenprogramme und der Durchsetzung von Schadensersatzklagen nicht endgültig gelöst.[199] Vielmehr hat die Entscheidung *Pfleiderer* nur die zum Entscheidungszeitpunkt bestehenden Konflikte zwischen kartellrechtlichen Schadensersatzklagen und der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung hervorgehoben.

B. Entscheidung des EuGH in der Sache „Donau Chemie"

Der EuGH befasste sich ein weiteres Mal mit dem Zugriff auf Kronzeugeninformationen durch Geschädigte auf nationaler Ebene in der Entscheidung Donau Chemie im Jahr 2013.

I. Verfahrensgang und Entscheidung des EuGH

Ausgangspunkt für das Verfahren Donau Chemie vor dem EuGH war ein Akteneinsichtsgesuch der Unternehmensvereinigung *Verband Druck & Medientechnik* zur Geltendmachung von Schadensersatzklagen bei der österreichischen Kartellbehörde (Bundeswettbewerbsbehörde), die u.a. das Unternehmen *Donau Chemie AG* betrafen.[200] Im österreichischen Kartellrecht

198 Vgl. *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 832.
199 *Fornasier/Sanner*, WuW 2011, 1067, 1069; *Murach*, GWR 2011, 317, 317; *Kersting*, JZ 2012, 42, 44; vgl. *Wiring*, GRUR-Prax 2011, 309.
200 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 2 – Donau Chemie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konnte zu dieser Zeit gem. § 39 KartG eine Akteneinsicht in Kartellverfahrensakten nur bei Zustimmung der Parteien gewährt werden. Das für das Akteneinsichtsverfahren zuständige Gericht schloss aus dieser Regelung, dass der Gesetzgeber durch diese Vorschrift den Interessen an einer wirksamen behördlichen Kartellrechtsverfolgung Vorrang gegenüber dem Schadensersatzinteresse von Geschädigten eingeräumt habe, und bezweifelte die Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Unionsrecht, da die Vorschrift eine Abwägung durch den nationalen Richter ausschließe.[201] Es rief daher den EuGH für eine Vorabentscheidung an.

Der GA Jääskinen stellte in seinen Schlussanträgen heraus, dass sich das Vorlageverfahren – anders als im Verfahren *Pfleiderer* – nicht nur auf den Zugriff auf Kronzeugeninformationen beschränke, sondern auf den Zugang zu Informationen in Kartellverfahrensakten allgemein beziehe.[202] Nach Ansicht von GA Jääskinen liefen grundsätzlich „[…] Beschränkungen der Beweiserhebung, die "für den Rechtsschutz des Klägers entscheidend ist“ […]“[203], dem Effektivitätsgebot und dem Recht auf Zugang zu Gerichten gem. Art. 47 der *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*[204] (GRCh) zuwider.[205] Eine Regelung, die einseitig die Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung bevorzuge, verstoße zudem gegen den Effektivitätsgrundsatz und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[206] Es seien nur freiwillig übermittelte Informationen von Kronzeugen, in denen sie sich selbst belasten, aus ordnungspolitischen Gründen und aus Gründen der Fairness, insbesondere aufgrund des Selbstbelastungsverbot, vom Informationszugang auszunehmen.[207] Im Übrigen müsse ein Abwägungsspielraum zwischen den gesetzlich vorgegebenen Kriterien bestehen bleiben.[208]

Der EuGH folgte den Schlussanträgen von GA Jääskinen nur zum Teil. Zunächst stellte der EuGH klar, dass jede starre Regel eines völligen Zugangs oder einer völligen Verweigerung die Wirksamkeit unionsrechtlicher Wettbewerbsvorschriften (Art. 101 ff. AEUV) beeinträchtigen und das

201 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 8 ff. – Donau Chemie.
202 GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 44 – Donau Chemie.
203 GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 50 – Donau Chemie.
204 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, EG Abl. 2000/C 364/01, vom 18.12.2000.
205 GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 50, 52 f., 65 – Donau Chemie.
206 GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 63, 66 – Donau Chemie.
207 GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 55 – Donau Chemie.
208 GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 66 – Donau Chemie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Recht auf Schadensersatz unmöglich machen oder erschweren könne.[209] Dies gelte insbesondere, wenn Geschädigte keine anderen Möglichkeiten haben, sich Beweise zu beschaffen.[210] Nach Ansicht des EuGH sei es jedoch wenig wahrscheinlich, dass eine Schadensersatzklage auf den gesamten Inhalt einer Kartellverfahrensakte gestützt werden müsse.[211] Ein unbeschränkter Zugang zu den Kartellverfahrensakten könne daher auch zu einer Verletzung von Rechten anderer (wie Geschäfts- und Berufsgeheimnisse, personenbezogene Daten) oder der Allgemeinheit (Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts) führen.[212] Aufgrund dieser Grundsätze sei eine Vorschrift, welche die Akteneinsicht von der Zustimmung aller Parteien abhängig mache und keine Begründung für die Verweigerung erfordere, nach Auffassung des EuGH nicht mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar.[213]

Der EuGH begründet seine Position ferner damit, dass eine solche Vorschrift den nationalen Gerichten die Möglichkeit nehme, die unionsrechtlichen Interessen gegeneinander abzuwägen,[214] da sie die Gefahr berge, dass „[...] jeder Antrag auf Einsichtnahme systematisch abgelehnt wird [...]“[215]. Ein anderes Ergebnis ergebe sich auch nicht aus dem Bedürfnis, die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme zu schützen.[216] Auch für diese Dokumente müsse eine Prüfung im Einzelfall erfolgen.[217] Die Berufung auf eine abstrakte Gefährdung sei für eine Versagung der Akteneinsicht nicht ausreichend, vielmehr sei erforderlich, die Verweigerung bei jedem einzelnen Dokument auf zwingende Gründe zu stützen.[218] Nur wenn eine konkrete Gefahr für die Effektivität der Kronzeugenprogramme bestehe, sei eine Verweigerung gerechtfertigt.[219]

209 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 31 f. – Donau Chemie.
210 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 32 – Donau Chemie.
211 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 33 – Donau Chemie.
212 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 33 – Donau Chemie.
213 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 39 und 49 – Donau Chemie.
214 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 37 – Donau Chemie.
215 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 38 – Donau Chemie.
216 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 40 ff. – Donau Chemie.
217 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 39 – Donau Chemie.
218 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 46-47 – Donau Chemie.
219 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 48 – Donau Chemie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Bewertung

In der Literatur wurde aus dem Erfordernis der Einzelfallabwägung teilweise geschlossen, dass ein abstrakt-genereller Schutz sämtlicher Kronzeugeninformationen im Rahmen des Akteneinsichtsrechts nicht mit dem Primärrecht vereinbar ist.[220] Zudem gehen Teile der Literatur aufgrund der zeitlichen Reihenfolge des Kronzeugenantrags und des nachfolgenden Akteneinsichtsgesuchs davon aus, dass im Hinblick auf zukünftige Anträge nur eine abstrakte Gefahr in Betracht komme und der EuGH grundsätzlich von einem Zugriff auf Kronzeugeninformationen ausgegangen sei.[221]

Zunächst ist der Ansicht zuzustimmen, die einen abstrakt-generellen Offenlegungsschutz sämtlicher Kronzeugeninformationen als primärrechtswidrig ansieht. Ein derartiger Schutz von Kronzeugeninformationen würde eine „starre“ Regelung darstellen und zu einem generellen Vorrang der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung führen, weil wesentliche Bestandteile der Verfahrensakte auf den von Kronzeugen übermittelten Informationen beruhen. Ein umfassender Offenlegungsschutz aller Informationen, die von Kronzeugen stammen, würde somit die Durchsetzung von Schadensersatzklagen übermäßig erschweren und läuft dadurch dem Effektivitätsgrundsatz zuwider.

Die Ansicht, dass der Zugriff auf Kronzeugeninformationen grundsätzlich zu gewähren sei, ist hingegen fraglich. Wann die Wahrscheinlichkeitsschwelle zur konkreten Gefahr überschritten ist, ist zwar für Kronzeugenprogramme schwer einzuschätzen, da die absolute Zahl der Kartelle unbekannt ist, daraus folgt aber nicht der grundsätzliche Zugang zu Kronzeugeninformationen. Auch eine konkrete Gefahr setzt keine Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts voraus, sondern nur, dass eine Beeinträchtigung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in Zukunft eintreten wird.[222] Für die Rechtspraxis ist daher eher maßgeblich, welche Bestimmtheitsanforderungen die nationalen Gerichte an den Vortrag der Geschädig-

---

220 *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 839; *Gussone/Maritzen*, EWS 2013, 292, 293; *Palzer*, NZKart 2013, 324, 325; *Hempel*, EuZW 2013, 589, 590; *ders.*, ZWeR 2014, 203, 220; für das österreichische Recht *Maritzen/Pauer*, WRP 2013, 1151, 1160; vgl. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 224.

221 *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 838; ähnlich *Kersting*, JZ 2013, 737, 738.

222 Unter abstrakter Gefahr wird z.B. im deutschen Polizeirecht ein typischerweise gefährlicher oder gefahrengeneigter Lebenssachverhalt verstanden, ohne dass die Gefahr im Einzelfall konkretisiert ist. Unter einer konkreten Gefahr ist die im Einzelfall entstehende oder bestehende Gefahr zu verstehen. Eine Gefahr ist grundsätzlich ein Lebenssachverhalt, der mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten stellen, da ein entsprechender Nachweis ohne genauere Kenntnis der Verfahrensakte eine hohe Hürde darstellen kann und der Übergang von einer abstrakten zu einer konkreten Gefahr für Kronzeugenprogramme schwer abzugrenzen ist.[223] Eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen zugunsten Geschädigter wird somit auch im Fall von Einzelfallabwägungen nur in seltenen Ausnahmefällen erfolgen.[224]

Zusammenfassend betrachtet, kann die Entscheidung *Donau Chemie* als Bestätigung und Weiterentwicklung der in der Entscheidung *Pfleiderer* gefassten Grundsätze angesehen werden.[225] Der EuGH hat mit ihr die Aufmerksamkeit auf die schwierige Beweislage der Geschädigten gelenkt.[226] Durch die erneut geforderte Einzelfallabwägung hat der Gerichtshof die private Kartellrechtsdurchsetzung gestärkt, indem eine grundsätzliche Bevorzugung der Effektivität der Kronzeugenprogramme durch abstrakt-generelle Regelungen mehr nicht möglich ist.

---

zu einer Beeinträchtigung des zu schützenden Rechtsguts führt. Vgl. Deutsches Rechtslexikon, unter Polizeiliche Gefahr.

223 *Gussone/Maritzen,* EWS 2013, 292, 293; *Hempel*, EuZW 2013, 589, 590; *ders*., ZWeR 2014, 203, 220.

224 *Hempel*, EuZW 2013, 589, 590; von einer für Geschädigte positiveren Ausgangslage ausgehend *Gussone/Maritzen,* EWS 2013, 292, 293.

225 *Gussone/Maritzen*, EWS 2013, 292, 29; *Kersting*, JZ 2013, 737, 738; *Hempel*, ZWeR 2014, 203, 209.

226 *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 838; *Palzer*, NZKart 2013, 324, 326.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 4 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im deutschen Recht

Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen hat sich durch die Richtlinie 2014/104/EU und ihre Umsetzung ins deutsche Recht stark gewandelt. Durch sie wurde erstmals ein Offenlegungsschutz für Kronzeugeninformationen ins deutsche Recht eingeführt. Um die Auswirkungen dieser Rechtsänderung bewerten zu können, sind die Rechtslage vor der Richtlinie 2014/104/EU (A.), die Bestimmungen der Richtlinie 2014/104/EU (B.) und ihre Umsetzung ins deutsche Recht (C.) zu betrachten.

A. Die Rechtslage vor der Richtlinie 2014/104/EU

I. Rechtsgrundlagen im Überblick

Wesentliche Rechtsgrundlagen für einen potentiellen Zugriff auf Kronzeugeninformationen beim Bundeskartellamt waren vor der 9. GWB-Novelle § 406e und § 475 StPO. Diese Vorschriften fanden gem. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 a.E. OWiG i.V.m § 81 Abs. 1 GWB im Kartellbußgeldverfahren – auch vor der Bestandskraft des Bußgeldbescheides[227] – sinngemäße Anwendung.[228] Der Anwendungsbereich anderer Akteneinsichtsrechte, wie etwa § 49 OWiG oder § 72 GWB, waren für Kartellgeschädigte nicht eröffnet. Auch das allgemeine Informationsfreiheitsrecht gem. § 1 des *Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes*[229] (IFG) fand aufgrund seiner formellen Subsidiarität (vgl. § 1 Abs. 3 IFG) keine Anwendung.[230] Es wurde durch die spezielleren Regelungen des § 406e StPO i.V.m. § 46 OWiG und des § 475 StPO i.V.m. § 46 OWiG verdrängt.

---

227 vgl. OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11(OWi), Tz. 41 f. – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).

228 *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 221.

229 Informationsfreiheitsgesetz 5.9.2005 (BGBl. I S. 2722), das durch Artikel 2 Absatz 6 des Gesetzes vom 7.8.2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

230 *Schwedler*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker (2017), § 17 Rn. 228; *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 131; *Seifert*, NZKart 2017, 512, 517; a.A. *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 144.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Akteneinsicht bzw. Aktenauskunft gem. § 406e und § 475 StPO

Nachfolgend werden die Akteneinsichts- und Aktenauskunftsrechte des § 406e und des § 475 StPO als bedeutendste Informationszugangsrechte für Geschädigte im deutschen Kartellrecht vor der 9. GWB-Novelle betrachtet.[231]

1. Gegenstand des Akteneinsichts- bzw. Aktenauskunftsrechts

Aus dem Wortlaut der Vorschriften („Akten, die dem Gericht vorliegen oder diesem im Falle der Erhebung der öffentlichen Klage vorzulegen wären") folgt, dass sowohl das Akteneinsichts- und Aktenauskunftsrecht gem. § 406e StPO als auch das Aktenauskunftsrecht gem. § 475 StPO grundsätzlich den gesamten Akteninhalt umfassen.[232] Dies betrifft z.B. übermittelte Unterlagen, wie Schriftstücke, Ausdrucke, Kopien, Bild- und Tonaufnahmen, sowie digital gespeicherte Informationen,[233] soweit sie sich im Besitz des Bundeskartellamts befinden.[234] Von einer Akteneinsicht bzw. -auskunft ausgeschlossen sind bloß interne Vermerke oder gesperrte Akteninhalte.[235] Für das Kartellrecht folgte vor der 9. GWB-Novelle aus diesem weiten Anwendungsbereich, dass sowohl die Kronzeugeninformationen des Bundeskartellamts als auch Kronzeugeninformationen anderer europäischer Wettbewerbsbehörden vom Anwendungsbereich des § 406e und des § 475 StPO

231 Seit der 9. GWB-Novelle finden diese Vorschriften nur in Bezug auf Bußgeldbescheide Anwendung (vgl. § 89c Abs. 5 GWB).

232 Vgl. BGH 4.10.2007 – KRB 59/07, Tz. 11 – Akteneinsichtsgesuch; OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 21 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 406e Rn. 4; für § 475 StPO: *Lauterwein,* Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 139.

233 Vgl. BayObLG 27.11.1990 – 2 Ob OWi 279/90, NJW 1991, 1070, 1070; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 406e Rn. 5; *Lampe*, in: KK-OWiG, § 46 OWiG Rn. 47b; *Velten*, in: SK-StPO, § 406e StPO Rn. 21; im konkreten Fall abgelehnt durch OLG Düsseldorf v. 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 52 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).

234 AG Bonn 24.3.2015 – 52 OWi 23/15(b), S. 3 f. (Website des Bundeskartellamts).

235 AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 31 – Pfleiderer II; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 205 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

umfasst wurden, soweit sich derartige Informationen in den Verfahrensakten des Bundeskartellamts befanden.[236]

2. Antragsberechtigung

Das Akteneinsichts- und Auskunftsrecht gem. § 406e StPO gewährte dem Verletzten ein Recht auf Akteneinsicht bzw. Aktenauskunft. Im Strafprozessrecht werden aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Definition in der Rechtsprechung und Literatur verschiedene Ansätze zur Begriffsbestimmung des Verletzten i.S.d. § 406e StPO vertreten,[237] die an den Verletztenbegriff gem. § 172 StPO[238], an den Schutzbereich der verletzten materiellen Strafnorm[239] oder an den Verletztenbegriff des Adhäsionsverfahrens gem. § 403 StPO[240] anknüpfen. Im Kartellrecht wurde dagegen vor der 9. GWB-Novelle für die Bestimmung der Verletzteneigenschaft gem. § 406e StPO übereinstimmend in der Rechtsprechung[241] und in der überwiegenden Literatur[242] an die Anspruchsberechtigung gem. § 33 GWB a.F.

---

236 Kronzeugeninformationen anderer europäischer Kartellbehörden können Bestandteil der Verfahrensakte werden, wenn sie über das *European Competition Network* (ECN) ausgetauscht werden.

237 Vgl. für ausführliche Darstellung der im Strafrecht vertretenen Auffassungen, *Lauterwein*, Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 25 ff.

238 OLG Koblenz 30.5.1988 – 2 VAs 3/88, BeckRS 1988, 31161868 (beck-online); LG Stralsund 10.1.2005 – 22 Qs 475/04, StraFo 2006, 76, 76; LG Berlin 15.2.20102 – (519) 3 Wi Js 1665/07 KLs (03/09), (519) 3 Wi Js 1665 KLs (3/09), Tz. 5 ff. (juris); *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, Vorb. § 406d Rn. 2; weiter einschränkend *Riedel/Wallau*, NStZ 2003, 393, 394.

239 *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Vorb. §§ 374 ff. Rn. 20 f.; *Stöckel*, in: KMR-StPO, Vorb. § 406d ff. Rn. 11 (56. EL Nov. 2009); *Velten*, in: SK StPO, Vorb. §§ 406d-406h Rn. 5 (Stand: Jan. 2004); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (2009), § 41 Rn. 5; *Rieß*, Jura 1987, 281, 282; *Hilger*, GA 2007, 287, 291.

240 BVerfG 4.12.2008 – 2 BvR 1043/08, Tz. 22 – „Akteneinsicht" (juris); LG Berlin 20.5.2008 – 514 AR 1/07, Tz. 22 (juris); OLG Hamburg 21.3.2012 – 2 WS 11/12, 2 Ws 12/12, 2 Ws 11-12/12, Tz. 13 (juris).

241 Vgl. OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 25 f. – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); AG Bonn 5.10.2015 – 52 Gs 100/14, S. 4; AG Bonn 5.10.2015 – 52 Gs 120/14, S. 4 (beide abrufbar über die Website des Bundeskartellamts).

242 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 192; *Klooz*, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 71; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017),

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

angeknüpft. Danach stand demjenigen ein Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 S. 1 GWB a.F. i.V.m. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB a.F. zu, der von der Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist. Betroffener war nach der Legaldefinition des § 33 Abs. 1 S. 3 GWB a.F., „wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist". Eine Beeinträchtigung lag grundsätzlich vor, wenn sich die Marktchancen der Marktteilnehmer durch die Wettbewerbsbeschränkung verschlechtert haben.[243] Eine solche Verschlechterung war u.a. gegeben, wenn für vergleichbare Produkte die Preise oder Verkaufskonditionen abgestimmt wurden oder wenn potentiellen Marktteilnehmern der Marktzutritt verweigert wurde.[244] Eine aktive Tätigkeit einzelner Marktteilnehmer – z.B. durch einen Kauf von kartellbedingt überteuerten Produkten – oder eine direkte vertragliche Beziehung zu einzelnen Kartellunternehmen war für eine Beeinträchtigung i.S.d. § 33 GWB a.F. nicht erforderlich.[245] Inwieweit qualitative Anforderungen an die Beeinträchtigung durch den Wettbewerbsverstoß zu stellen waren, bestimmte das Gesetz nicht. Dies führte zu einem großen Kreis von Anspruchsberechtigten i.S.d. § 33 GWB a.F. (Konkurrenten, Lieferanten, unmittelbare Abnehmer[246] oder mittelbare Abnehmer) und folglich zu einem großen Kreis von Personen, die als Verletzte i.S.d. § 406e StPO anzusehen waren.

Zessionaren wurde dagegen die Eigenschaft als Verletzten i.S.d. § 406e Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 StPO in der Literatur und in der Rechtsprechung abgesprochen.[247] Dies wurde damit begründet, dass sich aus einer systematischen Betrachtung des § 406e StPO und des § 403 StPO ergebe,

---

S. 91; *Topel*, in: Wiedemann (2016), § 50 Rn. 145; *Vollmer*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, § 81 GWB Rn. 198; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 446; für eine Anknüpfung an § 172 StPO *Lampe*, in: KK OWiG, § 46 Rn. 47a; eine unmittelbare Beeinträchtigung fordernd *Seitz*, in: Göhler, § 46 OWiG Rn. 20c.

243 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 33 Rndr. 15; *Rehbinder*, in: Loewenheim et. al., § 33 GWB Rn. 14.

244 vgl. *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 33 Rndr. 26.

245 vgl. OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 26 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); vgl. *Häfele,* Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2013), S. 208, der im Ergebnis jedoch auch davon ausgeht, dass Kartellgeschädigte Verletzte i.S.d. § 406e StPO sind.

246 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 26 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).

247 AG Bonn 11.5.2015 – 52 Gs 49/14, S. 5 (Website des Bundeskartellamts); *Klooz,* Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 76 f.; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 93; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 447; a.A. *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugener-

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass der Gesetzgeber zwischen dem originär Verletzten als Anspruchsinhaber und seinen Rechtsnachfolgern unterscheide.[248] Zudem seien andere Rechtsnachfolger als der Erbe aufgrund der höchstpersönlichen Natur der Verletzteneigenschaft nicht antragsberechtigt.[249] Zessionare konnten daher vor der 9. GWB-Novelle nur Aktenauskunft gem. § 475 StPO i.V.m. § 46 OWiG[250] beim Bundeskartellamt beantragen, jedoch keine Akteneinsicht.[251]

Die Unterscheidung zwischen (originär) Geschädigten und Zessionaren führte vor der 9. GWB-Novelle zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass Personen, denen zivilrechtlich der gleiche Anspruch zustand, unterschiedliche Rechte zur Durchsetzung des § 33 GWB a.F. zur Verfügung standen. Ein sachgerechter Grund für diese Ungleichbehandlung war nicht ersichtlich. Aufgrund der fehlenden Legaldefinition des Verletztenbegriffs hätte der Begriff weiter ausgelegt werden können. Zudem führte das Begriffsverständnis, das vor der 9. GWB-Novelle galt, zu einer Privilegierung der Kartellanten, da die Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche erschwert wurde.[252] Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen war daher die Beschränkung des § 406e StPO auf (originär) Geschädigte fraglich.

3. Voraussetzungen

Sowohl die Akteneinsicht als auch die Aktenauskunft gem. § 406e und § 475 StPO setzen ein berechtigtes Interesse (a.) und dessen Darlegung (b.) voraus. Darüber hinaus wird die Akteneinsicht gem. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO und die Aktenauskunft gem. § 475 Abs. 1 S. 1 StPO nicht dem Verletzten selbst, sondern nur seinem Rechtsanwalt gewährt (c.). Diese Voraussetzungen galten vor der 9. GWB-Novelle aufgrund der sinngemäßen Anwendung der Vorschriften gem. § 46 Abs. 1, Abs. 3 S. 4 a.E. OWiG i.V.m. § 81 Abs. 1 GWB auch für die Ak-

klärungen (2017), S. 92 ff.; vgl. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 174.

248 *Klooz,* Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 76 f.

249 AG Bonn 11.5.2015 – 52 Gs 49/14, S. 5 (Website des Bundeskartellamts).

250 Nach § 475 StPO i.V.m. § 46 OWiG können Privatpersonen und sonstige Stellen Auskunft beantragen, soweit sie hierfür ein berechtigtes Interesse darlegen.

251 Vgl. AG Bonn 11.5.2015 – 52 Gs 49/14, S. 5 (Website des Bundeskartellamts).

252 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 93 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teneinsicht bzw. die Aktenauskunft gem. §§ 406e, 475 StPO in Kartellverfahrensakten.

a) Berechtigtes Interesse

Allgemein ist anerkannt, dass ein berechtigtes Interesse i.S.v. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO und § 475 Abs. 1 S. 1 StPO vorliegt, wenn durch die Akteneinsicht geprüft werden soll, ob und in welchem Umfang dem Verletzten zivilrechtliche Ansprüche zustehen.[253]

aa) Beschränkung des berechtigten Interesses durch das zivilprozessuale Ausforschungsverbot

Im Strafprozessrecht ist in der Literatur und in der Rechtsprechung umstritten, ob ein berechtigtes Interesse i.S.v. § 406e Abs. 1 S. 1 und § 475 Abs. 1 S. 1 StPO besteht, wenn die Akteneinsicht dazu genutzt wird, um eine Beweisgewinnung zu ermöglichen. Aufgrund der sinngemäßen Anwendung des § 406e StPO im Kartellrecht waren die verschiedenen Ansichten, die im Strafprozessrecht vertreten werden, vor der 9. GWB-Novelle auch im Kartellrecht zu berücksichtigen.

Im Strafprozessrecht sehen Teile der Rechtsprechung und der Literatur in einer Beweisgewinnung mittels Akteneinsicht einen Verstoß gegen das Ausforschungsverbot und lehnen ein berechtigtes Interesse i.S.v. § 406e Abs. 1 S. 1 und § 475 Abs. 1 S. 1 StPO ab.[254] Diese Auffassung beruft sich u.a. darauf, dass das Akteneinsichtsrecht nicht dazu dienen dürfe, „einer bisher unschlüssigen Zivilklage zur Schlüssigkeit zu verhelfen“[255]. Die Risikoverteilung zwischen den Parteien im Zivilrecht könne nicht au-

253 Vgl. BVerfG 5.12.2006 – 2 BvR 2388/06, NJW 2007, 1052, 1053; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 406e Rn. 3; *Göhler*, OWiG, § 46 Rn. 20d; für das Kartellrecht: OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 23-26 und Tz. 27-29 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); für § 475 StPO: *Weßlau*, in: SK-StPO, § 475 Rn. 21.

254 LG München I 12.3.2008 – 5 Qs 19/08, BeckRS 2008, 07595; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 406e Rn. 3; *Wallau,* in: FS Dahs (2005), S. 509, 515; *Koch,* in: FS Hamm (2008), S. 289, 294 f.; *Hoffmann*, STRR 2007, 249, 254; *Otto*, GA 1989, 289, 301 ff.; *Riedel/Wallau*, NStZ 2003, 393, 395.

255 *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Vorb. § 406e Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ßer Kraft gesetzt werden, weil ein Strafverfahren gegen eine der Parteien eingeleitet wurde.[256]

Andere Teile der Rechtsprechung und der Literatur sehen dagegen eine solch weitreichende Beweisgewinnung im Rahmen des § 406e Abs. 1 S. 1 und des § 475 Abs. 1 S. 1 StPO als zulässig an,[257] da es dem Sinn und Zweck des § 406e StPO widerspreche, das berechtigte Interesse durch den zivilprozessualen Grundsatz des Ausforschungsverbots zu begrenzen.[258]

Letztere Auffassung ist vorzugswürdig. Der Gesetzgeber wollte die Position des Verletzten durch die Einführung des § 406e StPO stärken.[259] Zudem handelt sich bei §§ 406e, 475 StPO um Normen, die vom Zivilrecht unabhängig sind.[260] Dies gilt insbesondere, wenn man sich verdeutlicht, dass § 406e StPO unabhängig von einer Klageerhebung, d.h. außerprozessual, Anwendung finden kann, während das Ausforschungsverbot erst ab Rechtshängigkeit einer Klage gilt, jedoch nicht im Vorfeld einer Klage.[261] Soweit vereinzelt die Auffassung vertreten wurde, das berechtigte Interesse sei bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen zu beschränken, weil die Regelung nur die Stellung des Verletzten im Strafverfahren fördern sollte,[262] überzeugt dies ebenfalls nicht. § 46 Abs. 3 S. 4 OWiG schließt die Geltung des § 406e StPO nicht für Ordnungswidrigkeiten aus und zeigt damit, dass der Gesetzgeber die Akteneinsicht und die Aktenauskunft gem.

---

256 *Riedel/Wallau*, NStZ 2003, 393, 395; zu § 475 StPO: *Koch*, FS Hamm (2008), S. 289, 291 und 293 f.

257 OLG Koblenz 9.3.1990 – 2 VAs 25/89, NStZ 1990, 604, 605; OLG Koblenz 30.5.1988 – 2 VAs 3/88, BeckRS 1988, 31161868; LG Mühlhausen 26.9.2005 – 9 Qs 21/05, wistra 2006, 76, 77; LG Düsseldorf 5.2.2002 – X Qs 10/02, wistra 2003, 239, 239; *Weiner*, in: Graf, BeckOK StPO, § 406e Rn. 2; *Kurth,* NStZ 1997, 1, 7; *Kuhn*, ZRP 2005, 125, 127; *Kiethe*, wistra 2006, 50, 52; vgl. *Stöckel*, in: KMR-StPO, § 406e Rn. 8, 12 (58. EL August 2010); zumindest schlüssige Begründung des Schadensersatzanspruchs erforderlich haltend: *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Vorb. § 406e Rn. 7; vgl. zu § 475 StPO: LG Frankfurt/M. 15.4.2003 – 5/2 AR 2/03, StV 2003, 495.

258 *Kiethe*, wistra 2006, 50, 52.

259 *Kiethe*, wistra 2006, 50, 52; *Kuhn*, ZRP 2005, 125, 127.

260 *Lauterwein,* Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 70; vgl. *Kiethe*, wistra 2006, 50, 52; *Wessing/Hiéramente,* WuW 2015, 220, 223.

261 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 97 f.; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 176.

262 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2014), S. 201.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 406e und § 475 StPO nicht auf das Adhäsionsverfahren oder Straftaten beschränken wollte.[263] Aufgrund der sinngemäßen Anwendung der Vorschriften im Kartellrecht ist daher der Ansicht zuzustimmen, nach der das berechtigte Interesse in Kartellverfahrensakten nicht durch das zivilprozessuale Ausforschungsverbot beschränkt wurde.[264]

bb) Begrenzung des Akteneinsichtsrechts auf Bußgeldbescheide

Die kartellrechtliche Rechtsprechung vertrat vor der 9. GWB-Novelle die Auffassung, dass die Akteneinsicht in Bußgeldbescheide das Informationsinteresse des Geschädigten befriedige.[265] Diese Ansicht begründete z.B. das AG Bonn in einem Beschluss aus dem Jahr 2016 damit, dass aufgrund der Tatbestandswirkung gem. § 33 Abs. 4 S. 1 GWB (a.F.) die Tat mit Hilfe des Bußgeldbescheides nachgewiesen werden könne.[266] Nach seiner Auffassung umfasse das Akteneinsichtsrecht aber den gesamten Bußgeldbescheid, einschließlich Angaben zu den handelnden Personen und der Liste der Beweismittel.[267] Zudem führte das AG Bonn aus, dass ein berechtigtes Interesse hinsichtlich der Schadenshöhe auch an Anhörungsprotokollen bestehen könne, wenn diese entsprechende Informationen enthielten.[268]

Die restriktive Haltung der Rechtsprechung gegenüber Akteneinsichtsbegehren gem. § 406e StPO vor der 9. GWB-Novelle ist kritisch zu betrachten. Vorzugswürdig wäre eine stärkere Berücksichtigung des Umstandes gewesen, dass das Bundeskartellamt in den Bußgeldbescheiden weder eine Feststellung zum individuellen Schaden potentieller Geschädigter trifft noch den kartellbedingten Mehrerlös schätzt.[269] Geschädigte sind daher auf die Informationen angewiesen, die in den Asservaten, den Anhörungs-

263 So auch *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 98.

264 Vgl. AG Bonn 19.7.2010, 51 Gs 1194/10, WuW/E DE-R 3016, 3017 f.; AG Bonn 29.12.2011 – 51 Gs 2496/10, Tz. 8 (juris); OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 29 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 448 f.

265 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 51 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 126/15(b), Tz. 25 – Zuckerkartell (juris).

266 AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 126/15(b), Tz. 25 – Zuckerkartell (juris).

267 AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 126/15(b), Tz. 37 ff. und 40 f. – Zuckerkartell (juris).

268 AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 126/15(b), Tz. 43 f. – Zuckerkartell (juris).

269 Vgl. AG Bonn 22.5.2015 – 52 OWi 112/14, S. 6 (Website des Bundeskartellamts).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

protokollen und den Kronzeugendokumenten enthalten sind, um einen hypothetischen Marktpreis zu schätzen. Die restriktive Haltung erstaunt auch, weil in der Rechtsprechung in anderen Zusammenhängen anerkannt wurde, dass Informationen, die in Aktenbestandteilen außerhalb des Bußgeldbescheides enthalten sind, für die Substantiierung von Schadensersatzklagen nützlich sein können. So entschied das OLG Frankfurt im Jahr 2015 in einem Urteil, in dem es um die Beiziehung eines externen Gutachtens ging, dass eine Ermittlung des hypothetischen Marktpreises ohne Kenntnis der Anknüpfungstatsachen (u.a. der Kronzeugeninformationen) kaum oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich wäre.[270] Zudem wies der BGH in einem Beschluss in Bezug auf außergesetzliche Akteneinsichtsrechte darauf hin, dass eine genaue Bezeichnung von Dokumenten im Rahmen des Akteneinsichtsrechts mangels Kenntnis der Verfahrensakte nicht möglich sei.[271] Eine grundsätzliche Begrenzung der Akteneinsicht auf die Bußgeldbescheide wird dieser Erkenntnis nicht gerecht. Es war daher vorzugswürdig, davon auszugehen, dass sich das berechtigte Interesse bei kartellrechtlichen Akteneinsichtsbegehren in der Regel auf den gesamten Akteninhalt bezog.

b) Darlegung des berechtigten Interesses

Eine Akteneinsicht bzw. Auskunft über Kronzeugeninformationen gem. §§ 406e Abs. 1 S. 1, Abs. 5, 475 Abs. 1 S. 1 StPO setzte als weitere Voraussetzung die Darlegung eines berechtigten Interesses voraus. In Anlehnung an die überwiegende Auffassung[272] der strafprozessrechtlichen Literatur und Rechtsprechung, der zufolge für die Darlegung eines berechtigten Interes-

270 OLG Frankfurt 17.11.2015 – 11 U 73/11 (Kart), Tz. 67 (juris).

271 BGH 14.7.2015 – KVR 55/14, Rn. 33; *Gey*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker (2017), § 18 Rn. 282.

272 LG Kassel 15.10.2004 – 5 AR 18/04, StraFo 2005, 428, 428; LG Mühlhausen 25.9.2005 – 9 Qs 21/05, wistra 2006, 76 f.; vgl. LG Hildesheim 6.2.2009 – 25 Qs 1/09, NJW 2009, 3799, 3800; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 406e Rn. 6 u. § 475 Rn. 5; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 406e Rn. 3 u. § 475 Rn. 2; *Lauterwein*, Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 73; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 204; a.A. *Hilger*, NStZ 1984, 541, 541 f.; *Riedel/Wallau*, NStZ 2003, 393, 395, die in Anlehnung an § 16 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) a.F. über den schlüssigen Tatsachenvortrag hinaus eine Glaubhaftmachung des berechtigten Interesses verlangen.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ses lediglich ein schlüssiger Tatsachenvortrag erforderlich war, stellte auch die kartellrechtliche Rechtsprechung und Literatur heraus, dass § 406e Abs. 1 S. 1 StPO grundsätzlich keine detaillierte Darlegung erfordere. Nach der kartellrechtlichen Rechtsprechung und Literatur lag eine Darlegung eines berechtigten Interesses vor, wenn nach dem Vortrag des Antragstellers möglicherweise ein Schadensersatzanspruch nach § 33 GWB a.F. bestand.[273] Hierfür war ausreichend, den Bezug kartellbefangener Produkte nachzuweisen.[274]

Für den Fall, dass der Antragsteller Akteneinsicht über die Bußgeldbescheide hinaus in Kronzeugendokumente begehrte, stellte das AG Bonn vor der 9. GWB-Novelle höhere Anforderungen an die Darlegungslast des Antragstellers. Der Offenlegungspetent musste dann – nach Ansicht des AG Bonn – ein konkretes Interesse an der Akteneinsicht darlegen.[275] Dafür musste anhand des Bußgeldbescheides aufgezeigt werden, dass „in der Akte Informationen enthalten sind, die sowohl vom Ermittlungsauftrag des Bundeskartellamts als auch für die Begründung eines zivilrechtlichen Anspruchs jenseits der Feststellungswirkung des § 33 GWB geeignet sind".[276] Das AG Bonn begründete diese erhöhten Anforderungen mit den zivilrechtlichen Erleichterungen zugunsten der potentiell Geschädigten, insbesondere mit der Umkehr der Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Kartellbefangenheit eines Auftrags und dem Anscheinsbeweis bezüglich kartellbedingt erhöhter Preise.[277] Des Weiteren nahm das AG Bonn zur Begründung der erhöhten Darlegungsanforderungen auf das Urteil *EnBW Energie*[278] des EuGH zur Verordnung 1049/2001 aus dem Jahr 2014 Bezug, wonach Schadensersatzkläger zur Darlegung eines überwiegend öffentli-

273 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 28 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); AG Bonn 19.7.2010 – 51 Gs 1194/10, WuW/E DE-R 3016, 3018 – Akteneinsicht Dritter; AG Bonn 24.9.2008 – 51 Gs 1456/08, Tz. 23; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 204; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 448.

274 AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 13/15, S. 5; AG Bonn 8.8.2014 – 707 Gs 39/14, S. 4; AG Bonn 12.11.2014 – 52 Gs 136/14, S. 5 f.

275 AG Bonn 22.4.2015 – 52 Gs 125/14, S. 7; AG Bonn 16.6.2015 – 52 Gs 112/14, S. 5 f.; AG Bonn 16.6.2015 – 52 Gs 113/14, S. 5 (alle abrufbar über die Website des Bundeskartellamts).

276 AG Bonn 22.4.2015 – 52 Gs 125/14, S. 7; AG Bonn 16.6.2015 – 52 Gs 112/14, S. 5 f.; AG Bonn 16.6.2015 – 52 Gs 113/14, S. 5 (alle abrufbar über die Website des Bundeskartellamts).

277 AG Bonn 22.4.2015 – 52 Gs 125/14, S. 6 (Website des Bundeskartellamts).

278 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P – EnBW Energie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Interesses nachweisen müssen, dass die Notwendigkeit des Dokumentenzugangs für die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs besteht.[279]

Die strengeren Anforderungen an die Darlegung des berechtigten Interesses, soweit eine Akteneinsicht über den Bußgeldbescheid hinaus begehrt wurde, sind jedoch im Ergebnis kritisch zu betrachten. Sie ergeben sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Historie der Norm. Die Formulierung der Gesetzesbegründung („im Regelfall") zeigt, dass ein detaillierter Vortrag vom Gesetzgeber nicht gewollt war.[280] Zudem laufen die höheren Darlegungsanforderungen auf eine konkrete Prüfung des Schadensersatzanspruchs und der Verwendung der Informationen im Zivilprozess hinaus, die grundsätzlich im Rahmen von § 406e StPO nicht erforderlich ist.[281]

Auch überzeugt der Vergleich des AG Bonn zur Verordnung 1049/2001 und dem Urteil *EnBW Energie* des EuGH nicht. Die Verordnung 1049/2001 als allgemeines Informationszugangsrecht und § 406e StPO als spezielles Akteneinsichtsrecht für Geschädigte sind schon im Hinblick auf ihre gesetzgeberische Zielsetzung nicht vergleichbar. Auch systematisch unterscheidet sich die Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 von § 406e Abs. 1 S. 1 und § 475 Abs. 1 S. 1 StPO, da Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 nicht die Voraussetzungen des Dokumentenzugangs regelt, sondern einen Ausnahmetatbestand. Ferner ist die Auffassung des AG Bonn in Bezug auf den Effektivitätsgrundsatz fraglich, da auch schon vor der 9. GWB-Novelle schon über 50 Prozent der Kartellbußgeldverfahren des Bundeskartellamts auf Kronzeugen beruhten und die Begrenzung des Akteneinsichtsrechts dadurch geeignet war, die Geltendmachung von Schadensersatzklagen, die auf Verstößen gegen das Unionsrecht beruhten, übermäßig zu erschweren oder unmöglich zu machen.

c) Einsichtnahme durch einen Rechtsanwalt

Im Gegensatz zum Aktenauskunftsrecht gem. § 406e Abs. 5 StPO setzen das Akteneinsichtsrecht gem. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO und das Auskunftsrecht gem. § 475 Abs. 1 S. 1 StPO des Weiteren voraus, dass die Rechte

279 AG Bonn 22.4.2015 – 52 Gs 125/14, S. 7; AG Bonn 16.6.2015 – 52 Gs 112/14, S. 5 f. (alle abrufbar über die Website des Bundeskartellamts).

280 BReg, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren, BT-Drs. 10/5305, S. 18; AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 138/15(b), S. 9 (Website des Bundeskartellamts); AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 126/15(b), S. 9 (Website des Bundeskartellamts).

281 Vgl. *Klooz,* Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 104.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch einen zugelassenen Rechtsanwalt ausgeübt werden. Eine Einsichtnahme in Kartellverfahrensakten durch Unternehmensjuristen war somit vor der 9. GWB-Novelle nicht möglich.[282] Der Rechtsanwalt soll als Organ der Rechtspflege die Informationen herausfiltern, die zur Wahrnehmung des berechtigten Interesses notwendig sind.[283] Zudem dient die Vorschaltung des Rechtsanwalts sowohl datenschutzrechtlichen Erwägungen als auch der Aktensicherung.[284]

Die Beschränkung des Einsichtsrechts auf zugelassene Rechtsanwälte war vor der 9. GWB-Novelle gerechtfertigt. Nicht nur der Wortlaut von § 406e und § 475 StPO („[…] Rechtsanwalt […]"), sondern auch systematische Erwägungen sprechen für eine entsprechende Beschränkung. In der StPO wird grundsätzlich zwischen den Rechten des Verteidigers bzw. Rechtsanwalts und des Unternehmensjuristen unterschieden. So steht der Unternehmensanwalt z.B. dem zugelassenen Rechtsanwalt im Strafverfahren und in Ordnungswidrigkeiten auch nach Inkrafttreten des Syndikusanwaltsgesetzes[285] im Jahr 2016 nicht gleich, da er z.B. weder ein Zeugnisverweigerungsrecht noch ein Beschlagnahmeverbot geltend machen kann (§§ 53 Nr. 1 und Nr. 3, 53a StPO).[286] Zudem sind Unternehmensanwälte aufgrund ihres Anstellungsvertrages einem einzigen Unternehmen verpflichtet und aufgrund ihrer Einbindung in das Unternehmen den Geschäftsinteressen dieses Unternehmens verbunden.[287] Die Differenzierung zwischen Rechtsanwalt und Unternehmensjurist war daher vor der 9. GWB-Novelle aufgrund der sinngemäßen Anwendung der Vorschriften auch bei kartellrechtlichen Akteneinsichtsbegehren gerechtfertigt.

---

282 *Lauterwein*, Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 147.

283 Vgl. BVerfG 5.12.2006 – 2 BvR 2388/06, NJW 2007, 1052, 1053; BVerfG 21.3.2002 – 1 BvR 2119/01, NJW 2002, 2307, 2308; OLG Hamm 26.11.2013 – III-1 VAs 116-120/13 u.a., Tz. 38 – Einsicht in Strafakten; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 406e Rn. 4.

284 *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 406e Rn. 4; *Meyberg*, in: FS Gauweiler (2009), S. 467, 468.

285 Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte und zur Änderung der Finanzgerichtsordnung v. 21.12.2015, BGBl. I 2015, S. 2517; vgl. allgemein dazu *Junker/Scharnke*, BB 2016, 195-202.

286 Vgl. BGBl. I 2015, S. 2517, 2520; Reg-E, BT-Drs. 18/5201, S. 37.

287 *Frenz*, AnwBl 2012, 138, 138; im Hinblick auf § 406e StPO *Lauterwein*, Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 147.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Versagung der Akteneinsicht bzw. der Aktenauskunft aufgrund entgegenstehender (überwiegender) Interessen gem. § 406e Abs. 2 S. 1 und § 475 Abs. 1 S. 1 StPO

Das Recht auf Akteneinsicht gem. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO und das Auskunftsrecht gem. § 406e Abs. 5 StPO finden ihre Grenzen nach § 406e Abs. 2 S. 1 StPO, soweit dem Informationszugriff „überwiegende Interessen" entgegenstehen. Für die Versagung des Auskunftsrechts gem. § 475 Abs. 1 S. 1 StPO ist es hingegen ausreichend, wenn dem Betroffenen ein schutzwürdiges Interesse an der Versagung zusteht (§ 475 Abs. 1 S. 2 StPO). Schutzwürdige Interessen i.S.v. § 406e StPO und § 475 StPO können sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Interessen sein.[288] Nachfolgend werden mögliche Interessen betrachtet, die einer Offenlegung von Kronzeugeninformationen vor der 9. GWB-Novelle entgegenstehen konnten (a). Alsdann wird auf allgemeine Abwägungskriterien eingegangen (b).

a) Schutzwürdige Interessen von Kronzeugen

Vor der 9. GWB-Novelle konnte die Offenlegung von Kronzeugeninformationen entgegenstehende schutzwürdige Interessen berühren, soweit die Informationen entweder personenbezogene Daten (aa) oder Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (bb) darstellten oder die Offenlegung ein besonders geschütztes Vertrauen (cc) oder die Effektivität der Kartellrechtsdurchsetzung (dd) beeinträchtigte.

aa) Kronzeugeninformationen und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Ein schutzwürdiges Interesse i.S.v. § 406e Abs. 2 S. 1 und § 475 Abs. 1 S. 1 StPO ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet wird. Der Schutzbereich des informatio-

288 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 33 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 406e Rn. 9; auch für § 475 StPO: *Hilger,* in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 475 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nellen Selbstbestimmungsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist bei Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten eröffnet.[289]

Im deutschen Recht ist hinsichtlich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zwischen Daten natürlicher und juristischer Personen zu unterscheiden. Während anerkannt ist, dass Daten natürlicher Personen vom Schutzbereich erfasst werden, ist bisher durch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf juristische Personen anwendbar ist.[290] Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur ist aber anerkannt, dass Unternehmen aufgrund des fehlenden Bezugs zur Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) ein geringerer Schutz zu gewähren ist als natürlichen Personen und dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf juristische Personen nur teilweise angewendet werden kann.[291] Insbesondere können sich Unternehmen nicht auf den Schutz vor Selbstbezichtigung (*nemo-tenetur*-Grundsatz), der eine besondere Ausprägung des informationellen Selbstbestimmungsrechts ist,[292] berufen, da sie sich nicht in einer vergleichbaren höchstpersönlichen Zwangslage befinden wie natürliche Personen.[293] Zudem besitzen sie im Gegensatz zu natürlichen Personen keine Intimsphäre.[294] Vor der 9. GWB-Novelle folgte aus diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund weder ein umfassender Schutz von Daten natürlicher Kronzeugen noch von Daten von Kronzeugenunternehmen. Vielmehr musste das informationelle Selbstbestim-

289 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 34 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 175 (Stand: 76. EL Dez. 2015).

290 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 36 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).

291 BVerfG 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98, NJW 2002, 3619, 3622; OVG Lüneburg 15.5.2009 – 10 ME 385/08, NJW 2009, 2697, 2697; AG Bonn 6.2.2014 – 52 Gs 4/14 und 52 Gs 7/14, S. 10 (Website des Bundeskartellamts); AG Bonn 21.2.2014 – 52 Gs 29/14 und 52 Gs 30/14, S. 11 (Website des Bundeskartellamts); *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rn. 224 (Stand: 76. EL Dez. 2015); *Klooz,* Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 116; *Kapp*, WuW 2012, 474, 479.

292 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 224 Fn. 3 (Stand: 76. EL Dez. 2015); *Hauger/Palzer*, EWS 2012, 124, 128; *Kapp*, WuW 2012, 474, 479; *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2009, 885, 893.

293 Vgl. BVerfG 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96, BVerfGE 95, 220, 241 f.; *Dreier*, in: Dreier, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 86; a.A. *Weiß*, NJW 1999, 2236, 2236 f.

294 AG Bonn 6.2.2014 – 52 Gs 4/14 und 52 Gs 7/14, S. 10 (Website des Bundeskartellamts); AG Bonn 21.2.2014 – 52 Gs 29/14 und 52 Gs 30/14, S. 11 (Website des Bundeskartellamts).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mungsrecht gegen das Informationsinteresse der Geschädigten abgewogen werden.

(1) Daten natürlicher Kronzeugen

Soweit die Daten natürlicher Kronzeugen betroffen waren, überwogen nach Ansicht des AG Bonn weder der Schutz des Namens noch der Schutz anderer identifizierender Merkmale des Einzelnen.[295] Bei anderen persönlichen Daten musste hingegen danach differenziert werden, ob die Offenlegung zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs notwendig war. So war z.B. grundsätzlich die Offenlegung von Privatadressen möglich, wenn sie zur Angabe einer ladungsfähigen Anschrift erforderlich war.[296] Angaben zum Geburtsort, Geburtsdatum und zu den wirtschaftlichen Verhältnissen waren dagegen regelmäßig nicht zugänglich.[297]

Begründet wurde die Differenzierung damit, dass Kronzeugen durch die Bekanntgabe ihres Namens keine Benachteiligung gegenüber anderen Kartellbeteiligten in deutschen Zivilprozessen drohe.[298] Denn die Bußgeldentscheidung des Bundeskartellamts beruhe, so das AG Bonn, auf der Grundlage des Kartellordnungswidrigkeitenrechts und damit auf anderen rechtlichen Grundlagen als eine gerichtliche Entscheidung über einen etwaigen kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch gem. § 33 GWB.[299] Des Weiteren stehe die Unschuldsvermutung dem Akteneinsichtsrecht gem. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO grundsätzlich nicht entgegen.[300] Eine besondere Schutzwürdigkeit für Kronzeugen bestehe zudem nicht, weil das AG Bonn selbst in einem Fall, in dem ein Betroffener freigesprochen worden war, eine Schwärzung von Namen abgelehnt hat.[301]

---

295 Für natürliche Personen: AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 138/15(b), S. 10 f.; AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 126/15(b), S. 10 f. (alle abrufbar über die Website des Bundeskartellamts).

296 AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 126/15(b), S. 14 (Website des Bundeskartellamts).

297 Vgl. OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 43 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).

298 Vgl. AG Bonn 6.11.2014 – 52 Gs 127/14, S. 10 (Website des Bundeskartellamts).

299 Vgl. AG Bonn 6.11.2014 – 52 Gs 127/14, S. 10 (Website des Bundeskartellamts); AG Bonn 29.6.2015 – 52 OWi 26/15(b), S. 7 (Website des Bundeskartellamts).

300 AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 138/15, S. 14 (Website des Bundeskartellamts).

301 AG Bonn 19.7.2010 – Gs 1194/10, Tz. 15 – Akteneinsicht Dritter; AG Bonn 6.11.2014 – 52 Gs 127/14, S. 10 (Website des Bundeskartellamts).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Teile der Literatur wendeten zwar gegen eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen im Allgemeinen ein, dass diese gegen den Schutz vor Selbstbezichtigung verstößt, der ebenfalls Teil des informationellen Selbstbestimmungsrechts ist,[302] diese Erwägung ist aber im Ergebnis nicht überzeugend. Bei Kronzeugen steht aufgrund ihres Bonusantrags von Anfang an fest, dass sie an dem Kartellrechtsverstoß beteiligt waren. Sie verzichten durch die Kooperation mit dem Bundeskartellamt freiwillig auf den Schutz vor Selbstbezichtigung. Zudem sind sie keinem Zwang ausgesetzt, die Bonusregelung in Anspruch zu nehmen.[303] Ferner scheint die Heranziehung des strafrechtlichen *nemo-tenetur*-Grundsatzes schwierig, da die Verfahrenseinstellung gegen die Kronzeugen allein auf der Ermessensentscheidung des Bundeskartellamts gem. § 47 Abs. 1 OWiG beruht und damit kein „Schuldspruch"[304] vorliegt.[305] Schließlich spricht gegen ein Überwiegen der Interessen der Kronzeugen, dass die Geltendmachung von Schadensersatzklagen gem. § 33 Abs. 3 GWB a.F. erheblich erschwert worden wäre, wenn die Akteneinsicht gem. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO erst nach Rechtskraft der Bußgeldbescheide möglich gewesen wäre.[306] Im Ergebnis führte die Ansicht der Rechtsprechung folglich zu sachgerechten Ergebnissen.

(2) Daten von Kronzeugenunternehmen

Bei Daten von Kronzeugenunternehmen musste vor der 9. GWB-Novelle differenziert werden zwischen Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, die

302 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 212; *Hauger/Palzer*, EWS 2012, 126, 129.

303 Vgl. *Klooz,* Die Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter in Akten des Bundeskartellamts (2014), S. 215.

304 Hier ist zu berücksichtigen, dass in Ordnungswidrigkeitsverfahren anders als in Strafverfahren kein Schuldspruch gesprochen wird.

305 *Klooz,* Die Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter in Akten des Bundeskartellamts (2014), S. 131.

306 Vgl. OLG Düsseldorf 22.08.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 42 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch Art. 12 GG[307] und Art. 14 GG[308] besonders geschützt werden,[309] und sonstigen wirtschaftlichen Informationen, für die nur das Recht auf informationelle Selbstbestimmung galt.[310] Als eine solche sonstige wirtschaftliche Information war z.B. der Name eines Unternehmens anzusehen, da dieser aufgrund seiner Offenkundigkeit kein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis darstellt. Für einen Schutz des Namens des Kronzeugenunternehmens oder anderer identifizierender Merkmale ergibt sich jedoch auch aus einem Erst-Recht-Schluss, dass ein Schutz dieser Daten nicht geboten ist. Auch natürliche Personen als Kronzeugen waren vor der Nennung ihres Namens oder anderer identifizierender Merkmale nicht geschützt.

bb) Kronzeugeninformationen als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

Vor der 9. GWB-Novelle konnte die Akteneinsicht bzw. Aktenauskunft gem. §§ 406e, 475 StPO auch versagt werden, wenn Kronzeugeninformationen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen waren und das Geheimhaltungsinteresse das Offenlegungsinteresse des Antragstellers überwog.

Das BVerfG definiert als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse „alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem bestimmten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat".[311] Dabei beziehen sich Betriebsgeheimnisse auf Tatsachen, die das technische Wissen betreffen; Geschäftsgeheimnisse hingegen umfassen

307 *Kloepfer/Greve*, NVwZ 2011, 577, 578.

308 Vgl. OVG Schleswig 22.6.2005 – 4 LB 30/04, NordÖR 2005, 528, 530; *Schoch*, § 6 IFG Rn. 8; *Brammsen*, DÖV 2007, 10, 11.

309 Die Rechtsprechung leitet mittlerweile aus beiden Grundrechten den Schutz ab, vgl. BGH 2.2.2010 – KVZ 16/09, WRP 2010, 658, 659; BVerwG 15.8.2003 – 20 F 8/03 (OVG Münster), NVwZ 2004, 105, 107.

310 Vgl. *Dreier*, in: Dreier, Art. 2 GG Abs. 1 Rn. 86.

311 BVerfG 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 = BVerfGE 115, 205 ff., Tz. 87 – „Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, in-camera- Verfahren"; vgl. auch OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 36 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); AG Bonn 8.8.2014 – 707 Gs 39/14, S. 6 (Website des Bundeskartellamts); AG Bonn v. 5.10.2016 – 52 Gs 120/14, S. 7 (Website des Bundeskartellamts).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das kaufmännische Wissen.[312] Beispiele für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind „Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte“[313], die für das Unternehmen wirtschaftlich relevant sind.

Als wirtschafts- und unternehmensbezogene Informationen kam es auf den ersten Blick in Betracht, dass Kronzeugeninformationen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse darstellen. Teile der Literatur zweifelten aber vor der 9. GWB-Novelle eine Einordnung von Kronzeugeninformationen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis mit dem Argument an,[314] im deutschen Recht sei anerkannt, dass Tatsachen nicht schützenswert seien, soweit sich aus ihnen ein Verstoß gegen das GWB ergab.[315]

Dieser Auffassung ist aber nur teilweise zuzustimmen. Ein Vergleich zum öffentlichen Recht zeigt, dass nicht alle Informationen, die sich auf ein rechtswidriges Handeln beziehen, vom Schutz des Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses ausgeschlossen sind; vielmehr gilt dies nur für schwere Rechtsverstöße.[316] Um einen einheitlichen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im deutschen Recht zu gewährleisten, sollte daher danach differenziert werden, ob Kronzeugeninformationen lediglich eine Verbindung zum Wettbewerbsverstoß aufweisen oder ob sie sich ausschließlich auf den Kartellrechtsverstoß beziehen.[317] Ein Schutz letzterer

---

312 BVerfG 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 = BVerfGE 115, S. 205 ff., Tz. 87 – „Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, in-camera-Verfahren“; OLG Düsseldorf v. 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 36 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); AG Bonn 8.8.2014 – 707 Gs 39/14, S. 6 (Website des Bundeskartellamts); AG Bonn 12.11.2014 – 52 Gs 136/14, S. 7 (Website des Bundeskartellamts).

313 BVerfG 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 = BVerfGE 115, S. 205 ff., Tz. 87 – „Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, in-camera- Verfahren“.

314 *Häfele*, Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2013), S. 214; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 110; *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 134; *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 157; *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 345; a.A. zum Wettbewerbsrecht *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 17 UWG Rn. 6; *Ohly*, in: Sosnitza/Ohly, § 17 UWG Rn. 1; *Köhler*, in: Bornkamm/Köhler, § 17 UWG Rn. 9; *Mayer*, GRUR 2011, 884, 887.

315 *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 134.

316 Vgl. OVG Schleswig 22.6.2005 – 4 LB 30/04, NordÖR 2005, S. 528, 530.

317 *Klooz*, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 123 ff.; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 183; *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 225.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kategorie von Informationen erscheint nicht gerechtfertigt, weil das Interesse, Schadensersatzforderungen zu vermeiden, nicht schützenswert ist.[318] Soweit die Kronzeugeninformationen lediglich einen Bezug zum Wettbewerbsverstoß hatten, z.B. Preisentwicklungen auf den betroffenen Markt dokumentierten, kam es somit nach der hier vertretenen Auffassung für die Einordnung als Geschäfts- und Betriebsgeheimnis darauf an, dass die Informationen nicht öffentlich zugänglich, d.h. nicht im Fallbericht oder im Bußgeldbescheid genannt wurden,[319] und sie wettbewerbsrelevant waren.

Nach der Rechtsprechung ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass Informationen eine Wettbewerbsrelevanz zeitlich unbegrenzt anhaftet.[320] Vielmehr hat die Rechtsprechung in verschiedenen Entscheidungen die Schutzwürdigkeit von Informationen ab einem Alter von fünf Jahren in Zweifel gezogen.[321] Ein allgemein gültiger Schluss kann aber aus dieser Rechtsprechung nicht gezogen werden, da die Wettbewerbsrelevanz von den jeweiligen Bedingungen des betroffenen Marktes abhängig zu machen ist. So können Angaben über Marktanteile schon nach einem Jahr nicht mehr schutzwürdig sein, wenn es sich bei dem betroffenen Markt um einen Markt mit stark schwankenden Volumen- und Marktanteilen handelt.[322] Das Alter von fünf Jahren konnte aber als Anhaltspunkt dafür angesehen werden, dass den Informationen keine Wettbewerbsrelevanz mehr zukommt.[323] Um diesen zu widerlegen, bedurfte es dann der Darlegung konkreter Umstände.[324] Vor der 9. GWB-Novelle waren Kronzeugeninfor-

---

318 *B. Mehle*, in: FS V. Mehle (2009), S. 387, 401; vgl. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 183.

319 Vgl. *Schneider*, in: Langen/Bunte, GWB, § 56 Rn. 21; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 458.

320 AG Bonn 8.8.2014, 707 Gs 39/14, S. 7 (Website des Bundeskartellamts).

321 OLG Hamm 26.11.2013 – III-1 VAs 116-120/13 u.a., Tz. 60 – Einsicht in Strafakten, wonach Informationen, die älter als 10 Jahre sind, nicht mehr schutzwürdig sind; AG Bonn 19.7.2010 – 51 Gs 1194/10, WuW/E DE-R 3016 – „Akteneinsicht Dritter", wonach die Schutzwürdigkeit von 7- bzw. 8-jährigen Geschäftsgeheimnissen zweifelhaft ist; AG Bonn v. 29.12.2011 – 51 Gs 2496/10, S. 9 (Website des Bundeskartellamts), wonach Informationen älter als 5 Jahre nicht schutzwürdig sind; AG Bonn 8.8.2014 – 707 Gs 39/14, S. 7 (Website des Bundeskartellamts); *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 213; *Kloepfer/Greve*, NVwZ 2011, 577, 581; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 458; *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 225.

322 Vgl. *Schneider*, in: Langen/Bunte, GWB, § 56 Rn. 21.

323 Vgl. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 183.

324 AG Bonn 8.8.2014 – 707 Gs 39/14, S. 7 (Website des Bundeskartellamts).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mationen – nach der hier vertretenen Auffassung – zum Zeitpunkt von Akteneinsichtsgesuchen durch *Follow-on*-Kläger aufgrund der langen Verfahrensdauer der Kartellbußgeldverfahren in der Regel vom Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses nicht zu erfassen.

cc) Schutz der staatlichen Kartellrechtsdurchsetzung als schutzwürdiges Interesse i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 1 StPO

Um die Effektivität der staatlichen Kartellrechtsdurchsetzung zu schützen, wurde in der kartellrechtlichen Literatur erwogen, die Bundesrepublik Deutschland oder die Europäische Union als andere Personen i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 1 StPO anzusehen.[325] Zur Begründung dieser Ansicht wurde angeführt, die Kartellverfolgung und die Wettbewerbspolitik des Bundes seien als schützenswerte Interessen durch eine Akteneinsicht in Kronzeugendokumente beeinträchtigt.[326]

Eine solche weite Auslegung des § 406e Abs. 2 S. 1 StPO ist kritisch zu betrachten. Zwar erscheint eine Berücksichtigung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union nach dem Wortlaut des § 406e Abs. 2 S. 1 StPO („anderer Personen") möglich, die Gesetzesbegründung stellt aber im Zusammenhang mit § 406e Abs. 2 S. 1 StPO auf die Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten oder von Dritten ab, was gegen die Berücksichtigung öffentlicher Interessen spricht, wie etwa dem Interesse an einer effektiven Kartellrechtsdurchsetzung.[327]

Bei einer systematischen Betrachtung der verschiedenen Ausnahmetatbestände ergibt sich zudem, dass jeder Ausnahmetatbestand auf den Schutz bestimmter Interessen zielt. Während § 406e Abs. 2 S. 1 StPO die Interessen privater Personen erfasst, schützt § 406e Abs. 2 S. 2 StPO die Interessen der Wahrheitsfindung und der Verfolgungsbehörden. Verfahrensökonomische Erwägungen werden durch § 406e Abs. 2 S. 3 StPO berück-

325 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 217 ff.; *Vollmer,* ZWeR 2012, 442, 465; a.A. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 406e Rn. 6a; *Häfele,* Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2013), S. 212; offengelassen von BGH 21.2.2011 – 4 BGs 2/11, Tz. 16 (juris).

326 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 217 ff.

327 BReg, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren, BT-Drs. 10/5305, S. 18; *Häfele*, Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2013), S. 213.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sichtigt. Ziel der Vorschrift des § 406e StPO insgesamt ist es „im schwierigen Spannungsverhältnis zwischen Datenschutz, Verteidigungsinteressen, Wahrheitsfindung, Funktionsinteressen der Strafrechtspflege und dem legitimen, verfassungsrechtlich abzuleitenden Informationsanspruch des Verletzten einen vertretbaren Ausgleich"[328] herbeizuführen. Ausgehend von dieser Systematik der Ausnahmetatbestände war das Interesse an einer effektiven staatlichen Kartellrechtsdurchsetzung vor der 9. GWB-Novelle somit nicht im Rahmen von § 406e Abs. 2 S. 1 StPO zu berücksichtigen, sondern im Rahmen des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO.[329]

dd) Vertrauensschutz als schutzwürdiges Interesse i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 1 StPO

Aufgrund der eingeschränkten Möglichkeiten im deutschen Recht, Kronzeugeninformationen vor einer Offenlegung zu schützen, wurde vor der 9. GWB-Novelle in Rechtsprechung und Literatur ein Offenlegungsschutz für Kronzeugeninformationen aus Tz. 22 der Bonusmitteilung[330] und aus Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes abgeleitet.[331]

Für einen eingeschränkten Offenlegungsschutz für selbst belastende Informationen aufgrund eines Vertrauensschutzes sprach sich zunächst GA Mazàk in seinen Schlussanträgen zum Verfahren *Pfleiderer* vor dem EuGH im Jahr 2010 aus.[332] Diesen Gedanken griff das OLG Düsseldorf in dem Beschluss „Akteneinsicht in Bonusanträge" aus dem Jahr 2012 wieder auf. Dem OLG Düsseldorf zufolge seien Informationen, mit denen sich die

328 BGH 18.1.1993 – 5 AR (VS) 44/92, NStZ 1993, 351, 352; vgl. auch *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 117, nach dem die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung als Äquivalent zur „Strafrechtspflege" nicht mit dem Bonusprogramm gleichzusetzen sei, weil dieses nur ein Ermittlungsinstrument darstelle.

329 So auch i.E. *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 116 ff.; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 181.

330 Nach Tz. 22 der Bonusregelung wird „das Bundeskartellamt […] Anträge privater Dritter auf Akteneinsicht bzw. Auskunftserteilung im Rahmen des gesetzlich eingeräumten Ermessens grundsätzlich insoweit ablehnen, als es sich um den Antrag auf Erlass oder Reduktion der Geldbuße und die dazu übermittelten Beweismittel handelt".

331 Vgl. allgemein zu Vertrauenszusagen *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 406e Rn. 9.

332 GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – C-360/09, Rn. 45 – Pfleiderer.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kronzeugen selbst belasten und die dem Bundeskartellamt im Rahmen der Bonusregelung freiwillig übermittelt wurden, aufgrund eines durch die Bonusregelung geschaffenen Vertrauensschutzes als schützenswert i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 1 StPO anzusehen.[333] Dies sei durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt, Wettbewerbsverstöße aufzudecken und zu ahnden.[334] Allerdings reiche der Vertrauensschutz nicht so weit, dass auch eine Einsicht in rechtskräftige Bußgeldbescheide, durch welche die Antragsteller nur mittelbar Kenntnis über Kronzeugeninformationen erhielten, ausgeschlossen sei.[335]

Der Auffassung des OLG Düsseldorf ist grundsätzlich auch das AG Bonn gefolgt.[336] Nach Ansicht des AG Bonn fallen – wie nach Ansicht des OLG Düsseldorf – nur die freiwilligen Angaben des Bonusantragsstellers unter den Vertrauensschutz.[337] Nach Ansicht des AG Bonn seien jedoch Informationen, die das Bundeskartellamt auch auf anderen Wegen, z.B. durch Sicherstellung, erhalten habe oder erhalten könnte, nicht geschützt.[338] Ferner hat das AG Bonn in mehreren Entscheidungen herausgestellt, dass der Schutz der Bonusregelung nicht durch Bekanntgabe der Kooperation und der Identität des Bonusantragstellers unterlaufen werde.[339] Darüber schränkte das AG Bonn den gewährten Vertrauensschutz weiter ein, indem seiner Auffassung zufolge kein überwiegendes Interesse eines Bonusantragstellers an der Schwärzung von Feststellungen samt Beweiswürdigung und rechtlichen Wertungen in Bußgeldbescheiden bestehe, auch wenn diese Auszüge der Bonusanträge in paraphrasierender Form

333 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 36 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); der BGH hat die Beschwerde gegen das Urteil für nicht statthaft gehalten, vgl. BGH 18.2.2014 – KRB 12/13 – Kaffeekartell; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 214.

334 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 36 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).

335 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 41 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).

336 AG Bonn 12.11.2014 – 52 Gs 136/14, S. 8 (Website des Bundeskartellamts); AG Bonn 15.12.2014, 52 Gs 145/14, S. 6 (Website des Bundeskartellamts).

337 AG Bonn 22.5.2015 – 52 OWi 14/15, 9 (Website des Bundeskartellamts).

338 Vgl. AG Bonn 18.12.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 21, 23 – Pfleiderer II (juris); AG Bonn 8.8.2014 – 707 Gs 39/14, S. 7 (Website des Bundeskartellamts).

339 AG Bonn 12.11.2014 – 52 Gs 136/14, S. 8; AG Bonn 22.5.2015 – 52 OWi 14/15, S. 9; AG Bonn 5.10.2015 – 52 Gs 121/14, S. 8 (alle abrufbar über die Website des Bundeskartellamts).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder in Verweisen enthalten.[340] Das AG Bonn führte hierzu aus, es bliebe nur ein für Geschädigte kaum nachvollziehbares Gerüst bestehen, wenn sämtliche Passagen mit Bezug zu Kronzeugeninformationen geschwärzt werden würden.[341] Auch Verweise auf Kronzeugeninformationen in Beweismittellisten oder Projektlisten waren nach Auffassung des AG Bonn nicht zu schwärzen, da eine Schlechterstellung von Kronzeugen in Schadensersatzprozessen nicht zu erwarten sei.[342]

Die Ansicht, dass die Bonusregelung zu einem Vertrauensschutz führt, wurde auch in der Literatur vertreten.[343] Auch hier wurde vertreten, das Bundeskartellamt sei aus rechtsstaatlichen Gründen gehalten, den Vertrauensschutz zu wahren und eine Akteneinsicht zu versagen.[344] Zudem sei die allgemeine Wertung des § 3 Nr. 7 IFG,[345] wonach kein Anspruch auf Informationszugang bei vertraulich erhobenen Informationen besteht, bei der Anwendung des § 406e StPO zu berücksichtigen.[346] Die Bonusregelung würde des Weiteren als zentrales Ermittlungsinstrument ohne Vertraulichkeitszusage geschwächt.[347]

Für einen Schutz von (freiwillig übermittelten) Kronzeugeninformationen aus Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes spricht, dass die Kronzeugen bei der Übermittlung der Informationen von einem vertraulichen Umgang des Bundeskartellamts mit ihren Informationen ausgehen und dass allgemein negative Auswirkungen auf das Kronzeugenprogramm bei einer Offenlegung der Informationen (*chilling effect*)[348] befürchtet werden. Die

---

340 AG Bonn 22.5.2015 – 52 OWi 14/15, S. 12; AG Bonn 4.4.2011 – 51 Gs 545/2011, S. 7; AG Bonn 24.3.2014 – 701 Gs 25/14, S. 6 (alle abrufbar über die Website des Bundekartellamts).

341 AG Bonn 24.3.2014 –701 Gs 25/14, S. 6 (Website des Bundeskartellamts).

342 AG Bonn 5.10.2015 – 52 Gs 120/14, S. 9 (Website des Bundeskartellamts).

343 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 214 f.; *Schwalbe/Höft,* in: FS Möschel (2011), S. 597, 626; *Mäger/Zimmer/Milde,* WuW 2009, 885, 893; *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 225 f.; in diese Richtung deutend *Yomere*, WuW 2013, 34, 37; a.A. *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 110 ff.

344 Vgl. *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 225.

345 § 3 Nr. 7 IFG lautet: „Der Anspruch auf Informationszugang besteht nicht, […] bei vertraulich erhobener oder übermittelter Information, soweit das Interesse des Dritten an einer vertraulichen Behandlung im Zeitpunkt des Antrags auf Informationszugang noch fortbesteht."

346 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 214 f.

347 *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 226.

348 Vgl. oben Einleitung.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anlehnung an die Bonusregelung des Bundeskartellamts als rechtlicher Anknüpfungspunkt für den Schutz der Kronzeugeninformationen ist jedoch im Ergebnis kritisch zu betrachten. Zwar sichert das Bundeskartellamt in laufenden Kartellverfahren den Kronzeugen, den sog. Bonusantragstellern, den Schutz ihrer Identität zu,[349] darüber hinaus gewährleistet Tz. 22 der Bonusregelung aber nur ein schutzwürdiges Vertrauen der kooperierenden Unternehmen im Hinblick auf die Ermessensausübung des Bundeskartellamts. Eine solche Ermessensausübung ist aber im Rahmen von § 406e Abs. 2 S. 1 StPO nicht möglich, da der Gesetzgeber keine Ermessensentscheidung, sondern eine gebundene Entscheidung auf Rechtsfolgenseite vorgesehen hat („Die Einsicht in die Akten ist zu versagen […]", vgl. § 406e Abs. 2 S. 1 StPO). Zudem konnte aus der Bonusregelung allein kein Vertrauensschutz abgeleitet werden, da es sich bei dieser Regelung gem. § 81 Abs. 7 GWB a.F. um Verwaltungsvorschriften handelt, die für sich keine Außenwirkung entfalten.[350]

Auch die Begründung des Vertrauensschutzes anhand § 3 Nr. 7 IFG erscheint fraglich. Die Norm selbst begründet keinen Vertrauensschutz, sondern regelt nur, dass Informationen, soweit ein Vertrauensschutz besteht, nicht offengelegt werden können. Zudem verfolgen das IFG und § 406e StPO unterschiedliche gesetzgeberische Ziele. Das IFG dient der Transparenz der Verwaltung, während § 406e StPO bei der Durchsetzung von Schadensersatzklagen von Geschädigten helfen soll und damit der Schaffung materieller Gerechtigkeit dient. Auch der im Vergleich zu § 1 IFG[351] engere Anwendungsbereich des § 406e StPO sowie die formelle Subsidiarität des IFG gem. § 1 Abs. 3 IFG weisen darauf, dass es sich bei § 406e StPO im Vergleich zum IFG um das speziellere „Informationsrecht" handelt.

Vor der 9. GWB-Novelle konnte aber ein Vertrauensschutz aus der bisherigen Praxis des Bundeskartellamts i.V.m. Art. 3 GG abgeleitet werden. Das Bundeskartellamt hatte vor der 9. GWB-Novelle die Einsicht in Kronzeugeninformationen stets abgelehnt und damit eine Verwaltungspraxis für

349 Nach Tz. 21 der Bonusregelung ist „die Identität des Kronzeugen […] bis zum Zugang des Beschuldigungsschreibens an einen Kartellbeteiligten vertraulich zu behandeln und Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu wahren."

350 So auch *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 111.

351 § 1 Abs. 1 S. 1 IFG lautet: „Jeder hat nach Maßgabe dieses Gesetzes gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Einsicht in Kronzeugeninformationen geschaffen,[352] an die es als Hoheitsträger gem. Art. 3 GG gebunden war.[353] Auf die Fortführung dieser Praxis vertrauten u.a. die Kronzeugen bei ihrer Antragsstellung. Auf einen absoluten Offenlegungsschutz konnte sich das Vertrauen nach den Urteilen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* des EuGH zwar nicht mehr beziehen,[354] da das Bundeskartellamt das primärrechtliche Gebot zur Einzelfallabwägung beachten musste. Der EuGH hat jedoch in beiden Entscheidungen betont, dass Kronzeugenprogramme nützliche Instrumente zur Kartellverfolgung darstellen.[355] Zudem hat der EuGH herausgestellt, dass Geschädigte zur Durchsetzung ihrer Schadensersatzklagen nicht auf sämtliche Dokumente einer Verfahrensakte angewiesen seien.[356] Die Kronzeugen konnten somit vor der 9. GWB-Novelle zumindest darauf vertrauen, dass ihre Informationen nur so weit offengelegt wurden, wie es zur Durchsetzung der Schadensersatzklage – unter Wahrung aller Interessen – notwendig war. Ein umfassender Offenlegungsschutz bestand jedoch nicht.[357] In der Rechtspraxis bestand jedoch ein gewisser Offenlegungsschutz durch die restriktive Praxis des Bundeskartellamts und der Rechtsprechung, wie schon die Ausführungen zum berechtigten Interesse zeigen.

b) Abwägung i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 1 StPO

Im Folgenden werden allgemeine Kriterien betrachtet, die bei der Abwägung nach § 406e Abs. 2 S. 1 StPO vor der 9. GWB-Novelle einzubeziehen waren. Dabei war zu berücksichtigen, dass aus dem Wortlaut des § 406e Abs. 2 S. 1 StPO folgt, dass grundsätzlich vom Akteneinsichtsrecht des Antragstellers[358] auszugehen und dass das Akteneinsichtsrecht nur in

352 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 233; *Klooz,* Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 218.
353 Vgl. *Steger*, BB 2014, 963, 965.
354 Vgl. *Klooz,* Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 132; *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 111, der aber in der Vertrauenszusage, einen Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG sieht; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 184.
355 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 25 – Pfleiderer; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 42 – Donau Chemie.
356 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 33 – Donau Chemie.
357 Vgl. *Dorn/Liebich,* WRP 2012, 1601.
358 AG Bonn 12.8.2015 – 52 OWi 55/15(b), S. 6 (Website des Bundeskartellamts).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem Umfang zu versagen ist, in dem die überwiegenden Interessen betroffen sind.[359]

aa) Erforderlichkeit der Akteneinsicht

Im Rahmen von § 406e Abs. 2 S. 1 StPO überwiegen entgegenstehende Interessen das Offenlegungsinteresse des Antragstellers, soweit die Akteneinsicht für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs nicht erforderlich ist.[360] Als erforderlich kann die Akteneinsicht angesehen werden, wenn dem Antragsteller keine alternativen, gleich effektiven Informationsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.[361] Als solche Informationsmöglichkeiten kamen vor der 9. GWB-Novelle potentiell die Veröffentlichung des Bundeskartellamts, die Einsicht in Bußgeldbescheide und die Beiziehung von Gerichtsakten vor der 9. GWB-Novelle in Betracht.

(1) Veröffentlichungen des Bundeskartellamts

Vor der 9. GWB-Novelle wurden im deutschen Recht die Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamts nicht veröffentlicht.[362] Das Bundeskartellamt veröffentlichte Fallberichte, in denen nur der jeweilige Kartellverstoß – nach Beendigung des Verfahrens – zusammengefasst dargestellt und die Kartellanten benannt wurden. Teilweise wurden auch die Kronzeugen im Fallbericht direkt benannt, so z.B. im *Brauerei-Kartell*,[363] *Drogerieartikel-Kartell*[364] oder *Süßwaren-Kartell*[365]. Für Geschädigte waren die stark zusammengefassten Darstellungen in den Fallberichten für eine Schadenschätzung aber nicht konkret genug. Sie stellten daher keine gleichwertige Informationsquelle zum Akteneinsichtsrecht dar.

359 *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 406e StPO Rn. 8.
360 *Koch*, JZ 2013, 390, 393.
361 Vgl. *Lauterwein,* Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 93.
362 Vgl. *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 330; *Klooz,* Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 23.
363 BKartA, Fallbericht 2.4.2014, B10-105/11 – Bußgelder gegen Brauereien.
364 BKartA, Fallbericht 14.6.2013, B11-17/06 – Bußgeldverfahren gegen Hersteller von Drogerieartikeln.
365 BKartA, Fallbericht 27.5.2013, B11-11/08 – Bußgeldverfahren gegen Hersteller von Süßwaren.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Einsicht in den Bußgeldbescheid

In der Rechtsprechung[366] und der Literatur[367] wurde vor der 9. GWB-Novelle die Auffassung vertreten, dass eine Akteneinsicht über die Bußgeldbescheide hinaus nicht erforderlich sei. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf enthielten die Bonusanträge keine Angaben zu dem durch das Kartell entstandenen Schaden.[368] Das AG Bonn vertrat zudem die Auffassung, es bestünde kein berechtigtes Interesse an einer weitergehenden Akteneinsicht über die Einsicht in die geschwärzte Fassung der Bußgeldbescheide hinaus, da aufgrund der Tatbestandswirkung gem. § 33 Abs. 4 S. 1 GWB a.F. die Tat mit Hilfe des Bußgeldbescheides nachgewiesen werden könne.[369]

Die Akteneinsicht in Bußgeldbescheide grundsätzlich als hinreichende Informationsquelle für die Durchsetzung von Schadensersatzklagen zu erachten, ist jedoch zweifelhaft. Es bestand vor der 9. GWB-Novelle das Risiko, dass eine grundsätzliche Verweigerung des Akteneinsichtsrechts über die Bußgeldbescheide hinaus zu einer systematischen Verweigerung des Informationszugangs führt und damit im Widerspruch zu dem Grundsatz der Einzelfallabwägung und der Rechtsprechung des EuGH stand.[370] Zudem hat die bereits erfolgte Betrachtung der Kronzeugenprogramme ergeben, dass die von Kronzeugen übermittelten Informationen für die Schadensschätzung hilfreich sein können.[371] Der Auffassung des AG Bonn ist daher nicht zuzustimmen.

(3) Beiziehung von Verfahrensakten durch Zivilgerichte

Neben der Akteneinsicht und Aktenauskunft gem. §§ 406e, 475 StPO bot die Beiziehung von Verfahrensakten durch das zuständige Zivilgericht nach Rechtshängigkeit der Schadensersatzklage eine Möglichkeit, auf Kronzeugeninformationen zuzugreifen. Grundsätzlich ist die Beiziehung

366 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 47 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 126/15(b), Tz. 25 – Zuckerkartell (juris).
367 Vgl. *Busch/Sellin*, BB 2012, 1167, 1169.
368 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 47 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).
369 AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 126/15(b), Tz. 25 – Zuckerkartell (juris).
370 Siehe oben § 3 B.
371 Siehe oben § 2 B.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sowohl durch Urkundenvorlage durch Behörden gem. § 432 ZPO als auch zur Terminvorbereitung gem. § 273 ZPO möglich. Vor der 9. GWB-Novelle kam jedoch nur § 273 ZPO praktische Relevanz zu. Ein Grund hierfür ist darin zu sehen, dass § 273 ZPO nur eine Bezugnahme durch die Parteien erfordert, während § 432 ZPO einen formellen Beweisantritt und damit einen substantiierten Tatsachenvortrag sowie eine konkrete Bezeichnung der Urkunde voraussetzt.[372] Ein derartiger Tatsachenvortrag war Schadensersatzklägern vor der 9. GWB-Novelle kaum möglich.[373]

Neben den zivilprozessualen Voraussetzungen ist für die Beiziehung der Kartellverfahrensakten grundsätzlich erforderlich, dass eine weitere Rechtsgrundlage die Übermittlung der Akten durch die ersuchte Stelle gestattet (sog. „Doppeltürmodell"[374]).[375] Bei der Beiziehung von kartellrechtlichen Verfahrensakten richtet sich die Übermittlung nach § 474 ff. StPO i.V.m. § 46 OWiG. Nach § 474 Abs. 1 StPO können Gerichte Akteneinsicht erhalten, wenn dies für den Zweck der Rechtspflege erforderlich ist. Das Kriterium „Erforderlichkeit" bedeutete in diesem Zusammenhang, dass die Beiziehung der Akten verhältnismäßig sein muss.[376] Bei Ersuchen in Kartellsachen unterschied sich die vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht wesentlich von der Abwägungsentscheidung, die auch im Rahmen von § 406e StPO vorzunehmen war. Eine Besonderheit der § 474 ff. StPO ist allerdings, dass nicht die ersuchte Behörde[377], sondern das Zivilgericht, das die Beiziehung der Akten anordnet, für die Prüfung der Voraussetzungen zuständig ist (vgl. § 477 Abs. 4 S. 1 StPO). Die ersuchte Behörde[378] prüft nur, ob eine Beiziehung der Akten im Aufgabenbereich der ersu-

372 Vgl. *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 432 Rn. 5; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, § 432 Rn. 2; *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 90; *Steger*, BB 2014, 963, 965; *Kamann/Schwedler*, EWS 2014, 121, 125 ff.; *Yomere/Kresken*, WuW 2014, 481, 487, Fn. 25.

373 Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), Tz. 64.

374 BVerfG 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13, Tz. 25 (juris).

375 *Denzel/Holm-Hadulla*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 29 Rn. 37.

376 *Weßlau*, in: SK-StPO, § 474 Rn. 11; *Wittig*, in: Graf, § 474 StPO Rn. 8; *Harms/Petrasincu*, NZKart 2014, 304, 307; *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 86 f.

377 Zwar bezieht sich der Beschluss auf die Beiziehung von Akten der Staatsanwaltschaft, da aber die §§ 477 ff. StPO im Kartellrecht entsprechend anzuwenden sind, gelten die aufgestellten Grundsätze gem. § 46 OWiG auch für die Beziehung von Akten des Bundeskartellamts.

378 In den meisten Fällen ist das Bundeskartellamt zuständig, bei Submissionsabsprachen kann aber auch die Staatsanwaltschaft zu ständig sein, da diese gem. § 298 StGB strafbar sind.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chenden Stelle liegt,[379] es sei denn, dass ein besonderer Anlass für eine weitergehende Prüfung besteht (vgl. § 477 Abs. 4 S. 2 StPO). Dies ist der Fall, wenn der Umfang der begehrten Akten besonders hoch ist oder in den Akten eine ungewöhnliche Art von Informationen enthalten ist.[380] Eine Versagung der Übermittlung durch die ersuchte Stelle kommt zudem bei Gefährdung des Untersuchungszwecks in Betracht (vgl. § 477 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 StPO) oder bei entgegenstehenden gesetzlichen Regelungen (vgl. § 477 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 StPO).

Inwieweit die aktenführende Stelle die Übermittlung von Kronzeugeninformationen ablehnen konnte, war Gegenstand eines Beschlusses des OLG Hamm aus dem Jahr 2013.[381] In dieser Entscheidung entschied das OLG Hamm, die aktenführende Behörde sei grundsätzlich zur Übermittlung der Verfahrensakten, einschließlich der Kronzeugendokumente, verpflichtet, da auch die Dokumente, die von Kronzeugen stammten, keine ungewöhnliche Daten i.S.d. § 477 StPO seien.[382] Das Gericht führte aus, Kronzeugen müssten so wie andere Beschuldigte behandelt werden, die auf ihr Recht auf Selbstbelastungsfreiheit verzichten.[383] Zudem seien, so das Gericht, Tatsachen, aus denen sich ein Kartellrechtsverstoß ergebe, nicht als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu schützen.[384] Des Weiteren stehe der Übermittlung von Kronzeugeninformationen auch nicht eine Gefährdung des Untersuchungszwecks i.S.d. § 477 Abs. 2 S. 1 StPO entgegen, da es sich bei dem *chilling-effect* um eine „reine theoretische und abstrakte Möglichkeit“[385] handele. Eine gesetzliche Vorschrift, die einen besonderen Schutz der Kronzeugeninformationen gebiete, bestand zur Zeit

379 *Harms/Petrasincu*, NZKart 2014, 304, 307.

380 *Hilger*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 477 Rn. 16; *Weßlau*, in: SK-StPO, § 477 Rn. 39.

381 OLG Hamm 26.11.2013 – III-1 VAs 116-120/13 u.a. – Einsicht in Strafakten; zustimmend *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 212; *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 89; *Gussone*, BB 2014, 526, 533; kritisch: *Harms/Petrasincu*, NZKart 2014, 304, 308 f.; *Kamann/Schwedler*, EWS 2014, 121, 125 ff.

382 OLG Hamm 26.11.2013 – III-1 VAs 116-120/13 u.a., Tz. 52 – Einsicht in Strafakten.

383 OLG Hamm 26.11.2013 – III-1 VAs 116-120/13 u.a., Tz. 52 – Einsicht in Strafakten.

384 OLG Hamm 26.11.2013 – III-1 VAs 116-120/13 u.a., Tz. 60 – Einsicht in Strafakten.

385 OLG Hamm 26.11.2013 – III-1 VAs 116-120/13 u.a., Tz. 60 – Einsicht in Strafakten.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Urteils (bisher) nicht.[386] Im vorliegenden Fall war ferner die Zustimmung zur Verwertung durch die Staatsanwaltschaft als aktenführende Behörde gegeben.[387] Das BVerfG sah den Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen in dem nachfolgenden Nichtannahmebeschluss als gerechtfertigt an und sah keinen Anlass, das Urteil des OLG Hamm als verfassungswidrig zu erklären.[388]

Eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf Kronzeugeninformationen für Geschädigte folgte aus dieser Rechtsprechung jedoch nicht. Den Parteien des Zivilprozesses steht grundsätzlich nicht automatisch ein Recht auf Akteneinsicht in beigezogenen Akten zu.[389] Das Zivilgericht hatte – nach Auffassung BVerfG – vor Gewährung der Akteneinsicht, eine Interessenabwägung vorzunehmen, um insbesondere den betroffenen Grundrechten Rechnung zu tragen.[390] Dadurch waren nicht nur die Kriterien des § 406e Abs. 2 StPO[391] zu berücksichtigen, sondern auch die Kriterien, die der EuGH im Zusammenhang mit den Entscheidungen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* entwickelt hatte.[392] Das BVerfG wies zudem auf die Möglichkeit der ersuchten Behörde hin, die Beiziehung der Akten unter der Bedingung zu gestatten, den Prozessparteien keine Akteneinsicht zu gewähren. Für den Fall, dass die ersuchte Behörde von dieser Möglichkeit Gebrauch machte, konnte das Zivilgericht – nach Auffassung des BVerfG – die betroffenen Akten nicht verwerten.[393]

Vergleicht man die Beiziehung von Gerichtsakten mit dem Akteneinsichtsrecht gem. § 406e StPO, stellte sie vor der 9. GWB-Novelle aus verschiedenen Gründen keine gleichwertige Informationsmöglichkeit dar.

386 OLG Hamm 26.11.2013 – III-1 VAs 116-120/13 u.a., Tz. 60 – Einsicht in Strafakten.

387 OLG Hamm 26.11.2013 – III-1 VAs 116-120/13 u.a., Tz.90 ff. – Einsicht in Strafakten.

388 BVerfG 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13, WuW 2014, 609, 610.

389 *Prütting,* in: MüKO ZPO, § 299 Rn. 6; *Bacher*, in: BeckOK ZPO, § 299 Rn. 11; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, § 432 Rn. 3; *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 201; *Denzel/Holm-Hadulla*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 29 Rn. 51; *Harms/Petrasincu*, NZKart 2014, 304, 309.

390 BVerfG 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13, WuW 2014, 609, 611 f.

391 BVerfG 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13, WuW 2014, 609, 611 f.

392 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 202; *Denzel/Holm-Hadulla*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 29 Rn. 37; *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 89 f.

393 BVerfG 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13, WuW 2014, 609, 612.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zunächst steht die Beiziehung der Akten im Gegensatz zum Akteneinsichtsrecht gem. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO grundsätzlich im Ermessen des Gerichts.[394] Zudem war diese Art der Informationsbeschaffung erst nach Rechtshängigkeit der Klage möglich. Der Geschädigte war dadurch schon zum Zeitpunkt des Ersuchens durch das Zivilgericht mit dem Prozesskostenrisiko belastet. Zudem war angesichts der restriktiven Haltung des Bundeskartellamts, zweifelhaft, ob das Bundeskartellamt als aktenführende Stelle Informationen an Zivilgerichte übermittelt hätte. Es erschien nicht nur unwahrscheinlich, dass sich das Bundeskartellamt der Fassung des OLG Hamm angeschlossen hätte, wonach die Offenlegung der Bonusunterlagen zu keiner Gefährdung des Untersuchungszwecks führte, sondern auch, dass das Bundeskartellamt der Erteilung von Auskünften aus den beigezogenen Akten gem. § 478 StPO zugestimmt hätte. Denn in dem Gerichtsverfahren vor dem OLG Hamm hatte das Bundeskartellamt gerade geltend gemacht, dass seine fehlende Zustimmung i.S.d. § 478 StPO einer Übermittlung der Akten entgegenstünde.[395]

Nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2014/104/EU stellte sich ferner die Frage, ob die Beiziehung bestimmter Kronzeugeninformationen Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU vereinbar war. Nach dieser Vorschrift gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass die nationalen Gerichte für die Zwecke von Schadensersatzklagen zu keinem Zeitpunkt die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen durch eine Partei oder einen Dritten, wie dem Bundeskartellamt, anordnen können. Zwar handelt es sich bei der Beiziehung der Akten um ein Auskunftsersuchen und nicht um eine gerichtliche Anordnung. Jedoch kam die Beiziehung der kartellrechtlichen Akten einer gerichtlichen Anordnung nahe, da dem Bundeskartellamt kein Verweigerungsrecht zustand.[396] Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU war somit nach Ablauf der Umsetzungsfrist auf Ebene des nationalen Rechts zu berücksichtigen.[397] Dies gilt umso mehr, da der europäische Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 8 RL 2014/104/EU be-

394 Vgl. *Denzel/Holm-Hadulla*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 29 Rn. 37.

395 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 199.

396 *Denzel/Holm-Hadulla*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 29 Rn. 52.

397 Vgl. *Monopolkommission,* Hauptgutachten XXI (2016), Tz. 69; *Thiede*, ELTE L. J. 2015, 147, 159; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 964.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stimmt hat, dass eine Abweichung von Art. 6 Abs. 6 RL/2014/104 durch den nationalen Gesetzgeber nicht möglich ist.[398]

bb) Weitere Abwägungskriterien

Bei der vorzunehmenden Abwägung gem. § 406e Abs. 2 StPO kam es neben den bereits erwähnten Erwägungen in Betracht, danach zu unterscheiden, ob die Akteneinsicht in Bonusanträge oder in andere Beweismittel, die von Kronzeugen übermittelt wurden, begehrt wurde.[399] Insbesondere Dokumente, die eigens für die Wettbewerbsbehörde erstellt wurden, sind für die Aufdeckung und Ahndung von Kartellen wertvoll, da die Wettbewerbsbehörde diese Beweismittel im Zweifel ohne die Kooperation der Unternehmen nicht erhalten hätte. Beweismittel, die aus der Zeit des Kartells stammten, sind dagegen im Vergleich als weniger schutzbedürftig anzusehen, da diese Dokumente theoretisch auch bei einer Durchsuchung hätten gefunden werden können. So ist z.B. von der Rechtsprechung des AG Bonn anerkannt worden, dass Unterlagen, die sowohl bei Durchsuchungen gefunden als auch mit dem Bonusantrag eingereicht wurden, nicht vor einer Offenlegung zu schützen sind.[400]

Des Weiteren kam Kronzeugeninformationen, deren Inhalt mittelbar in dem Bußgeldbescheid genannt wurden, nach Auffassung des AG Bonn nicht der gleiche Schutz zu wie bei einer unmittelbaren Offenlegung.[401] Es stünde, so das Gericht, den Geschädigten zu, in dem Umfang Einsicht in die Bußgeldbescheide zu nehmen, der erforderlich sei, um den Kartellverstoß und die getroffenen Entscheidungen des Bundeskartellamts bzw. des AG Bonn nachzuvollziehen.[402]

---

398 *Denzel/Holm-Hadulla*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 29 Rn. 52.

399 GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – 360/09, Tz. 46 f. – Pfleiderer; Europäischer Bürgerbeauftragter 6.4.2010 – 3699/2006/ELB, Rn. 70 ff.; a.A. *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 214 f.; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 467 f.

400 AG Bonn 18.12.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 21, 23 – Pfleiderer II (juris); AG Bonn 8.8.2014 – 707 Gs 39/14, S. 7 f. (Website des Bundeskartellamts).

401 Vgl. AG Bonn 4.4.2011 – 51 Gs 545/11, S. 8 (Website des Bundeskartellamts); AG Bonn 24.3.2014 – 701 Gs 25/14, S. 6 (Website des Bundeskartellamts).

402 AG Bonn 24.3.2014 – 701 Gs 25/14, S. 6 (Website des Bundeskartellamts).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Als weitere Abwägungskriterien konnten auch der Verfahrensstand und der Verdachtsgrad im behördlichen Verfahren,[403] das Verhältnis der Informationen zum Kartellverstoß,[404] die Erfolgsaussichten der konkreten Schadensersatzklage, die Höhe des entstandenen Schadens, die Anhängigkeit einer entsprechenden Schadensersatzklage, der Stand des Schadensersatzprozesses, die Anzahl anderer anhängiger Schadensersatzklagen sowie das Grundrecht des Geschädigten auf einen wirksamen Rechtsbehelf gem. Art. 47 i.V.m. Art. 51 der GRCh und Art. 6 Abs. 1 EMRK berücksichtigt werden.[405] Auch zivilprozessuale Beweiserleichterungen, wie z.B. die Bindungswirkung gem. § 33 Abs. 4 GWB a.F.,[406] und die Verwendungsbeschränkung gem. § 406e Abs. 6 StPO i.V.m. § 477 Abs. 5 StPO konnten in die Abwägung miteinbezogen werden.[407] Ferner war nach der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Abwägung der Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz[408] sowie die Gefährdung der Kronzeugenprogramme zu berücksichtigen.

---

403 Vgl. BVerfG 4.12.2008 – 2 BvR 1043/08, ZIP 2009, 1270, 1272; OLG Celle 28.05.1991 – 1 VAs 1/91, NJW 1992, 253, 254; LG Darmstadt 20.4.2009 – 9 Qs 99/09, BeckRS 2009, 12759; LG Saarbrücken 2.7.2009 – 2 Qs 11/09, NStZ 2001, 111, 112; LG Hamburg 21.4.2009 – 627 Qs 13/09, BeckRS 2009, 22518; *Lauterwein*, Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 99 ff.; *Klooz*, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 132; *Sankol*, MMR 2008, 836, 837; kritisch *Kiethe*, wistra 2006, 50, 52; a.A. für eine Akteneinsicht ab einem bestimmten Verdachtsgrad, insbesondere einem hinreichenden Tatverdacht *LG Köln* 29.6.2004 – 106-37/04, StraFo 2005, 78, 79; LG Saarbrücken 28.1.2008 – 5(3) Qs 349/07, MMR 2008, 582; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 406e Rn. 6; *Riedel/Wallau*, NStZ 2003, 393, 396 f.; ein berechtigtes Interesse erst ab hinreichendem Tatverdacht annehmend; *Koch*, in: FS Hamm (2008), S. 289, 292 und 294; für eine Akteneinsicht ab Rechtskraft der Entscheidung *Velten*, in: SK-StPO, StPO, § 406e Rn. 4; *Otto*, GA 1989, 289, 301 ff.

404 Vgl. *Lauterwein*, Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 112.

405 *GA Mazák* 16.12.2010 – C-360/09, Rn. 37 – Pfleiderer.

406 *Fornasier/Sanner*, WuW 2011, 1067, 1077.

407 AG Bonn 6.2.2014 – 52 Gs 4/14 und 52 Gs 7/14, S. 11 (Website des Bundeskartellamts); AG Bonn 21.2.2014 – 52 Gs 29/14 und 52 Gs 30/14, S. 11 (Website des Bundeskartellamts).

408 Nach dem Äquivalenzgrundsatz müssen für unionsrechtliche Ansprüche dieselben Rechtsbehelfe und Verfahrensvorschriften bereitgestellt werden wie für Ansprüche innerstaatlichen Rechts. Nach dem Effektivitätsgrundsatz ist sicherzustellen, dass die nationalen Rechtsbehelfe und Verfahrensvorschriften die Geltendmachung unionsrechtlicher Ansprüche nicht praktisch unmöglich machen

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Entgegenstehende Interessen gem. § 475 Abs. 1 S. 1 StPO

Im Gegensatz zu § 406e StPO sind nach dem Wortlaut des § 475 Abs. 1 S. 2 StPO Auskünfte zu versagen, wenn der hiervon Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat. Eine Interessenabwägung wie in § 406e Abs. 2 S. 1 StPO setzt der Wortlaut des § 475 Abs. 1 S. 2 StPO nicht voraus. Dennoch forderte ein Teil der Literatur für die Aktenauskunft gem. § 475 StPO eine vergleichbare Interessenabwägung wie in § 406e StPO.[409] Ein anderer Teil der Literatur[410] und die Rechtsprechung[411] lehnten dagegen ein „Überwiegen" als Tatbestandsmerkmal unter Berufung auf den Wortlaut des § 475 Abs. 1 S. 2 StPO und das abgestufte Regelungssystem in §§ 406e, 476, 477 StPO ab.[412]

Für kartellrechtliche Auskunftsbegehren vermochte die Ansicht der Rechtsprechung jedoch nicht zu überzeugen. Ein Verzicht auf eine Abwägung hatte bei kartellrechtlichen Aktenauskunftsbegehren zur Folge, dass die nach der hier vertretenen Ansicht[413] nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen Zessionaren und Geschädigten, die selbst Betroffene i.S.d. § 33 Abs. 1 GWB a.F. waren, weiter verstärkt wurde. Schadensersatzklagen von Zessionaren können ebenso wie Schadensersatzklagen von (originär) Geschädigten zur vollen Wirksamkeit des Kartellverbots gem. Art. 101 AEUV beitragen. Durch den Verzicht einer Abwägungsentscheidung wäre den Geheimhaltungsinteressen der Kronzeugen ein absoluter Vorrang eingeräumt worden. Dies wäre mit den primärrechtlichen Grund-

---

oder übermäßig erschweren, vgl. GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 3 – Donau Chemie.

409 *Gemählich*, in: KMR-StPO, § 475 Rn. 5; *Frye*, wistra 2006, 76, 79; vgl. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 193.

410 *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 475 Rn. 7; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 475 Rn. 3; *Lauterwein*, Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 80 ff.; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 237; *Koch*, in: FS Hamm (2008), S. 290, 297.

411 LG Frankfurt a.M. 15.4.2003 – 5/2 AR 2/03, StV 2003, 495, 496; LG Bochum 10.11.2004 – 1 AR 16/04, NJW 2005, 999; LG Dresden 6.10.2005 – 3 AR 8/05, StV 2006, 11, 13; AG Bonn 6.2.2014 – 52 Gs 4/14 und 52 Gs 7/14, S. 10 (Website des Bundeskartellamts); AG Bonn 21.2.2014 – 52 Gs 29/14 und 52 Gs 30/14, S. 10 (Website des Bundeskartellamts).

412 Zum Regelungssystem *Lauterwein*, Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 85.

413 Vgl. § 4 A. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sätzen, die der EuGH für Schadensersatzklagen entwickelt hat, nicht vereinbar gewesen.[414]

5. Versagung der Akteneinsicht bzw. Aktenauskunft wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks

Als ein weiterer Versagungsgrund neben § 406e Abs. 2 S. 1 StPO kam vor der 9. GWB-Novelle die Gefährdung des Untersuchungszwecks gem. § 406e Abs. 2 bzw. § 477 Abs. 2 StPO in Betracht.

a) Gefährdung des Untersuchungszwecks gem. § 406e Abs. 2 S. 2 StPO

Dem Wortlaut des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO zufolge liegt es im Ermessen der Behörde („kann"), die Akteneinsicht gem. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO zu versagen, „soweit der Untersuchungszweck, auch in einem anderen Strafverfahren, gefährdet erscheint".

aa) Untersuchungszweck i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 2 StPO

Vor der 9. GWB-Novelle war umstritten, ob der Zugriff auf Kronzeugeninformationen gem. § 406e Abs. 2 S. 2 StPO versagt werden konnte. Die Diskussion entzündet sich im Zusammenhang mit dem Merkmal „Untersuchungszweck" und der Frage, ob der Anwendungsbereich des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO auf konkrete Verfahren beschränkt war oder den Zweck des Kartellverfahrens insgesamt erfasste.

Teile der Literatur und das AG Bonn – im Anschluss an die EuGH-Entscheidung *Pfleiderer*[415] – vertraten die Auffassung, eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen gefährde den Untersuchungszweck i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 2 StPO.[416] Zur Begründung führte das AG Bonn aus, das Risiko für Kronzeugen, zivilrechtlich für die von ihnen verursachten Schä-

414 Vgl. zur Rechtsprechung des EuGH § 3.

415 Vgl. § 3 A.

416 AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 20 f. – Pfleiderer II; im Ergebnis begrüßt von *Busch/Sellin*, BB 2012, 1167, 1170; dem Ergebnis und der Begründung zustimmend *Dück/Schultes/Eufinger*, EuZW 2012, S. 418 ff.; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 460 ff. und 463 f.; auch *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den im Zivilprozess zu haften, steige durch eine Akteneinsicht.[417] Die Gefahr, zur Zahlung hoher Schadensersatzsummen verpflichtet zu werden, könne nicht durch den Erlass oder die Ermäßigung von kartellrechtlichen Bußgeldern im Rahmen des Bonusprogrammes kompensiert werden.[418] Dies gelte insbesondere, weil die Aufdeckungsquote von Kartellen ohne eine Kooperation der Kartellunternehmen gering sei.[419] Nach Auffassung des AG Bonn greife die Ausnahme des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO deshalb auch dann, wenn noch kein konkretes Kartellverfahren eingeleitet wurde.[420] Auch in solchen Fällen werde die Sachverhaltsaufdeckung beeinträchtigt.[421] Für diese Lösung, so das Gericht, spreche auch „das unionsrechtlich geschützte Interesse einer wirksamen Kartellbekämpfung durch Kronzeugenprogramme".[422]

Ein anderer Teil der Literatur[423] stand dagegen einem Schutz von Kronzeugeninformationen kritisch gegenüber. Diese Auffassung berief sich darauf, dass sich die Ausnahmevorschrift des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 46 OWiG nur auf Verfahren beziehen könne, die in einem konkreten Zusammenhang mit dem Ursprungsverfahren stünden.[424] Zur Begründung

---

(2013), S. 226; vor dem Urteil des AG Bonn *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2009, 885, 898; *Schwalbe/Höft*, in: FS Möschel (2011), S. 597, 625 f.

417 AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 21 – Pfleiderer II.

418 AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 21 – Pfleiderer II.

419 AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 21 – Pfleiderer II.

420 AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 22 – Pfleiderer II.

421 AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 22 – Pfleiderer II.

422 AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 22 – Pfleiderer II.

423 Vgl. *Meessen,* Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 148; *Schroll,* Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 209; *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 127 ff.; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 180; *Fornasier/Sanner*, WuW 2011, 1067, 1075; *Hauger/Palzer,* EWS 2012, 124, 128; *Kapp*, WuW 2012, 474, 477 ff.; *Stockmann*, ZWeR 2012, 20, 38 f.; *Yomere,* WuW 2013, 34, 37 f.; vgl. *Busch/Sellin,* BB 2012, 1167, 1171; zu den Bestrebungen für eine abstrakte Regelung während der 8. GWB-Novelle, *Fritsche*, DB 2012, 845, 851 f.

424 *Schroll,* Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 209; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 180; *Lampert/Weidenbach,* WRP 2007, 152, 158 f.; *Fornasier/Sanner*, WuW 2011, 1067, 1075.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stützte sich diese Ansicht sowohl auf den Wortlaut als auch die Entstehungsgeschichte der Norm.[425]

Zunächst ist festzustellen, dass der Wortlaut des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO unterschiedlich verstanden werden konnte. Die Formulierung des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO kann auf eine Begrenzung der Vorschrift auf den Untersuchungszweck in konkreten Verfahren – d.h. die Aufdeckung und die Ahndung eines bestimmten Kartellrechtsverstoßes – deuten, da der Begriff „Untersuchungszweck" in § 406e Abs. 2 S. 2 StPO im Singular genutzt wurde.[426] Zugleich kann der Begriff „Untersuchungszweck" aber auch allgemein verstanden werden und sich somit auf das gesamte Verfahren beziehen.[427]

Auch eine historische Betrachtung führte zu keinem eindeutigen Auslegungsergebnis. Eine Ansicht in der Literatur schloss aus der Entstehungsgeschichte auf eine restriktive Auslegung der Norm.[428] Zur Begründung wurde zum Teil angeführt, dass die Formulierung des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO aufgrund einer geplanten Änderung des § 147 Abs. 2 S. 1 StPO[429] eingefügt wurde,[430] welche im Wesentlichen der geltenden Fassung des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO entsprach,[431] sich aber im

425 *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 180; *Busch/Sellin*, BB 2012, 1167, 1170; *Kapp*, WuW 2012, 474, 478; *Hauger/Palzer*, EWS 2012, 124, 128.

426 *Hauger/Palzer*, EWS 2012, 124, 128.

427 AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 22 – Pfleiderer II.

428 *Busch/Sellin*, BB 2012, 1167, 1170; *Kapp*, WuW 2012, 474, 478; *Hauger/Palzer*, EWS 2012, 124, 128 vgl. auch *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 227 f., die aber i.E. einen weiten Anwendungsbereich befürwortet.

429 Der von der Bundesregierung im Jahr 2009 vorgeschlagene § 147 Abs. 2 S. 1 StPO lautete: „Ist der Abschluss der Ermittlungen noch nicht in den Akten vermerkt, kann dem Verteidiger die Einsicht in die Akten oder einzelne Aktenteile sowie die Besichtigung von amtlich verwahrten Beweisgegenständen versagt werden, *soweit dies den Untersuchungszweck, auch in einem anderen Strafverfahren, gefährden kann*." (Hervorhebung durch die Verf.), vgl. BReg, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, BT-Drs. 16/11644, S. 9.

430 BReg, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, BT-Drs. 16/11644, S. 34.

431 Der Wortlaut des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO lautet: „Sie kann versagt werden, *soweit der Untersuchungszweck, auch in einem anderen Strafverfahren, gefährdet erscheint*." (Hervorhebung durch die Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen konnte.[432] Die Formulierung des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO sei deshalb als eine „gesetzgeberische Fehlleistung" anzusehen.[433] Andere stützen die restriktive Auslegung darauf, dass eine Regelung, welche die Ausnahme des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO auf den Abschluss des Verfahrens begrenzte und die im Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD[434] für das 2. Opferrechtsreformgesetzes vorgesehen war, weder in den Gesetzesentwurf der Bundesregierung[435] noch in den Gesetzestext übernommen wurde.[436] Daraus ergebe sich, dass der Gesetzgeber nur „anstehende Untersuchungen" erfassen wollte.[437]

Eine weitere Ansicht in der Literatur ging dagegen von einer extensiven Auslegung aus.[438] Sie führte zur Begründung ihres Standpunktes aus, der Wortlaut des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO sei durch den Gesetzgeber bewusst eingefügt worden, da der Wortlaut des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO dem Wortlaut des § 477 Abs. 2 S. 1 StPO[439] entspreche.[440]

---

432 Die geltende Fassung des § 147 Abs. 2 S. 2 StPO lautet: „Ist der Abschluss der Ermittlungen noch nicht in den Akten vermerkt, kann dem Verteidiger die Einsicht in die Akten oder einzelne Aktenteile sowie die Besichtigung von amtlich verwahrten Beweisgegenständen versagt werden, *soweit dies den Untersuchungszweck gefährden kann.*" (Hervorhebung durch die Verf.).

433 *Kapp*, WuW 2012, 474, 478.

434 *Fraktionen der CDU/CSU und SPD*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz), BT-Drs. 16/12098, S. 7, Tz. 26 sah folgende Änderung vor:
„§ 406e wird wie folgt geändert:
a) Dem Absatz 2 wird folgender Satz angefügt: [,] Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn die Staatsanwaltschaft in den in § 395 genannten Fällen den Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerkt hat [']".

435 In der Gesetzesbegründung heißt es: „[…] Die im Gesetzentwurf vorgesehene Formulierung in § 406 Absatz 2 lässt unberücksichtigt, dass es auch nach Abschluss der Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft zu Situationen kommen kann, in denen die Gewährung von Akteneinsicht den Untersuchungszweck gefährden könnte, wie zum Beispiel bei anstehenden Durchsuchungen und Festnahmen. […]", vgl. BReg, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz), BT-Drs. 16/12812, S. 15.

436 *Busch/Sellin*, BB 2012, 1167, 1170.

437 *Busch/Sellin*, BB 2012, 1167, 1170.

438 *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 461.

439 § 477 Abs. 2 S. 1 StPO lautet: „Auskünfte aus Akten und Akteneinsicht sind zu versagen, wenn der Übermittlung Zwecke des Strafverfahrens, auch die Gefährdung des Untersuchungszwecks in einem anderen Strafverfahren, oder besondere bundesgesetzliche oder entsprechende landesgesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen."

440 *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 461.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Betrachtet man die Gesetzesbegründung der Norm näher, stellt diese maßgeblich darauf ab, dass die Norm die gerichtliche Überprüfung des Wahrheitsgehalts von Zeugenaussagen schützen soll.[441] Die Norm soll folglich das Interesse an einer effektiven und wahrheitsgemäßen Strafverfolgung im gesamten (betroffenen) Strafverfahren schützen, aber nicht die Durchsetzung des Strafrechts als solches.[442] Ein abstrakter Schutz des öffentlichen Verfolgungsinteresses konnte somit aus der Gesetzesbegründung nicht abgeleitet werden.[443] Zudem sprach für eine enge Auslegung der Grundsatz, dass die Ausnahmetatbestände gem. § 406e Abs. 2 StPO grundsätzlich eng auszulegen sind,[444] und der Telos des Akteneinsichtsrechts gem. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO ist, „dem Verletzten die Informationen zur Verfügung zu stellen, die er für die Prüfung und Wahrnehmung seiner rechtlich geschützten Interessen benötigt".[445]

Dennoch war eine restriktive Auslegung im Ergebnis für kartellrechtliche Akteneinsichtsgesuche nicht überzeugend. Bei sinngemäßer Anwendung des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO im Kartellrecht waren auch die Grundsätze, die der EuGH für die Offenlegung von Kronzeugeninformationen gegenüber Geschädigten entwickelt hat, im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung[446] zu berücksichtigen. Danach sind die Interessen der Geschädigten u.a. mit dem Interesse an einer effektiven Kartellrechtsdurchsetzung abzuwägen.[447] Dieses Interesse beschränkt sich nicht auf ein konkre-

441 BReg, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren, BT-Dr. 10/5305, S. 18.

442 So auch *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 127.

443 *Häfele*, Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2013), S. 216 und *Kapp*, WuW 2012, 474, 479 stellen darauf ab, dass Geschädigte im Kartellrecht in der Regel nicht als Zeugen aussagen und deshalb die Sachaufklärung nicht gefährdet werde.

444 *Busch/Sellin*, BB 2012, 1167, 1171; im Ergebnis auch *Hauger/Palzer*, EWS 2012, 124, 128.

445 AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 23 – Pfleiderer II, mit Bezug auf BReg, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren, BT-Drs. 10/5305, S. 17 f.

446 Ein Gebot zu einer unionsrechtskonformen Auslegung besteht, wenn eine nationale Norm, die dem mit Unionsrecht kollidiert, in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie mit dem Unionsrecht vereinbar ist und der nationale Gesetzgeber durch diese Auslegung im Vergleich zu einer Neuregelung geschont wird; vgl. *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2010), § 9 Rdnr. 46 ff.; *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis (2013), S. 158.

447 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 33 – Donau Chemie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tes Verfahren, sondern umfasst das gesamte Kronzeugenprogramm.[448] Folglich war der Begriff des Untersuchungszwecks vor der 9. GWB-Novelle im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung weit auszulegen.[449] Das Gebot der Einzelabwägung, wie es vom EuGH gefordert wird, konnte im Rahmen des in § 406e Abs. 2 S. 2 StPO eingeräumten Ermessens hinreichend berücksichtigt werden.[450]

bb) Ermessen i.S.d. § 406e Abs. 2 S. 2 StPO

Bei dem Versagungstatbestand des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO findet die Abwägung der betroffenen Interessen nicht im Rahmen des Tatbestandes, sondern auf Rechtsfolgenseite im Rahmen des Ermessens der Behörde statt („kann"). In der Literatur wurde daraus zum Teil geschlossen, das Bundeskartellamt habe sein Ermessen durch Tz. 22 i.V.m. der jahrelangen Praxis beschränkt.[451]

Aufgrund der vom EuGH geforderten Einzelfallabwägung[452] ist aber zu bezweifeln, dass vor der 9. GWB-Novelle allein aus Tz. 22 der Bonusregelung[453] ein genereller Schutz von Kronzeugeninformationen abgeleitet werden konnte. Schon der Wortlaut von Tz. 22 der Bonusregelung vermittelt keinen absoluten Offenlegungsschutz, da die Akteneinsichtsanträge nur „grundsätzlich" abgelehnt werden. Wie bereits festgestellt wurde, bestand jedoch aufgrund der Praxis des Bundeskartellamts gem. Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG ein Vertrauensschutz dahingehend, dass bei gleich gelagerten Akteneinsichtsgesuchen Kronzeugeninformatio-

448 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 46 – Donau Chemie.

449 I.E. so auch *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 231.

450 Vgl. *Fornasier/Sanner*, WuW 2011, 1067, 1075; a.A. *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 128 f.; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 180.

451 *Klooz,* Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 218; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 232 f.

452 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 31 – Pfleiderer; EuGH 6.6.2014 – C-536/11, Tz. 34 – Donau Chemie.

453 Nach Tz. 22 der Bonusregelung sichert das Bundeskartellamt den Kronzeugen zu, dass „das Bundeskartellamt (...) Anträge privater Dritter auf Akteneinsicht bzw. Auskunftserteilung im Rahmen des gesetzlich eingeräumten Ermessens grundsätzlich insoweit ablehnen (wird)".

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen nicht offengelegt wurden.[454] Dieser Vertrauensschutz schloss die Abwägung im Einzelfall nicht systematisch aus und war somit mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar.[455]

b) Gefährdung des Untersuchungszwecks gem. § 477 Abs. 2 StPO

Für den Fall, dass eine Aktenauskunft nach § 475 StPO vor der 9. GWB-Novelle begehrt wurde, war die Auskunft nach dem Wortlaut des § 477 Abs. 2 S. 1 StPO zu versagen, wenn „[…] der Übermittlung Zwecke des Strafverfahrens, auch die Gefährdung des Untersuchungszwecks in einem anderen Strafverfahren, oder besondere bundesgesetzliche oder entsprechende landesgesetzliche Verwendungsregelungen […]" entgegen standen. Als Versagungsgründe kamen neben der Gefährdung des Untersuchungszwecks auch allgemeine ermittlungstaktische Erwägungen, die Geheimhaltung von Ermittlungsmethoden oder auch das Bedürfnis der ersuchten Stelle erhebliche oder unnötige Belastungen zum Tragen.[456] Anders als § 406e Abs. 2 S. 2 StPO sieht § 475 StPO keine Ermessensentscheidung vor. Es bestand daher vor der 9. GWB-Novelle die Gefahr, dass Zessionaren die Aktenauskunft grundsätzlich versagt wurde und damit die Ungleichbehandlung im Vergleich zu anderen Anspruchsinhabern i.S.d. § 33 GWB verstärkt wurde.

6. Versagung der Akteneinsicht bzw. Aktenauskunft zur Verhinderung von Verfahrensverzögerungen, § 406e Abs. 2 S. 3 StPO

Neben der Gefährdung des Untersuchungszwecks kann eine Versagung der Akteneinsicht gem. § 406e StPO aufgrund eines weiteren Versagungstatbestandes in Betracht kommen. Nach § 406e Abs. 2 S. 3 StPO kann die Akteneinsicht bzw. die Aktenauskunft in Kartellverfahrensakten vor der 9. GWB-Novelle versagt werden, wenn durch sie das gesamte Verfahren erheblich verzögert wird.[457]

454 Vgl. § 4 A. II. 4. a) dd).
455 *Yomere*, WuW 2013, 34, 38; vgl. *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 226.
456 *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 477 Rn. 3; *Weßlau*, in: SK-StPO, § 477 Rn. 4.
457 *Hilger*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 406e Rn. 14; *Stöckel*, in: KMR-StPO, § 406e Rn. 14 (Stand: August 2010).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vor der 9. GWB-Novelle waren kartellrechtliche Akteneinsichtsverfahren regelmäßig so umfangreich und arbeitsintensiv, dass wesentliche Ressourcen des Bundeskartellamts gebunden wurden.[458] Die Belastung des Bundeskartellamts folgte neben dem Umfang der Akten auch aus dem Grundsatz, dass jeder anzuhören ist, dessen Daten von einer Offenlegung betroffen sind.[459] Dies galt insbesondere, wenn sich in Bescheiden oder in Aktenbestandsteilen Bezugnahmen und wörtliche Zitate aus den Kronzeugeninformationen befanden.[460] Die Ressourcenbindung betraf aber nicht nur das Bundeskartellamt, sondern auch die Gerichte. So lehnte z.B. das OLG Düsseldorf die Akteneinsicht in die Verfahrensakte und die Asservate gem. § 406e Abs. 2 S. 3 StPO mit der Begründung ab, die Identifizierung und Anonymisierung von Geschäftsgeheimnissen dauere mehrere Wochen und binde einen erheblichen Teil der Arbeitskraft des Vorsitzenden, die dann für die Bearbeitung anderer Verfahren fehle.[461] Aufgrund der grundsätzlich hohen Arbeitsbelastung, die mit kartellrechtlichen Akteneinsichtsbegehren einhergeht, kam eine Versagung der Akteneinsicht aber nur bei sehr umfangreichen Verfahren in Betracht. Auch in diesem Zusammenhang musste der Grundsatz gewahrt, dass die Akteneinsicht die Regel und nicht Ausnahme darstellt. Der Ausnahmetatbestand des § 406e Abs. 2 S. 3 StPO führte daher in der Regel nicht zu einem Ausschluss des Akteneinsichtsrechts.

III. Zusammenfassung

Bei einer Gesamtbetrachtung stellte sich die Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle sowohl für Schadensersatzkläger als auch für Kronzeugen als unbefriedigend dar. Zwar konnten Geschädigte grundsätzlich nicht auf Kronzeugeninformationen zugreifen, ein absoluter Offenlegungsschutz für die Kronzeugen bestand jedoch nicht. Viele Fragen bei der Anwendung der Ausnahmetatbestände gem. § 406e Abs. 2 StPO waren zudem umstritten. So war z.B. fraglich, inwieweit Kronzeugeninformationen im Rahmen des § 406e Abs. 2 S. 1 StPO unter den Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses oder einen Vertrauenstatbestand fielen. In der Rechtsprechung

458 Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf (2017), S. 25.
459 *Klooz,* Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 156 f.
460 *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 227.
461 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 50 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gab es jedoch die Tendenz, das berechtigte Informationsinteresse grundsätzlich auf Bußgeldbescheide zu begrenzen und freiwillig übermittelte Informationen von Kronzeugen besonders zu schützen. Aufgrund dieser Rechtsprechungslinie bestand für Kronzeugen ein gewisses Maß an Rechtssicherheit, dass „ihre" Informationen in der Regel nicht offengelegt wurden.

Als misslich stellte sich zudem die Differenzierung zwischen Geschädigten und Zessionaren dar. Obwohl sie zivilrechtlich grundsätzlich gleichgestellt sind, wurden Zessionare im Rahmen der Akteneinsichts- und Aktenauskunftsrechte benachteiligt. Ihnen stand im Gegensatz zu (originär) Geschädigten nur das Aktenauskunftsrecht gem. § 475 StPO zu, das strengeren Beschränkungen als das Akteneinsichtsrecht gem. § 406e StPO unterlag. Dadurch wurde in nicht hinreichendem Maße berücksichtigt, dass auch Schadensersatzklagen von Zessionaren zur vollen Wirksamkeit des Kartellrechts beitragen können.

B. Sekundärrechtliche Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU

Die *Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union*[462] (nachfolgend: Richtlinie 2014/104/EU) verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Harmonisierung der Vorschriften über kartellrechtliche Schadensersatzklagen, soweit diese auf Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV beruhen. Die Richtlinie bestimmt dazu Vorschriften, die das Recht des Einzelnen auf Schadensersatz wahren und den unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt fördern sollen (Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2014/104/EU). Zugleich soll die Richtlinie 2014/104/EU der Harmonisierung der privaten und öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung dienen.[463]

Zur Umsetzung dieser Ziele regelt die Richtlinie 2014/104/EU Bestimmungen hinsichtlich des Rechts des Einzelnen auf Schadensersatz (Art. 3), eines Offenlegungsverfahrens (Art. 5-8), der Bindungswirkung nationaler Entscheidungen (Art. 9), der Verjährungshemmung (Art. 10), der gesamtschuldnerischen Haftung der Kartellmitglieder (Art. 11), der Abwälzung des Preisaufschlags (Art. 12-16), der Ermittlung des Schadensumfangs

462 ABl. EU 2014 L 349/1.
463 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 6 RL 2014/104/EU.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(Art. 17), der einvernehmlichen Streitbeilegung (Art. 18-19) sowie allgemeine Vorschriften zur Umsetzung (Art. 20–24).

Um die private Kartellrechtsdurchsetzung zu stärken und zugleich die Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung zu wahren, bestimmt die Richtlinie 2014/104/EU insbesondere im Rahmen des Offenlegungsverfahrens besondere Vorschriften für Kronzeugeninformationen.[464] Dabei wird zwischen Kronzeugenerklärungen und bereits bestehenden Kronzeugeninformationen unterschieden. Bevor im folgenden Abschnitt die Vorschriften zum Schutz von Kronzeugenerklärungen und ein möglicher Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach Art. 5 ff. RL 2014/104/EU näher erläutert werden, wird zunächst die Entwicklung der entsprechenden Bestimmung zum Beweismittelzugang bis zum Inkrafttreten der Richtlinie im Überblick dargestellt.

I. Die Entwicklung zur Richtlinie 2014/104/EU im Überblick

Im Anschluss an das Urteil Courage/Crehan[465] des EuGH, in dem der Gerichtshof das Recht jedermanns auf Schadensersatz entwickelte, ergriff die Europäische Kommission die Initiative und veröffentlichte in ihrem Grünbuch zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen[466] erste Ansätze zur Förderung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Dabei nahm der Zugang zu Beweismitteln von Anfang eine zentrale Rolle ein. Die im Grünbuch vorgeschlagene Option, die zur Verbesserung des Beweismittelzugangs eine gerichtlich angeordnete Offenlegung von bestimmten Dokumententypen unter der Voraussetzung eines *fact pleading* einzuführen,[467] wurde in der Literatur[468] und von der Europäischen Kommission als vorzugswürdig erachtet. Sie wurde im Weißbuch aus dem Jahr 2008 von der Europäische Kommission fortgeführt. Zudem stellte die Europäische Kommission im Weißbuch mögliche Voraussetzungen für ein gerichtlich angeordnetes Gerichtsverfahren vor, wie z.B. einen plausiblen Tatsachenvortrag und die

464 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2014/104/EU.
465 EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. I-06297, Tz. 26 – Courage/Crehan.
466 Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM (2005) 672 endg.
467 Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg., S. 6, Option 1, 2, 3.
468 *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 379.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahrung der Verhältnismäßigkeit.[469] Schon hier zeichnete sich eine schwerpunktmäßige Förderung von *Follow-On-Klagen* ab, da der von der Europäischen Kommission geforderte Tatsachenvortrag eine gewisse Kenntnis über das relevante Kartell voraussetzte.[470]

Der offizielle[471] Richtlinienvorschlag[472] (RLV) aus dem Jahr 2013 sah für eine gerichtliche Offenlegungsanordnung ebenfalls in Art. 5 RLV als Voraussetzungen eine hinreichend bestimmte Begründung sowie die Verhältnismäßigkeit der Anordnung vor. Diese Regelungsvorschläge wurden im Wesentlichen in die Bestimmungen der Richtlinie 2014/104/EU übernommen.

Seit der Veröffentlichung des Grünbuchs ist der Schutz der Kronzeugenprogramme mit dem Zugang zu Beweismitteln eng verbunden.[473] Im Weißbuch sprach sich die Europäische Kommission z.B. dafür aus, die Kronzeugenanträge aller Kronzeugen vor Offenlegungen zu schützen, und schlug ergänzend eine Haftungsprivilegierung vor.[474] Diesen zweigliedrigen Ansatz – Offenlegungsverbot (Art. 6 RLV) einerseits und Haftungsprivilegierung andererseits – verfolgte die Europäische Kommission auch in ihrem Richtlinienvorschlag, wobei sich die Haftungsprivilegierung auf das Innenverhältnis bezog (Art. 11 Abs. 3 RLV) und mit einer nachrangigen Haftung der Kronzeugen kombiniert wurde (Art. 11 Abs. 2 RLV). Dieser kombinierte Ansatz wurde in die Richtlinie 2014/104/EU übernommen (Art. 6 und Art. 11 Abs. 5 und 6 RL 2014/104/EU).

---

469 Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 5; *Komm.*, Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Rn. 116; vgl. *Wilhemi*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch Schadensersatzklagen? (2010), S. 99, 116.

470 *Herrlinger*, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder (2010), S. 65, 67; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 336.

471 Im Jahr 2009 zirkulierte die Europäische Kommission größtenteils in Anwalts- und Unternehmenskreisen einen inoffiziellen Richtlinienentwurf. Eine Übersicht der wesentlichen Regelungen ist in *Wagner-von Papp,* EWS 2009, 445 ff. zu finden, auf die im Weiteren Bezug genommen wird.

472 Komm., 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, COM(2013) 404 final.

473 Vgl. Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg., S. 11, Option 28-30.

474 Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Der Schutz von Kronzeugenerklärungen gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU

Die Richtlinie 2014/104/EU geht grundsätzlich davon aus, dass ein Zugang zu Kronzeugeninformationen die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme beeinträchtigen könnte. Wie Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2014/104/EU ausführt, könnten

> „Unternehmen […] davon abgeschreckt werden, im Rahmen von Kronzeugenprogrammen und Vergleichsverfahren mit Wettbewerbsbehörden zusammenzuarbeiten, wenn Erklärungen, mit denen sie sich selbst belasten, wie Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen, die ausschließlich zum Zwecke dieser Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden erstellt werden, offengelegt würden."

Um einen derartigen *chilling effect* zu verhindern, ist es nach Auffassung des europäischen Gesetzgebers erforderlich, freiwillige Kronzeugenerklärungen besonders vor einer Offenlegung zu schützen.[475] Diesem Zweck dienen Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU. Sie führen erstmalig einen speziellen Offenlegungsschutz für Kronzeugenerklärungen ins europäische Recht ein und werden nachfolgend zunächst betrachtet (1.) und anschließend bewertet (2.).

1. Vorschriften zum Schutz von Kronzeugenerklärungen im Überblick

Kronzeugenerklärungen (a) sind nach der Richtlinie 2014/104/EU zum einen vor einer Offenlegung (b) und zum anderen vor einer Verwendung in Schadensersatzprozessen (c) geschützt.

a) Der Begriff der Kronzeugenerklärung

Kronzeugenerklärungen sind nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU

> „alle freiwilligen mündlichen oder schriftlichen Darlegungen von Unternehmen oder natürlichen Personen gegenüber einer Wettbewerbsbehörde oder Aufzeichnungen, in denen die Kenntnis von einem Kar-

475 Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2014/104/EU.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> tell und die Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurden, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken."

Die Einordnung bestimmter Unterlagen als Kronzeugenerklärung erfolgt durch die Wettbewerbsbehörden; sie ist aber auf Antrag gerichtlich überprüfbar (vgl. Art. 6 Abs. 7 RL 2014/104/EU). Bereits vorhandene Informationen, wie Urkunden aus der Zeit des Kartells, unterfallen nicht dem Begriff der Kronzeugenerklärung (vgl. Art. 2 Nr. 16 a.E. RL 2014/104/EU). Unter „bereits vorhandenen Informationen" sind nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 17 RL 2014/104/EU Beweismittel zu verstehen,

> „die unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen, unabhängig davon, ob diese Informationen in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind oder nicht".

Diese Beweismittel werden, soweit sie von Kronzeugen an die Wettbewerbsbehörde übermittelt wurden, in Abgrenzung zur Kronzeugenerklärung nachfolgend als bereits bestehende Kronzeugeninformationen bezeichnet.

Trotz der Legaldefinitionen in Art. 2 Nr. 16 und Art. 2 Nr. 17 RL 2014/104/EU wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass der Begriff der Kronzeugenerklärung neben dem Kronzeugenantrag auch übermittelte Anhänge erfasse.[476] Diese Ansicht wird damit begründet, dass aus der sprachlichen Differenzierung zwischen „Kronzeugenunternehmenserklärung" im Richtlinienvorschlag und „Kronzeugenerklärung" in der finalen Fassung der Richtlinie ein weites Begriffsverständnis folge.[477] Es stellt sich daher die Frage, ob der Offenlegungsschutz nur für Kronzeugenanträge gilt, wie etwa die Unternehmenserklärung i.S.d. Tz. 9 lit. a) der europäischen Kronzeugenmitteilung (2006), oder ob auch andere Dokumente erfasst werden.

Die Begriffe „Kronzeugenunternehmenserklärungen" und „Kronzeugenerklärung" wechselten während des Richtlinienverfahrens mehrfach, so dass der sprachlichen Änderung keine große Bedeutung zugemessen wer-

---

476 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 253 f.; zum Richtlinienentwurf *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2183 f.; *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 353; offengelassen *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 232.

477 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 253 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den sollte.[478] Dies gilt auch, weil sich die entsprechenden Begriffsdefinitionen des Richtlinienentwurfs (2013) und der Richtlinie 2014/104/EU nicht unterscheiden. Der Ausschuss für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments erweiterte in seinem Berichtsentwurf vom 21.10.2013 zwar die Begriffsdefinition der „Kronzeugenerklärung" im Gesetzgebungsverfahren dahingehend, dass sie auch Anhänge umfasste, diese Regelung konnte sich aber im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen.[479] Dies spricht dafür, dass sich die verwendeten Begriffe nach dem Willen des Gesetzgebers nicht unterscheiden.

In systematischer Hinsicht spricht für eine enge Auslegung des Begriffs „Kronzeugenerklärung" auch der Umstand, dass Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU eine Ausnahmevorschrift im Hinblick auf das Offenlegungsverfahren nach Art. 5 ff. RL 2014/104/EU und als solche grundsätzlich restriktiv auszulegen ist.[480] Die Legaldefinition des Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU bestimmt zudem, dass bereits existierende Dokumente nicht vom Begriff der „Kronzeugenerklärung" erfasst werden. Es kann daher aus den soeben genannten Vorschriften geschlossen werden, dass nur Dokumente, die eigens für die Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde erstellt wurden, vom Offenlegungsschutz erfasst werden. Dies gilt unabhängig davon, ob sie in Verbindung mit einer Unternehmenserklärung i.S.d. der Tz. 9 lit. a) der europäischen Kronzeugenmitteilung (2006) stehen oder nicht.

Eine derartige am Wortlaut der Legaldefinition orientierte Auslegung entspricht auch dem Ziel der Richtlinie 2014/104/EU, die behördliche und private Kartellrechtsdurchsetzung zu harmonisieren. Die Richtlinie darf von den Kartellanten nicht dazu genutzt werden, vor einer zivilrechtlichen Haftung in den Kronzeugenantrag zu flüchten und auf diesem Wege einen

478 Im Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments v. 4.2.2014, A7-0089/2014 (vgl. Art. 4 Nr. 14 des Berichts) sowie im Änderungsvorschlag 1 des Europäischen Parlaments v. 4.2.2014, A7-0089/001-001, heißt es „Kronzeugenerklärung" (vgl. Art. 4 Nr. 14 des Antrags), im Änderungsantrag 2 des Europäischen Parlaments v. 9.4.2014, A7-0089/2 hingegen „Kronzeugenunternehmenserklärung" (vgl. Art. 4 Nr. 16 des Antrags) und in der Berichtigung der ersten Lesung des Europäischen Parlaments v. 11.9.2014, P7_TA-PROV(2014)0451, wieder „Kronzeugenerklärung" (vgl. Art. 2 Nr. 16).

479 Entwurf des Berichts des Ausschusses für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments v. 21.10.2013, Art. 4 Nr. 14.

480 *Lundquist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016), S. 165, 178.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zugriff auf Beweismittel durch Geschädigte zu verhindern.[481] Dies wird – wie die Legaldefinition des Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU betont – dadurch sichergestellt, dass nur diejenigen Informationen von Kronzeugen vor einer Offenlegung geschützt sind, die sie freiwillig und eigens für die Wettbewerbsbehörde erstellt haben und daher als wesentliche „Leistung" des Kronzeugen einzuordnen sind. Bereits existierende Dokumente, wie z.B. E-Mails und Urkunden aus der Zeit des Kartells, werden daher nicht vom Begriff der Kronzeugenerklärung i.S.d. Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU erfasst.

Vom Begriff der „Kronzeugenerklärung" werden somit im Ergebnis nur solche Informationen erfasst, die eigens und freiwillig im Zusammenhang mit dem Kronzeugenantrag erstellt wurden, unabhängig, ob sie sich im Kronzeugenantrag oder in übermittelten Anhängen befinden.[482] Der Begriff „Kronzeugenerklärung" entspricht daher nicht dem Begriff der Unternehmenserklärung i.S.d. der europäischen Kronzeugenmitteilung (2006).

b) Der Offenlegungsschutz gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU

Nach Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass die nationalen Gerichte für die Zwecke von Schadensersatzklagen zu keinem Zeitpunkt die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen durch eine Partei oder einen Dritten anordnen können. Die Vorschrift führt zu einem umfassenden Offenlegungsschutz für Kronzeugenerklärungen. Eine Abwägung im Einzelfall findet nicht statt. Aus dem Wortlaut der Norm („durch eine Partei") folgt, dass das Offenlegungsverbot nicht nur für Offenlegungsverfahren gegenüber Wettbewerbsbehörden gilt, sondern allgemein für Offenlegungsverfahren nach Art. 5 ff. RL 2014/104/EU. Geschützt werden nicht nur Kronzeugenerklärungen, die gegenüber der Europäischen Kommission abgegeben wurden, sondern auch gegenüber nationalen Wettbewerbsbehörden. Dies ergibt sich aus der Legaldefinition der Kronzeugenerklärung i.V.m. Art. 2 Nr. 8 RL 2014/104/EU, wonach unter Wettbewerbsbehörde sowohl die Europäische Kommission als auch die nationalen Behörden zu verstehen sind. Zudem folgt aus Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2014/104/EU, dass das Offenlegungsverbot auch wörtliche Zitate aus Kronzeugenerklärungen erfasst. Ferner schützt die Vorschrift des Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU alle Kronzeugenerklärungen, unabhän-

481 *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 445; Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), S. 23.

482 Ähnlich *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 445.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gig davon, ob sie von dem ersten oder einem nachrangigen Kronzeugen stammen.[483] Dies ergibt sich schon aus der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU, wonach Kronzeugenerklärungen abgegeben werden, um „[…] den Erlass oder die Ermäßigung einer Geldbuße […]" zu erwirken.

c) Das Verwendungsverbot gem. Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU

Das Offenlegungsverbot des Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU wird durch Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU ergänzt. Diese Vorschrift bestimmt, dass die Einbringung von Kronzeugenerklärungen als Beweismittel in den Zivilprozess unzulässig ist, soweit die Informationen durch Akteneinsicht erlangt wurden. Artikel 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU stellt dadurch sicher, dass das Offenlegungsverbot gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU nicht umgegangen wird.

In der Literatur wurde teilweise die Auffassung vertreten, das Zusammenspiel von Art. 6 Abs. 6 und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU führe zu einer sog. „*black list*" von Informationen, die von Schadensersatzprozessen in jedem Fall auszunehmen seien.[484]

Die Annahme einer sog. „*black list*" ist aber zweifelhaft, da Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU nicht zu einer umfassenden Verwendungsbeschränkung führt. Die Vorschrift des Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU bezieht sich nur auf Informationen, die „allein durch die Einsicht in die Akten der Wettbewerbsbehörde erlangt wurden". Durch diesen Wortlaut bietet sich den Geschädigten die Möglichkeit, Kronzeugenerklärungen in Zivilprozesse einzubringen, wenn diese aus anderen Quellen stammen.[485] Von der „Einsicht in die Akten" ist z.B. der Zugang zu Dokumenten nach der VO 1049/2001 zu unterscheiden. Hierbei handelt es sich um eine bewusste sprachliche Differenzierung des Richtliniengebers, wie die Formulierung des Art. 6 Abs. 2 RL 2014/104/EU („[…] Zugangs der Öffentlichkeit zu Dokumenten […]") zeigt.[486] Aus dieser Differenzierung folgt, dass Parteien

---

483 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 251 ff.

484 Vgl. *Lundqvist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016), S. 165, 178; *Gamble*, E.C.L.R. 2014, 469, 477 in Bezug auf Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU.

485 Wohl anders *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 256 f.

486 *Wagner-von Papp,* Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.B.ii.b.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen, die sie unter den Voraussetzungen der VO 1049/2001 erhalten haben, in Zivilprozesse einbringen können. Darüber hinaus ist es weiterhin möglich, Informationen als Beweismittel einzubringen, wenn diese den Klägern von Kronzeugen freiwillig überlassen wurden.

2. Bewertung des Kronzeugenschutzes

Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, ob die Einführung eines Schutzes von Kronzeugenerklärungen aus Gründen der Effizienz gerechtfertigt ist (1.) und ob die Bestimmungen der Richtlinie mit dem europäischen Primärrecht vereinbar sind (2.).

a) Absoluter Schutz von Kronzeugenerklärungen aus Gründen der Effizienz

Sowohl die Europäische Kommission[487], die nationalen Ministerien und das Bundeskartellamt[488] als auch Teile der Literatur[489] haben vor der Richtlinie 2014/104/EU die Notwendigkeit betont, Kronzeugen vor einer Offenlegung der von ihnen übermittelten Informationen zu schützen, um die Effektivität von Kronzeugenprogrammen zu wahren. Auch der EuGH geht in den Entscheidungen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* von der Annahme

487 Vgl. Komm., Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, v. 11.6.2013, COM(2013) 404 final, Art. 6 Abs. 1 und Begründung, S. 16; Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 12; Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 271-273.

488 Im deutschen Recht BMWi, Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, S. 50; BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, v. 30.11.2011, S. 14 f.; BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, vom 22.6.2012, S. 16 f.

489 *Diemer*, E.C.L.R. 2006, 309, 316; *Böge/Ost*, E.C.L.R 2006, 197, 198; *Eilmansberger*, CMLR (2007), 431, 436 f.; *Mäger/Zimmer/Milde,* WuW 2009, 885, 893 ff.; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 463 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus, dass die Offenlegung von Kronzeugeninformationen zu negativen Auswirkungen auf das Kronzeugenprogramm führt.[490]

In der Literatur wurde die Einführung eines absoluten Offenlegungsschutzes von Kronzeugenerklärungen durch die Richtlinie 2014/104/EU unterschiedlich aufgenommen. Teile der Literatur begrüßen die Übernahme des absoluten Offenlegungsschutzes von Kronzeugenerklärungen aus dem Richtlinienentwurf (2013) in die Richtlinie 2014/104/EU aus Effektivitätsgründen.[491] Nach dieser Ansicht sei der absolute Offenlegungsschutz von Kronzeugenerklärungen angesichts der großen Bedeutung der Kronzeugenprogramme für die Kartellrechtsdurchsetzung erforderlich.[492] Der absolute Kronzeugenschutz führe zu einer klaren Rechtslage und verhindere, dass Kronzeugen mit einer divergierenden Gerichtspraxis konfrontiert werden; die so geschaffene Rechtssicherheit trage zur Wahrung der Effektivität bei.[493]

Andere Vertreter in der Literatur stehen hingegen der Erforderlichkeit eines absoluten Offenlegungsschutzes grundsätzlich kritisch gegenüber.[494] Sie berufen sich neben dem Argument der fehlenden Nachweisbarkeit einer Gefährdung[495] darauf, dass ein absoluter Ausschluss von Kronzeugeninformationen durch die Einführung der zivilrechtlichen Haftungspri-

---

490 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 27 – Pfleiderer; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 42 – Donau Chemie.

491 *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2183 f.; für einen Offenlegungsschutz vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU: *Wils,* Efficiency and Justice in Eurpean Antitrust Enforcement (2008), S. 147 Fn. 185; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 152; *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 106; *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2009, 885, 886; *Meyer-Lindemann*, WuW 2011, 1235, 1244; *Seitz*, EuZW 2011, 598, 601; *Palzer*, EuR 2012, 583, 602; differenzierend: *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 137 nur, wenn mehr Kronzeugeninformationen offengelegt werden als bisher.

492 *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2183.

493 *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2183.

494 Vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU: *Schwalbe/Höft*, in: FS Möschel (2011), S. 597, 600; *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 161; *Hempel*, E.C.L.R. 2012, 195, 201; *Gussone/Maritzen,* EWS 2013, 292, 293 f.; *Singh*, E.C.L.R. 2014, 110, 118; vgl. *Klooz,* Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 201, die aber von negativen Auswirkungen auf das Kronzeugenprogramm ausgeht; *US Chamber Institute for Legal Reform*, Response of the U.S. Chamber Institute for Legal Reform to the Consultation on Private Actions in Competition Law, S. 34, wonach die negativen Auswirkungen einer Einzelfallabwägung, wie sie der EuGH in den Urteilen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* forderte, nicht überschätzt werden dürften.

495 *Hempel*, E.C.L.R. 2012, 195, 201; vgl. *Gussone/Maritzen,* EWS 2013, 292, 293 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vilegien des Art. 11 RL 2014/104/EU nicht mehr erforderlich sei.[496] Zudem müsse neben dem Schutz der Kronzeugenprogramme auch berücksichtigt werden, dass Geschädigte zur Substantiierung von Schadensersatzklagen selten auf Zeugen zurückgreifen können und ihnen kein anderes Mittel für die Beweisführung hinsichtlich der Schadenshöhe zur Verfügung steht, wenn Kartellbehörden nicht rechtzeitig ihre Entscheidungen mit detaillierten Begründungen veröffentlichen.[497] Nach dieser Ansicht besteht zudem die Gefahr, dass das Offenlegungsverbot nicht nur zugunsten des Kronzeugen, sondern auch zugunsten aller anderen Kartellmitglieder wirke.[498]

Wiederum andere Teile der Literatur sind sogar der Auffassung, dass ein Zugang zu Kronzeugeninformationen die Effektivität der Kronzeugenprogramme erhöhe, wenn zivilrechtliche Haftungsprivilegien für Kronzeugen bestehen.[499]

Auch die Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten der EU im Anschluss an das Urteil *Pfleiderer* des EuGH divergiert. Im englischen Recht führte der *High Court of England and Wales* in der Entscheidung *National Grid* im Jahr 2012 z.B. aus, der Erlass oder die Ermäßigung der Geldbuße stelle auch weiterhin einen nicht zu unterschätzenden Kooperationsanreiz für Kartellanten dar.[500] Die deutschen Gerichte haben hingegen eine eher restriktive Haltung angenommen. Sowohl das OLG Düsseldorf als auch das AG Bonn verwiesen in ihren Entscheidungen darauf, dass eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen zu einer Gefährdung der Effektivität der Kronzeugenprogramme führe.[501]

Betrachtet man die verschiedenen Auffassungen insgesamt, lassen sie sich grob in zwei Lager teilen. Das eine geht von einer konkreten Gefährdung der Kronzeugeninformation aus und befürwortet einen abstrakten Schutz von Kronzeugeninformationen, während das andere nur eine abstrakte Gefahr annimmt und eine Abwägung im Einzelfall befürwortet. Den verschiedenen Auffassungen ist es aber gemeinsam, dass sie – auch die

---

496 *Krüger*, NZKart 2013, 483, 486; *Kersting*, WuW 2014, 564, 569.
497 *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 343.
498 *Krüger*, NZKart 2013, 483, 486; *Stauber/ Schaper*, NZKart 2014, 347, 352.
499 *Marvão/Spagnolo*, in: Gugler/Schumacher (2015), S. 55 ff.; *Buccirossi/Marvão/ Spagnolo* (2015), S. 25 f.
500 Vgl. *National Grid Electricity Transmission PlX v. ABB Ltd.* [2012] EWHC 869 (Ch), [2012] U.K.C.R. 220, 37.
501 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 36 ff. – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 16 ff. – Pfleiderer II.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kritischen Stimmen[502] – davon ausgehen, dass die Offenlegung von Kronzeugeninformationen und die Einbringung dieser Informationen in Schadensersatzprozesse als Beweismittel grundsätzlich negative Auswirkungen auf die Kronzeugenprogramme haben können.[503]

Statistisch sind die Auswirkungen der Diskussion über die Offenlegung der Kronzeugendokumente aber nur schwer zu greifen. Die Anzahl der Kronzeugenanträge ist auf europäischer Ebene nach Angaben der Europäischen Kommission relativ konstant geblieben.[504] Ähnliches gilt auch für die Zahl der Kronzeugenanträge beim Bundeskartellamt, wobei hier die Zahl der Anträge seit dem Richtlinienentwurf – mit Ausnahme des Jahres 2016 – sogar grundsätzlich weiter gestiegen ist.[505] Auf erste negative Auswirkungen auf die Kornzeugenprogramme könnte jedoch die Zahl der abgeschlossenen Verfahren deuten. Während sich die Zahl der Anträge einige Jahre nach der Einführung der Kronzeugenregelung im Jahr 1996 von im Durchschnitt 10 Verfahren im Jahr auf durchschnittlich ca. 30 Verfahren verdreifachte, brach die Zahl nach Veröffentlichung der Richtlinie 2014/104/EU um ungefähr die Hälfte auf durchschnittlich 18 Verfahren pro Jahr in den Jahren 2015 bis 2017 ein.[506]

---

502 *Klooz*, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 204; *Bucci-rossi/Marvão/Spagnolo*, Leniency and Damages (2015), S. 2; *Singh*, E.C.L.R. 2014, 110, 112.

503 Vgl. zum sog. *chilling effect* die Ausführungen in der Einleitung dieser Arbeit.

504 Die Europäische Kommission gab in ihren Tätigkeitsberichten 2013 und 2014 an, dass sie regelmäßig 2 Kronzeugenanträge im Monat erhalte. Die Gesamtzahl der Anträge im Jahr 2013 sei zwar gesunken, allerdings habe es sich bei den Jahren 2011 und 2012 um außergewöhnliche Jahre gehandelt, vgl. Komm., 2013 Annual Activity Report DG Competition, S. 12 und Fn. 53; Komm., 2014 Annual Activity Report DG Competition, S. 28. Nach dem Arbeitspapier zum Tätigkeitsbericht 2015 gingen laufend Kronzeugenanträge in erheblicher Anzahl bei der Europäischen Kommission ein, vgl. Komm., Begleitunterlage v. 15.6.2016 zum Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Wettbewerbspolitik 2015, SWD(2016) 198 final, S. 29.

505 41 Bonusanträge wurden im Jahr 2011, 51 Bonusanträge im Jahr 2012, 56 Bonusanträge im Jahr 2013, 72 Bonusanträge im Jahr 2014 und 76 Bonusanträge im Jahr 2015 gestellt. Im Jahr 2016 betrug die Zahl der Bonusanträge hingegen nur 59, http://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/Bonusregelung/bonusregelung_node.html; BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drs. 18/5210, S. 24 sowie der Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12716, Tz. 48 gehen davon aus, dass die Zahl konstant geblieben ist.

506 Komm., Cartel Statistics, abrufbar unter ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gründe für Konstanz der Kronzeugenanträge bis zum Inkrafttreten der Richtlinie können z.B. darin zu sehen sein, dass die Europäische Kommission konsequent die Offenlegung der Kronzeugendokumente abgelehnt hat und die Antragsteller die Offenlegung dadurch als eher abstrakte Gefahr wahrgenommen haben könnten oder dass die geringe Zahl der Schadensersatzklagen keine Bedrohung für Kronzeugenunternehmen darstelle.[507] Es bleibt daher letztlich ungewiss, wie sich die Offenlegung von Kronzeugeninformationen auf die Praxis auswirkt. Die statistischen Angaben der Europäischen Kommission bestärken jedoch eher die Annahme, dass eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen negative Auswirkungen auf Kronzeugenprogrammen haben kann.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein *chilling effect* nicht durch die Haftungsprivilegierung des ersten Kronzeugen gem. Art. 11 Abs. 4 RL 2014/104/EU[508] auf Dauer abgefedert wird. Hierfür spricht, dass sich die Diskussion über die Offenlegung von Kronzeugeninformationen stets auch auf die zivilrechtliche Haftung bezog. Zudem ist grundsätzlich davon auszugehen, dass eine Harmonisierung zwischen dem Informationsbedürfnis der Geschädigten und dem Schutz der Kronzeugenprogramme erreicht werden kann, wenn Kronzeugen zivilrechtlich für den Kartellverstoß nicht haften,[509] da Unternehmen das höhere Haftungs- und Prozessrisiko als ökonomische Erwägungen bei der Entscheidung für bzw. gegen die Kooperation „einpreisen".[510] Bekräftigt wird diese These durch eine ökonomische Studie, die davon ausgeht, dass die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme durch die Offenlegung von Informationen

---

507 Vgl. *Eilmansberger*, CMLR (2007), 431, 436.

508 Art. 11 Abs. 4 RL 2014/104/EU lautet: "Abweichend von Absatz 1 gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass ein Kronzeuge gesamtschuldnerisch haftbar ist a) gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten und b) gegenüber anderen Geschädigten nur dann, wenn von den anderen Unternehmen, die an derselben Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beteiligt waren, kein vollständiger Schadensersatz erlangt werden kann. Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die auf Fälle im Rahmen dieses Absatzes anwendbaren Verjährungsfristen angemessen und ausreichend sind, damit die Geschädigten die entsprechenden Klagen erheben können."

509 Vgl. *Buccirossi/Marváo/Spagnolo*, Leniency and Damages (2015), S. 26.

510 *Schroll*, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 126; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 25; *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 217, 220; *Canenbley/Steinvorth*, in: FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 152; *Eilsmansberger*, CMLR (2007), 431, 436.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht beeinträchtigt wird, wenn der erste Kronzeuge umfassend von einer zivilrechtlichen Haftung befreit wird.[511] Vielmehr steigere ein System, in dem demjenigen Kronzeugen, dem das Bußgeld erlassen wurde, auch die Haftung so weit wie möglich erlassen wird, die Effektivität sowohl der behördlichen als auch der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, auch wenn zugleich der Zugang zu Kronzeugeninformationen gewährt wird.[512]

Überträgt man diese Erkenntnisse als Beispiel auf Deutschland und vergleicht die Rechtslage vor und nach der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU, hat sich das Haftungsrisiko des ersten Kronzeugen im Vergleich zu der in Deutschland vor der 9. GWB-Novelle geltenden Rechtslage verringert, da dieser nur noch seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer gegenüber unmittelbar und anderen Geschädigten nur noch nachrangig haftet. Es ist daher davon auszugehen, dass eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen nicht mehr einen vergleichbar negativen Effekt auf die Kooperationsbereitschaft des ersten Kronzeugen entfalten kann wie vor der Richtlinie 2014/104/EU. Für die anderen Kronzeugen hat sich die Haftungslage durch die Richtlinie 2014/104/EU jedoch nicht verändert.[513] Da zumindest in Deutschland, den Niederlanden und Großbritannien die Wahrscheinlichkeit, auf Schadensersatz verklagt zu werden, in jüngerer Zeit gestiegen ist, besteht somit auch nach Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU das Risiko eines *chilling effect* fort.

Die haftungsrechtlichen Regelungen der Richtlinie 2014/104/EU mildern somit das Spannungsverhältnis zwischen dem Informationsbedürfnis der Geschädigten und dem Interesse an effektiven Kronzeugenprogrammen, sie lösen dieses aber nicht gänzlich auf. Es stellt sich daher auch nach Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU – wenn auch in einem begrenzteren Umfang – weiterhin die Frage nach der Beeinträchtigung der Kronzeugenprogramme. Im Vergleich zu der Rechtslage vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU erscheint die Kombination aus beschränktem Offenlegungsverbot und beschränkter Haftungsprivilegierung jedoch das Risiko des Attraktivitätsverlusts der Kronzeugenprogramme reduziert zu haben. Die Regelungen sind daher vertretbar, soweit ausschließlich auf die Effizienz der Kronzeugenprogramme der Europäischen Kommission und der Mitgliedstaaten abgestellt wird.

---

511 *Buccirossi/Marváo/Spagnolo*, Leniency and Damages (2015), S. 25 f.

512 *Marváo/Spagnolo,* in: Gugler/Schumacher, Schadensersatz bei Kartellverstößen (2015), S. 55, 60; *Buccirossi/Marváo/Spagnolo*, Leniency and Damages (2015), S. 13 f.

513 *Swaak/Wesseling*, E.C.L.R. 2015, 346, 353.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Vereinbarkeit mit dem Primärrecht

Aufgrund des absoluten Offenlegungsschutzes für Kronzeugenerklärungen scheint die Richtlinie 2014/104/EU von der Rechtsprechung des EuGH in den Urteilen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* abzuweichen.[514] In diesen Urteilen hat der EuGH aus dem unionsrechtlichen Primärrecht, insbesondere dem Effektivitätsgrundsatz, das Erfordernis einer einzelfallbezogenen Abwägung der betroffenen Interessen der Geschädigten und der Kronzeugen sowie der Kartellrechtsdurchsetzung entwickelt.[515]

aa) Diskussionstand

Die Europäische Kommission[516] und Teile der Literatur sprechen sich für eine Vereinbarkeit der Vorschriften mit dem Primärrecht aus.[517] Als Begründung wird ins Feld geführt, die Rechtsprechung des EuGH entfalte nur solange eine Bindungswirkung bis eine unionsrechtliche Regelung in Kraft getreten ist; dies sei durch die Richtlinie 2014/104/EU geschehen.[518] Zudem seien die Regelungen der Richtlinie mit dem Unionsrecht, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, vereinbar, da sie sich nur auf die Kronzeugenerklärungen und nicht auf sämtliche durch die Kronzeu-

514 Vgl. zu den Entscheidungen § 3.

515 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 25 f. – Pfleiderer; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 31 ff. – Donau Chemie; siehe dazu oben § 3.

516 *Italianer*, Director-General for Competition, Competition Law within a framework of rights and the commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions, 12th Annual conference of the Association of the European Competition Law Judges (AECLJ), Luxembourg, 14 June 2013, S. 4: „[...] We believe these provisions are reasonable and fully in line with ECJ's judgements in the *Pfleiderer* and the *Donau Chemie* cases. [...]".

517 *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 271; *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2183 f.; für eine Vereinbarkeit eines generellen Offenlegungsschutzes mit der Rechtsprechung des EuGH vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 467; die Richtlinie 2014/104/EU begrüßend BR, Beschluss zum 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, COM(2013) 404 final, v. 20.9.2013, BR-Drs. 514/13, Tz. 9.

518 *Steinhardt*, Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes (2018), S. 113 f.; *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2184; vgl. *Bentley/Henry*, World Competition 27 (2014), 271, 281, Fn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen übermittelten Dokumente beziehen würden.[519] Die Geschädigten seien ferner nicht mehr auf die Kronzeugenerklärungen angewiesen, weil in der Richtlinie Erleichterungen geregelt seien, wie etwa das Offenlegungsverfahren oder die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen (Art. 9 Abs. 1 RL 2014/104/EU).[520]

Die Einführung einer absoluten Regelung ist jedoch sowohl vom Europäischen Parlament[521] als auch dem Bundesrat[522] sowie durch andere Stellen[523], aber auch in der Literatur[524] im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH und ihre Vereinbarkeit mit dem Primärrecht kritisiert worden. Nach dieser Ansicht verstößt Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU gegen das Gebot der Einzelfallabwägung und dadurch gegen die vom EuGH entwickelten primärrechtlichen Grundsätze.[525]

bb) Stellungnahme

Die Befürwortung eines absoluten Schutzes von Kronzeugenerklärungen ist von dem Gedanken getragen, die Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung zu gewährleisten. Dies ist zwar zum Schutz der Effizienz der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung und aufgrund der herausragenden Bedeutung der Kronzeugenprogramme nachvollziehbar, vermag

519 *Mederer*, EuZW 2013, 847, 850; *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 446; *Makatsch*, CCZ 2015, 127, 130.

520 Vgl. *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 354; *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2184; *Palzer*, NZKart 2013, 324, 326; *Vollrath,* NZKart 2013, 434, 446; *Makatsch*, CCZ 2015, 127, 130.

521 Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Entwurf eines Berichts, 3.10.2013, 2013/0185(COD), S. 27.

522 BR, Stellungnahme v. 20.9.2013, BR-Drs. 514/13, Tz. 13.

523 Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Tz. 947; vgl. BReg, Stellungnahme zum Hauptgutachten XX, BT-Drs. 18/4721, Tz. 69.

524 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 270 ff.; *Lundqvist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016), S. 165, 178; *Dschworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 839; *Hempel*, EuZW 2013, 586, 590; *Gussone/Maritzen*, EWS 2013, 292, 293; *Seitz*, EuZW 2013, 561, 562; *Gamble,* E.C.L.R. 2014, 469, 479; *Kersting*, WuW 2014, 564, 566 f.; *Schwab*, JECLaP 2014, 65, 66; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 342 f.; *Makatsch/Mir,* EuZW 2015, 7, 9; *Wagner-von Papp,* Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.B.ii.c.

525 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 335; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 343; *Kersting*, WuW 2014, 564, 567.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aber für sich genommen keine Vereinbarkeit des Offenlegungsschutzes mit dem Primärrecht zu begründen. Es sollen daher nachfolgend die Argumente für eine Vereinbarkeit mit dem Primärrecht näher untersucht werden ((1) und (2)) und auf die Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 47 GRCh ((3)) eingegangen werden.

(1) Argument: Die Rechtsprechung des EuGH sei nur bis zum Inkrafttreten der Richtlinie maßgeblich

Hinsichtlich des Arguments, die Rechtsprechung des EuGH entfalte nur solange eine Bindungswirkung bis eine unionsrechtliche Regelung in Kraft getreten ist,[526] ist die Frage von Bedeutung, ob der europäische Gesetzgeber die Kompetenz besitzt sich über Grundsätze, die der EuGH aus dem Primärrecht entwickelt hat, durch sekundärrechtliche Regelungen hinwegzusetzen.

Normenhierarchisch an oberster Stelle steht im europäischen Recht das Primärrecht. Es besteht aus dem EU-Vertrag, dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, der Grundrechte-Charta sowie ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen und bildet eine von den Mitgliedstaaten „abgeleitete Grundordnung“[527].[528] Auf nachfolgender Stufe ist das sog. Sekundärrecht angesiedelt, das aus den Handlungsformen des Art. 288 AEUV (Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen) besteht.[529] Aus Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV[530] folgt, dass die Unionsorgane nur in den Grenzen und unter Berücksichtigung des Primärrechts handeln dürfen.[531] Das gilt auch für den europäischen Gesetzgeber; er darf kein „primärrechtswidriges Sekundärrecht“ schaffen.[532]

526 *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2184; vgl. *Bentley/Henry*, World Competition 27 (2014), 271, 281, Fn. 42.

527 BVerfG 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 u.a. = BVerfGE 123, 267, Rn. 231 – Lissabon Vertrag (juris).

528 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 27; *Köndgen*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2015), § 6 Rn. 8, 10.

529 *Köndgen*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2015), § 6 Rn. 10.

530 Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV lautet: „Jedes Organ handelt nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse nach den Verfahren, Bedingungen und Zielen, die in den Verträgen festgelegt sind.“

531 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 27; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 8.

532 *Köndgen*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2015), § 6 Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Inhalt des Primärrechts nicht durch den europäischen Gesetzgeber bestimmt wird.[533] Zwar konkretisiert der europäische Gesetzgeber durch die Rechtsakte des Art. 288 AEUV die primärrechtlichen Vorschriften, zur Wahrung des Rechts sichert aber der EuGH die Auslegung und die Anwendung der Verträge (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 2 AEUV). Der Gerichtshof ist daher berechtigt, die Bestimmungen des Primärrechts durch seine Rechtsprechung auszulegen.[534] Dazu kann sich der EuGH nicht nur an den Zielen des Primärrechts, sondern auch an der Funktion der jeweiligen Norm orientieren.[535] Nach Auffassung des Gerichtshofs soll dem Zweck der Norm durch Auslegung zur vollen Wirksamkeit verholfen werden.[536] Eine entsprechende Auslegung des Art. 101 AEUV hat der EuGH in dem Urteil *Donau Chemie* vorgenommen, indem er entschied,

> „[…] insbesondere im Wettbewerbsrecht [könne] jede starre Regel – sei es im Sinne einer völligen Verweigerung eines Zugangs zu den betreffenden Dokumenten oder im Sinne eines allgemein gewährten Zugangs zu diesen – die wirksame Anwendung insbesondere des Art. 101 AEUV und der Rechte, die diese Bestimmung den Einzelnen verleiht, beeinträchtigen […]."[537]

Diese Auslegung hat der europäische Gesetzgeber bei der Schaffung von sekundärrechtlichen Rechtsakten, wie der Richtlinie 2014/104/EU, zu beachten, da es sich bei Art. 101 AEUV um Primärrecht, mithin um höherrangiges Recht, handelt.[538] Der gesetzgeberische Spielraum für die Schaffung einer Richtlinie ist daher beschränkt. Dem Argument, die Rechtsprechung des EuGH entfalte nur bis zum Inkrafttreten der Richtlinie Wirkung, kann daher nicht gefolgt werden.

---

533 *Nettesheim*, EuR 2007, 737, 753 f.

534 *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 EUV Rn. 30.

535 *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2015), § 7 Rn. 30.

536 *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (2015), Europäische Methodenlehre § 7 Rn. 30; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 19 EUV Rn. 45.

537 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 31 – Donau Chemie; eckige Klammern durch Verf. gesetzt.

538 Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Tz. 947; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 290 f.; *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 839; *Kapp*, BB 2013, 1551, 1556; *Kersting*, JZ 2013, 737, 739; *ders.*, WuW 2014, 564, 566 f.; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 343; *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.B.ii.c.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aus der Rechtsprechung des EuGH folgt zudem, dass eine abstrakte Abwägung der Interessen, die auf einen absoluten Schutz des Kronzeugenprogramms oder die einseitige Förderung von Schadensersatzklagen hinausläuft, durch den europäischen Gesetzgeber nicht mehr möglich ist.[539] Der europäische Gesetzgeber kann daher nur Abwägungskriterien, Regelbeispiele und widerlegbare Vermutungen bestimmen.[540] Dabei ist zu bedenken, dass – je nach Ausgestaltung der Normen – auch auf diesem Weg ein hohes Maß an Rechtssicherheit und ein großer Schutz von Kronzeugeninformationen geschaffen werden kann, sofern dabei sichergestellt wird, dass eine Offenlegung von Kronzeugenerklärungen nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommt.[541]

(2) Argument: Der partielle Offenlegungsschutz sei aufgrund besserer Rahmenbedingungen mit dem Unionsrecht vereinbar

An dieser Stelle soll zu zwei Argumenten Stellung genommen werden, die für eine Vereinbarkeit des Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU mit dem Primärrecht vorgebracht werden. Zum einen soll für die Vereinbarkeit der Vorschriften aus Sicht der Befürworter der Regelungen sprechen, dass sie sich nur auf die Kronzeugenerklärungen und nicht auf sämtliche durch die Kronzeugen übermittelten Dokumente beziehen (partieller Offenlegungsschutz). Zum anderen sehen die Befürworter der Regelungen einen derartigen Offenlegungsschutz aufgrund der verbesserten Rahmenbedingungen als gerechtfertigt an.

Zunächst ist festzustellen, dass Gegenstand der Entscheidung *Donau Chemie* der absolute Ausschluss des Informationszugangs und nicht der partielle Ausschluss bestimmter Kronzeugeninformationen war.[542] Der EuGH führte in seinen Entscheidungsgründen in der Rechtssache *Donau Chemie* aus, dass eine umfassende Zugangsverweigerung nicht mit dem Recht des Einzelnen auf Schadensersatz aus Art. 101 AEUV vereinbar sein könne, wenn es den Geschädigten ausschließlich durch die Einsichtnahme

539 *Kersting*, JZ 2013, 737, 738; *ders.*, WuW 2014, 564, 566; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 343; a.A. *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 354; *Fornasier/Sanner*, WuW 2011, 1067, 1070; *Palzer/Preisendanz*, EWS 2011, 365, 369; in diese Richtung auch *Palzer,* NZKart 2013, 324, 326.

540 Vgl. *Gussone/Maritzen*, EWS 2013, 292, 293; *Kersting*, JZ 2013, 737, 738; *Maritzen/Pauer*, WRP 2013, 1151, 1160; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 343.

541 Vgl. *Schwab*, JELaP 2014, 65, 66.

542 *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 446.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

möglich sei, über die für ihre Schadensersatzklage notwendigen Beweise zu verfügen.[543] Nur in diesem Fall entfalle die „praktische Wirksamkeit des Rechts auf Schadensersatz".[544]

Durch die Begrenzung des Offenlegungsschutzes auf die Kronzeugenerklärungen erscheint die Richtlinie 2014/2014/EU auf den ersten Blick mit den primärrechtlichen Vorgaben vereinbar. Eine Primärrechtswidrigkeit kommt somit nur in Betracht, wenn der Offenlegungsschutz gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU qualitativ einer umfassenden Zugangsverweigerung gleichkommt.

Für eine qualitative Gleichwertigkeit des Offenlegungsschutzes gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU spricht, dass sich wesentliche Informationen für Schadensersatzklagen in den Kronzeugenerklärungen befinden können.[545] Zwar haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für Geschädigte durch die Richtlinie 2014/104/EU, insbesondere das Offenlegungsverfahren gem. Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU, geändert,[546] dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich Kartellanten während der aktiven Zeit des Kartells darum bemühen, keine Beweise zu hinterlassen, und dass das verfügbare Beweismittel bei fortschreitendem Zeitablauf schrumpft. Daraus folgt, dass je länger der Kartellrechtsverstoß in der Vergangenheit zurückliegt, es desto wahrscheinlicher ist, dass Schadensersatzkläger mangels anderer Beweismittel auf die Informationen aus Kronzeugenerklärungen als Beweismittel zur Substantiierung ihrer Klage angewiesen sind. Hält man sich vor Augen, dass – einer empirischen Untersuchung zufolge – die Teilnahme von Unternehmen an Kartellen im Durchschnitt 7,81 Jahre[547] und die Verfahrensdauer bei der Europäischen Kommission in den Jahren 2000 bis 2011 durchschnittlich 4,2 Jahre[548] ab Eröffnung des Kartellverfahrens dauerte, müssen Geschädigte von *Follow-on*-Klagen Vorgänge nachweisen, die ca. 10 Jahre zurückliegen. Vor diesem Hintergrund kommt es in Betracht, dass Personen, denen ein aus Art. 101 AEUV abgeleiteter Anspruch auf Schadensersatz zusteht, durch Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU die einzige Möglich-

543 EuGH 6.6.2011 – C-536/11, Tz. 32 – Donau Chemie.
544 EuGH 6.6.2011 – C-536/11, Tz. 32 – Donau Chemie.
545 Vgl. § 2 B.
546 In diese Richtung auch Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), S. 22.
547 *Hüschelrath*, in: Hüschelrath/Schweitzer, Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe (2014), S. 9, 26.
548 *Hüschelrath*, in: Hüschelrath/Schweitzer, Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe (2014), S. 9, 31.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keit versagt wird, sich die notwendigen Beweise zu verschaffen.[549] In diesem Fall kommt der partielle Offenlegungsschutz einem umfassenden Offenlegungsverbot gleich und es besteht die Gefahr, dass eine Versagung des Informationszugriffs dem Effektivitätsgrundsatz zuwiderläuft.[550] Diese Konstellation ähnelt dann der Konstellation, die der Rechtssache *Donau Chemie* zugrunde lag und die formal betrachtet ebenfalls eine Offenlegung nicht absolut ausschloss.[551] Die Entscheidung des EuGH in der Sache *Donau Chemie*, dass jeder Antrag einer Einzelfallabwägung bedarf und eine Versagung des Informationszugangs zu bestimmten Kronzeugendokumenten auf zwingenden Gründen beruhen muss,[552] ist daher auf die Richtlinie 2014/104/EU übertragbar. Ein abstrakt-genereller Schutz für Kronzeugenerklärungen, wie ihn die Richtlinie 2014/104/EU vorsieht, ist folglich nicht mit dem Primärrecht vereinbar.[553]

(3) Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 47 GRCh

Sowohl GA Mazák als auch GA Jääskinen haben in ihren Schlussanträgen in den Sachen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* darauf hingewiesen, dass ihrer Ansicht zufolge „eine begrenzte Verfügbarkeit entscheidenden Beweismaterials“[554] grundsätzlich eine Einschränkung des effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 47 GRCh darstelle, weil das zuständige Gericht nicht alle relevanten Tatsachen- und Rechtsfragen entscheiden könne.[555] Dies gelte auch, wenn das Gericht gehindert ist, entscheidungserhebliche Unterlagen aus Kartellverfahrensakten zu beziehen.[556] In Anlehnung an die Ausführungen der Generalanwälte stellt sich daher die Frage, inwieweit Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU einen gerechtfertigten Eingriff in das Recht der Geschädigten auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 47 GRCh darstellen.

549 Vgl. EuGH 6.6.2011 – C-536/11, Tz. 39 – Donau Chemie.
550 Vgl. EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 39 – Donau Chemie.
551 Vgl. oben § 3 B. I.
552 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 43, 47 – Donau Chemie
553 Vgl. *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 292 f.; *Gussone/Maritzen,* EWS 2013, 292, 293; *Kersting*, JZ 2013, 737, 738.
554 GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 53 – Donau Chemie.
555 GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – 360/09, Rn. 37 – Pfleiderer; GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 52 f. – Donau Chemie.
556 GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 52 – Donau Chemie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Recht auf effektiven Rechtsschutz ist in Art. 47 Abs. 1 und Abs. 2 GRCh als einheitliches Grundrecht ausgestaltet.[557] Dabei gewährt Art. 47 Abs. 1 GRCh das Recht auf einen gerichtlichen Rechtsschutz, während Art. 47 Abs. 2 GRCh das Recht auf ein faires Verfahren gewährleistet.[558] Nach dem Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz gem. Art. 47 Abs. 1 GRCh muss ein Gericht auch über die Befugnis verfügen, in einem Rechtsstreit über die Rechten und Pflichten aus dem Unionsrecht über alle relevanten Tatsachen- und Rechtssachen zu entscheiden und dazu auf entscheidendes Beweismaterial zuzugreifen.[559]

In kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen, die auf Verstößen gegen Art. 101 AEUV beruhen und in denen außer den Kronzeugenerklärungen keine anderen Beweismittel zur Rekonstruktion des Marktpreises mehr bestehen, ist dem Gericht die Verwertung entscheidenden Beweismaterials zur Schätzung der Schadenshöhe durch den absoluten Schutz von Kronzeugenerklärungen gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU verwehrt. Dies gilt auch, wenn der Eintritt eines Schadens gem. Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL 2014/104/EU vermutet wird und das Gericht die Höhe des Schadens gem. Art. 17 Abs. 1 S. 2 RL 2014/104/EU schätzen kann, da der Kläger weiterhin eine Schätzungsgrundlage für die Bezifferung des Schadens vorzutragen hat. Wie an anderer Stelle gezeigt, stellt dies Kläger vor erhebliche Schwierigkeiten.[560] Für den Fall, dass die Kronzeugenerklärungen die einzigen Angaben über die Wirkungsweise des Kartells darstellen, liegt daher ein Eingriff in das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz gem. Art. 47 Abs. 1 GRCh vor.

Das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz gem. Art. 47 GRCh kann durch Gesetz gem. Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh eingeschränkt werden, wenn die Beschränkungen nicht den Wesensgehalt des Rechts ändern. Zudem muss der Eingriff verhältnismäßig sein (vgl. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh). Da die Richtlinie 2014/104/EU ein Rechtsakt i.S.d. Art. 288 AEUV ist, der durch das Europäische Parlament – gestützt auf Art. 103 AEUV und Art. 114 AEUV – erlassen wurde, wird an dieser Stelle das Augenmerk auf die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs gerichtet. Ähnlich wie im deutschen

557 *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 2; *Jarass*, in: Jarass, Art. 47 GRCh Tz. 2.

558 *Jarass,* in: Jarass, Art. 47 GRCh Rn. 2; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 2 f.

559 EuGH 6.11.2012 – C-199/11, Rn. 49 – Otis; GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 52 – Donau Chemie.

560 Vgl. § 1 B.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Recht erfordert dies, dass die Beschränkungen ein legitimes Ziel verfolgen und die angewendeten Mittel geeignet, erforderlich und angemessen sind.[561]

Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU sollen der Effektivität der Kronzeugenprogramme und damit letztlich der Wirksamkeit des Kartellverbots gem. Art. 101 AEUV dienen.[562] Der Schutz des Wettbewerbs als ein Interesse der Allgemeinheit, das durch die Verträge der Europäischen Union geschützt wird, stellt eine „von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen" i.S.d. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh dar.[563] Inwieweit der Offenlegungsschutz gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU jedoch ein rechtlich geeignetes Mittel im Sinne eines Beitrags zur Zweckerreichung darstellen kann, ist schon vor dem Hintergrund, dass die Vorschriften gegen das Primärrecht verstoßen, zweifelhaft.[564] Selbst wenn man von einer Geeignetheit der Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU zur Harmonisierung der öffentlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung ausgeht, ist die Erforderlichkeit der Maßnahme fragwürdig. In diesem Zusammenhang kommt es – wie im deutschen Recht – darauf an, ob ein milderes Mittel zur Zweckerreichung besteht.[565]

In der Literatur wird die Einführung einer allgemeinen Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis als milderes Mittel zum Offenlegungsschutz gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU erwogen.[566] Schon vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU wurde eine Haftungsprivilegierung von Kronzeugen im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs von verschiedenen Stimmen in der Literatur in unterschiedlicher Ausformung als Lösung für das Spannungsverhältnis zwischen der priva-

561 *Borowsky*, in: Meyer (2014), Art. 52 GRCh Rn. 31; *Kindgreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 52 GRCh Rn. 66.

562 Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2014/104/EU.

563 Vgl. *Borowsky*, in: Meyer (2014), Art. 52 GRCh Rn. 31; *Kindgreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 52 GRCh Rn. 67; *Jarass*, in: Jarass, Art. 52 GRCh Rn. 31.

564 A.A. *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 324.

565 EuGH 11.7.1989 – C- 265/87, Slg. 1989, 2237 Rn. 21 – Schräder; EuGH 12.9.1996 – C-254/94, Slg.1996, I-4235 Rn. 55 – Fattoria autonoma tabachi; *Jarass*, in: Jarass, Art. 52 GRCh Rn. 39.

566 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 330 ff.; a.A. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 273.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten und der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung vorgeschlagen.[567] Als Begründung dafür, dass eine Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis ein milderes Mittel im Vergleich zum Offenlegungsschutz von Kronzeugenerklärungen darstellt, wird vorgebracht, dass eine Privilegierung im Innenverhältnis im Gegensatz zu einer Haftungsprivilegierung im Außenverhältnis die Rechte der Geschädigten nicht beschneide und zugleich die Anreizwirkung der Kronzeugenprogramme aufrechterhalte.[568] Zudem führe sie anders als ein Offenlegungsschutz nicht zu einer mittelbaren Begünstigung anderer Kartellanten, da die Privilegierung sich im Vergleich zum Offenlegungsschutz nicht auf den Beweismittelzugang in Schadensersatzklagen auswirke.[569] Ferner destabilisiere der relative Anstieg des Haftungsanteils der nicht privilegierten Kartellanten im Innenverhältnis das Kartell und führe zu einer Verstärkung des Gefangenendilemmas, das die theoretische Grundlage für die Kronzeugenprogramme bildet.[570]

Eine Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis ist zwar im Hinblick auf die Rechte des Geschädigten vorteilhaft, könnte aber dazu führen, dass Kronzeugen zunächst im Verhältnis zum Geschädigten durch den verbesserten Beweismittelzugang (stärker) dem *first-mover-disadvantage* ausgesetzt sind und im Verhältnis zu den anderen Kartellanten deren Insolvenzrisiko tragen. Eine Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis führt aber bei einer Gesamtbetrachtung zu keiner schlechteren Ausgangsposition für

---

567 *Alexander,* Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht (2010), S. 422 ff.; *Meessen,* Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 558 ff.; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 255; *Kersting*, ZWeR 2008, 252, 265 ff.; *ders*., JZ 2013, 737, 739; *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 841; *Koch*, JZ 2013, 390, 393; *Krüger,* WuW 2012, 6, 13; *ders*. NZKart 2013, 483, 485f.; nach Inkrafttreten der Richtlinie *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 330 ff.; vgl. *Hösch,* Der schadensrechtliche Innenausgleich zwischen Kartellrechtsverletzern (2015), S. 416 f., *Steinhardt*, Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes (2018), S. 114.

568 *Meessen,* Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 560 f.; *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 333; *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 841; *Kersting*, JZ 2013, 737, 739.

569 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 333; *Krüger* NZKart 2013, 483, 485 f.; *Glöckner*, WRP 2015, 410, 415.

570 *Meessen,* Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2010), S. 581; *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 334.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kronzeugen. Zum einen realisiert sich in der zivilrechtlichen Haftung nur ein Risiko, das Kartellen immanent ist und die Kartellanten von Anfang an bewusst eingehen.[571] Zum anderen ist es allgemein anerkannt, dass grundsätzlich alle Kronzeugen zusammen mit den anderen Kartellanten als Gesamtschuldner haften. Erst durch die Richtlinie 2014/104/EU ist eine Haftungsprivilegierung für den ersten Kronzeugen als einheitliche Regelung auf Ebene der Mitgliedstaaten vorgesehen. Die Aussicht auf einen Ausgleich im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs ist daher ein nicht zu unterschätzender Faktor, um mögliche „Nachteile" einer potentiellen Offenlegung von Kronzeugeninformationen in Form von Schadensersatzzahlungen auszugleichen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass eine Abwägung im Einzelfall nicht in jedem Fall zu einer Offenlegung von Kronzeugenerklärungen führt. Die Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis kann daher ebenso zur Harmonisierung der behördlichen und der privaten Kartellrechtsdurchsetzung beitragen wie ein partieller Offenlegungsschutz von Kronzeugenerklärungen. Im Gegensatz zum partiellen Offenlegungsschutz belastet die Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis aber nicht die Geschädigten, da weder der Zugang zu Beweismitteln noch das Recht auf Schadensersatz beschränkt wird. Im Ergebnis ist somit davon auszugehen, dass die Haftungsprivilegierung sämtlicher Kronzeugen im Innenverhältnis ein milderes Mittel darstellt. Der Eingriff in das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz ist folglich nicht gerechtfertigt.

cc) Ergebnis: Zweifel an der Vereinbarkeit des Art. 6 Abs. 6 und des Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU mit dem Primärrecht

Die Vereinbarkeit des partiellen Offenlegungsschutzes gem. Art. 6 Abs. 6 und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU mit dem unionsrechtlichen Primärrecht ist zweifelhaft. Der europäische Gesetzgeber kann sich nicht mittels der Richtlinie 2014/104/EU über das vom EuGH aus Art. 101 AEUV abgeleitete Gebot der Einzelfallabwägung hinwegsetzen, sondern ist an dieses gebunden. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die hier geäußerten Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Primärrecht auch Auswirkungen auf die Anwendung der Vorschriften auf mitgliedstaatlicher Ebene haben können. So kommt es grundsätzlich in Betracht, dass die Vorschriften, die der Umsetzung des partiellen Offenlegungsschutzes gem. Art. 6 Abs. 6 und

571 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 332.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU dienen, im Rahmen einer primärrechtskonformen Auslegung durch die nationalen Gerichte nicht angewendet werden. Um eine einheitliche Auslegung der Vorschriften zu gewährleisten, sind die mitgliedstaatlichen Gerichte aber verpflichtet, die Frage über die Primärrechtswidrigkeit dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV vorzulegen, bevor sie von einer Anwendung der Vorschriften absehen.[572]

III. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen

Bereits bestehende Kronzeugeninformationen werden nicht vom Offenlegungsschutz des Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU erfasst.[573] Aus Art. 2 Nr. 16 a.E. RL 2014/104/EU ergibt sich, dass unter bereits bestehenden Kronzeugeninformationen Informationen zu verstehen sind, die von Kronzeugen freiwillig im Rahmen ihrer Kooperationsleistung an die Wettbewerbsbehörde übermittelt werden, die jedoch auch schon vor bzw. unabhängig von dem Kronzeugenantrag bestanden. Dabei handelt es sich z.B. um E-Mails, Gesprächsnotizen, Preislisten etc., die aus der Zeit des Kartells stammen. Diese Informationen sind wie nicht privilegierte Beweismittel zu behandeln. Der nachfolgende Abschnitt erörtert, inwieweit die Richtlinie 2014/104/EU eine Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen ermöglicht, wenn sie sich in den Händen einer gegnerischen Partei oder eines Dritten (1.) oder sich in den Verfahrensakten der Kartellbehörden befinden (2.).

572 Vgl. EuGH 22.10.1987 – 314/85, Tz. 15 ff. – Foto Frost; *Herdegen*, Europarecht (2017), § 9 Rn. 31; *Streinz*, Europarecht (2016), Rn. 718. Ein Gebot zu einer unionsrechtskonformen Auslegung besteht, wenn eine nationale Norm, die mit dem Unionsrecht kollidiert, in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie mit dem Unionsrecht vereinbar ist und der nationale Gesetzgeber durch diese Auslegung im Vergleich zu einer Neuregelung geschont wird; vgl. *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2010), § 9 Rdnr. 46 ff.; *Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis (2013), S. 158. Zur Aussetzung von Vollzugsmaßnahmen, *Wegener*, in: Callies/Ruffert, Art. 267 AEUV Rn. 32.

573 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 28 RL 2014/104/EU.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen im Zivilprozess gem. Art. 5 RL 2014/104/EU

In anhängigen Schadensersatzprozessen wegen Verstößen gegen Art. 101 und Art. 102 AEUV richtet sich der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen grundsätzlich nach dem Offenlegungsverfahren des Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU.

a) Bereits bestehende Kronzeugeninformationen als Gegenstand des Offenlegungsverfahrens nach Art. 5 RL 2014/104/EU

Bereits bestehende Kronzeugeninformationen werden vom Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU[574] erfasst, soweit es sich um relevante Beweismittel handelt. Der Begriff des Beweismittels erfasst nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 13 RL 2014/104/EU

> „alle vor dem befassten nationalen Gericht zulässigen Arten von Beweismitteln, insbesondere Urkunden und alle sonstigen Gegenstände, die Informationen enthalten, unabhängig von dem Medium, auf dem die Informationen gespeichert sind".

Wann ein Beweismittel relevant ist, wird dagegen nicht legaldefiniert.[575] Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU („[…] in Verfahren

---

574 Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU lautet: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass in Verfahren über Schadensersatzklagen in der Union auf Antrag eines Klägers, der eine substantiierte Begründung vorgelegt hat, die mit zumutbarem Aufwand zugängliche Tatsachen und Beweismittel enthält, die die Plausibilität seines Schadensersatzanspruchs ausreichend stützen, die nationalen Gerichte unter den Voraussetzungen dieses Kapitels die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch den Beklagten oder einen Dritten, die sich in deren Verfügungsgewalt befinden, anordnen können."; vgl. ABl. 2014 L 349/1, S. 12.
Erwägungsgrund Nr. 13 S. 1 RL 2014/104/EU lautet: „Das Recht auf Schadensersatz ist für jede natürliche oder juristische Person – Verbraucher, Unternehmen wie Behörden – anerkannt, ohne Rücksicht darauf, ob eine unmittelbare vertragliche Beziehung zu dem zuwiderhandelnden Unternehmen besteht, und unabhängig von einer vorherigen Feststellung der Zuwiderhandlung durch eine Wettbewerbsbehörde. Mit dieser Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet werden, Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes für die Durchsetzung der Artikel 101 und 102 AEUV einzuführen."; vgl. ABl. 2014 L 349/1, S. 3.

575 *Wagner-von Papp,* Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.A.ii.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

über Schadensersatzklagen […]") stellt aber einen unmittelbaren Bezug zum Schadensersatzverfahren her. Dies spricht dafür, dass mit „relevanten" Beweismitteln nur diejenigen Beweismittel gemeint sind, die zur Substantiierung der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des Schadensersatzanspruchs im konkreten Fall erforderlich sind.[576] „Relevante Beweismittel" können daher nur diejenigen Beweismittel sein, für die der Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast trägt, die für ihn nicht zugänglich sind und für die keine Vermutungsregelung greift bzw. diese bestritten wurde. Aufgrund der Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen gem. Art. 9 RL 2014/104/EU als auch der Schadensvermutung gem. Art. 17 RL 2014/104/EU trifft dies bei Offenlegungsbegehren von Schadensersatzklägern meist nur auf diejenigen Beweismittel zu, die zur Schätzung der Schadenshöhe herangezogen werden.

Des Weiteren werden vom Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU nur Informationen erfasst, die sich in der Verfügungsgewalt des Offenlegungsgegners befinden. Dies kommt im Hinblick auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen z.B. nach Beendigung des Kartellverfahrens in Betracht, wenn Beweismittel nach Verfahrensbeendigung von den Kartellbehörden den jeweiligen Berechtigten zurückgeben werden. Der Begriff Verfügungsgewalt wird nicht legaldefiniert. In sprachlicher Hinsicht deutet der Begriff aber darauf hin, dass das Tatbestandsmerkmal über das Rechtsinstitut des unmittelbaren Besitzes hinausgeht. Dieses Verständnis wird durch die sprachlichen Fassungen anderer Mitgliedstaaten grundsätzlich bestätigt (z.B. englisch „control"; niederländisch „zeggenschap"; hingegen französisch „possession").

b) Antragsteller und Antragsgegner

Kläger einer Schadensersatzklage und somit Antragsteller gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU können originär Geschädigte[577] (vgl. Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 3 Abs. 1 RL 2014/104/EU), Zessionare und Prozessstandschaftler (vgl. Art. 2 Nr. 4 RL 2014/104/EU) sein.[578] Adressat der ge-

576 Ähnlich *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 268.

577 Dies gilt unabhängig davon, ob es sich bei dem Geschädigten um einen unmittelbaren Abnehmer oder einen anderweitig Geschädigten handelt, vgl. Erwägungsgrund Nr. 13 S. 1 RL 2014/104/EU.

578 *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Tz. 24 ff. und Tz. 192 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

richtlichen Offenlegungsanordnung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU sind entweder der Beklagte oder ein Dritter. Wer Beklagter im konkreten Prozess und damit potentieller Offenlegungsadressat ist, wird grundsätzlich nach dem formalen Parteibegriff anhand der Klageschrift bestimmt.[579] Dritte können andere Markteilnehmer, nicht verklagte Kartellmitglieder, Rechtsanwälte[580] und Behörden[581] sein. Bei Schadensersatzklagen von indirekten Abnehmern kommen insbesondere unmittelbare Abnehmer als Dritte in Betracht, da die mittelbaren Abnehmer die Darlegung und Beweislast für die Schadensabwälzung (vgl. Art. 14 Abs. 1 RL 2014/104/EU) und den Preisaufschlag beim unmittelbaren Abnehmer (vgl. Art. 14 Abs. 2 lit. b) RL 2014/104/EU) tragen. Für den Fall, dass die Offenlegung von Dokumenten begehrt wird, die sich in der Verfügungsgewalt von Wettbewerbsbehörden befinden, sind zudem die zusätzlichen Voraussetzungen der Art. 6 und Art. 7 RL 2014/104/EU zu beachten, auf die noch gesondert eingegangen wird.[582]

c) Voraussetzungen

Voraussetzungen für die Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU in einem Schadensersatzverfahren sind (aa) ein hinreichend bestimmter Antrag, (bb) eine substantiierte Begründung, welche die Plausibilität der Schadensersatzklage

579 Vgl. für das deutsche Zivilprozessrecht *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, ZPO, Vor § 50 Rn. 3 f. Von der formalen Parteistellung ist die in der Literatur zum europäischen Recht umstrittene Frage zu unterscheiden, wer bei Klagen auf kartellrechtlichen Schadensersatz passivlegitimiert i.S.d. Richtlinie 2014/014/EU ist. Für eine Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs und eine Haftungserweiterung Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rn. 951; *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Tz. 16 ff.; *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 438; *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2884; *Kersting*, WuW 2014, 564, 565 f.; *Lettl*, WRP 2015, 537, 538; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 f.; *Roth*, GWR 2015, 73, 73; *Thiede*, ELTE L.J. 2015, 147, 153; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 964 ff.; a. A. *von Hülsen/Kasten*, NZKart 2015, 296, 299, 300 f.; *Mäger*, NZKart 2015, 329 f.; *Thomas/Legner*, NZKart 2016, 155-160.

580 Bei Offenlegungsanordnungen gegenüber Angehörigen von Rechtsberufen ordnet Art. 5 Abs. 6 RL 2014/104/EU die uneingeschränkte Wirkung der nach Unionsrecht und nach nationalem Recht geltenden Privilegien an.

581 Vgl. Erwägungsgrund 15, Satz 4; *Bentley/Henry*, World Competition 37 (2014), 271, 279.

582 Vgl. unten § 4 B. III. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit zugänglichen Tatsachen und Beweismitteln stützt, und (cc) die Verhältnismäßigkeit der Offenlegung.

aa) Hinreichende Bestimmtheit des Offenlegungsantrags

Der Offenlegungspetent muss die bereits bestehenden Kronzeugeninformationen, deren Offenlegung er begehrt, so genau wie möglich anhand der ihm mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen und Beweismitteln bestimmen (vgl. Art. 5 Abs. 2 RL 2014/104/EU). Während bei der Offenlegung einzelner Kronzeugendokumente höhere Anforderungen an den Grad der Bestimmtheit zu stellen sind, kommt einem Antrag auf Offenlegung einer Beweismittelkategorie[583] eine Art Auffangfunktion zu. Ein solcher Antrag ist erst zulässig, wenn die Begründung des Offenlegungsantrags für die Offenlegung eines einzelnen Beweismittels nicht ausreicht.[584] Die Richtlinie 2014/104/EU trägt dadurch dem Umstand Rechnung, dass es für den Offenlegungspetenten häufig schwierig ist, Beweismittel genau zu bezeichnen, da sich diese in der Verfügungsgewalt des Offenlegungsgegners befinden und dem Kläger nicht hinreichend bekannt und zugänglich sind.[585] Eine präzise Bezeichnung der begehrten Dokumente ist jedoch dann zu verlangen, wenn dem Offenlegungspetent eine solche Bezeichnung in der Offenlegungsbegründung möglich ist.[586] Zudem sind – ähn-

583 Kritisch zum Begriff der „Beweismittelkategorie" im Zusammenhang mit dem Weißbuch aus dem Jahr 2008 *Wilhemi*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch Schadensersatzklagen? (2010), S. 99, 131; *Herrlinger*, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder (2010), S. 65, 67 ff.

584 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.A.i.

585 Vgl. Erwägungsgrund 14: „Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen nationales Wettbewerbsrecht oder das Wettbewerbsrecht der Union erfordern in der Regel eine komplexe Analyse der zugrunde liegenden Tatsachen und wirtschaftlichen Zusammenhänge. Die für die Begründung eines Schadensersatzanspruchs erforderlichen Beweismittel befinden sich häufig ausschließlich im Besitz der gegnerischen Partei oder Dritter und sind dem Kläger nicht hinreichend bekannt und zugänglich. Das strenge rechtliche Erfordernis, dass der Kläger zu Beginn des Verfahrens im Detail alle für seinen Fall relevanten Tatsachen behaupten und dafür genau bezeichnete einzelne Beweismittel anbieten muss, kann daher die wirksame Geltendmachung des durch den AEUV garantierten Schadensersatzanspruchs übermäßig erschweren.", ABl. L 2014 349/1, S. 3; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 10.

586 Erwägungsgrund Nr. 16 RL 2014/104/EU a.E.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich wie im deutschen Zivilprozessrecht – Ausforschungsmaßnahmen nicht zulässig (vgl. Erwägungsgrund Nr. 23 RL 2014/104/EU).[587]

bb) Darlegung der Plausibilität des Schadensersatzanspruchs mit zugänglichen Tatsachen und Beweismitteln

Eine weitere Voraussetzung für eine Offenlegungsanordnung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU ist eine substantiierte Begründung des Antrags, welche die Plausibilität des Schadensersatzanspruchs mit zugänglichen Tatsachen und Beweismitteln stützt. Die Richtlinie 2014/104/EU definiert den Begriff der Plausibilität nicht. Im Vorfeld der Richtlinie führte aber das begleitende Arbeitspapier zum Weißbuch aus, dass der Kläger ausreichend Tatsachen darlegen soll, um zu zeigen, dass „*plausible grounds*" für das Entstehen eines Schadens aufgrund des Kartellverstoßes des Beklagten bestehen.[588] Dies soll nach dem Arbeitspapier zum Weißbuch u.a. dann der Fall sein, wenn der Kläger Belege vorlegen kann, aus welchen hervorgeht, dass er kartellbefangene Produkte von dem beklagten Kartellmitglied bezogen hat.[589] Die Europäische Kommission wies in dem Arbeitspapier zum Weißbuch zudem darauf hin, dass die Plausibilität gerade nicht die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer begründeten Klage erfordere.[590]

Dass die Anforderungen an die Plausibilität des Schadensersatzanspruchs nicht zu hoch sein dürfen, folgt auch aus Erwägungsgrund Nr. 14 S. 3 RL 2014/104/EU, der gerade darauf hinweist, dass

> „das strenge Erfordernis, dass der Kläger zu Beginn des Verfahrens im Detail alle für seinen Fall relevanten Tatsachen behaupten und dafür genau bezeichnete Beweismittel anbieten muss, [...] die wirksame Geltendmachung des [...] Schadensersatzanspruchs übermäßig erschweren [kann]".

587 *Weidt,* E.C.L.R. 2014, 438, 444; *Lundquist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand (2016), 165, 167 f.

588 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 100.

589 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 102.

590 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 100, Tz. 102; vgl. auch das Urteil des U.S. *Supreme Court Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 556 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In der Literatur wird in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass eine Bezeichnung von konkreten Beweismitteln für Kläger schwierig ist, insbesondere wenn ihnen der Inhalt der Kartellakte unbekannt ist.[591] Für das deutsche Recht wurde deshalb von Teilen der Literatur gefolgert, dass geringere Anforderungen an die Plausibilität zu stellen sind als an die Schlüssigkeit einer Klage nach § 138 Abs. 1 ZPO.[592]

Ein gewisses Maß an Tatsachenvortrag und Wahrscheinlichkeit bleibt aber unverzichtbar,[593] um einerseits unbegründete Klagen herauszufiltern und andererseits die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der beantragten Offenlegung zu beurteilen. Die bloße Behauptung eines Schadensersatzanspruchs oder Ausführungen zur Rechtsverletzung allein sind somit nicht ausreichend, um eine gerichtliche Offenlegungsanordnung zu bewirken.[594] Um den Kläger aber nicht unangemessen zu belasten, sollten ihm auch im Rahmen des Offenlegungsantrags bei der Darlegung der Plausibilität des Schadensersatzanspruchs die Vermutungsregeln und die Beweiserleichterungen zugutekommen, die in der Richtlinie 2014/104/EU geregelt sind.[595]

Bei *Follow-on*-Klagen von unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern sollte folglich von einer Plausibilität des Schadensersatzanspruch ausgegangen werden, wenn die kartellrechtliche Zuwiderhandlung aufgrund der Bindungswirkung gem. Art. 9 Abs. 1 RL 2014/104/EU durch die Vorlage von kartellrechtlichen Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden, nationaler Gerichte oder der Europäischen Kommission vorgetragen wird und der Bezug kartellbefangener Produkte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen wird.

---

591 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 238; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 10.

592 *Kersting/Preuß* (2015), Tz. 198; *Kreße,* WRP 2016, 567, 572.

593 Vgl. *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 237; *Kersting/Preuß,* Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Tz. 197 f.; von einer Glaubhaftmachung ausgehend *Topel,* in: Wiedemann (2016) § 50, Tz. 134.

594 *Kersting/Preuß,* Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Tz. 198; *Weidt*, E.C.L.R. 2014, 438, 438 f.

595 *Kersting/Preuß,* Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Tz. 198; *Weidt,* E.C.L.R. 2014, S. 438, 438 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Verhältnismäßigkeit der Offenlegung gem. Art. 5 Abs. 3 RL 2014/104/EU

Eine Offenlegungsanordnung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU erfordert als weitere Voraussetzung die Verhältnismäßigkeit des Antrags gem. Art. 5 Abs. 3 RL 2014/104/EU. Dabei sind vom entscheidenden Gericht nicht nur die berechtigten Interessen der Parteien und der betroffenen Dritten zu berücksichtigen, sondern auch verschiedene Regelbeispiele. Durch diese Regelbeispiele ist ein unionsweiter Mindeststandard für die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingeführt und die vom EuGH geforderte Einzelfallabwägung normiert worden.[596]

(1) Rechtfertigung der Offenlegung gem. Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. a) RL 2014/104/EU

Nach Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. a) RL 2014/104/EU ist zu berücksichtigen, „inwieweit die Klage oder die Klageerwiderung durch zugängliche Tatsachen und Beweismittel gestützt wird, die den Antrag auf Offenlegung von Beweismitteln rechtfertigen“[597]. Das Regelbeispiel ist dahin zu verstehen, dass einem Offenlegungsantrag eher stattgegeben wird, wenn der Antragsteller die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs konkret darlegen und nachweisen kann, als wenn er nur in der Lage ist, dies grob zu umreißen.[598] Die Berücksichtigung des Substantiierungsgrades der Klage sowie von Verteidigungsmitteln schützt vor unzulässigen Ausforschungen einerseits und ermöglicht dem Gericht eine Abwägung der kollidierenden Interessen andererseits. Auch an dieser Stelle zeigt sich, dass nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers pauschale Behauptungen nicht ausreichen sollen, um die Offenlegung von Beweismitteln zu erreichen bzw. zu verhindern. Im Hinblick auf die Klage sollte das Regelbeispiel mit Bedacht angewendet werden, da die Offenlegung nach Art. 5 RL 2014/104/EU dazu dient, Informationslücken zu schließen und die Beweisnot des Klägers zu mindern.

---

596 Vgl. *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 240.

597 Wortlaut Art. 5 Abs. 1 lit. a) RL 2014/104/EU.

598 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 240; *Kreße*, WRP 2016, 567, 573.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Umfang und Kosten der Offenlegung gem. Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. b) RL 2014/104/EU

Nach Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. b) RL 2014/104/EU sind sowohl der Umfang als auch die Kosten der Offenlegung, insbesondere für betroffene Dritte, in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Das Regelbeispiel stellt eine Reaktion des europäischen Gesetzgebers auf die Kritik an der Einführung eines Offenlegungsverfahrens dar,[599] welche seit Veröffentlichung des Grünbuchs im Jahr 2005 in der Literatur unter Hinweis auf die Erfahrungen im amerikanischen Recht und die hohen Kosten des *discovery*-Verfahrens erfolgte.[600]

Auch wenn das Zivilverfahrensrecht der meisten EU-Mitgliedstaaten durch die Kostentragungspflicht der unterliegenden Partei insgesamt weniger missbrauchsanfällig erscheint als das amerikanische Zivilverfahrensrecht,[601] in dem die Parteien grundsätzlich Kosten selbst tragen,[602] schärft das Regelbeispiel das Bewusstsein, dass kartellrechtliche Schadensersatzklagen sehr kostenintensiv sein können, und ist daher zu begrüßen. Für die Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen bedeutet dieses Regelbeispiel, dass Offenlegungsverfahren, die sich konkret auf bestimmte Kronzeugeninformationen beziehen, eher als verhältnismäßig angesehen werden als pauschale Offenlegungsbegehren, die umfangreiche Prüfungen nach sich ziehen und dadurch grundsätzlich zu einer höheren Arbeitsbelastung führen. Eine Unverhältnismäßigkeit sollte aber auch in diesem Zusammenhang nur mit Bedacht angenommen werden, da kartellrechtliche Schadensersatzklagen und damit auch die verbundenen Offenlegungsverfahren grundsätzlich sehr umfangreich sind.[603]

---

599 *Weidt*, E.C.L.R. 2014, 438, 439.

600 *Wilhelmi*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 99, 125 f. und 131; kritisch gegenüber einem Offenlegungsverfahren auch *Howard*, E.C.L.R. 2014, 51, 53; *Steinle*, EuZW 2014, 481, 482; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 963.

601 Vgl. Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, S. 34, Rn. 252; *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 49 ff. und S. 67.

602 *Böhm*, Amerikanisches Zivilprozessrecht (2005), Rn. 418; zu den Kosten des *discovery*-Verfahrens *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), III.A.ii, wonach der Adressat der *discovery*-Maßnahme die für die Informationsbeschaffung anfallenden Kosten zu tragen hat.

603 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 241.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Vertraulichkeit der begehrten Informationen gem. Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. c) RL 2014/104

Das Regelbeispiel des Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. c) RL 2014/104/EU stellt klar, dass es sowohl bei der Umsetzung als auch bei der Anwendung der Richtlinie 2014/104/EU für eine Versagung der Offenlegung nicht allein ausreicht, dass die begehrten Informationen als vertraulich anzusehen sind. Im Zusammenspiel mit Art. 5 Abs. 4 RL 2014/104/EU zeigt dieses Regelbeispiel, dass allein der Umstand, dass Informationen als Geschäftsgeheimnisse einzuordnen sind, nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers nicht zu einer Unverhältnismäßigkeit der Offenlegung führt. Die Position des Offenlegungspetenten wird dadurch gestärkt.[604] Eine Benachteiligung der Offenlegungsadressaten ist durch diese weitreichende Offenlegungsbefugnis nicht zu befürchten, da im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die kollidierenden Interessen im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden müssen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine Offenlegung von vertraulichen Interessen nach der Richtlinie 2014/104/EU grundsätzlich nur dann möglich ist, wenn ihr Schutz gewährleistet ist (vgl. Art. 5 Abs. 4 S. 2 RL 2014/104/EU). Es kommt daher weder dem Offenlegungsinteresse noch dem Geheimhaltungsinteresse ein grundsätzlicher Vorrang zu.

In der Literatur wird vereinzelt in Frage gestellt, ob auch Geschäftsgeheimnisse von Kartellunternehmen im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sind.[605] Zur Begründung wird angeführt, dass diese aufgrund des Bezugs zum Kartellverstoß grundsätzlich nicht als schutzwürdig anzusehen seien und Kartellanten sich nur deshalb auf den Schutz des Geschäftsgeheimnisses berufen würden, um Schadensersatzansprüche abzuwehren.[606]

Der Ausschluss von Geschäftsgeheimnissen von Kartellunternehmen ist jedoch im Ergebnis kritisch zu betrachten. Zwar stellt Art. 5 Abs. 5 RL 2014/104/EU klar, dass die Vermeidung von Schadensersatz kein schutzwürdiges Interesse darstellt. Es ergibt sich aber nicht ausdrücklich aus der Richtlinie 2014/104/EU, dass Kartellanten versagt wird, sich auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu berufen. Weder Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. c) noch Art. 5 Abs. 4 RL 2014/104/EU, der ebenfalls

604 Vgl. auch *Groussot/Pierce*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU competition litigation (2016), S. 143, 163.

605 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 241 f.

606 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 241 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen dient, differenzieren zwischen Geschäftsgeheimnissen von Dritten und Geschäftsgeheimnissen von Kartellanten. Eine entsprechende Differenzierung kann auch nicht auf die Rechtsprechung der europäischen Gerichte gestützt werden, nach der Geschäftsgeheimnisse

> „Informationen [sind], durch deren Preisgabe die Interessen des Auskunftsgebers nicht nur dann, wenn sie an die Öffentlichkeit erfolgt, sondern auch bei bloßer Weitergabe an einen Dritten schwer beeinträchtigt werden können“[607].

Grundsätzlich sind daher auch Geschäftsgeheimnisse von Kartellmitgliedern als entgegenstehende Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.

dd) Anhörung der Betroffenen

Die Offenlegungsanordnung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU setzt des Weiteren die vorangehende Anhörung der Betroffenen voraus (vgl. Art. 5 Abs. 7 RL 2014/104/EU). Durch das Anhörungserfordernis wird das Recht auf ein faires Verfahren gewahrt und es ermöglicht dem Gericht, eine umfangreiche Tatsachengrundlage für die Abwägungsentscheidung zu schaffen.

d) Besondere Anordnungen zum Schutz von Kronzeugendokumenten

Eine besondere Bedeutung für die Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen könnte Art. 5 Abs. 4 RL 2014/104/EU entfalten. Danach kommt die Offenlegung vertraulicher Informationen und von Geschäftsgeheimnissen nur dann in Betracht, wenn die jeweiligen Informationen als sachdienlich für die Schadensersatzklage zu erachten sind. Einen abstrakt-generellen Offenlegungsschutz von vertraulichen Informationen sowie von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sieht die Richtlinie 2014/104/EU nicht vor. Vielmehr ist es Aufgabe des zuständigen Gerichts, einen sachgerechten Ausgleich der kollidierenden Interessen durch die Anordnung verschiedener Schutzmaßnahmen zu schaffen, wie etwa

607 *EuG* 18.9.1996 – T-353/94, Slg. 1996 II-926, Tz. 87 – Postbank; vgl. *Barthelmeß/Rudolf*, in: Loewenheim et al., Art. 28 VO 1/2003 Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch die Unkenntlichmachung sensibler Passagen oder den Ausschluss der Öffentlichkeit.

Für den Fall, dass Kronzeugeninformationen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse darstellen, sind die nationalen Gerichte gem. Art. 5 Abs. 4 S. 2 RL 2014/104/EU zudem befugt, Schutzanordnungen zu erlassen und die Offenlegung bzw. die Verwendung der Informationen außerhalb des Schadensersatzprozesses zu begrenzen.[608] Dadurch wird nichtreversiblen Beeinträchtigungen, wie dem Verlust des Geheimnischarakters, vorgebeugt. Als Schutzmaßnahmen kommen z.B. Unkenntlichmachung sensibler Passagen von Dokumenten, die Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit, die Beschränkung des zur Kenntnisnahme der Beweismittel berechtigten Personenkreises und die Anweisung an Sachverständige, eine Zusammenfassung von Informationen in aggregierter oder sonstiger nichtvertraulicher Form vorzulegen" in Betracht.[609] Die Vorschrift des Art. 5 Abs. 4 S. 2 RL 2014/104/EU weist dadurch Ähnlichkeiten zu dem amerikanischen *discovery*-Verfahren auf, in dem u.a. durch die Anordnung von *protective orders* ein flexibler Schutz von vertraulichen Informationen erreicht werden kann.[610] Im deutschen Recht könnten die Vorschriften allerdings ein neues Feld für Rechtsstreitigkeiten eröffnen.[611]

e) Rechtsfolge: Offenlegung im Ermessen nationaler Gerichte

Liegen die dargestellten Voraussetzungen vor, sieht die Richtlinie 2014/104/EU vor, dass die nationalen Gerichte die Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen als relevante Beweismittel anordnen können (Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU). Der Offenlegungsgegner ist bei Erlass der Anordnung zur Offenlegung verpflichtet. Durch die Ausgestaltung der Rechtsfolge des Art. 5 RL 2014/104/EU als Ermessensentscheidung unterscheidet sich die finale Fassung der Richtlinie 2014/104/EU wesentlich von dem Richtlinienvorschlag (2013).[612] Der Richtlinienvorschlag (2013) sah in Art. 5 Abs. 2 noch eine gebundene Entscheidung und damit

608 Art. 5 Abs. 4 S. 2 RL 2014/104/EU lautet: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die nationalen Gerichte bei der Anordnung der Offenlegung solcher Informationen über wirksame Maßnahmen für deren Schutz verfügen.", vgl. ABl. 2014 L 349/1, S. 12.

609 Erwägungsgrund Nr. 18 RL 2014/104/EU.

610 *Truli*, JECLaP 2016, 299, 303.

611 *Haus/Serafimova,* BB 2014, 2883, 2886; *Roth,* GWR 2015, 73, 75.

612 Vgl. *Klooz*, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 158.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einen Anspruch des Geschädigten auf Offenlegung vor. Die Richtlinie 2014/104/EU geht hingegen nur noch von einem Offenlegungsrecht aus.[613] Die Einführung einer Ermessensprüfung auf Rechtsfolgenseite etabliert zusammen mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Tatbestandsseite eine doppelte richterliche Prüfung. Die Entscheidung, den nationalen Gerichten bei dem Erlass von Offenlegungsanordnungen Ermessen einzuräumen, spiegelt somit die Bemühungen des europäischen Gesetzgebers wider, missbräuchliche Ausforschungsanträge zu verhindern. Jedoch besteht das Risiko, dass die Wahl dieser Rechtsfolge restriktive Offenlegungstendenzen begünstigt. Denn in kontinental-europäischen Rechtssystemen, wie dem deutschen Recht, sind weitreichende prozessuale Ausforschungsmöglichkeiten traditionell nicht verankert und können dem Selbstverständnis von Richtern zu widerlaufen.[614]

f) Gerichtliche Sanktionen i.S.d. Art. 8 RL 2014/104/EU

Nach Art. 8 Abs. 1 RL 2014/104/EU sollen die nationalen Gerichte Sanktionen gegen die Parteien, Dritte oder ihre rechtlichen Vertreter verhängen können, wenn diese die Anordnungen des Gerichts missachten, „relevante" Beweise vernichten oder gegen die Beschränkungen der Beweisverwertung verstoßen. Art. 8 Abs. 2 S. 1 RL 2014/104/EU bestimmt, dass die Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend" sein sollten. Eine ähnliche Generalklausel befand sich schon im Richtlinienvorschlag (2013) der Europäischen Kommission.[615] Im Zusammenhang mit den Sanktionen des Art. 8 RL 2014/104/EU stellt sich insbesondere die Frage, ab wann eine Aufbewahrungspflicht für Dokumente greift. Die in der Literatur vertretene Ansicht, dass die Richtlinie keine Anhaltspunkte für eine vorprozessua-

613 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 15.

614 *Howard*, E.C.L.R. 2014, 51, 53; *Steinle*, EuZW 2014, 481, 482; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 963; a.A. *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 398; *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 37, 59.

615 Art. 8 Abs. 2 S. 1 RLV (2013) lautet: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die Sanktionen, die von den einzelstaatlichen Gerichten verhängt werden können, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind."; Komm., Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, v. 11.6.2013, COM(2013) 404 final; *Weidt*, E.C.L.R. 2014, 438, 440.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

le Aufbewahrungspflicht gebe,[616] ist kritisch zu betrachten. In Erwägungsgrund Nr. 33 RL 2014/104/EU heißt es, dass die Gefahr einer Beweisvernichtung bestehe,

> „wenn ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird oder eine Wettbewerbsbehörde eine Untersuchung einleitet (...)".

Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass ab Einleitung des kartellbehördlichen Verfahrens eine Aufbewahrungspflicht für die Betroffenen gelten soll. Für bereits bestehende Kronzeugeninformationen, die sich nach Abschluss des Kartellverfahrens wieder in der Verfügungsgewalt des beklagten Kronzeugen befinden, besteht daher erst recht eine Aufbewahrungspflicht, da nach Abschluss des Kartellverfahrens mit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu rechnen ist.

2. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen bei Wettbewerbsbehörden

Kläger können die Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen durch die Wettbewerbsbehörde beantragen, solange sich diese in den Kartellverfahrensakten befinden (vgl. Art. 6 Abs. 1 RL 2014/104/EU). Bei derartigen Offenlegungsanordnungen sind nicht nur die Vorgaben des Art. 5 RL 2014/104/EU, sondern auch die Vorschriften der Art. 6 und 7 RL 2014/104/EU zu berücksichtigen. Diese werden nachfolgend betrachtet.

a) Anwendbarkeit des Offenlegungsverfahrens

Antragsgegner i.S.d. Art. 6 RL 2014/104/EU sind Wettbewerbsbehörden. Darunter sind nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 8 RL 2014/104/EU die Europäische Kommission und bzw. oder die nationalen Wettbewerbsbehörden zu verstehen.[617] Der europäische Gesetzgeber hat durch diesen Anwendungsbereich anerkannt, dass sich Informationen, die zur Substantiierung von Schadensersatzklagen nützlich sein können, in Kartellverfahrensakten befinden können, und ist mit der Einbeziehung der Europä-

616 Vgl. *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2890; *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.C.

617 *Kreße*, WRP 2016, 567, 572.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ischen Kommission dem Umstand gerecht geworden, dass die Europäische Kommission Kartellverfahren wegen Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV gem. Art. 11 VO 1/2003 an sich ziehen kann.

Eine Offenlegungsanordnung gegenüber Wettbewerbsbehörden nach Art. 5 f. RL 2014/104/EU kann nur dann von nationalen Gerichten angeordnet werden, wenn die begehrten Beweismittel nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder einem Dritten verlangt werden können (vgl. Art. 6 Abs. 10 RL 2014/104/EU). Durch dieses Subsidiaritätsgebot hält der europäische Gesetzgeber an der Trennung zwischen öffentlicher und privatrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung fest. Die in der Literatur vertretenen Ansätze, denen zufolge die bisherige Trennung zwischen privater und öffentlicher Kartellrechtsdurchsetzung aufgegeben und ein neues, einheitliches Kartellverfahren eingeführt werden sollte,[618] konnten sich nicht durchsetzen. Im Zusammenhang mit der Subsidiarität wird in der Literatur zudem unter Berufung auf die Förderung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung als Zweck der Richtlinie 2014/104/EU vereinzelt die Ansicht vertreten, dass im Rahmen von Art. 6 Abs. 10 RL 2014/104/EU grundsätzlich nur eine summarische Prüfung des Gerichts zu erfolgen habe und der Antragsteller nicht erfolglos einen Offenlegungsantrag stellen müsse.[619]

Die Ansicht, die eine Verbindung der privaten und öffentlichenKartellrechtsdurchsetzung befürwortet, übersieht, dass die Richtlinie 2014/104/EU nicht nur der Förderung von Schadensersatzklagen, sondern auch der Harmonisierung von privater und behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung dient.[620] Die Regelung des Art. 6 Abs. 10 RL 2014/104/EU trägt diesem Umstand Rechnung und berücksichtigt, dass in der Rechtspraxis die öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung den Schwerpunkt der Kartellverfolgung in der Europäischen Union bildet. Es würde verfahrensökonomischen Gründen widersprechen, wesentliche Ressourcen

618 Ansätze zur Vereinheitlichung der privaten und der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung wurden vertreten von *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 279 ff.; *Canenbly/Steinvorth*, FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 156 ff.; *Kapp*, FS Möschel (2011), S. 319, 331 ff.; *ders.*, WuW 2012, 474, 485 ff.; *Canenbly/Steinvorth*, JECLaP 2011, 315, 324 ff.; *Meyer-Lindemann*, WuW 2011, 1235, 1246 f.; für eine Anrechnung der Schadensersatzzahlungen bei der Bußgeldbestimmung *Lever* (2007), S. 13, Tz. 34; *Niemeyer,* WuW 2008, 927.

619 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 247.

620 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission zur Bearbeitung von Akteneinsichtsgesuchen potentiell Geschädigter zu binden, anstatt sie zur Verfolgung neuer Kartelle einzusetzen.[621] Die Interessen geschädigter Personen werden hinreichend dadurch gewahrt, dass neben dem Offenlegungsverfahren gem. Art. 5 RL 2014/104/EU subsidiär der Zugang zu Informationen der Wettbewerbsbehörden möglich ist.[622] Ein Verzicht auf die Durchführung eines Offenlegungsverfahrens *inter partes* kommt daher nur in Betracht, wenn die Informationen offensichtlich nicht auf anderem Wege zugänglich sind.

b) Besonderheiten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Nach Art. 6 Abs. 4 RL 2014/104/EU sind neben den Regelbeispielen des Art. 5 Abs. 3 RL 2014/104/EU weitere Regelbeispiele in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen, soweit die Offenlegung von Informationen aus Kartellverfahrensakten begehrt wird. Dies gilt auch für die Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen.

aa) Hinreichende Bestimmtheit gem. Art. 6 Abs. 4 lit. a) RL 2014/104/EU

Nach Art. 6 Abs. 4 lit. a) RL 2014/104/EU ist zunächst zu berücksichtigen, ob der Antrag hinsichtlich Art, Gegenstand oder Inhalt der Unterlagen hinreichend bestimmt und nicht lediglich unspezifisch in Bezug auf die der Wettbewerbsbehörde übermittelten Unterlagen gestellt wurde. Bei der von Amts wegen durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung sollen keine Ausforschungsanträge ermöglicht werden.[623] Die Richtlinie 2014/104/EU geht in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH davon aus, dass es unwahrscheinlich ist, dass eine Schadensersatzklage auf sämtli-

621 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 22.

622 A.A. *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 247.

623 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 23; Komm., Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, v. 11.6.2013, COM(2013) 404 final, Begründung S. 18; *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 232.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

che Beweismittel, die in der Akte enthalten sind, gestützt werden muss.[624] Auch wenn diese These zutreffend ist, besteht das Risiko, dass Art. 6 Abs. 4 lit. a) RL 2014/104/EU zu einem restriktiven Zugang zu Kartellverfahrensakten führt und dadurch der Nutzen der Akteneinsicht für die Schadensersatzkläger entfällt. Aufgrund der kartellrechtlichen Informationsasymmetrie ist es Klägern kaum möglich, Beweismittel genau zu bezeichnen. Die Bestimmtheit des Antrags sollte unter einen Vorbehalt des Möglichen gestellt werden.[625] Eine Unverhältnismäßigkeit eines weiten Offenlegungsantrags käme dann nur in Betracht, wenn eine weitere Spezifikation möglich oder zumutbar wäre. Ob dazu verlangt werden kann, dass der Antragsteller darlegt, dass er vergeblich versucht hat, Beweismittel oder genaue Hinweise auf Beweismittel durch Anträge auf Dokumentenzugang nach der VO 1049/2001 zu erlangen, erscheint fraglich. Denn schon das Arbeitspapier zum Weißbuch wies darauf hin, das nicht verlangt werden könne, das Informationsrecht nach Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 geltend zu machen, da dieses nicht zur Beschaffung von Beweismitteln in Schadensersatzklagen diene.[626]

bb) Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage gem. Art. 6 Abs. 4 lit. b) RL 2014/104/EU

Nach Art. 6 Abs. 4 lit. b) RL 2014/104/EU ist als weiterer Gesichtspunkt in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, ob der Antrag im Rahmen einer Schadensersatzklage vor einem nationalen Gericht gestellt wurde. Geht man vom Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU („[…] in Verfahren über Schadensersatzklagen […]“) aus, sollen Offenlegungsanordnungen nur in rechtshängigen Schadensersatzverfahren möglich sein. Dem Gericht steht daher in Schadensersatzprozessen kein Abwägungsspielraum zwischen Informationsbegehren rechtshängiger Klagen und vorprozessualen Informationsbegehren zu.[627] Der Sinn und Zweck des Art. 6 Abs. 4 lit. b) RL 2014/104/EU erscheint daher auf den ersten Blick

624 Erwägungsgrund Nr. 22 RL 2014/104/EU.
625 Vgl. zur VO 1049/2001 *Kreße*, WRP 2016, 567, 571.
626 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 104.
627 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 245.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fragwürdig.[628] Ein anderes Bild ergibt sich aber, wenn man berücksichtigt, dass es den Mitgliedstaaten gem. Art. 5 Abs. 8 RL 2014/104/EU möglich ist, Vorschriften einzuführen oder beizubehalten, die zu einer umfassenderen Offenlegung von Beweismitteln führen, soweit Art. 5 Abs. 4 und Abs. 7 RL 2014/104/EU und Art. 6 RL 2014/104/EU unbeschadet bleiben. Vor diesem Hintergrund soll die Vorschrift sicherstellen, dass die Gerichte die Rechtshängigkeit der Schadensersatzklage als Abwägungskriterium auch bei Informationenzugriffen außerhalb von Schadensersatzklagen berücksichtigen. In diesem Fall kann die Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage ein erhöhtes Bedürfnis für eine Offenlegung der begehrten Informationen testieren, da die Kläger ansonsten mit einer Klageabweisung konfrontiert und die Vortragsmöglichkeiten in der folgenden Instanz gegebenenfalls beschränkt sein könnten.[629]

cc) Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts gem. Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU

Nach Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU ist darüber hinaus in der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob im Zusammenhang mit Art. 5, 10 oder 11 RL 2014/104/EU die Notwendigkeit besteht, die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu wahren. Durch dieses Abwägungskriterium wird die EuGH-Rechtsprechung – wonach kartellrechtliche Schadensersatzklagen der vollen Wirksamkeit des Art. 101 AEUV dienen – in die Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgenommen.[630] An dieser Stelle kommt es in Betracht, die Funktion der bereits bestehenden Kronzeugeninformationen im behördlichen Verfahren zu berücksichtigen. Die Kartellbehörden sind neben der Unternehmenserklärung auch auf bereits existierende Beweismittel angewiesen, um den Kartellverstoß nachzuweisen.[631] Insbesondere Informationen nachrangiger Kronzeugen müssen einen wesentlichen Mehrwert für die Beweisführung

628 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 245.

629 Im deutschen Recht ist z.B. das Berufungsgericht in Zivilverfahren grundsätzlich an die Tatsachenfeststellung der ersten Instanz gebunden, vgl. § 513 Abs. 1 ZPO.

630 *Kreße,* WRP 2016, 567, 573; vgl. *Lundquist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016), S. 165, 167 f.

631 Vgl. § 2 B. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

darstellen.[632] Den Informationen nachrangiger Kronzeugen kommt somit ein beachtlicher Wert für die Ahndung von Kartellen zu. Im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU genießen die nachrangigen Kronzeugen jedoch keine Haftungsprivilegierung. Es besteht daher bei der Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen nachrangiger Kronzeugen weiterhin die Gefahr eines *chilling effects* und dadurch das Risiko einer Beeinträchtigung der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Diese potentielle Beeinträchtigung ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gegen das Offenlegungsinteresse abzuwägen und kann im Einzelfall zu einer Versagung der Offenlegung führen.

Ein weiterer Aspekt, der gem. Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU in der Abwägung zu berücksichtigen ist, ist die Ressourcenbindung durch Offenlegungsanträge. Die Offenlegungsanträge dürfen letztlich nicht dazu führen, dass große Teile der Arbeitskraft der Wettbewerbsbehörden gebunden werden und sie ihrer primären Aufgabe – der Aufdeckung und Verfolgung von Kartellen – nicht mehr gerecht werden können. Um dies umzusetzen, wird teilweise in der Literatur – in Anlehnung an die Rechtsprechung zur VO 1049/2001 – vorgeschlagen, der Offenlegungspetent müsse ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Offenlegung nachweisen. [633]

Es ist jedoch zweifelhaft, ob die Anlehnung an die Rechtsprechung des *EuGH* zur Verordnung 1049/2001 sachgerecht ist. Weder der Wortlaut des Art. 5 noch der des Art. 6 RL 2014/104/EU deuten auf ein entsprechendes Erfordernis hin. Vielmehr besteht die Gefahr, dass durch die Übertragung der Rechtsprechung zur VO 1049/2001 die für den Kläger günstigeren Darlegungslasten der Richtlinie 2014/104/EU unterlaufen werden. Denn der EuGH hat in dem Urteil *EnBW* strengere Anforderungen an den Vortrag des Klägers gestellt als Art. 5 ff. RL 2014/104/EU.[634] Diese strengeren Darlegungslasten sind im Rahmen der Transparenzverordnung 1049/2001 gerechtfertigt, da die Verordnung nicht der Förderung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen dient. Dies gilt aber gerade nicht für die Richtlinie 2014/104/EU. Im Ergebnis ist es daher im Hinblick auf die Zielsetzung der Richtlinie vorzugswürdig, auf eine Übertragung der Rechtsprechung des EuGH zur VO 1049/2001 auf Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU zu verzichten.

---

632 Vgl. § 2 B. II. 2 sowie § 2 B. III. 2.

633 *Lundquist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016), S. 165, 167 f.

634 *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 228.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Schutz vor Offenlegung und Verwendung in Schadensersatzprozessen

Bereits bestehende Kronzeugeninformationen werden nicht durch besondere Vorschriften der Richtlinie 2014/104/EU vor einer Offenlegung geschützt. Der Offenlegungsschutz des Art. 6 Abs. 5 RL 2014/104/EU erfasst nur Informationen, die eigens für die Wettbewerbsbehörde (Art. 6 Abs. 5 lit. a)) oder von der Wettbewerbsbehörde (Art. 6 Abs. 5 lit. b)) erstellt wurden, sowie für Vergleichsausführungen, die zurückgezogen wurden (Art. 6 Abs. 5 lit. c)). Bereits bestehende Kronzeugeninformationen als Informationen, die unabhängig vom behördlichen Kartellverfahren existieren, sind dagegen jederzeit einer Offenlegung zugänglich.[635] Sie sind höchstens mittelbar durch die Verwendungsverbote des Art. 7 Abs. 2 und Abs. 3 RL 2014/104/EU geschützt. Nach Art. 7 Abs. 2 RL 2014/104/EU ist es unzulässig, Informationen aus Kartellverfahrensakten aus laufenden Verfahren in den Zivilprozess als Beweismittel einzubringen, wenn diese ausschließlich durch Einsichtnahme in die Kartellverfahrensakte erlangt wurden. Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei den meisten Schadensersatzklagen um sog. *Follow-on*-Klagen handelt, die erst nach Erlass der kartellbehördlichen Entscheidung erhoben werden, kann somit für bereits bestehende Kronzeugeninformationen aus Art. 7 Abs. 2 RL 2014/104/EU ein nur sehr geringer Schutz abgeleitet werden. Dies gilt auch für Art. 7 Abs. 3 RL 2014/104/EU. Danach dürfen alle Beweismittel, die nicht von Art. 7 Abs. 1 oder Abs. 2 RL 2014/104/EU erfasst werden, nur von der Person in den Schadensersatzprozess eingebracht werden, die die Informationen im Wege der Akteneinsicht erlangt hat. Nach Erwägungsgrund Nr. 32 dient diese Vorschrift dazu, einen Handel mit Beweismitteln zu unterbinden. Ein grundsätzliches Verwendungsverbot für bereits bestehende Kronzeugeninformationen in *Follow-on*-Klagen folgt aus dieser Bestimmung jedoch nicht.

IV. Bewertung

Der Vorstoß des europäischen Gesetzgebers, die private Kartellrechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten zu fördern und einen Ausgleich zwischen privater und behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung zu schaffen, ist grundsätzlich zu begrüßen. In den zehn Jahren vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU konnte nur in wenigen Mitgliedstaaten ein Fortschritt

635 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 28 RL 2014/104/EU.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung festgestellt werden. Dazu gehörten Deutschland, die Niederlande und Großbritannien.[636] Ob das in Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU geregelte Offenlegungsverfahren zu einer Überwindung der kartellrechtlichen Informationsasymmetrie führt, ist aber fraglich. In kontinental-europäischen Rechtssystemen sind weitreichende prozessuale Offenlegungsanordnungen traditionell nicht verankert und können dem Selbstverständnis von Richtern zu widerlaufen.[637] Zudem enthält Art. 5 RL 2014/104/EU verschiedene unbestimmte Rechtsgriffe, die den Mitgliedstaaten einen weiten Gestaltungspielraum einräumen und dadurch zu rechtlichen Unterschieden in den Mitgliedstaaten führen können.[638]

Nichtsdestotrotz markiert die Richtlinie 2014/104/EU im Hinblick auf Kronzeugeninformationen einen Wandel, da zuvor keine Regelungen für das Verhältnis zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung im europäischen Recht bestanden. Die Richtlinie 2014/104/EU schießt aber zum Schutz der Effektivität von Kronzeugenprogrammen über das Ziel hinaus, indem sie Kronzeugenerklärungen absolut vor einer Offenlegung und einer Verwendung in Schadensersatzklagen schützt. Dies widerspricht dem aus Art. 101 AEUV entwickelten Gebot der Einzelfallabwägung und ist daher mit Blick auf das Primärrecht zweifelhaft. Dies gilt auch, wenn die Richtlinie 2014/104/EU die Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen unter einen Abwägungsvorbehalt stellt, da Kartellbeteiligte grundsätzlich darauf bedacht sind, keine Beweismittel zu hinterlassen.[639]

Selbst für den Fall, dass Kronzeugen bereits bestehende Beweismittel an die Wettbewerbsbehörden übermittelt haben, folgt hieraus nicht in jedem Fall deren Offenlegung. In diesem Zusammenhang ist – solange sich die Beweismittel in den Händen der Wettbewerbsbehörde befinden – insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit ihre Offenlegung die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung beeinträchtigt. Vor diesem Hin-

---

636 Komm., Impact Assessment Report (2013), Tz. 52. Zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland, den Niederlanden und Großbritannien siehe auch *Kuijpers et al.*, JECLaP 2017, 47 ff.

637 *Howard*, E.C.L.R. 2014, 51, 53; *Steinle*, EuZW 2014, 481, 482; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 963; a.A. *Sanner,* Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 398; *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 37, 59.

638 *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2886.

639 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 84.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tergrund hat die Richtlinie 2014/104/EU zwar die rechtlichen Rahmenbedingungen für Geschädigte verbessert, die kartellrechtliche Informationenasymmetrie und das Spannungsverhältnis zwischen behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung aber nicht vollständig gelöst.

C. Die 9. GWB-Novelle – Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU ins deutsche Recht

Für die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU ins deutsche Recht hat der Gesetzgeber eine Reihe von Vorschriften im GWB[640] neugefasst. Die Vorschriften zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung sind nunmehr in §§ 33 bis 33h GWB und §§ 87 ff. GWB normiert, darunter der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch (§ 33a), die Bindungswirkung von kartellrechtlichen Entscheidungen (§ 33b) oder der Zugang zu Beweismitteln (§§ 33g, 89b ff.). Für den Zugang zu Beweismittel sind die (neuen) Bestimmungen des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB sowie des Auskunftsersuchens gem. § 89c GWB von zentraler Bedeutung. Der Schutz von Kronzeugenerklärungen ist in diesen Vorschriften als Ausschlusstatbestand oder Verweigerungsrecht integriert. Im Folgenden wird– nach einem Überblick über die neu eingeführten Vorschriften – der Schutz der Kronzeugen im Kontext des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB und des Offenlegungsverfahrens nach § 89 GWB betrachtet.

I. Neuregelungen im Überblick

Im Zuge der 9. GWB-Novelle wurden im GWB ein spezieller Herausgabe- und Auskunftsanspruch (§ 33g) sowie prozessuale Sondervorschriften (§ 87 ff.) geschaffen. Wie in Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU wird auch in § 33g GWB zwischen dem Offenlegungsbegehren des Klägers und dem Offenlegungsbegehren des Beklagten unterschieden, wobei nachfolgend nur auf den Anspruch des Geschädigten bzw. des Klägers eingegangen wird.

Über die Regelungsinhalte der Richtlinie 2014/104/EU hinaus werden der Herausgabeanspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB und der Auskunftsanspruch gem. § 33g Abs. 1 i.V.m. Abs. 10 GWB durch weitere materiell-recht-

640 I.d.F. der Bekanntmachung vom 15.7.2005 (BGBl. I S. 2114, ber. 2009 S. 3850), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.7.2017 (BGBl. I 2739) m.W.v. 29.7.2017.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liche Ansprüche ergänzt. So wird z.B. die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben durch § 33g Abs. 8 GWB geschützt, während die Interessenwahrung des Anspruchsgegners der Zweck des § 33g Abs. 7 GWB ist.

Die Besonderheiten bei der Durchsetzung der Herausgabe- und Auskunftsansprüche des § 33g GWB werden durch ein Freigabeverfahren nach § 33g Abs. 6 , ein Prüfverfahren nach § 33g Abs. 8 und durch die prozessualen Vorschriften des §§ 87 ff. GWB geregelt, welche die allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften der ZPO modifizieren.

Neben der Offenlegung *inter partes* ist durch die 9. GWB-Novelle ferner geregelt worden, dass die Gerichte in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen oder in Klagen auf Herausgabe von Beweismitteln gem. § 33g GWB die Kartellbehörden um Offenlegung von Gegenständen und Beweismitteln ersuchen können (vgl. § 89c GWB). Bestimmte Informationen aus Kartellverfahrensakten, wie Kronzeugeninformationen, unterliegen jedoch nur eingeschränkt einer Offenlegung. Zudem finden die Akteneinsichts- und Auskunftsrechte gem. §§ 406e, 475 StPO nur noch begrenzt im Kartellrecht Anwendung.

II. Das Kombinationsmodell des deutschen Gesetzgebers

Wie der europäische Gesetzgeber in der Richtlinie 2014/104/EU differenziert auch der deutsche Gesetzgeber zwischen der Offenlegung von Informationen im Allgemeinen (§ 33g und § 89b GWB) und der Offenlegung von Informationen durch eine Wettbewerbsbehörde (§ 89c GWB).[641] Anders als in der Richtlinie 2014/104/EU hat sich der deutsche Gesetzgeber aber von dem rein prozessualen Konzept der Richtlinie 2014/104/EU durch die Einführung materiell-rechtlicher Ansprüche gelöst.[642] Durch die Einführung materiell-rechtlicher Ansprüche (§ 33g GWB) und eines besonderen prozessualen Offenlegungsersuchens für kartellbehördliche Informationen (§ 89c GWB) hat er sich für ein kombiniertes, zweigliedriges Umsetzungskonzept entschieden. Auch wenn eine derartige Umsetzung unionsrechtlich zulässig ist, da die nationalen Regelungen über die Regelungen

641 Kritisch hierzu *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 290.

642 Anders wohl *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 4, die in Anlehnung an den immaterialgüterrechtlichen Anspruch gem. Art. 8 2004/48/EG davon ausgehen, dass die Schadensersatzrichtlinie nicht nur prozessuale Rechte begründet.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Richtlinie hinausgehen können (vgl. Art. 5 Abs. 8 RL 2014/104/EU),[643] stellt sich die Frage, inwieweit sich dieses Kombinationsmodell in das deutsche Recht einfügt.

1. Die Einführung eines materiell-rechtlichen Anspruchs zur Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU

Im Hinblick auf den prozessualen Charakter des Offenlegungsverfahrens gem. Art. 5 RL 2014/104/EU wurde während des Gesetzgebungsverfahrens durch die Monopolkommission[644] und in der Literatur[645] darauf hingewiesen, dass eine prozessuale Umsetzung auch für das deutsche Recht naheliegender gewesen wäre. Zur Begründung wurde in der Literatur teilweise auf das österreichische Recht verwiesen, das eine prozessuale Offenlegungspflicht zur Umsetzung der Richtlinie eingeführt hat.[646]

Die Kritik an der Einführung eines materiellen Anspruchs ist aber zweifelhaft. Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit der Einführung des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB erneut gegen die Einführung einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht[647] gestellt und seinen materiell-rechtlich geprägten Ansatz bekräftigt. Wie schon ein Blick auf das BGB und das Immaterialgüterrecht zeigt, entspricht die Umsetzung des Art. 5 RL 2014/104/EU als materiell-rechtlicher Anspruch der Eigenart des deutschen Rechts, Informationsdefizite durch die Einführung materiell-rechtlicher Ansprüche zu lösen.[648] So ergeben sich im BGB z.B. Auskunftsansprüche aus §§ 809, 810 sowie § 242 BGB. Aber auch das Im-

643 Monopolkommission, Stellungnahme zur Neunten GWB-Novelle (2017), S. 21.
644 Monopolkommission, Stellungnahme zur Neunten GWB-Novelle (2017), S. 21.
645 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2016, 164, 169 und 171; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3014; *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 69.
646 *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3014; *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 69.
647 Vgl. zur allgemeinen Aufklärungspflicht grundlegend *Stürner,* Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976), S. 15 f. und 378 ff.; *ders.*, ZZP 98 (1985), 237 ff.; *ders.,* ZZP 104 (1991), 208 ff.; zustimmend *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 138 Rn. 11; *Katzenmeier,* JZ 2002, 533 ff.; *Waterstraat*, ZZP 118 (2005), 459, 478 ff.; a.A. 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; *Prütting,* in: MüKo ZPO, § 286 Rn. 130; *Arens,* ZZP 96 (1983), 1, 16 ff.; *Lüke,* JuS 1985, 2, 3.
648 *Schlosser*, JZ 1991, 599, 606; *Preuß*, WuW 2017, 301.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

materialgüterrecht normiert mit § 140b PatG, § 101a UrhG oder § 24b GebrMG verschiedene Auskunftsansprüche.[649]

Besonderheit des § 33g GWB ist jedoch, dass die Vorschrift prozessual eingefärbt ist. So bezieht sich der Anspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB z.B. auf Beweismittel und fordert im Gegensatz zu anderen Ansprüchen im deutschen Recht, wie etwa § 140b PatG, § 101a UrhG oder § 24b GebrMG, nicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Rechtsverletzung, sondern die Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB.[650] Diese Rückgriffe auf prozessuale Begrifflichkeiten in einem materiell-rechtlichen Anspruch führen zwar zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht. Sie basieren jedoch auf der Richtlinie 2014/104/EU und sind als unionsrechtliche Ausprägungen zu würdigen. Sie stellen die materiell-rechtliche Ausgestaltung nicht in Frage und kennzeichnen vielmehr die Eigenart des § 33g GWB als „prozessbezogenen"[651] Anspruch.[652] Ein weiterer Vorteil des vom deutschen Gesetzgeber gewählten Ansatzes ist es, dass die Einführung einer bereichsspezifischen Verfahrensordnung für die private Kartellrechtsdurchsetzung im Keim erstickt wurde.

Auch der Verweis auf das österreichische Recht kann bezüglich einer prozessualen Lösung für das deutsche Recht letztlich nicht überzeugen, da im österreichischen Recht kein zivilprozessuales Ausforschungsverbot besteht und somit andere Gegebenheiten als im deutschen Recht vorliegen.[653] An dieser Stelle ist folglich festzuhalten, dass der deutsche Gesetzgeber mit der materiell-rechtlichen Umsetzung grundsätzlich einen Ansatz gewählt hat, der sich in das bestehende deutsche Recht einfügt.

---

649 Vgl. *Schlosser,* JZ 1991, 599, 606; *Kersting/Preuß,* Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), S. 28 ff. und Rn. 177; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472.

650 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 251 f.

651 *Preuß*, WuW 2017, 301.

652 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 252; vgl. auch *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 1, die von einem Paradigmenwechsel sprechen.

653 *Schlosser,* JZ 1991, 599, 603.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Prozessualer Ansatz für Offenlegungsersuchen bei Wettbewerbsbehörden

Für den Zugriff auf Informationen aus Kartellverfahrensakten bei Wettbewerbsbehörden hat sich der deutsche Gesetzgeber für die Übernahme des prozessualen Ansatzes der Richtlinie 2014/104/EU entschieden. Geschädigten steht dementsprechend kein Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln bzw. auf Auskunftserteilung gem. § 33g GWB gegen Wettbewerbsbehörden zu (vgl. § 89b Abs. 5 S. 3 GWB). Vielmehr ist die Offenlegung von Beweismitteln durch Wettbewerbsbehörden gem. § 89c GWB als Sondervorschrift zu den zivilprozessualen Akteneinsichtsgesuchen gem. § 273 ZPO und § 299 ZPO gestaltet.[654]

III. Der Schutz von Kronzeugenerklärungen im deutschen Recht

Durch die 9. GWB-Novelle ist ein besonderer Offenlegungsschutz für Kronzeugenerklärungen (1.) in das deutsche Recht eingeführt worden. Nach dem vorstehend erläuterten kombinierten Regelungsansatz des deutschen Gesetzgebers ist zwischen den materiell-rechtlichen Regelungen zum Schutz von Kronzeugenerklärungen im Rahmen von § 33g GWB (2.) und den Regelungen zum Schutz von Kronzeugenerklärungen bei Offenlegungsersuchen nach § 89c GWB (3.) zu unterscheiden.

1. Der Begriff der „Kronzeugenerklärung“ im deutschen Recht

Wie im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU sind auch im deutschen Recht nicht alle Informationen, die von Kronzeugen an Wettbewerbsbehörden übermitteltet werden, besonders vor einer Offenlegung geschützt, sondern nur Kronzeugenerklärungen. Darunter sind nach der Legaldefinition des § 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB Dokumente oder Aufzeichnungen zu verstehen,

> „[…] auch über den Inhalt einer Vernehmung im wettbewerbsbehördlichen Verfahren, , wenn und soweit darin eine freiwillige Erklärung

654 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 102; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 252; vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89c Rn. 4; *Denzel/Holm-Hadulla*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 29 Rn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seitens oder im Namen eines Unternehmens oder einer natürlichen Person gegenüber einer Wettbewerbshörde enthalten ist, in der das Unternehmen oder die natürliche Person die Kenntnis von einem Kartell und seine beziehungsweise ihre Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder die Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken […]".

Die Begriffsbestimmung des § 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB entspricht überwiegend wortwörtlich der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU.[655] Insoweit kann die Umsetzung der sekundärrechtlichen Vorgaben durch den deutschen Gesetzgeber als konsequent angesehen werden.[656] Dies gilt auch trotz der vorgebrachten Zweifel an der Vereinbarkeit der Regelungen mit dem Primärrecht,[657] da der nationale Gesetzgeber zur Umsetzung des Offenlegungsverbots gem. Art. 6 Abs. 4 RL 2014/104/EU bis zu dessen Nichtigkeitserklärung durch den EuGH verpflichtet ist.[658]

Über die Anforderungen der Richtlinie 2014/104/EU hinaus und zu einer Verschlechterung der Position des Offenlegungspetenten im Vergleich zur bisherigen Rechtslage führt aber, dass auch der Inhalt von Vernehmungen im behördlichen Verfahren nach dem Wortlaut des § 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB zu den absolut geschützten Dokumenten gehört.[659] Dies verstärkt die ohnehin bestehenden Zweifel an der Unionsrechtskonformität des § 33g Abs. 4 GWB.[660] Diese Regelung ist zudem zu kritisieren, weil Zeugen in Kartellordnungswidrigkeitsverfahren gem.

---

655 Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU lautet: „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck […] „Kronzeugenerklärung" eine freiwillige mündliche oder schriftliche Darlegung seitens oder im Namen eines Unternehmens oder einer natürlichen Person gegenüber einer Wettbewerbsbehörde, in der das Unternehmen oder die natürliche Person seine bzw. ihre Kenntnis von einem Kartell und seine bzw. ihre Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken, oder eine Aufzeichnung dieser Darlegung; dies umfasst nicht bereits vorhandene Informationen".

656 Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf (2017), S. 26; *Petrasincu*, WuW 2016, 330, 333.

657 Siehe § 4 B. II. 2.

658 Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), Tz. 69; *Thiede*, ELTE L.J. 2015, 147, 159; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 964.

659 *Petrasincu*, WuW 2016, 330, 333; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3015; *Gussone*, WuW 2016, 393; vgl. *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 249.

660 Vgl. oben § 4 B II.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§§ 52 ff. StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG nicht dazu berechtigt sind, die Herausgabe bzw. Auskunft zu verweigern, soweit ihnen kein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht zusteht. Es fehlt dadurch schon an der für die Kronzeugenerklärung erforderlichen Freiwilligkeit.[661]

Nicht vom Begriff der Kronzeugenerklärung umfasst sind solche Beweismittel, die zwar von Kronzeugen an die Wettbewerbsbehörden im Zuge ihrer Kooperation übermittelt, aber nicht eigens für die Teilnahme am Kronzeugenprogramm geschaffen werden, d.h. unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen (vgl. § 33g Abs. 4 S. 2 GWB). Dies gilt unabhängig davon, ob diese Informationen in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind oder nicht. Es handelt sich hierbei um Beweismittel, die aus der Zeit des Kartells stammen, wie z.B. E-Mails, Notizen, Preislisten etc. Diese Informationen werden nachfolgend als „bereits bestehende Kronzeugeninformationen" bezeichnet. Auf diese können Kläger unter Umständen im Schadensersatzprozess zugreifen.

Bei einer Gesamtbetrachtung verdeutlicht der Ausnahmetatbestand des § 33g Abs. 4 GWB jedenfalls, dass der deutsche Gesetzgeber dem Schutz des behördlichen Verfahrens große Bedeutung beigemessen hat und einer Offenlegung von behördlichen Informationen gegenüber Geschädigten restriktiv steht.

2. Der Ausschluss des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g Abs. 4 GWB

Nach § 33g Abs. 4 S. 1 GWB sind Kronzeugenerklärungen (§ 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 1) und Vergleichsausführungen (§ 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 2) als besonders geschützte Beweismittel vom Herausgabe- bzw. Auskunftsanspruch gem. § 33g Abs. 1, 10 GWB ausgeschlossen. Die Norm dient der Umsetzung von Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU, der eine Offenlegung von Kronzeugenerklärungen ausschließt. Sie stellt ein Novum im deutschen Recht dar. Vor der 9. GWB-Novelle bestanden keine besonderen gesetzlichen Regelungen über Kronzeugen und die von ihnen übermittelten Informationen.

Die Einordnung als Kronzeugenerklärung ist gerichtlich überprüfbar (§ 33g Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB[662]). Das Prüfverfahren nach

---

661 *Petrasincu*, WuW 2016, 330, 333.

662 § 33g Abs. 4 S. 3 GWB lautet: „Behauptet ein Verpflichteter, ein Beweismittel oder Teile davon seien nach Satz 1 von der Herausgabe ausgeschlossen, kann der

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 33g Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB ist erst nach Rechtshängigkeit einer Klage nach § 33a oder § 33g GWB anwendbar.[663] Dies stellt für die vorgerichtliche Informationsbeschaffung und Prüfung von Schadensersatzansprüchen eine Hürde dar. Um einer missbräuchlichen „Flucht in die Kronzeugenerklärung" vorzubeugen, wäre es begrüßenswert gewesen, die gerichtliche Überprüfung nicht an die Rechtshängigkeit einer Klage nach § 33a bzw. § 33g GWB zu binden. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass durch eine Überprüfung vor Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB ein Gleichlauf zum Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB hätte geschaffen werden können.

Nach § 33g Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB findet die Überprüfung „im Geheimen", d.h. *in camera*, statt. Im deutschen Recht ist ein *in-camera*-Verfahren im Verwaltungsrecht gem. § 99 VwGO als Zwischenverfahren zur Überprüfung vertraulicher Informationen bekannt. Zwar wurde von Teilen der Literatur ein derartiges Verfahren für das Zivilprozessrecht schon seit den 1980er Jahren gefordert,[664] aber von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur abgelehnt.[665] Das Prüfverfahren gem. § 33g Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB stellt somit ebenfalls eine Neuregelung im deutschen Zivilprozessrecht dar. Inwieweit dieses Verfahren Modellcharakter für ein allgemeines *in-camera*-Verfahren hat, ist aber fraglich, da der Anwendungsbereich des Verfahrens auf eine spezielle Frage des Kartellrechts begrenzt ist und der deutsche Gesetzgeber zur Einführung des Verfahrens aufgrund der Richtlinie 2014/104/EU verpflichtet war.

Nach Prüfung der Dokumente legt das Gericht die Beweismittel den Parteien (§ 89b Abs. 8 S. 3 GWB) vor, soweit die begehrten Informationen nach Auffassung des Gerichts nicht als Teil der Kronzeugenerklärung anzusehen sind und der Herausgabeanspruch gem. § 33g GWB besteht. Das Gericht entscheidet hierüber durch Beschluss (vgl. § 89b Abs. 8 S. 3 GWB).

Anspruchsteller insoweit die Herausgabe an das zuständige Gericht nach § 89b Absatz 8 allein zum Zweck der Prüfung verlangen."

663 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 261; vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89b Rn. 55, gehen von einer Anwendbarkeit ab Anhängigkeit eines Verfahrens über den Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB oder des Herausgabeanspruchs gem. § 33g GWB aus.

664 *Stadler,* Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses (1989), S. 231 ff.; *Stürner*, JZ 1985, 453, 457 ff.; *Wagner*, JZ 2007, 706, 717; vgl. *Stadler*, in: FS Leipold (2009), S. 201, 214.

665 OLG Köln 3.5.1995 – 19 U 153/93, NJW-RR 1996, 1277; *Prütting,* in: MüKo ZPO, § 285 Rn. 10 ff.; *Heinrich*, in: MüKo ZPO, § 357 Rn. 9; *Prütting/Weth*, NJW 1993, 576 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gegen diesen können die Parteien sofortige Beschwerde erheben (vgl. § 89b Abs. 8 S. 6 GWB). Die Vorlage der begehrten Beweismittel führt im Herausgabeverfahren zudem zur Erledigung des Rechtsstreits.[666]

3. Ablehnungsrecht der Wettbewerbsbehörde bei Offenlegungsersuchen gem. § 89c Abs. 4 GWB

Bei gerichtlichen Offenlegungsersuchen gem. § 89c Abs. 4 Nr. 1 GWB steht der ersuchten Wettbewerbsbehörde ein Ablehnungsrecht zu, wenn die begehrten Informationen Kronzeugenerklärungen betreffen. Die Norm setzt Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU um. Die Ablehnungsentscheidung ist – ähnlich wie bei Herausgabe- und Auskunftsansprüchen nach § 33g GWB – gerichtlich überprüfbar (vgl. § 89c Abs. 4 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB). Im Gesetzgebungsverfahren wurde vom Bundeskartellamt kritisiert, dass nicht das AG Bonn für die Überprüfung des Vorliegens und der Reichweite der Kronzeugenerklärung ausschließlich zuständig ist. Durch die Zuständigkeit verschiedener Gerichte bestehe das Risiko divergierender Entscheidungen und nachteiliger Auswirkungen auf die Kooperationsbereitschaft von Kartellunternehmen.[667]

Die Kritik des Bundeskartellamts ist jedoch fraglich. Die dezentralisierte Zuständigkeit für die Prüfung der Kronzeugenerklärung ist der grundlegenden Zuständigkeitsverschiebung vom Bundeskartellamt zu den Zivilgerichten geschuldet (vgl. § 87 GWB[668]). Vor der 9. GWB-Novelle war das AG Bonn bei Akteneinsichtsgesuchen beim Bundeskartellamt gem. §§ 406e, 475 StPO i.V.m. §§ 46, 62, 68 OWiG das für Rechtsbehelfe zuständige Gericht. Die in der Praxis ausschließliche Zuständigkeit des AG Bonn für kartellrechtliche Akteneinsichtsverfahren folgte aus dem Umstand, dass der

666 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 263.

667 BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, S. 26 f.

668 § 87 GWB lautet: „Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die die Anwendung von Vorschriften des Teils 1, des Artikels 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder des Artikels 53 oder 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum betreffen, sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstands die Landgerichte ausschließlich zuständig. Satz 1 gilt auch, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits ganz oder teilweise von einer Entscheidung, die nach diesem Gesetz zu treffen ist, oder von der Anwendbarkeit des Artikels 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder des Artikels 53 oder 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum abhängt."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sitz des Bundeskartellamts in den Zuständigkeitsbereich des AG Bonn fiel, und war nicht gesetzlich vorgesehen. Die Richtlinie 2014/104/EU und die 9. GWB-Novelle sehen dagegen eine zentrale Funktion des Gerichts vor, das für die Schadensersatzklage zuständig ist. In dieses System fügt sich ein, dass dem für die Schadensersatzklage zuständigen Zivilgericht auch die Zuständigkeit für die Frage zusteht, ob die Einordnung als Kronzeugeninformationen rechtmäßig erfolgt ist. Für die örtliche Zuständigkeit ist daher maßgeblich auf die allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen der §§ 12 ff. ZPO abzustellen und nicht auf den Sitz des Bundeskartellamts.

4. Flankierende Regelungen

Der Schutz von Kronzeugenerklärungen wird durch verschiedene Regelungen flankiert. Nach § 89d Abs. 2 GWB können Kronzeugenerklärungen, die allein durch Einsicht in die Akten einer Behörde oder eines Gerichts oder nach § 89c GWB erlangt worden sind, keinen Beweis für Tatsachen in einem Rechtsstreit über einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 33a Abs. 1 GWB erbringen. Zudem bestimmt § 89d Abs. 4 GWB, dass die zivilprozessualen Vorschriften über die Vorlage von Beweismitteln, wie etwa §§ 142, 144 ZPO, in einem Rechtsstreit über einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 33a GWB oder über einen Anspruch nach § 33g GWB nur Anwendung finden, soweit in Bezug auf das vorzulegende Beweismittel auch ein Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g GWB gegen den zur Vorlage Verpflichteten besteht, es sei denn, es besteht ein vertraglicher Anspruch auf Vorlage gegen den Verpflichteten. Ferner beschränkt § 89c Abs. 5 GWB die Akteneinsichts- und Auskunftsrechte gem. §§ 406e, 475 StPO auf die Einsichtnahme in Bußgeldbescheide. Bei einer Gesamtbetrachtung stellen diese Vorschriften sicher, dass der Schutz von Kronzeugenerklärungen sich nicht bereichsspezifisch auf die durch die 9. GWB-Novelle geschaffenen Vorschriften bezieht, sondern umfassend wirkt.[669]

669 Vgl. zur Richtlinie 2014/104/EU *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 269.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen

Die Vorschriften zum Beweismittelzugang gem. Art. 5 ff. RL 2014/104/EU wurden im deutschen Recht durch die Einführung des speziellen Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB und besonderer verfahrensrechtlicher Vorschriften in § 89b ff. GWB umgesetzt. Nachfolgend wird betrachtet, inwieweit diese Rechtsgrundlagen Geschädigten einen Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen ermöglichen.

1. Der Anspruch auf Herausgabe und Auskunftserteilung gem. § 33g Abs. 1 und Abs. 10 GWB

§ 33g Abs. 1 GWB gewährt einen Herausgabeanspruch und in Verbindung mit § 33g Abs. 10 GWB einen Anspruch auf Auskunftserteilung. An letzteren Anspruch werden durch die Verweisung gem. § 33g Abs. 10 GWB dieselben Anforderungen gestellt wie an den Herausgabeanspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB. Die nachfolgende Darstellung bezieht sich vorrangig auf den Herausgabeanspruch, da sich die Vorschriften der § 33g Abs. 1 bis Abs. 9 GWB unmittelbar auf die Herausgabe von Beweismitteln beziehen.

a) Anwendungsbereich des § 33g Abs. 1 GWB

Der Herausgabeanspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB dient der Umsetzung des Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 RL 2014/104/EU sowie des Art. 14 Abs. 1 RL 2014/104/EU ins deutsche Recht.[670] Die Vorschrift umfasst Beweismittel, die zur Erhebung einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB erforderlich sind. Der Begriff des Beweismittels i.S.d. § 33g GWB ist entsprechend der Zielsetzung der Richtlinie 2014/104/EU, Schadensersatzklagen zu fördern, nicht auf die Strengbeweismittel der ZPO beschränkt, sondern kann auch sonstige Beweismittel umfassen.[671] So kommen auch Anknüpfungstatsachen für die Schadensschätzung gem. § 287 ZPO als Beweismittel i.S.d. § 33g GWB in Betracht.[672] Zudem ist im Hinblick auf den Auskunftsanspruch gem. § 33g Abs. 1 i.V.m. § 33g Abs. 10 GWB ein weiter Anwen-

670 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 61.
671 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 254; vgl. *Fezer*, MarkenG, § 19a Rn. 25.
672 Vgl. *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 255.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dungsbereich bedeutsam. Dies ist z.B. der Fall, wenn lediglich Informationen begehrt werden und es nicht auf die Herausgabe von Dokumenten ankommt, wie etwa bei der Datengenerierung aus IT-Systemen oder der Benennung von Zeugen.[673] Dennoch zeigt sich an der Anknüpfung des Begriffs des Beweismittels der prozessbezogene Charakter des § 33g GWB.

Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind nur Beweismittel, die sich im Besitz von Wettbewerbsbehörden befinden (vgl. § 89c Abs. 5 S. 3 GWB). Die Offenlegung derartiger Beweismittel kann nur über ein gerichtliches Offenlegungsersuchen gem. § 89c GWB erfolgen. Vom Anwendungsbereich erfasst werden dagegen Informationen aus Kartellverfahren, die sich (auch) in Händen anderer Personen befinden. Bereits bestehende Kronzeugeninformationen werden somit vom Anwendungsbereich des § 33g GWB erfasst, soweit diese von den Kartellbehörden an den jeweils Berechtigten zurückgegeben wurden (vgl. §§ 94 Abs. 4, 111n, 111o StPO i.V.m. § 46 OWiG).[674]

Der Herausgabe- und Auskunftsanspruch des § 33g GWB entsteht zudem unabhängig von der Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB und ist nicht auf *Follow-on*-Klagen begrenzt.[675] Der deutsche Gesetzgeber bezweckt durch diesen weiten Anwendungsbereich – insbesondere durch die Einführung eines Offenlegungsanspruchs vor Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage – die Vergleichsbereitschaft der Parteien in drohenden Schadensersatzprozessen zu erhöhen.[676] Dennoch wird zum Teil bezweifelt, dass dieses Ziel durch die Herausgabe- und Auskunftsansprüche gem. § 33g GWB erreicht werden kann, da es die Anspruchsgegner auf ein gerichtliches Verfahren ankommen ließen, um sich auf den *passing-on*-Einwand zu berufen.[677]

Diese Kritik ist jedoch zweifelhaft. Die Möglichkeit der *passing-on-defense* bestand auch schon vor der 9. GWB-Novelle im deutschen Recht. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass durch den weiten Anwendungsbereich des Offenlegungsanspruchs die Verhandlungsposition der Geschädigten im Vergleich zur vorherigen Rechtslage gestärkt wurde und damit die Vergleichsbereitschaft der Anspruchsgegner aufgrund des höheren Prozessrisikos grundsätzlich steigt.

---

673 *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 286.
674 Kronzeugenerklärungen sind dagegen gem. § 33g Abs. 4 GWB vom Anspruch ausgeschlossen, vgl. oben § 4 C. III. 2.
675 *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 287.
676 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 61.
677 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 69 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der intertemporale Anwendungsbereich des § 33g GWB wird durch § 186 Abs. 4 GWB normiert. Nach § 186 Abs. 4 GWB sind die Vorschriften der §§ 33g, 89b bis 89e GWB nur in Rechtsstreitigkeiten anwendbar, die nach dem 26. Dezember 2016 anhängig sind. § 186 Abs. 4 GWB dient der Umsetzung des Art. 22 Abs. 2 RL 2014/104/EU, wonach prozessuale Vorschriften nicht für Schadensersatzklagen gelten sollen, die vor dem 26. Dezember 2014 erhoben wurden. Trotz dieser Regelung wird die Auffassung vertreten, dass der Anspruch gem. § 33g GWB nur auf Ansprüche Anwendung finden solle, die nach dem 26. Dezember 2016 entstanden seien.[678] Als materiell-rechtliche Vorschriften könne § 33g GWB nicht rückwirkend gelten.[679] Zudem beziehe sich der der Wortlaut des § 33g GWB nur auf den Wortlaut des § 33a GWB, der erst durch die am 9. Juli 2018 in Kraft getretene 9. GWB-Novelle eingeführt wurde.[680]

Bei der Beurteilung des Anwendungsbereichs des § 33g GWB ist aber zu beachten, dass Art. 5 ff. RL 2014/104/EU als prozessuale Vorschriften ausgestaltet sind.[681] Die Umsetzung dieser Vorschriften als materiell-rechtliche Ansprüche und nicht als verfahrensrechtliche Vorschriften ist eine deutsche Besonderheit. Sie ändert aber nicht den prozessualen Charakter der umzusetzenden Vorschriften.[682]

b) Voraussetzungen

Der Anspruch auf Herausgabe- bzw. Auskunftserteilung gem. § 33g Abs. 1 GWB (i.V.m. § 33g Abs. 10 GWB) setzt voraus, dass der Anspruchsteller den Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB glaubhaft macht, der Anspruchsgegner im Besitz der erforderlichen Beweismittel bzw. Informationen ist und der Anspruchsteller die Beweismittel so genau wie möglich bezeichnet.

678 OLG Düsseldorf 3.4.2018 – VI-W (Kart) 2/18, NZKart 2018, 228, 229 – Herausgabe von Beweismitteln; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3014; vgl. *Scherzinger*, NZKart 2016, 513, 515.

679 OLG Düsseldorf 3.4.2018 – VI-W (Kart) 2/18, NZKart 2018, 228, 229 – Herausgabe von Beweismitteln; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3014; *Scherzinger*, NZKart 2016, 513, 515.

680 OLG Düsseldorf 3.4.2018 – VI-W (Kart) 2/18, NZKart 2018, 228, 229 – Herausgabe von Beweismitteln.

681 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 253.

682 Vgl. *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 251.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs

Der Herausgabeanspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB steht demjenigen zu, der einen Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB[683] glaubhaft macht.[684] Nachfolgend werden die „Glaubhaftmachung" als materiell-rechtliches Tatbestandsmerkmal (1) und die glaubhaft zu machenden Tatsachen betrachtet (2).

(1) Glaubhaftmachung i.S.d. § 33g GWB

Im deutschen Recht ist der Begriff der Glaubhaftmachung grundsätzlich ein prozessual geprägter Terminus.[685] Er bezeichnet gem. § 294 ZPO die Begründung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines Geschehensablaufs und stellt eine Herabsenkung des Beweismaßes im Zivilprozess dar.[686] Inwieweit die Glaubhaftmachung i.S.d. § 33g GWB aufgrund ihres prozessualen Charakters als materielle Tatbestandsvoraussetzung anzusehen ist oder eine zusätzliche Voraussetzung darstellt, ist bisher nicht abschließend geklärt.[687] Weder der Referenten- noch der Regierungsentwurf konkretisieren den Begriff im Hinblick auf den materiell-rechtlichen Herausgabeanspruch des § 33g GWB.[688]

Die Verwendung des Begriffs „Glaubhaftmachung" als materiell-rechtliches Tatbestandsmerkmal ist zu Recht von Sachverständigen während des Gesetzgebungsverfahrens und in der Literatur aufgrund von zu befürch-

683 Nach § 33a Abs. 1 GWB i.V.m. § 33 Abs. 1 GWB ist derjenige schadensersatzpflichtig, der vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift „dieses Teils" oder gegen Art. 101 oder 102 AEUV verstößt.

684 *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 518; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 168.

685 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71.

686 *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 294 Rn. 1 ff.; *Saenger,* in: Saenger, ZPO, § 294 Rn. 1 ff.; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 169; *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 249.

687 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 256. Gegen die Glaubhaftmachung als materiell-rechtliche Voraussetzung *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3014; *dies*., NZKart 2016, 471, 471; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 170.

688 *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 249.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tenden Abgrenzungsschwierigkeiten kritisiert worden.[689] Gerade an diesem Tatbestandsmerkmal verdeutlichen sich die Umsetzungsschwierigkeiten des prozessual gestalteten Offenlegungsverfahrens nach Art. 5 ff. RL 2014/104/EU als materiell-rechtlichen Anspruch. Bei der Einführung des § 33g Abs. 1 GWB hat der deutsche Gesetzgeber zwar versucht, den Anforderungen der Richtlinie 2014/104/EU gerecht zu werden, indem die Vorschrift des § 33g GWB – wie von Erwägungsgrund Nr. 14 RL 2014/104/EU[690] gefordert – einen geringeren Beweismaßstab als bei Erhebung der Klage regelt. Die Verwendung des Begriffs der Glaubhaftmachung wäre jedoch aufgrund der verfahrensrechtlichen Begriffsprägung bei einer prozessrechtlichen Umsetzung des Art. 5 RL 2014/104/EU geeigneter gewesen.[691]

Als materielle Voraussetzung wirft der Begriff der Glaubhaftmachung in Bezug auf die außergerichtliche Geltendmachung des § 33g GWB indes Verständnisfragen auf.[692] In diesem Zusammenhang fehlt es schon an dem zuständigen Gericht, das über die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Tatsachen entscheidet. Aufgrund dieser terminologischen Abgrenzungsschwierigkeiten hätte es sich daher angeboten, die materiell-rechtlichen und prozessualen Anforderungen konsequenter zu trennen. Dazu wäre z.B. möglich gewesen, sich an den Begrifflichkeiten der bestehenden Auskunftsansprüchen im Immaterialgüterrecht zu orientieren und eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung im Rahmen des § 33g GWB zu fordern.[693] Der Gesetzgeber hat sich jedoch für den Begriff der Glaubhaftmachung entschieden, obwohl er sich mit den Vorschriften des Immaterialgüterrechts während des Gesetzgebungsverfahrens befasst

689 *Podszun*, Stellungnahme 9. GWB-Novelle (2017), S. 23; *Klumpe/Tiede*, NZKart 2016, 471, 471; *dies.*, BB 2016, 3011, 3016; *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 169.

690 Erwägungsgrund Nr. 14 Satz 2 RL 2014/104/EU: „Das strenge rechtliche Erfordernis, dass der Kläger zu Beginn des Verfahrens im Detail alle für seinen Fall relevanten Tatsachen behaupten und dafür genau bezeichnete einzelne Beweismittel anbieten muss, kann daher die wirksame Geltendmachung des durch den AEUV garantierten Schadensersatzanspruchs übermäßig erschweren."

691 *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 288; vgl. *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3014. Vor der 9. GWB-Novelle *Topel,* in: Wiedemann, § 50 Tz. 134.

692 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 169; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), 245, 251; für eine richtlinienkonforme Auslegung *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 288.

693 *Kersting/Preuß¸* Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU), (2015), S. 28 § 14 (1); *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 251.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hat.[694] Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber den Begriff der Glaubhaftmachung in § 33g GWB bewusst gewählt hat und dieser wie in § 294 ZPO zu verstehen ist.[695] Die Wahl des Terminus „Glaubhaftmachung" entspricht zudem den Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU, aus denen sich ein deutlicher Bezug zum Zivilprozess und insbesondere zu der Situation einer drohenden Beweisnot des Schadensersatzklägers ergibt.[696] Die Vermischung prozessualer und materiell-rechtlicher Elemente ist vor diesem Hintergrund zu würdigen und beruht auf dem Regelungszweck der Vorschrift. Dieses Verständnis ist mit Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU vereinbar, da dieser lediglich eine substantiierte Begründung und die Plausibilität des Schadensersatzanspruchs fordert und durch den unbestimmten Rechtsbegriff der Plausibilität dem nationalen Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum einräumt.

(2) Vorzutragende Tatsachen

Der Anspruchsteller hat gem. § 33g Abs. 1 S. 1 GWB einen Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB glaubhaft zu machen. Die dazu vorzutragenden Tatsachen bestimmen sich nach der Darlegungs- und Beweislast gem. § 33a GWB. Der Kläger trägt somit grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für alle anspruchsbegründenden Tatsachen, u.a. für den vorsätzlichen oder fahrlässigen Kartellverstoß, die Entstehung und die Höhe des Schadens.[697] Dabei kommen ihm verschiedene Beweiserleichterungen zugute, wie etwa die Bindungswirkung gem. § 33b GWB oder die Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB. Aufgrund dieser Beweiserleichterungen sollte derjenige, der nach § 33g GWB Auskunft oder Herausgabe begehrt, in der Regel lediglich „glaubhaft" machen, dass er kartellbefangene Produkte abgenommen oder geliefert hat.[698] Im Übrigen sollten in der Rechtspraxis nicht allzu hohe Anforderungen an den Vortrag des Klägers gestellt wer-

694 Im Zusammenhang mit § 89b Abs. 7 GWB, vgl. BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 101.
695 *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 280; für eine Auslegung entsprechend der immaterialgüterrechtlichen Beseitigungsansprüche *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 9.
696 *Preuß*, WuW 2017, 301.
697 Vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g GWB Rn. 11.
698 Vgl. BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 54.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den, da § 33g GWB gerade dazu dient, bestehende Informationslücken im Hinblick auf den Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB zu füllen.[699]

bb) Erforderlichkeit der begehrten Beweismittel

Eine weitere Voraussetzung des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB ist, dass die begehrten Beweismittel für die Erhebung eines Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB erforderlich sind. Das Merkmal der Erforderlichkeit[700] beruht auf Art. 5 RL 2014/104/EU. Ausgehend von dem Begriffsverständnis, das an anderer Stelle zum „relevanten Beweismittel" i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU entwickelt wurde,[701] sind erforderliche Beweismittel zunächst diejenigen Beweismittel, für die der jeweilige Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast trägt, die für ihn nicht zugänglich sind, für die keine Vermutungsregelung greift und die bestritten wurden. In Anlehnung an die immaterialgüterrechtlichen Auskunfts- und Besichtigungsansprüche entfällt die Erforderlichkeit, wenn das begehrte Beweismittel auf eine einfachere, zumutbare Art und Weise erlangt werden kann.[702] Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit sollte zudem berücksichtigt werden, dass zur Schadensschätzung viele verschiedene Informationen benötigt werden.[703] Der Begriff der Erforderlichkeit sollte daher grundsätzlich nicht eng ausgelegt werden.[704]

Eine Bewertung der Erforderlichkeit ist folglich nur im Einzelfall und im Hinblick auf die jeweilige Beweiswürdigung bzw. Schadensschätzung möglich. Als grundsätzlich erforderlich erachtet werden können aber die Herausgabe von Bußgeldbescheiden[705] und die Auskunft über die konkrete Kartellbetroffenheit des Geschädigten.[706] In der Literatur wird allerdings

699 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 12; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 257, wonach die Anforderungen an eine hinreichende Substantiierung nicht überspannt werden dürfen. Nach Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), Rn. 64 ist sogar kein substantiierter Vortrag im Rahmen des § 33g GWB erforderlich.

700 Schon der Umsetzungsvorschlag von *Kersting/Preuß* verwendete den Begriff der Erforderlichkeit, siehe *Kersting/Preuß,* Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), S. 28 ff. und Rn. 199.

701 Siehe oben § 4 B. III. 1 a).

702 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 254.

703 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 254.

704 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 23.

705 *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 286.

706 *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 287.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu Recht darauf hingewiesen, dass das Merkmal der Erforderlichkeit in vielen Fällen nur schwer von den Parteien selbst einzuschätzen ist und zu Rechtsstreitigkeiten führen kann.[707] Für Gerichte bietet das Merkmal allerdings die Möglichkeit, den Informationszugriff auf das im Einzelfall notwendige Maß zu begrenzen und dadurch unzulässige „Fischzüge" zu verhindern, die auf die Ausforschung der Gegenpartei zielen.

cc) Besitz des Anspruchsgegners

Der Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB setzt des Weiteren den Besitz des Anspruchsgegners an den Beweismitteln voraus. Dadurch unterscheidet sich § 33g GWB von Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU und dem in der Literatur von *Kersting/Preuß* vertretenen Umsetzungsvorschlag,[708] der auf die Verfügungsgewalt des Offenlegungsgegners über die Beweismittel abstellt.

Die Regel des § 33g GWB erstaunt auf den ersten Blick, weil der Begriff der Verfügungsgewalt im deutschen Wettbewerbsrecht bekannt ist (z.B. § 19a Abs. 1 MarkenG, § 24c Abs. 1 GebrMG, § 140c Abs. 1 PatG). Dennoch ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber auf das im Vergleich zur Verfügungsgewalt allgemeinere Institut des Besitzes abgestellt hat. Nach dem hier vertretenen Verständnis stellt der Begriff der Verfügungsgewalt i.S.d. Art. 5 RL 2014/104/EU lediglich klar, dass nicht nur der unmittelbare Besitz, sondern auch der mittelbare Besitz vom Anwendungsbereich des Offenlegungsverfahrens nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU erfasst wird.[709] Dieses Ziel wird auch durch den Begriff „Besitz" im deutschen Recht erreicht.

Soweit in der Literatur zum Teil kritisiert wird, dass die Anknüpfung an den Besitz es ermögliche, von allen Marktteilnehmern Informationen zu bestimmten Tatsachen zu fordern,[710] ist dem entgegenzuhalten, dass es dem weiten Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/104/EU und dem daraus folgenden Zweck des § 33g GWB entspricht, eine umfassende Beweisbeschaffung zu ermöglichen. Folglich können Geschädigte die Herausgabe

707 *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519.
708 *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), S. 28 und Rn. 194.
709 Siehe oben § 4 B. III. 1 a); *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 17.
710 Kritisch *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bereits bestehender Kronzeugeninformationen von jeder Person verlangen, in dessen Besitz sie sich befinden. Die Interessen unbeteiligter Dritter werden hinreichend durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. § 33g Abs. 3 GWB geschützt.

dd) Größtmögliche Bestimmtheit des Herausgabeverlangens

Der Herausgabeanspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB und der Auskunftsanspruch gem. § 33g Abs. 10 i.V.m. § 33g Abs. 1 GWB setzen ihrem Wortlaut nach des Weiteren voraus, dass die begehrten Beweismittel so genau wie möglich bezeichnet werden. Zwar stellt § 33g Abs. 1 GWB durch diesen Möglichkeitsvorbehalt im Vergleich zu § 142 ZPO geringere Bestimmtheitsanforderungen,[711] dennoch bleibt die Vorschrift des § 33g GWB hinter den Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU zurück, da sie den Begriff der Beweismittelkategorie nicht ausdrücklich aufnimmt.[712] Die Vorschrift ist aber richtlinienkonform dahin auszulegen, dass auch Beweismittelkategorien von der Vorschrift erfasst sind.[713] Zwar muss sich nach der Regierungsbegründung aus dem Antrag eindeutig ergeben, welche Beweismittel herauszugeben sind.[714] Diese Ausführungen sind aber als Hinweis auf das zwangsvollstreckungsrechtliche Bestimmtheitsgebot zu verstehen, welches auch bei der Durchsetzung von Herausgabeklagen gem. § 33g GWB zu beachten ist.[715] Eine Benachteiligung des Klägers ist durch die Anforderungen nicht zu befürchten, da ihm für den Fall, dass er die Bestimmtheitsanforderungen nicht erfüllen kann, die Möglichkeit bleibt, sich auf den Auskunftsanspruch gem. § 33g Abs. 10 GWB zu berufen.

Wie der deutsche Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzesentwurfes ausführt, soll die Auskunftserteilung entsprechend des Substantiierungsgrades erfolgen.[716] Bei wenig substantiierten Vorträgen habe wenigstens

711 Vgl. *Kreße*, WRP 2016, 567, 572 f.; *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 249.
712 *Kersting/Preuß,* Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), S. 28, hingegen haben den Begriff der Beweismittelkategorie in ihren Vorschlag aufgenommen.
713 So *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 289; vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 25.
714 BReg, Gesetzesentwurf, BT-DRs. 18/10207, S. 62.
715 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 258; *Kersting/Preuß,* Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Rn. 211.
716 Vgl. BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 62.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine Art „Grundauskunft“[717] zu erfolgen. Was unter einer derartigen Auskunft zu verstehen ist, wird nicht ausgeführt. Da die Auskunft ein Minus zur Herausgabe der Beweismittel darstellt, kann sie inhaltlich nicht der Herausgabe der Beweismittel entsprechen.

ee) Kein Ausschluss gem. § 33g Abs. 3 und Abs. 5 GWB

Im Gegensatz zu Kronzeugenerklärungen werden bereits bestehende Kronzeugeninformationen nicht absolut vor einer Herausgabe oder Auskunftserteilung gem. § 33g Abs. 4 GWB geschützt. Ein Schutz dieser Informationen kommt allein bei Vorliegen der Ausschlusstatbestände des § 33g Abs. 3 und Abs. 5 GWB in Betracht, die nachfolgend dargestellt werden.

(1) Ausschluss wegen Unverhältnismäßigkeit gem. § 33g Abs. 3 GWB

Der Anspruch auf Herausgabe der Beweismittel gem. § 33g Abs. 1 GWB ist ausgeschlossen, wenn die Herausgabe der Beweismittel bzw. die Auskunftserteilung unverhältnismäßig i.S.d. § 33g Abs. 3 S. 1 GWB ist. Wie der Wortlaut des § 33g Abs. 3 S. 1 GWB und ein Vergleich mit der Regelungssystematik der immaterialgüterrechtlichen Ansprüche[718] zeigen, ist im Regelfall von der Verhältnismäßigkeit des Herausgabe- bzw. Auskunftsbegehrens auszugehen.[719] Die Verhältnismäßigkeitsprüfung richtet sich nach der Generalklausel des § 33g Abs. 3 S. 1 GWB sowie den Regelbeispielen des § 33g Abs. 3 S. 2 GWB, die nachfolgend näher betrachtet werden. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass die Auskunftserteilung gegenüber der Herausgabe der Beweismittel unter Umständen das mildere Mittel darstellen kann.[720] § 33g Abs. 3 S. 3 GWB stellt des Weiteren klar, dass das Interesse, Schadensersatzforderungen zu vermeiden bzw. zu verhindern, nicht schützenswert ist. Auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zeigt sich der prozessbezogene Charakter des

717 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 174.
718 Wie § 19a Abs. 2 MarkenG oder § 140c Abs. 2 PatentG verwendet § 33g GWB den Wortlaut „[…] ausgeschlossen, wenn […] unverhältnismäßig ist.“
719 *Kersting/Preuß,* Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Rn. 200.
720 Vgl. BDI, Stellungnahme zur neunten GWB-Novelle (2017), S. 27.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 33g GWB anhand der vom Gesetzgeber gewählten Abwägungskriterien, die auf prozessuale Aspekte abstellen.

(a) Substantiierung des Antrags mit zugänglichen Beweismitteln gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB

Nach § 33g Abs. 3 Nr. 1 GWB ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, in welchem Umfang der Antrag auf zugängliche Informationen und Beweismittel gestützt wird. Das Regelbeispiel dient der Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 lit. a) RL 2014/104/EU.[721] Nach der Gesetzesbegründung soll das Regelbeispiel des § 33g Abs. 3 Nr. 1 GWB gewährleisten, dass die Herausgabe von Beweismitteln bzw. die Erteilung von Auskünften nicht über das Maß hinausgeht, „das zur Erforschung des Verstoßes und der Ermittlung des Schadens zwingend“[722] notwendig ist. Zumindest in den Fällen, in denen eine Bußgeldentscheidung oder ein kartellgerichtliches Urteil ergangen ist und der Anspruchsteller seine eigene Betroffenheit nachweisen kann, soll der „Umfang und der Detailgrad der Auskunft oder der herauszugebenden Beweismittel größer“[723] sein als in solchen Fällen, in denen die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB nur grob glaubhaft gemacht werden können. Der Anspruchsumfang ist dadurch umso geringer, desto weniger substantiiert der Vortrag des Anspruchsinhabers ist.[724]

Für das deutsche Recht birgt dieses Abwägungskriterium folglich das Risiko, dass zu hohe Anforderungen an den Antrag des Offenlegungspetenten gestellt werden. Das gesetzlich vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis der Verhältnismäßigkeit könnte dadurch unterlaufen und der Informationszugang übermäßig erschwert werden.

(b) Umfang der begehrten Beweismittel und der entstehenden Kosten gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB

Nach § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Umfang der Beweismittel und die Kosten der Herausgabe zu be-

721 Vgl. § 4 B. III. 1. c) cc).
722 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 62.
723 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 62.
724 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rücksichtigen. Das Regelbeispiel dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. b) RL 2014/104/EU, der bereits an anderer Stelle erläutert wurde. An dieser Stelle soll nur darauf hingewiesen werden, dass durch die exemplarische Nennung im Wortlaut des § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB („insbesondere") dem Kostenaspekt eine besondere Bedeutung zukommen soll, wenn die Herausgabe von Beweismitteln von Dritten begehrt wird. Dies entspricht allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen, da der Dritte als Unbeteiligter grundsätzlich schutzwürdiger ist als die beklagten Kartellmitglieder als Delinquenten. In der Literatur wird das Regelbeispiel vereinzelt als widersinnig angesehen, da § 33g Abs. 7 GWB dem zur Offenlegung Verpflichteten einen Aufwendungsersatzanspruch gewähre.[725]

Dagegen spricht aber zum einen, dass das Regelbeispiel der Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 S. 2 lit. b) RL 2014/104/EU dient, während der Aufwendungsersatzanspruch über die Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU hinausgeht.[726] Zum anderen stellt der Gesichtspunkt der Kosten einen grundsätzlich relevanten Aspekt im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Schadensersatzklagen dar, der grundsätzlich zu berücksichtigen ist, unabhängig davon, ob der Aufwendungsersatz gem. § 33g Abs. 7 GWB geltend gemacht wird oder nicht.

(c) Berücksichtigung des zivilprozessualen Ausforschungsverbots gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB

Das Regelbeispiel des § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB beschränkt den Umfang der Herausgabe bzw. der Auskunft, indem die Ausforschung von Tatsachen ausgeschlossen wird, die nicht zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB bzw. für eine Verteidigung gegen einen solchen Schadensersatzanspruch erforderlich sind. An diesem Regelbeispiel werden ebenfalls die Schwierigkeiten der materiell-rechtlichen Ausgestaltung der Richtlinie 2014/104/EU im deutschen Recht sichtbar. Auch hier werden prozessrechtliche und materiell-rechtliche Elemente vermischt. Die Berücksichtigung des prozessualen Ausforschungsverbots im Rahmen der materiell-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt somit grundsätzlich nur bei prozessualer Geltendmachung des Anspruchs gem. § 33g GWB in Betracht.

725 *Petrasincu*, WuW 2016, 330, 333.
726 Vgl. *Bornkamm/Tolkmitt,* in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(d) Bindungswirkung von Entscheidungen gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GWB

Gemäß § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GWB ist bei der Abwägung als weiteres Kriterium die Bindungswirkung gem. § 33b GWB zu berücksichtigen. Nach der Gesetzesbegründung soll dieses Regelbeispiel gewährleisten, dass nach einer kartellbehördlichen oder kartellgerichtlichen Feststellung die Herausgabe von Beweismitteln bzw. die Erteilung von Auskünften, die ausschließlich dem Nachweis des Kartellrechtsverstoßes dienen, grundsätzlich nicht mehr möglich ist.[727] Das Regelbeispiel beruht nicht auf der Richtlinie 2014/104/EU und hat einen klarstellenden Charakter. Schon aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip folgt, dass der Anspruchsteller nicht die Herausgabe von Beweismitteln bzw. die Erteilung von Auskünften verlangen kann, die er schon besitzt oder die auf einem milderen, gleich effektiven Weg verfügbar sind. Die Vorschrift soll somit nicht gerechtfertigte Herausgabeverlangen verhindern und dient der Verfahrensökonomie. In diesem Zusammenhang ist aber zu berücksichtigen, dass sich aus der kartellrechtlichen Entscheidung grundsätzlich keine Informationen zum Umfang des konkreten, individuellen Schadens entnehmen lässt und der Zugriff auf weitere Beweismittel für den Anspruchssteller in der Regel erforderlich sein wird.[728]

(e) Wirksamkeit der öffentlichen Kartellverfolgung gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB

Nach § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung insbesondere die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung zu berücksichtigen. Die Vorschrift geht über die Regelbeispiele des Art. 5 Abs. 3 S. 2 RL 2014/104/EU hinaus. Die Richtlinie 2014/104/EU sieht eine grundsätzliche Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an einer wirksamen Kartellverfolgung nur bei Offenlegungsanordnungen gegenüber Wettbewerbsbehörden vor, aber nicht im Rahmen des Offenlegungsverfahrens zwischen Privatpersonen (vgl. Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU).[729]

Die Gesetzesbegründung stützt die Einführung des § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB darauf, dass erhöhte Anforderungen an den Vortrag des An-

727 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 62.
728 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 35.
729 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB § 33g Rn. 46.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spruchstellers zu stellen seien, wenn die Herausgabe oder die Auskunft Informationen bzw. Dokumente betreffe, die in einem besonderen sachlichen Zusammenhang zu einer Kronzeugenerklärung stehen.[730] In diesem Fall müsse der Anspruchsteller konkret darlegen, dass die Informationen zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB erforderlich seien.[731] Diese Ausführungen entsprechen den Forderungen des Bundeskartellamts, einen weitreichenden Schutz auch für Beweismittel zu gewährleisten, die nicht nach § 33g Abs. 4 und Abs. 5 GWB von der Herausgabe bzw. einer Auskunft ausgeschlossen sind, aber im engen zeitlichen Zusammenhang mit den Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen eingereicht werden und als besonders schutzwürdig anzusehen seien. Zur Begründung führt das Bundeskartellamt aus, dass dies dem Schutz der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung diene, da es hierfür auf „aussagekräftige" Beweismittel angewiesen sei.[732]

Das Regelbeispiel wird aber als deplatziert angesehen.[733] Die Vorschrift erschwert den Beweismittelzugang und ist dadurch im Hinblick auf die Mindestanforderungen der Richtlinie 2014/104/EU zweifelhaft.[734] Darüber hinaus ist die Erforderlichkeit des Kriteriums fraglich, da die Kronzeugenerklärungen sämtlicher Kronzeugen geschützt sind und zumindest der erste Kronzeuge im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung privilegiert wird.[735] Der Kronzeugenschutz sollte nicht zu Lasten von Geschädigten durch die Hintertür der Verhältnismäßigkeit erweitert werden. Vor diesem Hintergrund ist das Regelbeispiel des § 33 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB bedenklich.[736]

730 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 63 und S. 64.
731 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 64; BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf (2017), S. 25.
732 BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf (2017), S. 25.
733 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71.
734 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71; *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 287; vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), S. 23.
735 Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), S. 23.
736 Vgl. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 281; *Bornkamm/Tolkmitt*, Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 46, weisen darauf hin, dass das Regelbeispiel „mit äußerster Zurückhaltung" angewendet werden sollte.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(f) Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und vertraulichen Informationen gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB

Als weiteres Kriterium ist gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, inwieweit die begehrten Informationen oder Beweismittel Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse oder sonstige vertrauliche Informationen darstellen und ob Vorkehrungen zum Schutz dieser Informationen bzw. Beweismittel bestehen. Wie Art. 5 Abs. 3 S. 2 lit. c) RL 2014/104/EU, dessen Umsetzung das Regelbeispiel anstrebt, dient auch § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB einem sachgerechten Interessenausgleich zwischen dem Informationsinteresse des Anspruchstellers und den schutzwürdigen Interessen des Anspruchsgegners.

In diesem Zusammenhang weist die Begründung des Gesetzesentwurfs in ihren Ausführungen zu § 89b Abs. 6 GWB darauf hin, dass Informationen, die älter als 5 Jahre sind, in der Regel nicht schutzwürdig seien.[737] Dies ist bei *Follow-on*-Klagen zumindest für bereits bestehende Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission aufgrund der langen Verfahrensdauer in der Regel der Fall.[738] Es ist daher in der Regel davon auszugehen, dass ihre Offenlegung in der Regel verhältnismäßig ist. Aber auch die Offenlegung von Kronzeugeninformationen, die als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse anzusehen sind, ist nicht in jedem Fall unverhältnismäßig. Dies ergibt sich aus einer systematischen Betrachtung des § 33g und § 89b GWB. Nach § 89b Abs. 6[739] und Abs. 7 GWB[740] kann das zuständige Gericht die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen an-

737 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 101.

738 Vgl. *Hüschelrath*, in: Hüschelrath/Schweitzer, Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe (2014), S. 9, 31, der von einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von 4,2 Jahren für die Jahre 2000-2011 ausgeht.

739 § 89b Abs. 6 GWB lautet:
„Auf Antrag kann das Gericht nach Anhörung der Betroffenen durch Beschluss die Offenlegung von Beweismitteln oder die Erteilung von Auskünften anordnen, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen verlangt wird oder deren Offenlegung beziehungsweise Erteilung nach § 33g Absatz 6 verweigert wird, soweit
1. es diese für die Durchsetzung eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder die Verteidigung gegen diesen Anspruch als sachdienlich erachtet und
2. nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das Interesse des Anspruchstellers an der Offenlegung das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt.
Der Beschluss ist zu begründen. Gegen den Beschluss findet sofortige Beschwerde statt."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ordnen, wenn ihre Offenlegung sachdienlich und ihr Schutz gewährleistet ist. Eine Unverhältnismäßigkeit ist daher letztlich nur dann anzunehmen, wenn der Geheimnischarakter durch die Schutzanordnungen nicht mehr oder nur mit sehr großem Aufwand aufrechterhalten werden kann.[741]

Sonstige vertrauliche Informationen liegen vor, wenn die Informationen von Personen stammen, die gesetzlich zur Geheimhaltung von Geheimnissen verpflichtet sind (insbesondere Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater) oder denen als Geistliche oder Journalisten ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 ZPO) zusteht.[742]

(2) Ausschluss von Informationen und Dokumenten aus laufenden Verfahren gem. § 33g Abs. 5 GWB

Einen weiteren Ausschlusstatbestand regelt § 33g Abs. 5 GWB. Danach ist der Anspruch auf Herausgabe bzw. Auskunftserteilung bis zum Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens gegen alle Beteiligten in Bezug auf bestimmte Informationen und Dokumente ausgeschlossen, die eigens für die oder von der Wettbewerbsbehörde erstellt wurden. Die Vorschrift des § 33g Abs. 5 GWB setzt Art. 6 Abs. 5 RL 2014/104/EU um und entspricht diesem bis auf wenige Änderungen. Anders als Art. 6 Abs. 5 RL 2014/104/EU nennt § 33g Abs. 5 GWB den Erlass der wettbehördlichen Entscheidung nicht exemplarisch als Beendigung des Kartellverfahrens. Der Gesetzesbegründung zufolge ist das wettbewerbsbehördliche Verfahren im deutschen Recht bei Einstellung des Verfahrens, durch Erlass eines Bußgeldbescheides oder bei Erlass einer anderen verfahrensbeendenden Entscheidung abgeschlossen.[743] Ein weiterer Unterschied zur Richtli-

740 § 89b Abs. 7 GWB lautet:
„Das Gericht trifft die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen zu gewährleisten."

741 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 64 f.; *Preuß,* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 265 f.

742 Vgl. BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 63.

743 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 63; *Bornkamm/Tolkmitt,* in: Langen/Bunte, § 33g GWB stellen hingegen auf die Rechtskraft bzw. die Bestandskraft der Entscheidung oder die vollständige Einstellung des Verfahrens ab.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nie 2014/104/EU ist, dass § 33g Abs. 5 GWB solange gilt, bis das Kartellverfahren gegen alle Beteiligten beendet ist.[744]

c) Rechtsfolge: Herausgabe der erforderlichen Beweismittel bzw. Auskunftserteilung

Liegen die vorstehend genannten Voraussetzungen vor, besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Herausgabe der Beweismittel, die „für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 33a Absatz 1 erforderlich sind" (vgl. § 33g Abs. 1 GWB). Die Herausgabe von Beweismitteln an den Anspruchsgegner stellt im deutschen Recht eine Besonderheit dar. Andere Informationsbeschaffungsansprüche, wie etwa §§ 809, 810 BGB oder § 87c HGB, sehen grundsätzlich nur die Einsichtnahme vor.[745] Die Begründung zum Gesetzesentwurf relativiert jedoch den Umfang des Anspruchs dahingehend, dass der Herausgabeanspruch in der Regel durch die Übergabe von Abschriften oder elektronischen Kopien erfüllt werde.[746] Soweit im Rechtsstreit die Vorlage von Originalurkunden erforderlich ist, kann das Gericht aber die Vorlage der entsprechenden Beweismittel anordnen.[747] Dies gilt auch für bereits bestehende Kronzeugeninformationen.

d) Verweigerungsrecht gem. § 33g Abs. 6 GWB und Freigabeverfahren nach § 89b Abs. 6 und Abs. 7 GWB

Wenn der Anspruch auf Herausgabe- und Auskunftserteilung gem. § 33g GWB vorliegt, besteht für den Anspruchsgegner die Möglichkeit, sich auf ein Verweigerungsrecht aus § 33g Abs. 6 GWB zu berufen.[748] Diese Verweigerungsrechte schützen jedoch nicht absolut vor einer Offenlegung. Nach § 89b Abs. 6 GWB kann das Gericht die Freigabe der Beweismittel durch verweigerungsberechtigte Personen anordnen. In diesem Zusammenhang ist auch der Erlass gerichtlicher Schutzanordnungen gem. § 89b Abs. 7 GWB möglich. Das Zusammenspiel von Verweigerungsrecht

744 *Gussone*, WuW 2016, 393; für die Richtlinie 2014/104/EU *Wagner-von Papp,* Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.B.iii.
745 *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472.
746 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 62; *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 286.
747 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 62.
748 *Preuß,* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 265.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und gerichtlicher Offenlegungsanordnung, das nachfolgend betrachtet wird, bietet die Möglichkeit, einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem Informationsinteresse und den Geheimhaltungsinteressen zu schaffen.[749]

aa) Verweigerungsrechte gem. § 33g Abs. 6 GWB

§ 33g Abs. 6 GWB differenziert zwischen Verweigerungsrechten aus persönlichen Gründen und aus sachlichen Gründen. Aus sachlichen Gründen sieht § 33g Abs. 6 GWB nur den Schutz von Kunst- und Gewerbegeheimnissen i.S.d. § 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO vor, der auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse umfasst.[750] Soweit bereits bestehende Kronzeugeninformationen wirtschaftliche Informationen darstellen, kommt daher die Anwendung eines Verweigerungsrechts in Betracht. Die Verweigerungsrechte aus persönlichen Gründen richten sich nach § 383 Abs. 1 Nr. 4 bis 6 GWB. Das Verweigerungsrecht von Rechtsanwälten gem. § 33g Abs. 6 GWB i.V.m. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO ist für die Rechtspraxis von besonderer Bedeutung, da insbesondere bei *Follow-on*-Klagen häufig Rechtsanwälte und Syndikusanwälte auf Seiten der Kartellbeteiligten tätig sind, sowohl in den vorgelagerten Kartellverfahren als auch in den nachgelagerten Schadensersatzverfahren.[751]

Die Verweigerungsrechte gem. § 33g Abs. 6 GWB führen jedoch nicht zu einem umfassenden Offenlegungsschutz. Nach § 89b Abs. 6 S. 1 GWB kann das Gericht auf Antrag einer Partei durch Beschluss die Offenlegung von Beweismitteln oder die Erteilung von Auskünften anordnen, wenn die Freigabe der Informationen sachdienlich ist (Nr. 1) und das Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse überwiegt (Nr. 2). Gegenstand des Freigabeverfahrens gem. § 89b GWB ist somit nicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Verweigerungsrechts nach § 33g Abs. 6 GWB, sondern inwieweit das Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse und das bestehende Verweigerungsrecht überwiegt.[752] Die Verweigerungsrechte aus persönlichen Gründen wurden im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens vom Anwendungsbereich des § 89b Abs. 6 GWB ausgenommen (vgl. § 33g

749 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 65; vgl. *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 249.

750 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 58; *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 70.

751 Vgl. *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 266.

752 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 268.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 6 S. 3 und S. 4 GWB).[753] Das Freigabeverfahren findet somit letztlich nur Anwendung, wenn das Verweigerungsrecht auf § 384 Nr. 3 ZPO beruht, d.h. auf einem Kunst- und Gewerbegeheimnis.[754]

In zeitlicher Hinsicht wird der Anwendungsbereich des Freigabeverfahrens gem. § 89b Abs. 6 GWB im Gegensatz zum Prüfverfahren gem. § 33g Abs. 4 GWB nicht ausdrücklich durch die Rechtshängigkeit begrenzt. Dennoch ist die Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB oder auf Herausgabe bzw. Auskunftserteilung gem. § 33g GWB als Voraussetzung zu fordern. Hierfür spricht vor allem der prozessbezogene Wortlaut („sachdienlich").[755] Durch die Verpflichtung zur Freigabe darf zudem nicht die prozessuale Durchsetzung des Herausgabeanspruchs gem. § 33g GWB unterlaufen werden. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass § 89b GWB prozessuale Sondervorschriften für die Durchsetzung des § 33g GWB bestimmt. Folglich ist ein Freigabeverfahren gem. § 89b Abs. 6 GWB nur bei Rechtshängigkeit einer kartellrechtlichen Schadensersatz- oder Herausgabeklage möglich.[756]

bb) Der Schutz vertraulicher Informationen gem. § 89b Abs. 7 GWB

Für den Fall, dass dem Offenlegungsgegner ein Verweigerungsrecht gem. § 33g Abs. 6 GWB zusteht, kann das zuständige Gericht gem. § 89b Abs. 7 GWB im Einzelfall besondere Anordnungen zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie anderer vertraulicher Informationen treffen. Nach der Begründung zum Gesetzesentwurf sollen sich die Schutzmaßnahmen an der zum Immaterialgüterrecht etablierten Rechtspraxis orientieren, welche die Weitergabe der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse auf einen beschränkten Personenkreis begrenzt.[757]

Im Immaterialgüterrecht haben sich insbesondere bei der Durchsetzung des Auskunftsanspruchs gem. § 101a UrhG und für die Sicherung von immaterialgüterrechtlichen Ansprüchen im Wege des einstweiligen Rechts-

753 Ausschuss für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/11446, S. 28 f.; *Preuß,* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 268; *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 250; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 59, gehen auch von einer Anwendung auf das Bankgeheimnis aus.

754 *Preuß,* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 268.

755 A.A. hinsichtlich des Wortlauts *Preuß,* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 273.

756 I.E. auch *Preuß,* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 273 f.

757 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 102.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schutzes besondere Vorgehensweisen entwickelt, um das in diesem Zusammenhang bestehende Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz und Informationsinteresse aufzulösen.[758] Nach § 101a Abs. 1 S. 1 UrhG[759] steht dem Inhaber eines Urheberrechts zur Prüfung von Schadensersatzansprüchen ein Auskunftsanspruch gegen denjenigen zu, der vermeintlich sein Urheberrecht verletzt. Zum Schutz von vertraulichen Informationen kann das Gericht gem. § 101a Abs. 1 S. 3 UrhG erforderliche Maßnahmen treffen. In der Rechtspraxis hat sich daraus entwickelt, dass nur Rechts- oder Patentanwälte oder andere Dritte, die gegenüber den Parteien und anderen Personen zur Verschwiegenheit verpflichtet werden, Einsicht in die relevanten Unterlagen nehmen dürfen.[760] Dies erscheint auch für kartellrechtliche Schadensersatzverfahren als eine umsetzbare Vorgehensweise. Bereits bestehende Kronzeugeninformationen, die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse darstellen, könnten daher in Zukunft unter ähnlichen Voraussetzungen in Prozessen offenzulegen sein.[761]

Etwas anderes sollte jedoch für den einstweiligen Rechtsschutz gelten. Zwar hat die Rechtsprechung mit dem sog. „Düsseldorfer Verfahren" eine besondere Vorgehensweise im Immaterialgüterrecht entwickelt, nach welcher der Geheimnischarakter sensibler Informationen im einstweiligen Rechtsschutz dadurch gewährleistet wird, dass zunächst eine Offenlegung gegenüber einem Sachverständigen erfolgt und in einem weiteren Schritt – ggf. unter Auflagen – das Sachverständigengutachten an den Antragsteller und seine Anwälte übermittelt wird.[762] Die kartellrechtliche Interessenlage unterscheidet sich aber von der Interessenlage im Immaterialgüterrecht

---

758 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 174.

759 § 101a Abs. 1 UrhG lautet: „Wer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache in Anspruch genommen werden, die sich in seiner Verfügungsgewalt befindet, wenn dies zur Begründung von dessen Ansprüchen erforderlich ist. Besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung, erstreckt sich der Anspruch auch auf die Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen. Soweit der vermeintliche Verletzter geltend macht, dass es sich um vertrauliche Informationen handelt, trifft das Gericht die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten.".

760 BGH 2.5.2002 – I ZR 45/01, GRUR 2002, 1046, 1049; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 174.

761 Vgl. *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 289 f.

762 *Sanner,* Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 289ff.; grundlegend zur Vorgehensweise *Kühne*, GRUR 2005, 185, 187 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deutlich. Insbesondere besteht kein vergleichbares Sicherungsbedürfnis.[763] Anders als im Immaterialgüterrecht liegt das schädigende Ereignis bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen in der Vergangenheit, so dass kein weiterer (zukünftiger) Schaden mehr zu befürchten ist. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes nur entbehrlich ist, wenn die Herausgabe von Bußgeldbescheiden begehrt wird (vgl. § 89b Abs. 5 GWB). Diese gesetzgeberische Wertung darf nicht unterlaufen werden. Im Ergebnis ist daher die Praxis aus dem Immaterialgüterrecht nicht unmittelbar auf das Kartellrecht übertragbar.[764]

e) Modifikation zivilprozessualer Vorschriften durch § 89b GWB

Die Vorschriften der §§ 87 ff. GWB treffen besondere verfahrensrechtliche Bestimmungen für „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten"[765] und modifizieren die allgemeinen Vorschriften des Zivilprozessrechts. Im Hinblick auf den Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen erlangt insbesondere § 89b GWB Bedeutung, wenn der Anspruch auf Herausgabe bzw. Auskunftserteilung gem. § 33g GWB gerichtlich durchgesetzt wird.

aa) Anordnung der Urkundenvorlage im Schadensersatzprozess gem. § 89b Abs. 1 und Abs. 2 GWB i.V.m. § 142 ZPO

§ 89b Abs. 1 GWB erweitert den Anwendungsbereich des § 142 ZPO[766] auf Auskunftserteilung gem. § 33g Abs. 1 i.V.m. Abs. 10 GWB. § 89b Abs. 2 GWB regelt ergänzend, dass sich die Zumutbarkeitsprüfung i.S.d. § 142 Abs. 2 ZPO[767] nach den Vorschriften der § 33g Abs. 3 bis 6 GWB richtet. Zudem ist gem. § 89d Abs. 4 GWB eine Vorlageanordnung gem. § 142 ZPO nur möglich, soweit in Bezug auf die vorzulegende Urkunde oder den vorzulegenden Gegenstand gleichzeitig

763 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89b Rn. 52; vgl. *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 295 f.
764 Vgl. *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 289 f.
765 Die Überschrift des dritten Teils, Kapitel 4 des GWB lautet: „Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten".
766 § 142 ZPO erfasst seinem Wortlaut zufolge nur die Herausgabe von Urkunden.
767 Bei einer Anordnung gegenüber einem Dritten ist dieser gem. § 142 Abs. 2 ZPO nicht zur Vorlage verpflichtet, wenn ihm die Vorlage nicht zumutbar ist oder er zur Zeugnisverweigerung gemäß den §§ 383 bis 385 ZPO berechtigt ist.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch ein Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g GWB oder ein vertraglicher Anspruch gegen den zur Vorlage Verpflichteten besteht.

Die Vorschrift des § 89b GWB hat in der Literatur zum Teil zu „Stirnrunzeln“[768] geführt und wurde als redaktionelles Versehen erachtet.[769] Dieser Ansicht zufolge hätte sich eher eine Vorlage von Urkunden gem. §§ 422 ff. ZPO für die Durchsetzung des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB angeboten, da § 422 ZPO im Gegensatz zu § 142 ZPO das Bestehen eines materiell-rechtlichen Anspruchs erfordere.[770]

Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob eine Verweisung auf § 422 ZPO zur Durchsetzung des § 33g GWB geeigneter gewesen wäre als die Verweisung des § 89b GWB auf § 142 ZPO. Nach seinem Wortlaut gilt nämlich § 422 ZPO[771] nur für Herausgabe- und Besichtigungsansprüche, nicht jedoch für Ansprüche auf Auskunftserteilung. Zudem ist § 89b GWB vor dem Hintergrund der Richtlinie 2014/104/EU und des prozessbezogenen Charakters des § 33g GWB zu würdigen.[772] Als prozessuale Herausgabe- und Auskunftspflicht im materiell-rechtlichen Gewand steht § 33g GWB dem Verfahrensrecht deutlich näher als dem materiellen Recht. Diese Besonderheit kommt auch in der Wahl des § 142 ZPO als verfahrensrechtliche Anknüpfung für den Herausgabe- und Auskunftsanspruch zum Ausdruck. Ein Vorteil der Anknüpfung an § 142 ZPO ist zudem, dass die Zumutbarkeitsprüfung gem. § 142 Abs. 2 ZPO eine Möglichkeit bietet, die Ausschlusstatbestände des § 33g Abs. 3 bis 5 GWB in das gerichtliche Verfahren zu integrieren. Wie die Begründung zum Gesetzesentwurf ausführt, soll der Verweis auf § 142 Abs. 2 ZPO gesonderte Rechtsstreitigkeiten über den Anspruch gem. § 33g ZPO vermeiden.[773] Dies entlastet insbesondere Dritte, da es ihr Kostenrisiko verringert.[774]

---

768 So *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472.
769 *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472.
770 *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 171.
771 § 422 ZPO lautet: „Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann.“
772 Vgl. auch *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89b Rn. 5.
773 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 101.
774 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 101.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Zwischenurteil gem. § 89b Abs. 3 GWB

Nach § 89b Abs. 3 S. 1 GWB kann das Gericht durch ein Zwischenurteil über den Anspruch gem. § 33g GWB entscheiden, wenn dieser in einem Prozess über einen Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB erhoben wird. In der Literatur wird an dieser Vorschrift kritisiert, dass sie nicht der dogmatischen Natur eines Zwischenurteils entspricht.[775] Diese Ansicht weist darauf hin, dass ein Zwischenurteil gem. § 303 ZPO seiner Natur nach ein Feststellungsurteil sei. Es entscheide über einzelne prozessuale Fragen, nicht jedoch über materielle Ansprüche.[776] Auch ein Zwischenurteil i.S.d. § 304 ZPO komme nicht in Betracht, da es sich bei § 33g GWB im Verhältnis zu § 33a GWB um einen selbstständigen Anspruch handele und nicht um eine anspruchsbegründende Tatsache.[777]

Der Kritik ist zuzustimmen. Dies gilt auch, wenn anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber mit § 89b Abs. 3 GWB einen Gleichlauf zu den Vorschriften der §§ 142, 422, 423 ZPO schaffen wollte, die bei Streit über die Vorlagepflicht ein Zwischenurteil vorsehen.[778] Diese Beweggründe lösen jedoch nicht die durch die Vorschrift des § 89b Abs. 3 GWB verursachten Widersprüche. Sie zeigen vielmehr, dass eine prozessual-materiell-rechtliche Mischform, wie der Herausgabe- und Auskunftsanspruch des § 33g GWB, dem deutschen Recht (bisher) fremd ist.

cc) Aussetzung des Verfahrens gem. § 89b Abs. 4 GWB

Auch die Befugnis des Gerichts, das Verfahren gem. § 89b Abs. 4 GWB auszusetzen, wirft Fragen auf. Die Begründung des Gesetzesentwurfs führt zu § 89b Abs. 4 GWB aus, die Vorschrift stelle sicher, dass „nicht über den Rechtsstreit entschieden wird, bevor die Auskunft, die den Rechtsstreit beeinflussen soll, erteilt bzw. das Beweismittel herausgegeben ist."[779] Einem derartigen Zweck dient jedoch nicht die Verfahrensaussetzung gem.

775 *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 171.
776 *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472; vgl. *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 303 Rn. 1.
777 *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472.
778 *Musielak*, in: MüKo ZPO, § 303 Rn. 3; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 288.
779 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 101.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 148 ZPO[780], die eine Vorgreiflichkeit des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses voraussetzt.[781] Um das in der Begründung zum Gesetzesentwurf angestrebte Ziel zu erreichen, wäre es vorzugswürdig gewesen, sich auf das Ruhen des Verfahrens gem. § 251 ZPO zu beziehen.[782]

dd) Anordnung einer einstweiligen Verfügung gem. § 89b Abs. 5 GWB

Die Vorschrift des § 89b Abs. 5 GWB erhielt in den letzten Zügen des Gesetzgebungsverfahrens ihre jetzige Fassung.[783] Zuvor war der Regierungsentwurf, der noch die Herausgabe aller von § 33g GWB-E erfassten Beweismittel bzw. die Auskunftserteilung ohne Darlegung und Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes vorsah,[784] durch Sachverständige und in der Literatur zu Recht stark kritisiert worden. Während der Regierungsentwurf mit der Einführung eines *discovery*-Verfahrens teilweise gleichgesetzt wurde,[785] sahen andere in dem Regelungsvorschlag einen Widerspruch zu den Grundsätzen des einstweiligen Rechtsschutzes.[786] Des Weiteren wurde kritisiert, die Vorschrift verletze den Grundsatz der Waffengleichheit, indem die Erleichterungen nur für den Anspruchsteller gem. § 33g GWB gelten, nicht jedoch für den Anspruchsgegner.[787]

---

780 § 148 ZPO lautet: „Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei."

781 *Stadler,* in: Musielak/Voit, ZPO, § 148 Rn. 5; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 172; *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 251.

782 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 172.

783 Vgl. Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Beschlussempfehlung, BT-Drs. 11446, S. 10 und 32.

784 Vgl. dazu BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 31 und S. 101.

785 *Podszun*, Stellungnahme 9. GWB-Novelle (2017), S. 23; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3016; *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 69.

786 BDI, Stellungnahme zur neunten GWB-Novelle (2017), S. 28 f.; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 286 f.; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 473; *dies.*, BB 2016, 3011, 3016; *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 520.

787 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 70; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 172.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Kritik an § 89b GWB-E ist zuzustimmen. Der einstweilige Rechtsschutz dient grundsätzlich der Sicherung von Ansprüchen und nicht der schnellen Schaffung von vollstreckbaren Titeln in der Hauptsache.[788] Auch wenn für besondere Konstellationen auf die Glaubhaftmachung der Dringlichkeit gesetzlich verzichtet wird (z.B. § 12 UWG), muss dies aufgrund des Ausnahmecharakters der Vorwegnahme der Hauptsache auf Konstellationen beschränkt bleiben, in denen selbst die Darlegung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit zu nicht reversiblen Schäden führt.[789] Dies ist bei kartellrechtlichen Begehren nicht der Fall. Zwar droht mit weiterem Zeitablauf auch bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen der weitere Beweismittelverlust, jedoch ist dies kein ausschließlich kartellrechtliches Problem, sondern eher ein allgemeines.[790] Es vermag daher nicht den Verzicht auf die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes zu begründen.

Vor diesem Hintergrund ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber auf die Kritik reagiert und den Anwendungsbereich des § 89b Abs. 5 GWB in seiner finalen Fassung restriktiver gestaltet hat. Nach der geltenden Fassung des § 89b Abs. 5 GWB kann die Herausgabe der bindenden behördlichen Entscheidung, d.h. des Bußgeldbescheides, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen den Adressaten der Entscheidung bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 33g GWB ohne Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 ZPO erforderlichen Voraussetzungen durchgesetzt werden. Der Antragsteller ist nur in diesem Umfang davon befreit, die Dringlichkeit der einstweiligen Verfügung darlegen. Im Übrigen muss der Antragsteller sowohl den Verfügungsanspruch als auch den Verfügungsgrund darlegen. Im Hinblick auf die Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen ist daher davon auszugehen, dass die allgemeinen Anforderungen an eine einstweilige Verfügung erfüllt sein müssen. Ein besonderes Sicherungsbedürfnis wird nur in wenigen Fällen gegeben sein, da auch hier eine Konkretisierung der gefährdeten Beweismittel erforderlich ist. Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist somit im Gegensatz zum Regierungsentwurf nicht zu befürchten.

788 *Seiler*, in: Thomas/Putzo, ZPO, Vor § 916 Rn. 2.
789 vgl. *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 70; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 172 f.
790 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 172.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

f) Vorbildcharakter der §§ 33g, 89b GWB

Wie vorstehend festgestellt, unterscheidet sich der Anspruch des § 33g GWB durch seinen prozessbezogenen Charakter von den bisher bekannten Herausgabeansprüchen im deutschen Recht.[791] In der Literatur wurde daher zum Teil in Erwägung gezogen, dass diesem (neuen) prozessbezogenen Anspruch Vorbildcharakter für die Lösung von Informationsasymmetrien zukomme.[792]

Der Modellcharakter der Vorschrift ist derzeit noch schwer zu beurteilen und hängt stark davon ab, inwieweit Rechtsprechung und Rechtspraxis mit den vorstehend erörterten Abgrenzungsschwierigkeiten umgehen. Die Erfahrungen mit den Vorlageanordnungen gem. §§ 142, 144 ZPO haben eine grundsätzliche restriktive Haltung der Rechtsprechung gegenüber Offenlegungsanordnungen gezeigt.[793] Zudem ist zu bedenken, dass es sich bei § 33g GWB und § 89b GWB um bereichsspezifische Regelungen handelt, die nicht auf einer genuinen Entwicklung des deutschen Rechts beruhen, sondern auf der Entwicklung des europäischen Kartellprivatrechts. Ein allgemeiner Vorbildcharakter der Norm erscheint daher zweifelhaft.

g) Zusammenfassung

Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen ist durch die 9. GWB-Novelle differenziert geregelt worden. Informationen, die als Kronzeugenerklärungen gem. § 33g Abs. 4 Nr. 1 GWB anzusehen sind, sind vor einer Herausgabe bzw. Auskunftserteilung gem. § 33g GWB umfassend geschützt. In Bezug auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen ist dagegen in der Regel von einer Herausgabepflicht bzw. Auskunftserteilungspflicht auszugehen, soweit ein Anspruch gem. § 33g GWB besteht. Ein Schutz bereits bestehender Kronzeugeninformationen ist nur in Ausnahmefällen möglich. Zwar kommt eine Berücksichtigung ihrer Funktion im behördlichen Verfahren in Betracht, diese darf aber nicht die Wertung der Richtlinie 2014/104/EU unterlaufen, dass nur Kronzeugenerklärungen absolut geschützt sind. Ein Offenlegungsschutz besteht auch dann nicht, wenn die begehrten Informationen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse darstellen, da der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen einer Offenlegung

791 Vgl. § 4 C. II. 1.
792 So *Preuß*, WuW 2017, 301.
793 Vgl. § 1 C.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nur entgegensteht, soweit keine ausreichenden Schutzmaßnahmen getroffen werden können. Eine Offenlegungsanordnung im einstweiligen Rechtsschutz ist im Hinblick auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen nicht zu befürchten. In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass regelmäßig kein Verfügungsgrund besteht.

2. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen bei Behörden und Gerichten

Die Richtlinie 2014/104/EU und ihre Umsetzung haben nicht nur im Zusammenhang mit dem Beweismittelzugang *inter partes*, sondern auch im Hinblick auf den Beweismittelzugang bei Wettbewerbsbehörden und Gerichten zu maßgeblichen Neuregelungen geführt. Diese werden nachfolgend in Bezug auf die Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen näher betrachtet.

a) Regelungen im Überblick

Geschädigte können Informationen aus Kartellverfahrensakten nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle auf unterschiedliche Weise erhalten. Wesentliche Angaben zum Kartellverfahrensverstoß und zu dessen Beteiligten müssen durch das Bundeskartellamt in Mitteilungen gem. § 53 Abs. 5 GWB veröffentlicht werden. Darüber hinaus können Geschädigte gem. § 89c Abs. 5 S. 2 GWB i.V.m. §§ 406e, 475 StPO auf Bußgeldbescheide zugreifen. Ferner kommt in Betracht, dass Geschädigte in einem anhängigen Schadensersatz- oder Herausgabeprozess beantragen, dass das Zivilgericht eine Wettbewerbsbehörde um Vorlage gem. § 89c GWB ersucht.

Die ersten beiden Informationsmöglichkeiten sollen zwar den Geschädigten dienen, beschränken sich aber auf die Darstellung des Verfahrens in aggregierter Form. Eine Vielzahl einzelner Informationen, die für die Schadensschätzung hilfreich sind, ist daher weder in den Mitteilungen gem. § 53 Abs. 5 GWB noch in den Bußgeldbescheiden enthalten.[794] Dies gilt auch für bereits bestehende Kronzeugeninformationen. Um Zugang zu diesen zu erhalten, verbleibt Geschädigten nach der 9. GWB-Novelle letztlich nur ein Weg: Sie müssen ein gerichtliches Vorlageersuchen nach § 89c GWB beantragen.

794 *Seifert*, NZKart 2017, 512, 512.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Die Offenlegung von Informationen aus der Verfahrensakte gem. § 89c GWB

Das Vorlageverfahren gem. § 89c GWB regelt für die Offenlegung von Informationen aus Kartellverfahrensakten ein dezidiertes, mehrstufiges Verfahren.[795] Nach diesem Verfahren können Kläger erst nach Rechtshängigkeit einer Herausgabe- oder Schadensersatzklage ein Vorlageersuchen bei Gericht beantragen. Wenn das Gericht dem Antrag stattgibt (aa bis cc), die Wettbewerbsbehörde die Übermittlung der Akte nicht ablehnt (dd) und keine Beweisverwertungsverbote bestehen (ee), steht es im Ermessen des Gerichts, inwieweit es dem Kläger die vorgelegten Beweismittel zugänglich macht oder ihm Auskunft erteilt (ff).

aa) Anwendungsbereich

Das Vorlageverfahren gem. § 89c GWB kann durch eine Partei im Rahmen eines Rechtsstreits wegen Schadensersatz gem. § 33a GWB oder auf Herausgabe bzw. Auskunftserteilung gem. § 33g GWB bei Gericht beantragt werden. Der Anwendungsbereich des § 89c GWB ist folglich auf rechtshängige Klagen gem. § 33a oder § 33g GWB beschränkt.[796] Kläger können somit im Gegensatz zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle nicht im Vorfeld eines Schadensersatzprozesses auf Informationen aus Kartellverfahrensakten zugreifen und anhand der Informationen erwägen, ob sich das Eingehen des Prozesskostenrisikos lohnt.[797] Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass der Anwendungsbereich der §§ 406e, 475 StPO seit der 9. GWB-Novelle im Zusammenhang mit Schadensersatzklagen auf die Einsicht in Bußgeldbescheide beschränkt ist und damit ein unmittelbarer Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach diesen Vorschriften nicht mehr möglich ist (vgl. § 89c Abs. 5 GWB).

Adressat des Vorlageersuchens sind entweder Wettbewerbsbehörden (vgl. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB) oder andere Behörden und die Gerichte (vgl. § 89c Abs. 6 GWB). Unter einer Wettbewerbsbehörde sind nach der Legaldefinition des § 89e Abs. 1 GWB das Bundeskartellamt (Nr. 1), die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden (Nr. 2), die Europäi-

795 So auch *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89c Rn. 2.
796 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89c Rn. 1 stellen hingegen auf die Anhängigkeit der Klage ab.
797 *Seifert*, NZKart 2017, 512, 513; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332, 338.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sche Kommission (Nr. 3) und die Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Nr. 4) zu verstehen. Anders als im Rahmen von §§ 406e, 475 StPO ist somit der Informationszugriff von Geschädigten nicht mehr auf die Kartellverfahrensakten des Bundeskartellamts beschränkt.

Gegenstand des Ersuchens ist die Vorlage von Urkunden und Gegenständen, die sich in den behördlichen Akten zu einem Verfahren befinden oder die amtlich verwahrt werden (vgl. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB). Vom Anwendungsbereich erfasst werden sowohl Urkunden und Gegenstände, die im Rahmen eines behördlichen Verfahrens erstellt wurden (z.B. Sachverständigengutachten oder Tonaufnahmen), als auch Urkunden und Gegenstände, die bei Durchsuchungen beschlagnahmt oder durch Kronzeugen übermittelt wurden und sich in amtlicher Verwahrung befinden.

Darüber hinaus ist die Erteilung von Auskünften ebenfalls Gegenstand von § 89c GWB. Dies ergibt sich zum einen aus § 89c Abs. 3 GWB, der zwischen „Ersuchen nach Abs. 1" und „Ersuchen auf amtliche Auskünfte" differenziert.[798] Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Erteilung von Auskünften gegenüber der Vorlage von Gegenständen und Beweismitteln das mildere Mittel darstellen kann. Ferner ist auch der Gesetzgeber von der Möglichkeit einer Auskunftserteilung ausgegangen.[799]

bb) Besondere Voraussetzungen des Offenlegungsgesuchs gem. § 89c GWB

Ähnlich wie der Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB erfordert das Offenlegungsersuchen nach § 89c GWB einen Antrag einer Partei, in dem der Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB und das Fehlen alternativer Informationsmöglichkeiten glaubhaft gemacht werden. Des Weiteren darf das Ersuchen gem. § 89c Abs. 3 GWB nicht wegen Unverhältnismäßigkeit des Antrags ausgeschlossen sein.

(1) Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs

Anders als beim Beweismittelzugang *inter partes* und bei sonstigen Dritten hat sich der deutsche Gesetzgeber für den Beweismittelzugang bei Wettbe-

798 *Seifert*, NZKart 2017, 512, 513.
799 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 101; *Seifert*, NZKart 2017, 512, 513.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werbsbehörden dafür entschieden, die prozessrechtliche Ausgestaltung der Richtlinie 2014/104/EU beizubehalten. Das Erfordernis des § 89c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GWB, den Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB glaubhaft zu machen, führt daher – anders als im Zusammenhang mit dem Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB – zu keinen Abgrenzungsschwierigkeiten, sondern fügt sich als prozessrechtlicher Begriff in die verfahrensrechtliche Umsetzung ein. Der Begriff der Glaubhaftmachung richtet sich auch in diesem Zusammenhang nach § 294 ZPO und senkt somit das Beweismaß für den Schadensersatzanspruch auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit herab.

(2) Keine zumutbare alternative Informationsbeschaffung

Neben der Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs ist eine weitere Voraussetzung für ein Offenlegungsersuchen, dass der Antragsteller glaubhaft macht, die in der Akte vermuteten Informationen nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder einem Dritten erlangen zu können (§ 89c Abs. 1 Nr. 2 GWB). Diese Voraussetzung dient der Umsetzung des von der Richtlinie vorgegebenen Subsidiaritätsgebots (Art. 6 Abs. 10 RL 2014/104/EU) und sichert die Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung.[800]

Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Unverhältnismäßigkeit müssen zwar noch durch die Rechtsprechung konkretisiert werden, es kann aber angenommen werden, dass die bloße Behauptung, der Antragsteller sei auf Angaben aus Kartellverfahrensakten zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs angewiesen, nicht ausreicht, um eine Unzumutbarkeit i.S.d. § 89c Abs. 1 S. 2 GWB zu begründen.[801] Vielmehr ist zu erwarten, dass der Geschädigte darlegen muss, dass die begehrten Informationen weder in der Mitteilung des Bundeskartellamts gem. § 53 Abs. 5 GWB noch im Bußgeldbescheid enthalten sind und dass vergeblich ein Herausgabeanspruch gem. § 33g GWB geltend gemacht wurde.

800 *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 250; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 278.
801 *Seifert*, NZKart 2017, 512, 514.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Keine Unverhältnismäßigkeit der Vorlageanordnung

Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne sieht § 89c Abs. 3 S. 2 GWB neben den Kriterien des § 33g Abs. 3 GWB weitere Abwägungskriterien als Regelbeispiele vor. Diese Kriterien setzen die Vorgaben des Art. 6 RL 2014/104/EU um.[802] Ähnlich wie beim Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB darf das Offenlegungsbegehren nicht unverhältnismäßig sein (vgl. § 89c Abs. 3 S. 1 GWB). Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich wie im Rahmen von § 33g Abs. 3 GWB, dass der Gesetzgeber im Regelfall von der Verhältnismäßigkeit des Ersuchens ausgeht. Es ist daher grundsätzlich von der Erforderlichkeit der Vorlage der Urkunden und Gegenstände auszugehen.[803] Dies gilt insbesondere, wenn der Antragsteller gem. § 89c Abs. 1 Nr. 2 GWB glaubhaft gemacht hat, dass ihm keine alternativen Möglichkeiten zur Beweismittelbeschaffung zur Verfügung stehen. Die Abwägungskriterien des § 89c Abs. 3 S. 2 GWB werden nachfolgend näher betrachtet.

(a) Bestimmtheit des Antrags gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB

Nach § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB ist bei der Entscheidung über das Vorlageersuchen die Bestimmtheit des Antrags zu berücksichtigen und dabei hinsichtlich der in der Akte der Wettbewerbsbehörde erwarteten Beweismittel nach deren Art, Gegenstand und Inhalt zu differenzieren. Nach der Gesetzesbegründung dient § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB dazu, das zivilprozessuale Ausforschungsverbot zu wahren und eine Umgehung dieses Prinzips durch die Einsicht in Kartellverfahrensakten zu verhindern.[804] Zugleich modifiziert die Vorschrift jedoch das zivilprozessuale Ausforschungsverbot, da nach diesem grundsätzlich Anträge unzulässig sind, die darauf zielen, Tatsachen zu erfahren, und § 89c GWB gerade die Offenlegung von erwarteten Beweismitteln gestattet (vgl. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB).[805]

Bei Anwendung des § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB ist in richtlinienkonformer Auslegung zu berücksichtigen, dass die begehrten Beweismittel so ge-

802 Zu Art. 6 RL 2014/104/EU siehe § 4 B. III. 2. b).
803 *Seifert*, NZKart 2017, 512, 514.
804 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 103.
805 Vgl. *Prütting,* in: MüKo ZPO, § 284 Rn. 79; *Koch,* Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess (2013), S. 162.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nau wie möglich bezeichnet werden. Für den Fall, dass eine konkrete Bezeichnung nicht gelingt und der Antrag zu allgemein gehalten ist, ist nach der Begründung des Gesetzesentwurfs keine Akteneinsicht zu gewähren, sondern nur Aktenauskunft.[806] Diese Auskunft soll den Antragsteller befähigen, einen hinreichend bestimmten Antrag zu stellen.[807] Als mögliches Beispiel wäre aber eine Auskunft über die zum Kartellverfahren bestehenden Asservate denkbar. In diesem Fall wäre es dem Antragsteller nach Aktenauskunft möglich, einen spezifischeren Offenlegungsantrag zu stellen. Nach der Gesetzesbegründung wird folglich ein Vorlageantrag gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB nur abgewiesen, wenn er jeglicher Konkretisierung entbehrt. In der Praxis wird aber ein gewisses Maß an Bestimmtheit zu fordern sein, um das Gericht in die Lage zu versetzen, über den Antrag zu entscheiden.[808]

(b) Anhängigkeit einer Schadensersatzklage gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB

Nach § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB ist zu berücksichtigen, ob eine Schadensersatzklage gem. § 33a GWB rechtshängig ist (vgl. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB: „In einem Rechtsstreit […]"). Die Rechtshängigkeit einer derartigen Klage spricht grundsätzlich für eine größere Dringlichkeit der Offenlegung als bei einer Herausgabeklage gem. § 33g GWB, da die Parteien im Falle einer Schadensersatzklage im Zweifel mit einem höheren Prozesskostenrisiko belastet sind und das Verfahren bis zur Erteilung der Auskunft ausgesetzt werden kann.

(c) Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB

Nach § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB[809] ist die Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung ein weiteres Abwägungskriterium. Nach der Be-

806 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 103; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89c Rn. 17.

807 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 103.

808 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 278 f.

809 § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB lautet: „Bei der Entscheidung über das Ersuchen nach Absatz 1, über das Ersuchen um die Erteilung amtlicher Auskünfte von der Wettbewerbsbehörde sowie über die Zugänglichmachung oder Auskunftser-

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gründung des Gesetzesentwurfes soll durch diesen Aspekt berücksichtigt werden, ob die begehrten Informationen im Zusammenhang mit dem Kronzeugenprogramm stehen.[810] Im Gegensatz zur Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. § 33g Abs. 3 GWB wirft dieses Kriterium bei Offenlegungsersuchen gem. § 89c GWB keine Fragen auf und ist gem. Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU vorgesehen. Im Gegensatz zum Informationszugriff *inter partes* ist es daher in diesem Zusammenhang gerechtfertigt, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, dass auch die Beweismittel, die im engen zeitlichen Zusammenhang mit den Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen eingereicht wurden, von besonderer Bedeutung für die Kartellrechtsdurchsetzung sind, da das Bundeskartellamt auf „aussagekräftige" Beweismittel angewiesen ist.[811] Dies gilt insbesondere für bereits bestehende Kronzeugeninformationen. Durch diese können Kartellbehörden Ressourcen zur Überprüfung der Angaben in Kronzeugenanträgen (wie z.B. Durchsuchungen) sparen und zur Aufdeckung neuer Kartellrechtsverstöße einsetzen. Die Berücksichtigung der Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit entspricht zudem dem Abwägungsgebot des EuGH.[812]

cc) Ermessen

Die Ausgestaltung als Ermessensentscheidung des § 89c Abs. 1 GWB entspricht den Vorgaben der Art. 5 und Art. 6 RL 2014/104/EU, die keinen Anspruch auf Beweismittelzugang voraussetzen. Es besteht dadurch ein größerer Anreiz, die Offenlegung zunächst *inter partes* zu betreiben, da dem Kläger in diesem Verhältnis ein Anspruch auf Offenlegung zusteht. Wenn aber die Voraussetzungen des § 89c Abs. 1 S. 1 und § 89c Abs. 3 GWB vorliegen, ist anzunehmen, dass das Gericht die Wettbewerbsbehörde um Vorlage ersuchen wird.

---

teilung nach Absatz 2 berücksichtigt das Gericht neben § 33g Absatz 3 insbesondere auch […]
die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts, insbesondere den Einfluss der Offenlegung auf laufende Verfahren und auf die Funktionsfähigkeit von Kronzeugenprogrammen und Vergleichsverfahren."

810 BKartA, Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle, S. 25.

811 BKartA, Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle, S. 25.

812 Vgl. oben § 3.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dd) Ablehnungsrechte gem. § 89c Abs. 4 GWB

Der ersuchten Wettbewerbsbehörde stehen verschiedene Ablehnungsrechte gem. § 89c Abs. 4 GWB zu. Ein derartiges Ablehnungsrecht kommt in Betracht, wenn die begehrten Informationen Kronzeugenerklärungen (Nr. 1), Vergleichsausführungen, die nicht zurückgezogen wurden (Nr. 2), interne Behördenvermerke (Nr. 3) oder die Kommunikation verschiedener Wettbewerbsbehörden untereinander bzw. mit dem Generalstaatsanwalt bzw. Generalbundesanwalt (Nr. 4) betreffen. Zudem sind Dokumente aus laufenden Verfahren gem. § 89c Abs. 3 i.V.m. § 33g Abs. 5 GWB von Offenlegungsersuchen ausgeschlossen. Die Ablehnungsentscheidung ist – ähnlich wie bei dem Ausschlusstatbestand § 33g Abs. 4 GWB – gerichtlich überprüfbar (vgl. § 89c Abs. 4 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB). Über die ausdrücklich genannten Ablehnungsrechte hinaus, kann die ersuchte Wettbewerbsbehörde eine Vorlage nicht ablehnen.[813] Bereits bestehende Kronzeugeninformationen sind daher in der Regel vorzulegen, soweit sie sich nach Beendigung des Verfahrens noch in der Kartellverfahrensakte befinden.

ee) Beweisverwertung

§ 89d GWB regelt, inwieweit Dokumente o.ä., die durch Akteneinsicht bei der Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, als Beweismittel in den Schadenersatzprozess eingeführt werden können. Nach § 89d Abs. 1 GWB, welcher der Umsetzung des Art. 7 Abs. 3 RL 2014/104/EU[814] dient, dürfen die Beweismittel, die ausschließlich durch Akteneinsicht bei den Wettbewerbsbehörden erlangt wurden, nur in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen als Beweismittel geführt werden. Kronzeugen können daher sicher sein, dass auch bereits bestehende Beweismittel, die sie im Rahmen ihrer Kooperation an die Wettbewerbsbehörde geleitet haben, nur in einem begrenzten Umfang verwendet werden.[815]

Neben dem absoluten Beweisverwertungsverbot für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen (§ 89d Abs. 2 GWB) wurde mit § 89d Abs. 3 GWB ein Beweisverwertungsverbot für Dokumente aus laufenden Verfahren ins deutsche Recht eingeführt. Es dient der Umsetzung

813 *Seifert*, NZKart 2017, 512, 515.

814 Siehe zu Art. 7 Abs. 3 RL 2014/104/EU: § 4 B. III. 2. c).

815 Zu Recht weisen *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89e GWB Rn. 6, darauf hin, dass nur in diesem Fall das Verwertungsverbot gilt.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Art. 7 Abs. 2 RL 2014/104/EU. Vor dem Hintergrund, dass die meisten Schadensersatzklagen als *Follow-on*-Klagen nach Abschluss des Kartellbußgeldverfahrens erhoben werden, ist aber davon auszugehen, dass dem Beweisverwertungsverbot gem. § 89d Abs. 3 GWB keine große praktische Relevanz zukommen wird.

ff) Offenlegung gegenüber dem Antragsteller

Wenn das Gericht die Wettbewerbsbehörde um eine Beweismittelvorlage ersucht hat und die Behörde dem Ersuchen nachgekommen ist, kann das Gericht dem Antragssteller die Beweismittel in den Grenzen des § 89c Abs. 2 S. 1 GWB zugänglich machen oder Auskunft erteilen. Das Gericht hat bei seiner Ermessensentscheidung gem. § 89c Abs. 2 GWB verschiedene Kriterien zu berücksichtigen. So sollen z.B. dem Antragsteller gem. § 89c Abs. 2 Nr. 1 GWB nur so weit Beweismittel zugänglich gemacht oder Auskünfte erteilt werden, soweit dies seinem Antrag entspricht. Dies trägt dem im Zivilrecht allgemein geltenden Grundsatz „ne ultra petita“[816] sowie dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung. Dabei ist auch in diesem Zusammenhang in richtlinienkonformer Auslegung der Vorbehalt des Möglichen zu berücksichtigen. Dies darf aber nicht dazu führen, dass eine unzulässige Ausforschung stattfindet. Eine konkrete Bezeichnung der Beweismittel sollte allerdings nicht erforderlich sein, wie sich aus den Formulierungen „vermutete Informationen“ in § 89c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GWB und „erwartete Beweismittel“ in § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB ergibt. Bei zu pauschal gestellten Anträgen ist auch hier die Auskunftserteilung zu bedenken, die dem Antragssteller eine Möglichkeit bietet, sein Begehren weiter zu konkretisieren.

Des Weiteren werden die Belange der Wettbewerbsbehörde und der Betroffenen dadurch geschützt, dass vor einer Offenlegung sowohl die Betroffenen als auch die Wettbewerbsbehörde durch das Gericht anzuhören sind (vgl. § 89c Abs. 2 S. 2 GWB) und eine Offenlegung bei einem wichtigen entgegenstehenden Grund ausgeschlossen ist (vgl. § 89c Abs. 2 S. 3 GWB).

Die Unterscheidung zwischen dem Ersuchen des Gerichts bei der Behörde und der Zugänglichmachung der übermittelten Beweismittel gegenüber dem Geschädigten gem. § 89c Abs. 2 GWB führt zu einer Zweistufig-

816 Der Grundsatz „ne eat iudex ultra petita partium“ bedeutet, dass der Richter nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen soll, vgl. *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter (2007), S. 142, N 15.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keit des Informationszugangs, welche die Richtlinie 2014/104/EU nicht vorsieht. Anders als nach den Art. 5 ff. Richtlinie 2014/104/EU gelten nunmehr nicht nur eine Verhältnismäßigkeitsprüfung und Ermessensentscheidung für den Zugang zu Kartellverfahrensakte im Verhältnis Gericht, Behörde und Geschädigten, sondern eine weitere Verhältnismäßigkeitsprüfung und Ermessensentscheidung zwischen Gericht und Geschädigten. Diese Ausgestaltung weist Ähnlichkeiten zur Beiziehung von Kartellverfahrensakten vor der 9. GWB-Novelle auf. Es liegt daher nahe, dass der Gesetzgeber mit dem zweistufigen Informationszugang gem. § 89c Abs. 1 und 2 ZPO an die bereits erwähnte Rechtsprechung des OLG Hamm und des BVerfG anknüpft.[817] Hierfür spricht auch, dass der Gesetzgeber verschiedene Kriterien festgelegt hat, die das Gericht bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen hat. Für die Rechtspraxis ist jedoch davon auszugehen, dass sich das Ermessen des Gerichts auf Null reduziert, soweit die Voraussetzungen des § 89c Abs. 1 und 2 GWB vorliegen und die Ausschluss- bzw. Versagungsgründe der § 89c Abs. 3 und 4 GWB nicht gegeben sind.[818]

c) Bewertung

Geschädigte können nach der 9. GWB-Novelle in der Regel nur noch im Rahmen von anhängigen Schadensersatzklagen gem. § 33a GWB oder Herausgabeklagen gem. § 33g GWB auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen bei Wettbewerbsbehörden zugreifen. Für einen Zugriff müssen mehrere Verhältnismäßigkeits- und Abwägungsprüfungen durchlaufen werden. Im Zusammenspiel mit der Subsidiarität des § 89c GWB verdeutlicht dies, dass der Gesetzgeber den Zugriff auf Kartellverfahrensakten auf ein notwendiges Minimum reduzieren wollte. Inwieweit es Geschädigten nach der 9. GWB-Novelle möglich sein wird, auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen zuzugreifen, ist davon abhängig, welche Position die Rechtsprechung einnimmt. Die Erfahrungen hinsichtlich der §§ 142 ff. ZPO deuten auf eine eher restriktive Haltung der Gerichte gegenüber Vorlageanordnungen und Vorlageersuchen hin. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob § 89c GWB ein Mittel darstellt, mit dem Geschädigte ihre Schadensschätzung wesentlich verbessern können.

817 Vgl. § 4 A. II. 4. b) aa) (3).
818 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89c Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen vor und nach der 9. GWB-Novelle im Vergleich

Im Folgenden werden die Auswirkungen der 9. GWB-Novelle durch eine vergleichende Gesamtbetrachtung der Rechtslage vor und nach der Novelle eruiert. Dabei wird zwischen dem Informationszugriff *inter partes* und dem Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden unterschieden.

I. Informationszugriff inter partes

Für kartellrechtliche Schadensersatzklagen wurde der Beweismittelzugang durch die 9. GWB-Novelle umfassend geregelt. Während im deutschen Recht vor der 9. GWB-Novelle weder ein spezieller Informationsanspruch noch eine zivilprozessuale Aufklärungspflicht bestand, wurden mit § 33g GWB und § 89b GWB spezielle Vorschriften in das deutsche Kartellrecht eingeführt, die den Zugang zu Beweismitteln im Allgemeinen regeln.

Der Umstand, dass dem (potentiellen) Schadensersatzkläger gem. § 33g GWB ein Anspruch zur Beweisbeschaffung zur Verfügung steht, hat die Ausgangsposition für Geschädigte im Vergleich zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle im deutschen Recht verbessert.[819] Er ist dadurch nicht mehr von der Ermessensentscheidung des Gerichts abhängig. Ein weiterer Vorteil für Geschädigte ist, dass der Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB nicht auf eine bestimmte Art von Beweismitteln (z.B. Urkunden) beschränkt ist.[820] Dies stellt im Vergleich zu den bisherigen prozessualen Instrumentarien zur Informationsbeschaffung, wie etwa § 422 ZPO und § 142 ZPO, eine Erweiterung des Informationszugriffs dar.[821] Ein weiterer Unterschied ist, dass der Anspruchsinhaber gem. § 33g GWB die Herausgabe der Beweismittel an sich verlangen kann und nicht nur die Vorlage an das Gericht.[822] Die Bestimmtheitsanforderungen des Antrags stehen dabei unter dem Vorbehalt des Möglichen. Im Vergleich zu den prozessualen Anordnungen des allgemeinen Zivilprozessrechts stellen die geringen Bestimmtheitsanforderungen in Verbindung mit den weitrei-

819 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 175.
820 Vgl. § 4. C. IV. 1.
821 Siehe oben § 1. C.
822 *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chenden Rechtsfolgen des Herausgabe- bzw. Auskunftsanspruchs eine erhebliche Erleichterung für Geschädigte dar.[823]

Die Rechte des Herausgabeverpflichteten werden auf materiell-rechtlicher Ebene insbesondere durch die Verweigerungsrechte des § 33g Abs. 6 GWB und die ausdrücklich angeordnete Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. § 33g Abs. 4 GWB gewahrt. Diese sind – anders als die in § 142 Abs. 2 ZPO geregelte Zumutbarkeitsprüfung – nicht auf Dritte beschränkt. Ein wesentlicher Unterschied zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle ist zudem, dass der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nicht grundsätzlich einer Herausgabe entgegensteht.[824] Zwar kann ein Herausgabeverpflichteter die Herausgabe unter Berufung auf den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen zunächst gem. § 33g Abs. 6 GWB verweigern, nach gerichtlicher Freigabe und ggf. gerichtlichen Anordnungen zum Schutz der Informationen ist er aber zur Herausgabe verpflichtet.

Ein weiterer zentraler Unterschied im Vergleich zu der Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle ist, dass durch § 33g Abs. 4 GWB ein partieller Offenlegungsschutz für Kronzeugeninformationen ins materielle (Zivil-) Recht eingeführt wurde.[825] Kronzeugen haben dadurch die Rechtssicherheit, dass diejenigen Dokumente, die sie eigens für die Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde erstellt und freiwillig übermittelt haben, vor einer Offenlegung geschützt sind. Geschädigten wird im Gegenzug gewissermaßen ein Ausgleich dadurch gewährt, dass bereits bestehende Kronzeugeninformationen, wie andere Beweismittel auch, vom Anspruch des § 33g GWB erfasst werden.

Ob dieses Regelungssystem auf tatsächlicher Ebene zu einem merklichen Unterschied im Vergleich zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle führt wird, ist allerdings fraglich. Kronzeugeninformationen, die nunmehr unter den Begriff Kronzeugenerklärung fallen, waren auch schon vor der 9. GWB-Novelle – faktisch betrachtet – einem Zugriff durch Geschädigte entzogen. Für Kronzeugen und Geschädigte hat sich die Rechtslage somit im Hinblick auf diese Informationen nicht verändert. Die 9. GWB-Novelle hat aber in Bezug auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen zu einer Veränderung geführt. Diese waren, wie die Kronzeugenerklärungen, vor der 9. GWB-Novelle faktisch vor einem zivilprozessualen Informationszugriff geschützt. Dieser „Offenlegungsschutz" ist seit der 9. GWB-Novelle

823 Vgl. *Kreße*, WRP 2016, 567, 573.
824 Vgl. § 4 C. IV. 1. b) ee) (1) (f).
825 Vgl. § 4 C. III.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entfallen, da sich die rechtlichen Rahmenbedingungen zugunsten der Geschädigten geändert haben.

Inwieweit sich diese gesetzgeberische Wertung in der Rechtspraxis durchsetzt, bleibt abzuwarten. Auch im Rahmen von § 406e Abs. 2 S. 1 StPO war vor der 9. GWB-Novelle im Grundsatz von einem Akteneinsichtsrecht des Geschädigten auszugehen.[826] Dennoch lehnte die Rechtsprechung die Offenlegung von Kronzeugeninformationen vor der 9. GWB-Novelle unter Berufung auf verschiedene Ausnahmetatbestände des § 406e StPO ab. Für eine Änderung in der Rechtspraxis ist daher erforderlich, dass sich die Zivilgerichte von der Rechtsprechung zur Akteneinsicht gem. § 406e StPO lösen und die durch die 9. GWB-Novelle eingeführten Vorschriften als Neuregelung des Zugriffs auf Kronzeugeninformationen wahrnehmen. Dass eine offenere Haltung gegenüber einem Zugriff auf Kronzeugeninformationen möglich ist, hat schon das OLG Hamm vor der 9. GWB-Novelle gezeigt, indem es zumindest für gerichtliche Auskunftsersuchen die Auffassung vertreten hat, dass eine Beiziehung von Kronzeugeninformationen nicht zu einer Gefährdung des Untersuchungszwecks führt.[827]

II. Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden

Während sich der Zugang zu Informationen aus Kartellverfahrensakten des Bundeskartellamts vor der 9. GWB-Novelle nach strafprozessualen Vorschriften richtete, ist für die Beweismittelbeschaffung bei Wettbewerbsbehörden nach der 9. GWB-Novelle das Offenlegungsersuchen gem. § 89c GWB maßgeblich. Diese Vorschrift stellt eine zivilprozessuale Sondervorschrift zu dem Vorlageersuchen gem. § 273 ZPO und dem Akteneinsichtsrecht gem. § 299 ZPO dar.[828] Der Anwendungsbereich der strafprozessualen Vorschriften ist hingegen durch die 9. GWB-Novelle auf ein Minimum reduziert worden. Über sie ist nur noch die Herausgabe von Bußgeldbescheiden möglich (vgl. § 89c Abs. 5 GWB). Im Gegensatz zu der Rechtslage vor der 9. GWB- Novelle ist dadurch ein Zugriff auf Kartellverfahrensakten erst ab Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB oder einer Herausgabeklage gem. § 33g GWB möglich. Dadurch wird der Zusammenhang des Informationszugangs mit der gericht-

826 Vgl.§ 4 A. II. 4. b).
827 Vgl. § 4 A. II. 4. b) aa) (3).
828 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 102.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichen Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen betont und das zivilprozessuale Ausforschungsverbot gewahrt. Im Zusammenspiel mit der Glaubhaftmachung gem. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB führt dies allerdings dazu, dass der Zugriff auf Kartellverfahrensakten im Vergleich zu der Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle für Geschädigte erschwert wird. Zwar wurde auch vor 9. GWB-Novelle von der Rechtsprechung verlangt, dass ein berechtigtes Interesse durch den Nachweis des Bezugs kartellbefangener Produkte dargelegt wird. Die Glaubhaftmachung des gesamten Schadensersatzanspruchs war jedoch nicht Voraussetzung. Bei *Follow-on*-Klagen sollte sich dieser Unterschied aufgrund der Schadensvermutung und der Bindungswirkung des Bußgeldbescheides aber nur graduell auswirken.

Eine weitere Veränderung ist, dass das Bundeskartellamt nicht mehr erste Anlaufstelle für den Zugriff auf Kartellverfahrensakten ist. Das Vorlageverfahren gem. § 89c GWB ist grundsätzlich subsidiär gegenüber dem Beweismittelzugang *inter partes*. Nur für den Fall, dass dieser nicht erfolgreich war, ist ein Vorlageverfahren gem. § 89c GWB möglich. In diesem Fall ist das für die Schadensersatzklage zuständige Zivilgericht auch für die Vorlageersuchen gem. § 89c GWB zuständig. An dieser Zuständigkeitsverschiebung zeigt sich die Verlagerung der Beweismittelbeschaffung zum Privatrecht. Sie ist aufgrund der größeren Sachnähe des Zivilgerichts zur Schadensersatzklage zu begrüßen.

Die 9. GWB-Novelle hat des Weiteren zu einer Gleichstellung von Zessionaren mit originären Anspruchsinhabern geführt. Nach § 406e StPO waren nur originär Geschädigte zur Akteneinsicht und Aktenauskunft berechtigt. Zessionaren stand dagegen nur das Recht auf Aktenauskunft gem. § 475 StPO zu. Dieses eignete sich aber aufgrund der strengen Ausnahmetatbestände nicht zur Informationsbeschaffung. Nach der 9. GWB-Novelle ist nunmehr jede Partei einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB oder Herausgabeklage gem. § 33g GWB berechtigt, ein Vorlageersuchen zu beantragen. Die Unterscheidung zwischen originär Geschädigten und Zessionaren existiert somit nicht mehr. Die daraus folgende Gleichbehandlung des originären und derivativen Anspruchserwerbs entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts und ist daher zu begrüßen.

Seit der 9. GWB-Novelle können Geschädigte weder die Parteien noch Dritte noch die Wettbewerbsbehörde zur Offenlegung von Kronzeugenerklärungen verpflichten (vgl. § 33g Abs. 4 GWB und § 89c Abs. 4 GWB). Für Kronzeugen führen diese Regelungen als geschriebenes Recht zu mehr Rechtssicherheit als vor der 9. GWB-Novelle. Für Geschädigte führt der partielle Offenlegungsschutz für Kronzeugen dagegen auf den ersten Blick zu einer schlechteren Informationslage. Vor der 9. GWB-Novelle bestand

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zumindest nach einer Abwägung im Einzelfall die Möglichkeit, Einsicht in Kronzeugenerklärungen zu erhalten. In der Rechtspraxis war jedoch die Wahrscheinlichkeit einer solchen Einsichtnahme als sehr gering zu erachten, da freiwillig übermittelte Informationen von Kronzeugen grundsätzlich einem Informationszugriff entzogen waren. Durch dieses strenge Offenlegungsregime bestand im deutschen Recht schon vor der 9. GWB-Novelle faktisch ein umfassender Offenlegungsschutz für Kronzeugenerklärungen.[829]

Im Gegensatz zu Kronzeugenerklärungen sind bereits bestehende Kronzeugeninformationen seit der 9. GWB-Novelle nicht mehr von einer Offenlegung geschützt. Während der Zugriff auf diese Informationen vor der 9. GWB-Novelle grundsätzlich gem. § 406e Abs. 2 StPO aufgrund überwiegender Interessen oder Gefährdung des Untersuchungszwecks abgelehnt wurde, ist der Zugriff auf diese Informationen nach der gesetzgeberischen Wertung der 9. GWB-Novelle im Wege eines Offenlegungsersuchens möglich. Nur ausnahmsweise soll er aufgrund von Unverhältnismäßigkeit versagt werden. Für die Rechtspraxis ist aber davon auszugehen, dass eine Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen in der Regel nicht stattfinden wird, da das Vorlageersuchen gem. § 89c GWB gegenüber anderen Informationsmöglichkeiten subsidiär und die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB zu berücksichtigen ist.

Ein weiterer Aspekt, der sich durch die 9. GWB-Novelle nicht verändert hat, ist, dass keine unmittelbare Herausgabe der Beweismittel durch das Bundeskartellamt an die Geschädigten stattfindet. Während vor der 9. GWB-Novelle der Rechtsanwalt oder Gerichte als Organe der Rechtspflege zwischengeschaltet waren, ist durch § 89c Abs. 2 GWB nach der 9. GWB-Novelle eine dezidierte Prüfung im Einzelfall durch das zuständige Zivilgericht gem. § 89c Abs. 2 GWB vorgesehen. Die Übertragung der Akteneinsicht auf das Zivilgericht schützt Rechtsanwälte im Vergleich vor der 9. GWB-Novelle stärker vor möglichen Interessenkonflikten und gewährleistet ein hohes Niveau des Geheimnisschutzes. Zudem zeigt die Freigabeprüfung des § 89c Abs. 2 GWB, dass der deutsche Gesetzgeber auch die Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung, wie die Rechtsprechung des OLG Hamm, in der 9. GWB-Novelle aufgegriffen und kodifiziert hat.

---

829 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 239.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Bewertung

Bei einer Gesamtbetrachtung ist festzustellen, dass die 9. GWB-Novelle zu einer Harmonisierung des Kartellprivatrechts im deutschen Recht geführt hat, indem sie den Beweismittelzugang dem Zivilrecht und dem Zivilverfahrensrecht zuordnet. Sie stellt zudem einen weiteren Schritt des Kartellprivatrechts in Richtung eines zivilrechtlichen Sondergebiets dar, dessen Anfang in der Einführung eines speziellen Schadensersatzanspruchs (§ 33 Abs. 3 GWB a.F.) im Rahmen der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 und der Loslösung vom allgemeinen Deliktsrecht zu sehen ist. Darüber hinaus wurde das Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung durch die 9. GWB-Novelle dahin geklärt, dass der Schwerpunkt der behördlichen Tätigkeit die Aufdeckung und Ahndung von Kartellen ist und die Wettbewerbsbehörden nur eine unterstützende Rolle im Kartellprivatrecht einnehmen. Die neu eingeführten Vorschriften stellen klar, dass die Durchsetzung von Schadensersatzklagen und damit auch die Beweismittelbeschaffung als Teil des Privatrechts im Wesentlichen zwischen den Parteien zu erfolgen hat.

Ferner können Kronzeugen seit der 9. GWB-Novelle sicher sein, dass Dokumente, die eigens für die Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde geschaffen und freiwillig übermittelt wurden, umfassend vor einer Offenlegung geschützt sind. Zwar war auch vor der Novelle von der überwiegenden Rechtsprechung anerkannt, dass Informationen, die freiwillig übermittelt wurden, nicht offenzulegen waren, jedoch führen die Vorschriften des § 33g Abs. 4 GWB und des § 89c GWB durch die Normierung des Offenlegungsschutzes zu einem höheren Maß an Rechtssicherheit. Dokumente, die aus der Zeit des Kartells stammen, sind hingegen nicht absolut vor einer Offenlegung geschützt. Im Hinblick auf diese Dokumente geht die Richtlinie 2014/104/EU grundsätzlich von einer Offenlegung aus. Der deutsche Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang eine eher konservative Haltung eingenommen und die Berücksichtigung der Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung für diese Dokumente angeordnet. Dies könnte in der Rechtspraxis dazu führen, dass der restriktive Umgang mit bereits bestehenden Kronzeugeninformationen auch nach der 9. GWB-Novelle beibehalten wird. Zudem ist fraglich, ob ein Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen ausreicht, um das Informationsbedürfnis der Geschädigten zu befriedigen, da Kartellanten versuchen, so wenig Beweismittel wie möglich zu hinterlassen. Die 9. GWB-Novelle hat somit nicht sämtliche Spannungsfelder gelöst. Die Position der Schadensersatzkläger ist aller-

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dings durch die 9. GWB-Novelle gestärkt worden.[830] Ob private Marktteilnehmer in Zukunft Funktionen im deutschen Recht einnehmen werden, die „eine ähnliche Prägekraft entfalten wie die spezialisierten Kartellbehörden und -senate“[831], ist aber vor dem Hintergrund, dass es sich bei den meisten kartellrechtlichen Schadensersatzklagen um *Follow-on*-Klagen handelt, zweifelhaft.

E. Fazit: Grundsätzlich kein Zugriff auf Kronzeugeninformationen

Der Zugang zu Beweismitteln in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen hat durch die 9. GWB-Novelle einen großen Wandel erfahren. Davon sind auch Kronzeugeninformationen durch die Einführung eines umfassenden Offenlegungsschutzes für Kronzeugenerklärungen ins deutsche Recht betroffen. Dadurch werden Dokumente etc., die eigens für die Kooperation geschaffen wurden, von einer Offenlegung ausgenommen. Im Übrigen sind Kronzeugeninformationen im Gegensatz zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle nicht vor einer Offenlegung geschützt. Allerdings haben die Gerichte im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Offenlegung auch die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung zu beachten. Dies könnte in der Rechtspraxis dazu führen, dass die restriktive Offenlegungspraxis in Bezug auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen auch nach der 9. GWB-Novelle aufrechterhalten wird. Es ist folglich davon auszugehen, dass ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen auch in Zukunft im Grundsatz ausgeschlossen ist.

830 Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf (2017), S. 25; *Podszun*, Stellungnahme 9. GWB-Novelle (2017), S. 16; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 245.

831 Vgl. *Podszun*, Stellungnahme 9. GWB-Novelle (2017), S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 5 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im europäischen Recht außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU

Das nachfolgende Kapitel betrachtet den Zugriff auf Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission im europäischen Recht außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU. Dabei wird erörtert, inwieweit kartellverfahrensrechtliche Vorschriften (A.) und das allgemeine Dokumentenzugangsrecht (B.) einen derartigen Informationszugriff ermöglichen.

A. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach kartellverfahrensrechtlichen Vorschriften

Weder die europäische *Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln*[832] (nachfolgend: VO 1/2003) noch die *Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission*[833] (nachfolgend: VO 773/2004) sieht ein besonderes Informationszugangsrecht für Geschädigte vor. Vielmehr wird im Kartellverfahrensrecht ein Akteneinsichtsrecht für Verfahrensbeteiligten und für Beschwerdeführer sowie ein Anhörungsrecht unbeteiligter Dritter geregelt. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit Geschädigte diese Rechtsgrundlagen für einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen nutzen können.

I. Akteneinsichtsrecht gem. Art. 27 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003

Nach Art. 27 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003[834] steht den Parteien, die an einem Kartellverfahren beteiligt sind, ein Recht auf Einsicht in die Akten der Europäischen Kommission zu, es sei denn, sie enthalten Geschäftsgeheimnisse an-

832 ABl. 2003 L 1/1.
833 ABl. 2004 L 123/18.
834 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl. 2003 L 1/1.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

derer Unternehmen. Das Akteneinsichtsrecht gem. Art. 27 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 dient der Wahrung der Verteidigungsrechte der Unternehmen, gegen die sich das Kartellverfahren richtet (vgl. Art. 27 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003).[835] Es wird durch Art. 15 VO 773/2004 dahingehend konkretisiert,[836] dass zur Akteneinsicht gem. Art. 15 Abs. 1 VO 773/2004 nur Adressaten der Beschwerdepunkte berechtigt sind,[837] nicht hingegen Beschwerdeführer oder andere Dritte.[838] Geschädigte können folglich weder aus Art. 27 VO 1/2003 noch aus Art. 15 VO 773/2004 ein Informationszugangsrecht herleiten.[839]

II. Das Akteneinsichtsrecht des Beschwerdeführers, Art. 8 VO 773/2004

Die Europäische Kommission kann ein Kartellverfahren von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde einer juristischen oder natürlichen Person gem. Art. 7 VO 773/2004 einleiten. Wenn die Europäische Kommission beschließt, ein Kartellverfahren nicht zu eröffnen, obwohl eine Beschwerde vorliegt, steht der Person, welche die Beschwerde erhoben hat, ein Akteneinsichtsrecht gem. Art. 8 VO 773/2004 zu. Dieses Akteneinsichtsrecht eignet sich jedoch im Ergebnis nicht, um auf Kronzeugeninformationen zuzugreifen. In der Regel wird es in den Fällen, in denen von der Europäischen Kommission kein Verfahren eröffnet wird, schon an einem Kronzeugenantrag mangeln,[840] da Kronzeugen verpflichtet sind, Informationen und Beweismittel zu liefern, die entweder gezielte Nachprüfungen oder die Feststellung des Kartells ermöglichen oder einen „erheblichen Mehr-

835 *Weiß*, in: Loewenheim et. al., Art. 27 VO 1/2003 Rn. 1.

836 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 76.

837 *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 27 VO 1/2003 Rn. 20; *Kellerbauer*, WuW 2011, 688, 689.

838 Vgl. auch *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 27 VO 1/2003 Rn. 30 und 32; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 76; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 154.

839 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 76; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 154.

840 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 155.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wert" für die Ermittlungen darstellen.[841] Zudem erfasst Art. 8 S. 2 VO 773/2004 weder Geschäftsgeheimnisse noch vertrauliche Informationen. Als derart vertrauliche Informationen können auch Kronzeugeninformationen angesehen werden, da ihre Offenlegung zu einer Beeinträchtigung der Kronzeugenprogramme führen kann.[842]

III. Das Anhörungsrecht unbeteiligter Dritter, Art. 13 VO 773/2004

Ferner kann die Europäische Kommission auf Antrag Dritte anhören und die Antragsteller bei einem ausreichenden Interesse über die Art und den Gegenstand eines Verfahrens gem. Art. 13 Abs. 1 VO 773/2004 informieren. Ein ausreichendes Interesse besteht, wenn die unbeteiligte Partei darlegen kann, dass sie nützliche Informationen oder Erkenntnisse zum Ermittlungsverfahren beitragen kann.[843] Welche Informationen im Einzelnen die Europäische Kommission weiterleitet, steht allein in deren Ermessen. Dritte sind nicht berechtigt, eine vertrauliche Version der Beschwerdepunkte zu erhalten oder auf Kronzeugeninformationen zuzugreifen. Ein Zugang zu Kronzeugeninformationen ist daher auf Grundlage des Art. 13 Abs. 1 VO 773/2004 grundsätzlich nicht möglich.

B. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach dem Dokumentenzugangsrecht gem. Art. 2 ff. VO 1049/2001

Eine weitere Möglichkeit, auf Kronzeugeninformationen zuzugreifen, bietet die *Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission*[844] (nachfolgend VO 1049/2001). Ähnlich wie die kartellverfahrensrechtlichen Vorschriften regelt die VO 1049/2001 kein besonderes Informationszugangsrecht für kartellrechtliche Schadensersatzkläger. Die Verordnung wurde vielmehr im Jahr 2001 eingeführt, um die Tätigkeit der Europäischen Union für die

841 Komm., Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, vom 8.12.2006, Abl. 2006 C 298/17, Tz. 5 und Tz. 10.

842 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 154 f. mit Verweis auf Erwägungsgrund Nr. 13 VO 773/2004.

843 *Beumer/Karpetas,* ECJ 2012, 123, 133.

844 ABl. 2001 L 145/45.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unionsbürger transparent zu gestalten und „eine größere Legitimität, Effizienz und Verantwortung der Verwaltung“[845] zu gewährleisten. Nach Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 hat grundsätzlich jeder Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat ein Recht auf Zugang zu Dokumenten der Unionsorgane. Geschädigte haben in der Rechtspraxis mehrfach versucht, die Vorschriften der VO 1049/2001 zu nutzen, um auf Informationen aus Kartellverfahrensakten zuzugreifen.[846] Der nachfolgende Abschnitt betrachtet daher den Zugang zu Kronzeugendokumenten nach den Vorschriften der VO 1049/2001 näher.

I. Anwendbarkeit der VO 1049/2001 im Kartellrecht

Die Frage der Anwendbarkeit des allgemeinen Informationsrechts auf der Grundlage der VO 1049/2001 im europäischen Kartellrecht ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Wesentlicher Anknüpfungspunkt für die unterschiedlichen Positionen ist das Verhältnis des Art. 2 VO 1049/2001 zu den kartellrechtlichen Informationszugangsrechten gem. Art. 27 VO 1/2003, Art. 15 VO 773/2004 und Art. 8 VO 773/2004.

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die kartellverfahrensrechtlichen Informationszugangsrechte aufgrund ihrer engeren persönlichen und sachlichen Anwendungsvoraussetzungen *lex specialis* gegenüber der Transparenzverordnung seien und somit die VO 1049/2001 verdrängen.[847] Die kartellrechtlichen Verfahrensvorschriften hätten zudem Vorrang, da sie zeitlich nach der Transparenzverordnung erlassen worden sind.[848] Außerdem führe das allgemeine Informationszugangsrecht zu einer Umgehung der kartellrechtlichen Vorschriften.[849] Ferner sei es auch

845 Erwägungsgrund Nr. 2 VO 1049/2001.

846 So z.B. in den zugrundeliegenden Verfahren zu EuG 7.7.2015 – T-677/13 – AXA Versicherung; EuG 15.12.2011 – T-347/08 – CDC Hydrogene Peroxide; vgl. *Bechtold et. al.*, Art. 28 VO 1/2003, Tz. 5.

847 *Puffer-Mariette,* Die Effektivität von Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2008), S. 136, Fn. 445 a.E.; *Nordmann*, EuZW 2005, 573, 574; *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 105.

848 *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 105.

849 Vgl. *Bartelt*, CMLR 43 (2006), 191, 197, 205 f.; *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 105.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht der Zweck der VO 1049/2001, kartellrechtliche Schadensersatzklagen zu fördern.[850]

Dagegen gehen sowohl die Rechtsprechung[851] als auch die überwiegende Meinung in der Literatur[852] zu Recht von der Anwendbarkeit der VO 1049/2001 im Kartellrecht aus. Dafür spricht zunächst, dass nach Art. 2 Abs. 3 VO 1049/2001 ausdrücklich „alle Dokumente […], das heißt Dokumente aus allen Tätigkeitsbereichen der Union" erfasst werden. Erwägungsgrund Nr. 12 VO 1049/2001 führt zudem aus, dass alle Bestimmungen über den Zugang zu Dokumenten der Organe mit dieser Verordnung in Einklang stehen sollen. Eine Sonderstellung des Kartellrechts würde diesem Geltungsanspruch der VO 1049/2001 widersprechen.[853] Zudem hat der europäische Gesetzgeber einen im ursprünglichen Kommissionsvorschlag für die VO 1049/2001 vorgesehenen Regelungsvorschlag, der dem Kartellrecht einen Vorrang einräumte, nicht in die endgültige Fassung der VO 1049/2001 aufgenommen und sich damit bewusst gegen einen ausdrücklichen Vorrang entschieden.[854]

Auch aus einer Betrachtung der kartellrechtlichen Verfahrensvorschriften ergeben sich keine Anhaltspunkte für einen Vorrang der Vorschriften. Obwohl die kartellrechtlichen Vorschriften zu einem späteren Zeitpunkt

---

850 *Reynolds/Anderson*, E.C.L.R. 2006, 82, 84; *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 106.

851 vgl. EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 60 ff. – EnBW Energie; EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 31 – Niederlande; EuG 13.4.2005 – T-2/03, Rn. 65 ff. – Verein für Konsumenteninformation (VKI).

852 Vgl. *Westhoff,* Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2006), S. 119 f.; *Hölzel,* Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 208 ff.; *Häfele,* Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2013), S. 182 ff.; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 103 ff.; *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 160; *Nowak*, DVBl. 2004, 272, 277; *Tietje/Nowrot*, EWS 2006, 486 f.; *Leopold*, WuW 2006, 592, 601; *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 154; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 305 ff.; *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 77 ff.

853 *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 79.

854 Komm., Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, vom 28.1.2000, KOM(2000) 30 endg.; ABl. 2000 C 177/E/70, sah in Art. 2 Abs. 2 vor: „[...] [Die Verordnung] gilt nicht, sofern es Sondervorschriften hinsichtlich des Zugangs zu Dokumenten gibt"; *Häfele,* Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2013), S. 184 f.; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 307.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als die Transparenzverordnung erlassen worden sind, schließen weder die VO 1/2003 noch die VO 773/2004 die Anwendbarkeit der Transparenzverordnung auf dem Gebiet des Kartellrechts ihrem Wortlaut nach ausdrücklich aus.[855] Die VO 1049/2001 wird somit nicht nach dem Prinzip „*lex posterior derogat priori*"[856] durch die VO 1/2003 und VO 773/2004 verdrängt.[857] Eine normenhierarchische Betrachtung führt ebenfalls zu keinem Vorrang des Kartellverfahrensrechts, da sich ein Rangverhältnis zwischen zwei Verordnungen, die beide aufgrund einer primärrechtlichen Ermächtigungsgrundlage erlassen wurden, nicht ableiten lässt.[858]

Des Weiteren kann ein Vorrang der kartellrechtlichen Vorschriften nicht aus dem Sinn und Zweck der Verordnungen geschlossen werden. Die VO 1049/2001 zielt auf die Schaffung von Transparenz,[859] während die kartellrechtlichen Akteneinsichtsrechte die Verteidigungsrechte der Beteiligten im Kartellverfahren absichern.[860] Die kartellrechtlichen Vorschriften unterscheiden sich daher von der Transparenzverordnung in einem so großen Maße, dass jede Verordnung anwendbar bleiben kann, ohne die andere zu verdrängen.[861]

Im Ergebnis ist somit davon auszugehen, dass die Vorschriften der VO 1049/2001 auch für Dokumente aus Kartellverfahren gelten.[862] Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Europäische Kommission unbegrenzt Zugang zu ihren Kartellverfahrensakten zu gewähren hat. Denn auch wenn die Transparenzverordnung

> „der Öffentlichkeit ein größtmögliches Recht auf Zugang zu den Dokumenten der Organe gewähren soll, unterliegt […] dieses Recht nach

855 EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 31 – Niederlande.

856 Ein späteres Gesetz hebt ein vorheriges auf, vgl. *Liebs,* Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter (2007), S. 124, L 43.

857 *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 79.

858 Vgl. *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 88; *Goddin*, JECLaP 2011 (2), 10, 10.

859 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 4 VO 1049/2001.

860 Vgl. *Palzer,* ZEuP 2015, 416, 425.

861 *Hölzel,* Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 209; *Tietje/Nowrot*, EWS 2006, 486, 487.

862 so auch *Hempel*, in: FS Möschel (2011), S. 265, 269; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 305 ff.; *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 154; *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 78; *Kellerbauer*, WuW 2011, 688; *Dittrich*, WuW 2012, 133, 139; i.E. auch *Riemann*, Die Transparenz in der Europäischen Union (2004), S. 192.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> der Rechtsprechung des Gerichtshofs […] bestimmten Grenzen aus Gründen des öffentlichen oder privaten Interesses“[863].

Ein entsprechender Interessenausgleich kann grundsätzlich über die Ausnahmetatbestände des Art. 4 VO 1049/2001 erreicht werden.[864] In der Literatur ist daher eine kohärente Anwendung der kollidierenden Verordnungen gefordert worden.[865] Dieser Ansicht hat sich der EuGH im Jahr 2014 angeschlossen und eine Vermutung der Beeinträchtigung im Rahmen der Ausnahmetatbestände des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 entwickelt.[866] Diese wird im Rahmen der Ausnahmetatbestände des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 näher betrachtet.

II. Gegenstand und Umfang des Dokumentenzugangsrechts gem. Art. 2 VO 1049/2001

Nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 3 VO 1049/2001 sind Gegenstand der Verordnung „Dokumente aus allen Tätigkeitsbereichen der Union, die von einem Organ erstellt wurden oder bei diesem eingegangen sind und sich in seinem Besitz befinden“. Nach der Legaldefinition in Art. 3 lit. a) VO 1049/2001 umfasst der Begriff „Dokument“ alle Inhalte, die im Zusammenhang mit den Politiken, Maßnahmen oder Entscheidungen des Organs stehen, unabhängig von der Form des Datenträgers. Das Informationszugangsrecht findet nicht nur bei gesetzgeberischen Tätigkeiten Anwendung, sondern auch bei schlichtem Verwaltungshandeln.[867] Dem Transparenzinteresse kommt aber bei der Offenlegung von Doku-

---

863 EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 31 – Niederlande.

864 Vgl. *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 154; *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 79; *Palzer*, ZEuP 2015, 416, 425.

865 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 103 ff.; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 159; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 80; *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 77 ff.; für eine Anwendung der VO 1049/2001 im Kartellrecht schon *Nowak*, DVBl. 2004, 272, 277; *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 154; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 305 ff.

866 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 83 ff., 88-92 – EnBW Energie; siehe dazu Teil § 5 B. IV. 2. b).

867 Erwägungsgrund Nr. 6 VO 1049/2001; EuG 27.2.2014 – C-365/12 P, Rn. 91 – EnBW Energie; EuGH 29.6.2010 C-139/07 P, Tz. 60 – Technische Glaswerke Ilmenau.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

menten aus Verwaltungstätigkeiten ein geringeres Gewicht zu als bei der Offenlegung von Dokumenten aus gesetzgeberischen Tätigkeiten.[868] Eine Pflicht der Europäischen Kommission, bestimmte Informationen zu ermitteln oder bestimmte Dokumente zu erstellen oder von deren Behörden beizuziehen, kann allerdings nicht aus der VO 1049/2001 abgeleitet werden.[869]

Das Dokumentenzugangsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 erfasst folglich auch Informationen von Kronzeugen der Europäischen Kommission als Dokumente aus Verwaltungstätigkeiten. Dies gilt sowohl für Kronzeugendokumente, welche die Europäische Kommission selbst erstellt hat, als auch für solche Dokumente, die von nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung von Art. 101 und Art. 102 AEUV nach Art. 11 VO 1/2003 an die Europäische Kommission übermittelt wurden.[870]

III. Antragsberechtigung

Nach Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 hat jeder Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat einen Anspruch auf Zugang zu Dokumenten der Unionsorgane. Anderen natürlichen oder juristischen Personen kann Zugang zu Dokumenten gewährt werden. Sie haben jedoch im Gegensatz zu Unionsbürgern keinen Anspruch auf Dokumentenzugang (vgl. Art. 2 Abs. 2 VO 1049/2001). Für nicht-europäische Unternehmen können Tochterunternehmen mit Sitz in der Europäischen Union oder andere Personen, wie Rechtsanwälte, das Informationszugangsrecht nach Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 wahrnehmen und die gewonnenen Informationen an das (Mutter-)Unternehmen übermitteln.[871] Da der Informationszugang ohne jegliche Verwendungsbeschränkung gewährt wird, können die Dokumente der Europäischen Kommission an andere Personen weitergeleitet oder in Schadensersatzprozessen genutzt werden.

---

868 EuGH 27.2.2014, – C-365/12 P, Rn. 91 – EnBW Energie; EuGH 29.6.2010 – C-139/07 P, Tz. 60 – Technische Glaswerke Ilmenau.

869 Vgl. *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 15 AEUV Rn. 16; *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 15 AEUV Rn. 46 (58. EL. 2016).

870 vgl. EuG 12.5.2015 – T-623/13, Tz. 40 ff. – Unión de Almacenistas de Hierros de España.

871 *Soltész/Marquier/Wendenburg,* EWS 2006, 102, 106.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Offenlegungsschutz gem. Art. 4 VO 1049/2001

Das Recht auf Dokumentenzugang gem. Art. 2 VO 1049/2001 besteht nicht grenzenlos, sondern kann aufgrund verschiedener Ausnahmetatbestände, die in Art. 4 VO 1049/2001 geregelt sind, durch die Europäische Kommission verweigert werden. Im Folgenden werden die wesentlichen Ausnahmetatbestände erörtert, die einem Zugriff auf Kronzeugeninformationen, die sich in den Händen der Europäischen Kommission befinden, entgegenstehen können. Dabei kann grundsätzlich zwischen den Ausnahmetatbeständen des Art. 4 Abs. 1 VO 1049/2001, die einen absoluten Offenlegungsschutz gewähren, und den Ausnahmetatbeständen des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 unterschieden werden, die einen relativen Offenlegungsschutz vermitteln.

1. Offenlegungsschutz gem. Art. 4 Abs. 1 VO 1049/2001

Eine Versagung des Informationszugangs kommt insbesondere auf Grundlage des Art. 4 Abs. 1 lit. a) vierter Gedankenstrich VO 1049/2001 (a) und des Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO 1049/2001 (b) in Betracht.

a) Schutz des öffentlichen Interesses im Hinblick auf die Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik gem. Art. 4 Abs. 1 lit. a), vierter Gedankenstrich VO 1049/2001

In der Literatur wird zum Teil erwägt, dass der Schutz des öffentlichen Interesses im Hinblick auf die Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik gem. Art. 4 Abs. 1 lit. a) vierter Gedankenstrich VO 1049/2001[872] einem Zugang zu Kronzeugendokumente entgegensteht.[873] Diese Ansicht wird damit begründet, dass die Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kom-

872 Art. 4 Abs. 1 lit. a) vierter Gedankenstrich VO 1049/2001 lautet: „Die Organe verweigern den Zugang zu einem Dokument, durch dessen Verbreitung Folgendes beeinträchtigt würde:
a) der Schutz des öffentlichen Interesses im Hinblick auf:
[…] – die Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik der Gemeinschaft oder eines Mitgliedstaats; […]".

873 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 119 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mission einen wesentlichen Teil der Wettbewerbspolitik und damit der Wirtschaftspolitik der Europäischen Union darstellt.[874]

Diese Schlussfolgerung wird von anderen Teilen der Literatur zu Recht in Frage gestellt.[875] Zwar ist die Wettbewerbspolitik im Rahmen der Wirtschaftspolitik der Europäischen Union (vgl. Art. 119, 120 AEUV) zu berücksichtigen, jedoch ist die Kronzeugenmitteilung nicht mit der Wirtschaftspolitik in Gänze gleichzusetzen. Dies folgt zum einen daraus, dass es sich bei der Kronzeugenmitteilung trotz ihrer Bedeutung für die Kartellbekämpfung letztlich nur um ein Ermittlungsinstrument der Europäischen Kommission handelt und die Bekämpfung von sog. *Hardcore*-Kartellen nur einen Teilbereich der Wettbewerbspolitik der Europäischen Union darstellt.[876] Zudem ist die Wettbewerbspolitik in Teil VII des AEUV geregelt, während Teil VIII sich der Wirtschafts- und Währungspolitik widmet.

Zum anderen spricht in systematischer Hinsicht gegen die Anwendung des Art. 4 Abs. 1 lit. a) vierter Gedankenstrich VO 1049/2001 der Umstand, dass der Verordnungsgeber mit Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 einen besonderen Ausnahmetatbestand geschaffen hat, der dazu dient, bestimmte Verfahren und die Effektivität von Untersuchungstätigkeiten zu schützen.[877] Der Verordnungsgeber hat daher zwischen der Wirtschaftspolitik und einzelnen Ermittlungsverfahren differenziert. Ein Schutz von Kronzeugeninformationen vor Offenlegung durch Art. 4 Abs. 1 lit. a), vierter Gedankenstrich VO 1049/2001 würde dieser Wertung zuwiderlaufen und ist im Ergebnis daher abzulehnen.

b) Schutz der Privatsphäre und der Integrität des Einzelnen gem. Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO 1049/2001

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO 1049/2001 verweigert die Europäische Kommission den Zugang zu Dokumenten, deren Verbreitung den Schutz der

874 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 119 f.

875 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 161; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 86 f.

876 Vgl. *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 161.

877 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 162; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 87.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Privatsphäre und die Integrität des Einzelnen beeinträchtigen würden.[878] Bei der Beurteilung der Beeinträchtigung sind nach dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO 1049/2001 die unionsrechtlichen Vorschriften zum Datenschutz zu berücksichtigen („[…] insbesondere gemäß den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft über den Schutz personenbezogener Daten."; vgl. Art. 4 Abs. 2 lit b) VO 1049/2001 a.E.). Es sind daher insbesondere die Vorschriften der *Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr*[879] zu beachten.[880] Danach kommt eine Offenlegung von personenbezogenen Informationen nur in Betracht, wenn der Antragsteller nachweist, dass er eine Aufgabe des öffentlichen Interesses wahrnimmt (Art. 8 lit. a) VO 45/2001) oder dass eine Notwendigkeit für die Datenübermittlung und kein Grund zu der Annahme besteht, dass die berechtigten Interessen der betroffenen Person beeinträchtigt werden könnten (Art. 8 lit. b) VO 45/2001).[881] In Bezug auf Dokumente aus Kartellverfahrensakten hat das EuG hierzu in einer Entscheidung aus dem Jahr 2015 entschieden, dass es für den Vortrag einer entsprechenden Notwendigkeit zu allgemein und abstrakt sei, anzugeben, auf die

878 Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO 1049/2001 lautet: „Die Organe verweigern den Zugang zu einem Dokument, durch dessen Verbreitung Folgendes beeinträchtigt würde: [...]
b) der Schutz der Privatsphäre und der Integrität des Einzelnen, insbesondere gemäß den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft über den Schutz personenbezogener Daten.".

879 Abl. 2001 L 8/1; die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rats v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. 1995 L 281/31) (Datenschutzrichtlinie) findet auf die Organe und Einrichtungen keine Anwendung, da sie der Rechtsangleichung des mitgliedstaatlichen Rechts dient, vgl. Art. 1 RL 95/46/EG; *Brühann,* in: Grabitz/Hilf, A 30, Vorb. Datenschutz und die Europäische Gemeinschaft, Rn. 67 ff. (13. EL Mai 1999) (beck-online); die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. Nr. L 119/1) findet ebenfalls keine Anwendung auf die Organe und Einrichtungen der Europäischen Union, vgl. Art. 2 Abs. 3 DSGVO.

880 Vgl. EuGH 29.6.2010 – C-28/08 P, Tz. 58-60 – Bavarian Lager; EuGH 2.10.2014 – C-123/13 P, Tz. 70 – Strack; EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 139 – AXA Versicherung.

881 Vgl. EuGH 2.10.2014, Rs. C-123/13 P, Tz. 104 – Strack.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Informationen angewiesen zu sein, um den Ersatz des entstandenen Schadens geltend zu machen.[882] Nach Auffassung des Gerichts müssen die Angaben des Antragstellers der Europäischen Kommission ermöglichen, eine Abwägung der verschiedenen Interessen im Einzelfall vorzunehmen.[883] In kartellrechtlichen Fällen werden (potentielle) Schadensersatzkläger einen entsprechenden Nachweis jedoch kaum ohne weitere Kenntnis der Verfahrensakte führen können. Vor diesem Hintergrund bietet die Ausnahmevorschrift des Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO 1049/2001 Kronzeugeninformationen einen Offenlegungsschutz, soweit es sich um personenbezogene Angaben handelt. Insgesamt betrachtet führt die Ausnahmevorschrift jedoch zu keinem umfassenden Schutz, da ein Großteil der Kronzeugeninformationen aufgrund der Ausrichtung des europäischen Kartellrechts auf Unternehmen nicht vom Schutz des Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO 1049/2001 erfasst wird.[884]

2. Offenlegungsschutz gem. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001

Im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 1 gewährt Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001[885] keinen absoluten Offenlegungsschutz. Vielmehr kommt ein Dokumentenzugang auch bei Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes in Betracht, wenn ein überwiegendes Interesse an der Verbreitung besteht.

882 EuG 7.7.2015, Rs. T-677/13, Tz. 145 f. – AXA Versicherung.

883 EuG 7.7.2015, Rs. T-677/13, Tz. 143 – AXA Versicherung.

884 So auch *Häfele*, Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2013), S. 191; vgl. auch *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 88.

885 Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 lautet: „Die Organe verweigern den Zugang zu einem Dokument, durch dessen Verbreitung Folgendes beeinträchtigt würde:
- der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person, einschließlich des geistigen Eigentums,
- der Schutz von Gerichtsverfahren und der Rechtsberatung,
- der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten,

es sei denn, es besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Geschützte Interessen im Sinne des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001

Voraussetzung für einen Offenlegungsschutz gem. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 ist zunächst, dass einer der Ausnahmetatbestände vorliegt. Ein Schutz von Kronzeugeninformationen kommt vor allem aufgrund Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 und Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 in Betracht. Diese Ausnahmetatbestände werden im Folgenden erörtert.

aa) Der Schutz der geschäftlichen Interessen gem. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001

Im europäischen Recht verweigert die Europäische Kommission den Zugang zu Kartellverfahrensakten nach Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001, wenn der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder einer juristischen Person, einschließlich des geistigen Eigentums, durch die Verbreitung des Dokuments beeinträchtigt würde, es sei denn, es besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung.

(1) Der Begriff des „geschäftlichen Interesses“ i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001

Der Begriff des geschäftlichen Interesses i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2011 wird weder durch die Verordnung 1049/2001 legaldefiniert noch durch die europäische Rechtsprechung näher konkretisiert.[886] In der Rechtsprechung wurden nur einzelne Arten von Dokumenten dem Schutzbereich zugeordnet,[887] wie etwa Dokumente bezüglich der Kostenstruktur eines Unternehmens,[888] der Geschäftsstrategien,[889] des Umsatzes, der Marktanteile oder der Geschäftsbeziehungen.[890] Diese Dokumente stellen zugleich Geschäftsgeheimnisse dar und werden als solche

886 EuG 15.12.2011 – T-347/08, Tz. 44 – CDC Hydrogene Peroxide; EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 134 – EnBW Energie.
887 Vgl. auch EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 34 – Niederlande.
888 EuG 30.1. 2008 – T-380/04, Tz. 95 – Terezakis.
889 EuG 9.7.2010 – T-237/05, Tz. 113 – Édition Odile Jakob.
890 EuG 7.7. 2010 – T-111/07, Tz. 54 f. – Agrofert.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von der Europäischen Kommission besonders geschützt.[891] Darunter sind „Informationen [zu verstehen], durch deren Preisgabe die Interessen des Auskunftsgebers nicht nur dann, wenn sie an die Öffentlichkeit erfolgt, sondern auch bei bloßer Weitergabe an einen Dritten schwer beeinträchtigt werden können"[892]. Es stellt sich daher die Frage, ob nur Geschäftsgeheimnisse geschäftliche Interessen i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 darstellen oder ob der Begriff weiter zu verstehen ist.[893]

(a) Wortlaut

Ein Vergleich mit dem Begriff des Geschäftsgeheimnisses führt nur bedingt zu einer Konkretisierung des Begriffs des geschäftlichen Interesses. Die sprachliche Differenzierung zwischen dem Begriff des „Geschäftsgeheimnisses" und dem in der VO 1049/2001 verwendeten Begriff des „geschäftlichen Interesses" deutet zunächst darauf hin, dass der Verordnungsgeber diese Begriffe nicht gleichsetzen wollte. Diese Annahme wird zum einen dadurch bestätigt, dass der Begriff „geschäftliche Interessen" in verschiedenen Übersetzungen der VO 1049/2001 existiert und somit keine Eigenart der deutschen Fassung darstellt.[894] Zum anderen entschied auch das EuG in der Entscheidung *CDC Hydrogene Peroxide* aus dem Jahr 2012, dass der Begriff des „geschäftlichen Interesses" nicht mit dem Begriff des „Geschäftsgeheimnisses" im Sinne der „*Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag*"[895] („Mitteilung für Akteneinsicht im Kartell-

891 Vgl. Komm., 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, v. 22.12.2005, ABl. 2005 C 325/7, Tz. 18.

892 EuG 18.9.1996, Rs. T-353/94, Slg. II-926, Tz. 87 – Postbank; vgl. *Barthelmeß/Rudolf*, in: Loewenheim et al., Art. 28 VO 1/2003 Rn. 25.

893 von einer Begrenzung des Begriffs auf Geschäftsgeheimnisse ausgehend, *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 91.

894 Vergleicht man den Wortlaut der deutschen Fassung mit der englischen Fassung („commercial interests"), der französischen („interêts commerciaux"), der italienischen („interessi commerciali") oder niederländischen Fassung („commerciëlle belangen"), so wird deutlich, dass sich die sprachlichen Fassungen entsprechen.

895 Komm., Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, Ar-

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

recht") gleichzusetzen ist,[896] sondern weiter zu verstehen sei. Nach Auffassung des EuG sind aber nicht sämtliche Informationen über eine Gesellschaft und ihre Geschäftsbeziehungen unter den Schutz des geschäftlichen Interesses zu fassen.[897] Das in dem Urteil *CDC Hydrogene Peroxid* relevante Inhaltsverzeichnis einer Kartellverfahrensakte stellte deshalb nach Ansicht des Gerichts kein geschäftliches Interesse dar.[898] Etwas anderes kann aber gelten, wenn aus dem Inhaltsverzeichnis selbst Schlüsse über sensible Daten gezogen werden können.[899] Dies stellte das EuG auch in der Entscheidung *Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring* klar, in dem es betonte, dass auch ein Inhaltsverzeichnis unter den Ausnahmetatbestand des Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 falle, sofern dessen Offenlegung dazu führe, dass Dritte von sensiblen Geschäftsgeheimnissen Kenntnis erlangen.[900] Es ist daher zunächst festzuhalten, dass der Begriff des „geschäftlichen Interesses" weiter zu verstehen ist als der Begriff des „Geschäftsgeheimnisses" und diesen mitumfassen kann.[901]

(b) Historische Auslegung

Die vorstehend genannte These wird durch den „*Verhaltenskodex für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten*"[902] aus dem Jahr 1993 bestätigt, der den Dokumentenzugang im europäischen Recht vor der VO 1049/2001 regelte. Der Umstand, dass auch schon nach dem

---

tikel 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, v. 22.12.2005, ABl. 2005 C 325/7.

896 EuG 15.12.2011 – T-347/08, Tz. 43 – CDC Hydrogene Peroxide.

897 EuG 15.12.2011 – T-347/08, Tz. 44 – CDC Hydrogene Peroxide; vgl. auch EuG 30.1.2008 Fassung – T-380/04, Tz. 93 – Terezakis; vgl. auch EuG 9.7.2010 – T-237/05, Tz. 123 – Édition Odile Jakob; so auch EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 134 – EnBW Energie.

898 EuG 15.12.2011 – T-347/08, Tz. 45 ff. – CDC Hydrogene Peroxide.

899 Vgl. EuG 15.12.2011 – T-347/08, Tz. 45 – CDC Hydrogene Peroxide.

900 EuG 5.2.2018 – T-611/15, Tz. 77 – Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring.

901 I.E. übereinstimmend EuG 7.7.2010 – T-111/07 - Agrofert, Tz. 71; *Miersch*, in: Dalheimer/Feddersen/Miersch, EU-Kartellverfahrensordnung, Art. 28 VO 1/2003 Rn. 20; *Castenholz*, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht (2004), S. 164; *Meltzian*, Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane (2004), S. 231; *Riemann*, Die Transparenz in der Europäischen Union (2004), 187; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 307 f.; *Caruso*, JECLaP 2010, 453, 466; *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 82.

902 ABl. 1993 L 340/41.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verhaltenskodex der Zugang zu Dokumenten ausgeschlossen war, wenn der „Schutz des Geschäfts- und Industriegeheimnisses" betroffen war,[903] zeigt, dass die frühere Regelung enger gestaltet war und dass Geschäftsgeheimnisse auch von der heutigen Ausnahmeregelung umfasst werden.[904]

(c) Systematische Betrachtung

Für eine grundsätzlich weite Auslegung spricht auch der Vergleich des Art. 4 Abs. 2, erster Gedankenstrich VO 1049/2001 mit den anderen Ausnahmetatbeständen des Art. 4 VO 1049/2001. Neben Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO 1049/2001[905], der die Privatsphäre schützt, ist Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 der einzige Ausnahmetatbestand, der den Schutz privater Interessen bezweckt. Die Ausnahmetatbestände des Art. 4 Abs. 1 lit. a) VO 1049/2001 dienen dem Schutz allgemeiner unionsrechtlicher Ziele. Auch Art. 4 Abs. 2 zweiter und dritter Gedankenstrich VO 1049/2001[906] schützt keine privaten Interessen, sondern die Effektivität

---

903 Vgl. ABl. 1993 L 340/41, 42:
„Die Organe verweigern den Zugang zu Dokumenten, wenn sich durch deren Verbreitung eine Beeinträchtigung ergeben könnte in Bezug auf […]
– den Schutz des Geschäfts- und Industriegeheimnisses; […]".

904 Vgl. *Castenholz,* Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht (2004), S. 164.

905 Art. 4 Abs. 1 VO 1049/2001 lautet: „(1) Die Organe verweigern den Zugang zu einem Dokument, durch dessen Verbreitung Folgendes beeinträchtigt würde:
a) der Schutz des öffentlichen Interesses im Hinblick auf:
– die öffentliche Sicherheit,
– die Verteidigung und militärische Belange,
– die internationalen Beziehungen,
– die Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik der Gemeinschaft oder eines Mitgliedstaats;
b) der Schutz der Privatsphäre und der Integrität des Einzelnen, insbesondere gemäß den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft über den Schutz personenbezogener Daten."

906 Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 lautet: „ Die Organe verweigern den Zugang zu einem Dokument, durch dessen Verbreitung Folgendes beeinträchtigt würde:
– der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person, einschließlich des geistigen Eigentums,
– der Schutz von Gerichtsverfahren und der Rechtsberatung,
– der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten,
es sei denn, es besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

behördlicher und gerichtlicher Verfahren. Um einen Ausgleich kollidierender Interessen zu schaffen,[907] muss Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 daher grundsätzlich alle Interessen mit wirtschaftlichem Bezug erfassen.

(d) Teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs auf rechtmäßige Interessen

Nach Erwägungsgrund Nr. 11 VO 1049/2001 dienen die Ausnahmetatbestände grundsätzlich dazu, das Transparenzgebot mit bestimmten öffentlichen und privaten Interessen in Einklang zu bringen.[908] Von Teilen der Literatur wird daher die Ansicht vertreten, dass nur diejenigen Informationen mit dem Transparenzprinzip in Ausgleich zu bringen sind, die im Einklang mit der Rechtsordnung erworben wurden.[909] Nach dieser Ansicht sind zumindest Unternehmenserklärungen als Informationen über eine illegale Tätigkeit nicht schützenswert.[910] Diesem Ansatz zufolge ist der Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 somit teleologisch zu reduzieren. Zur Begründung wird zum Teil vorgebracht, dass das Interesse, kartellrechtliche Schadensersatzklagen zu verhindern, kein geschäftliches Interesse darstelle könne.[911] Andere Teile der Literatur vertreten hingegen die Auffassung, dass ein Zugang zu Kronzeugeninformationen die geschäftlichen Interessen der Kronzeugen beeinträchtige, weil das Kostenrisiko für die betroffenen Unternehmen durch drohende Prozesse und Schadensersatzleistungen steige.[912]

Auch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte differenziert grundsätzlich nicht zwischen Informationen, die sich auf den Kartell-

907 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 11 VO 1049/2001.

908 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 11 VO 1049/2001, wonach „[…] Der Schutz bestimmter öffentlicher und privater Interessen […] durch Ausnahmen gewährleistet werden [sollte]".

909 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 163 ff.; *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 153, 157; *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 134; vgl. *Hölzel,* Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 221.

910 *Hölzel,* Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 221; *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 153, 157; *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 134.

911 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 166.

912 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 136 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtsverstoß beziehen, und sonstigen Informationen. Nach Auffassung des EuG können grundsätzlich nur die Informationen als nicht vertraulich angesehen werden, die erforderlich sind, um die Zuwiderhandlung nachzuweisen und die Kommissionsentscheidung nachzuvollziehen.[913] Zur Begründung wies das EuG u.a. darauf hin, dass sich eine Beschränkung auf „rechtmäßige" Interessen nicht aus dem Wortlaut der VO 1049/2001 ergebe.[914]

Eine entsprechende Differenzierung nimmt zu Recht auch der EuGH nicht vor. Vielmehr geht der Gerichtshof von einem weiten Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 aus, da er grundsätzlich bei kartellrechtlichen Offenlegungsbegehren eine Beeinträchtigung der geschäftlichen Interessen vermutet.[915] Eine Beschränkung des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 auf Dokumente, die sich auf rechtmäßig erworbene und legitime geschäftliche Interessen beziehen, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut noch der VO 1049/2001.[916] Auch aus dem Ziel der Transparenzverordnung, den Bürger am Entscheidungsprozess zu beteiligen sowie die Legitimität, die Effizienz und die Verantwortung der Verwaltung gegenüber dem Bürger zu fördern,[917] folgt nicht, dass jede geschäftliche Information offengelegt werden muss, die an die Europäische Kommission als Kooperationsbeitrag durch die Kronzeugen übermittelt wurde. Eine entsprechende Beschränkung kann zudem nicht aus dem europäischen Wettbewerbsrecht als allgemeiner Grundsatz abgeleitet werden. Insbesondere der Umstand, dass Informationen gem. Art. 28 VO 1/2003 nur zu dem Zweck verwendet werden dürfen, zu dem sie eingeholt wurden, zeigt, dass im Wettbewerbsrecht auch Informationen, die mit dem Wettbewerbsverstoß in Zusammenhang stehen, als vertraulich angesehen werden können.[918] Das EuG hat daher in der Entscheidung *Niederlande/Komm*. im Jahr 2013 zu Recht darauf hingewiesen, dass auch im Kartellverfahrensrecht Informationen, die im Zusammenhang mit dem Kartellrechtsverstoß stehen, als vertraulich eingestuft werden können.[919] Grundsätzlich führt daher ein bloßer Bezug zum Kartellverstoß nicht dazu, dass Dokumente oder Interessen vom Schutz geschäftlicher Interessen ausgeschlossen sind.

---

913 EuG 13.9.2013 – 380/08, Tz. 52 – Niederlande.
914 EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 49 f. – Niederlande.
915 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 93 – EnBW Energie
916 EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 49 f. – Niederlande.
917 Erwägungsgrund Nr. 2 VO 1049/2001.
918 EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 49 – Niederlande; *Bechtold et al.*, Art. 28 VO 1/2003 Rn. 8, 9.
919 EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 49 – Niederlande.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Um eine kohärente Anwendung der VO 1/2003 und der VO 1049/2001 und ein gewisses Maß an Transparenz im europäischen Wettbewerbsrecht zu gewährleisten, können jedoch nicht alle Informationen und Dokumente aus Kartellverfahrensakten unter den Schutz geschäftlicher Interessen fallen. Dies würde dem allgemeinen Grundsatz widersprechen, dass die Ausnahmetatbestände der VO 1049/2001 grundsätzlich eng auszulegen sind.[920] Als nicht vertraulich anzusehen sind daher Informationen, die erforderlich sind, um die Zuwiderhandlung nachzuweisen und die Kommissionsentscheidung nachzuvollziehen.[921] Dies gilt auch, wenn Kartellanten durch die Veröffentlichung einem höheren Risiko ausgesetzt werden, Schadensersatz zu leisten.[922] Die Wertung des europäischen Kartellrechts, dass Geschädigten ein Recht auf Schadensersatz zusteht, darf nicht unterlaufen werden. Das EuG hat daher zutreffend in dem Urteil *CDC Hydrogene Peroxide* aus dem Jahr 2012 festgestellt,

> „dass das Interesse einer an einem Kartell beteiligten Gesellschaft an der Vermeidung solcher Klagen nicht als geschäftliches Interesse eingestuft werden [könne]; jedenfalls [sei] es insbesondere im Hinblick auf das Recht eines jeden, Ersatz des Schadens zu verlangen, der ihm durch ein Verhalten entstanden ist, das den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, nicht schutzwürdig."[923]

Das Interesse, Schadensersatz gegen Kartellanten geltend zu machen, kann aber auch nicht dazu führen, dass Offenlegungspetenten im Wege des allgemeinen Dokumentenzugangsrechts grundsätzlich Zugriff auf Kronzeugendokumente und damit auf wesentliche Bestandteile der Kartellverfahrensakten erhalten.[924] Nach der Rechtsprechung des EuGH tragen nicht nur Schadensersatzklagen zur vollständigen Wirksamkeit des europäischen Wettbewerbsrechts beitragen, sondern auch die Kronzeugenprogramme.

---

920 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 72 – EnBW Energie; EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 41 – EnBW Energie; EuG 15.12.2011, Tz. 36 – CDC Hydrgene Peroxide; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 116 f.; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 15 AUEV Rn. 23; *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 15 AEUV Rn. 57.

921 EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 52 – Niederlande.

922 A.A. *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 136 f.

923 EuG 15.12.2011 – T-347/08 – CDC Hydrogene Peroxide, Tz. 49; a.A. *Kleine*, ZWeR 2007, S. 303, 310.

924 So aber *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 166.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mittlerweile beruhen sogar ca. 80 Prozent[925] der Kartellverfahren der Europäischen Kommission auf Kooperationsbeiträgen von Kronzeugen. Des Weiteren ist zu bedenken, dass die VO 1049/2001 transparenzrechtliche Ziele verfolgt und nicht dazu dient, potentiellen Schadensersatzklägern den Beweismittelzugang zu erleichtern.

Es zeigt sich somit an dieser Stelle, dass es im Rahmen des Anwendungsbereichs des Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 nicht allein auf „legitime" Interessen ankommt, sondern auf einen Ausgleich verschiedener Interessen und unionsrechtlicher Grundsätze, wie etwa das Berufsgeheimnis, das Transparenzinteresse, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das kartellrechtliche Schadensersatzinteresse und die Effektivität der Kronzeugenprogramme. Eine kohärente Anwendung dieser Interessen könnte, wie folgt, aussehen: Bei der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 sollte zunächst davon ausgegangen werden, dass alle geschäftlichen Interessen geschützt sind. Auf diese Weise werden das Berufsgeheimnis und das Interesse, die Effektivität der Kronzeugenprogramme zu schützen, gewahrt. Aufgrund des Prinzips der Verhältnismäßigkeit sollten von diesem Grundsatz nur Ausnahmen gelten, wenn dies zur Wahrung der Transparenz oder zur Durchsetzung kartellrechtlichen Schadensersatzes erforderlich ist. Für den Fall, dass eine solche Erforderlichkeit vorliegt, sollte eine Ablehnung des Dokumentenzugangs – in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zum Zugriff auf Kronzeugeninformationen auf nationaler Ebene – nur noch unter der Prämisse möglich sein, dass die Offenlegung der begehrten Informationen zu einer konkreten Gefährdung des Kronzeugenprogramms führt.

Diese Lösung entspricht im Wesentlichen der Rechtsprechung des EuGH. Dieser ist ebenfalls von einem weiten Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 ausgegangen und hat in dem Urteil *EnBW Energie* für kartellrechtliche Offenlegungsbegehren eine Vermutung dahingehend eingeführt, dass die geschäftlichen Interessen durch die Offenlegung „beeinträchtigt" werden.[926] Die Vermutung der Beeinträchtigung kann nach Auffassung des EuGH widerlegt werden, wenn der Antragsteller darlegt, dass der Dokumentenzugang für die Durchsetzung der kartellrechtlichen Schadensersatzklagen notwendig ist.[927] Diese Rechtsprechung zeigt, dass die kohärente Anwendung nicht nur im Rahmen des Merkmals „Schutz der geschäftlichen Interessen" zu erfolgen hat,

925 Komm., Staff Working Paper, Impact Assessment Report (2013), Tz. 57.
926 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 93 – EnBW Energie.
927 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 107 f. – EnBW Energie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sondern bei der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 insgesamt berücksichtigt werden kann. Im Ergebnis ist daher eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs abzulehnen.

(e) Fazit

Es ist festzuhalten, dass der Begriff des „geschäftlichen Interesses" i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 alle Informationen erfasst, die einen kaufmännischen Nutzen oder einen unternehmerischen Vorteil darstellen. Nur Informationen, die erforderlich sind, um die Zuwiderhandlung nachzuweisen und die Kommissionsentscheidung nachzuvollziehen, werden vom Schutz des Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 nicht erfasst.[928]

(2) Kronzeugeninformationen als geschäftliche Interessen i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001

Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, wann Kronzeugeninformationen ein geschäftliches Interesse i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 darstellen. Dafür ist zu klären, anhand welcher Kriterien (a) und aus welcher Sicht (b) eine derartige Kategorisierung zu erfolgen hat.

(a) Das Alter als maßgebliches Kriterium für die Wettbewerbsrelevanz

Nach vorstehender Auslegung ist für die Einordnung als geschäftliches Interesse i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 maßgeblich, ob dem begehrten Dokument oder den begehrten Informationen ein kaufmännischer Nutzen oder ein unternehmerischer Vorteil anhaftet. Als objektives Kriterium zur Bestimmung der Wettbewerbsrelevanz und damit zur Bestimmung eines geschäftlichen Interesses i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 bietet sich insbesondere das Alter der betroffenen Informa-

928 Vgl. auch *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 121, der ein Überwiegen des öffentlichen Interesses i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 annimmt, wenn die begehrten Dokumente sich unmittelbar auf wettbewerbswidrige Verhaltensweisen beziehen und die Kommission die Dokumente durch eigene Ermittlungen erlangt hat.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tionen an, da Informationen aufgrund des steten technischen und wirtschaftlichen Fortschritts durch Zeitablauf an Wert verlieren können.

In der Rechtsprechung wurden verschiedene Ansätze zu der Fragestellung vertreten, ob ein bestimmtes Alter als Richtwert für die Bestimmung der Wettbewerbsrelevanz dienen kann. Das EuG schlug zunächst in seinem Urteil *EnBW/Kommission* aus dem Jahr 2012 vor, die Fünfjahresgrenze, die in der Mitteilung über Regeln für die Akteneinsicht in Wettbewerbssachen[929] für Geschäftsgeheimnisse genannt wird, als Anhaltspunkt für eine zeitliche Begrenzung der Schutzvorschriften zu sehen.[930] Als Begründung führte das EuG an, dass die nachteiligen Folgen, „die sich aus der Verbreitung einer wirtschaftlich sensiblen Information ergeben können, mit zunehmenden Alter" abnähmen.[931] Mit steigendem Alter der sensiblen Informationen steige zudem die Wahrscheinlichkeit, dass die Anwendung der Ausnahmen nach Art. 4 VO 1049/2001 nicht mehr gerechtfertigt seien.[932]

Gegen die Einführung einer festen Jahreszahl als Richtwert für die Bestimmung von geschäftlichen Interessen i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 hat GA Villalón in seinen Schlussanträgen in dem Rechtsmittelverfahren gegen das Urteil *EnBW/Kommission* im Jahr 2013 Stellung bezogen:[933] Nach Ansicht von GA Villalón könne nicht nur durch bloßen Zeitablauf bestimmt werden, ob sich ein geschäftliches Interesse in das „alleinige" Interesse, Schadensersatzklagen zu vermeiden, gewandelt habe.[934] Trotz eines „höheren" Alters von Informationen müsse in Betracht gezogen werden, dass sie weiterhin schützenswerte geschäftliche Interessen darstellen können.[935] Eine Schutzwürdigkeit entfalle nur, wenn sich im Einzelfall ergibt, dass Informationen aufgrund ihres Alters keine geschäftliche Bedeutung mehr haben, d.h. nicht länger wettbewerbsrelevant sind.[936]

---

929 Komm., 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, v. 22.12.2005, ABl. 2005 C 325/7, Tz. 23.

930 Vgl. EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 41 – EnBW Energie; vgl. *B. Mehle*, in: FS v. Mehle (2009), S. 387, 413.

931 EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 139 – EnBW Energie.

932 EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 142 – EnBW Energie.

933 GA Villalón, Schlussanträge 3.10.2013 – C-365/12 P, Tz. 83 ff. – EnBW Energie.

934 GA Villalón, Schlussanträge 3.10.2013 – C-365/12 P, Tz. 87 – EnBW Energie.

935 GA Villalón, Schlussanträge 3.10.2013 – C-365/12 P, Tz. 88 – EnBW Energie.

936 GA Villalón, Schlussanträge 3.10.2013 – C-365/12 P, Tz. 83 ff. – EnBW Energie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In dem Urteil *AXA Versicherung* aus dem Jahr 2015 näherte sich das EuG der Auffassung von GA Villalón an und konkretisierte seine Rechtsprechung dahin, dass Informationen, die älter als fünf Jahre sind, nicht grundsätzlich zu alt seien, um einen Schutz nach Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 zu begründen.[937] Das gelte auch, wenn Informationen, die älter als fünf Jahre sind, nicht mehr aktuell seien und ihre Verbreitung mit steigendem Alter weniger bedeutsam.[938] Es müsse berücksichtigt werden, dass Geschäftsgeheimnisse nach Art. 4 Abs. 7 VO 1049/2001 weit nach Verfahrensbeendigung und für einen Zeitraum von 30 Jahren oder erforderlichenfalls länger geschützt sein können.[939]

Auch außerhalb der Rechtsprechung zur VO 1049/2001 entschied das EuG in dem Urteil *Evonik Degussa* aus dem Jahr 2015 – das sich mit der Veröffentlichung von Kronzeugeninformationen in nichtvertraulichen Fassungen der Bußgeldentscheidung der Europäischen Kommission befasst –, dass nach ständiger Rechtsprechung Informationen, die älter als fünf Jahre seien, nicht mehr aktuell und deshalb weder geheim noch vertraulich anzusehen seien, wenn der Betroffene nicht nachweise, dass „sie trotzdem immer noch wesentlicher Bestandteil ihrer eigenen oder der wirtschaftlichen Stellung eines Dritten sind".[940] Die Europäische Kommission sei daher berechtigt, Informationen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, nach Art. 30 VO 1/2003 zu veröffentlichen. Denn aufgrund des in Art. 1 Abs. 2 EUV und Art. 15 AEUV verankerten Transparenzprinzips stelle die Befugnis der Europäischen Kommission, Rechtsakte zu veröffentlichen, die Regel dar.[941] Diese Rechtsprechung wurde vom EuGH bestätigt.[942] Der EuGH spricht sogar bei Informationen, die älter als fünf Jahre sind, von einer „widerleglichen Vermutung"[943] für eine fehlende Vertraulichkeit der Informationen.

Die Annäherung der verschiedenen Ansichten ist zu begrüßen. Auch wenn der generellen Aussage, dass die Wettbewerbsrelevanz von Informationen im Laufe der Zeit abnimmt, grundsätzlich zuzustimmen ist, sollten für die Bestimmung der Wettbewerbsrelevanz weitere Faktoren, wie die Bedingungen des jeweiligen Marktes, berücksichtigt werden. In manchen Bereichen, wie im Bereich der Multi-Media-Produkte, sind dynamischere,

937 EuG 7.7.2015 – Rs. T-677/13, Tz. 154 – AXA Versicherung.
938 Ebenda.
939 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 63 – AXA Versicherung.
940 EuG 28.1.2015 – T-341/12, Tz. 84 – Evonik Degussa.
941 Ebenda.
942 EuGH 14.3.2017 – C-162/15 P, Tz. 64 – Evonik Degussa.
943 Ebenda.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schnellere Entwicklungen zu beobachten, als auf Märkten, die sich auf Produkte beziehen, deren Nachfrage ohne große Entwicklungssprünge konstant bleibt. Diese unterschiedlichen Marktentwicklungen spiegeln sich auch bei der Wertigkeit von Informationen wider: Je schneller andere Unternehmen in der Lage sind, den Innovationsvorsprung eines Unternehmens aufzuholen, desto schneller verlieren Informationen an Wert. Eine starre zeitliche Kategorisierung von Informationen kann diesen marktspezifischen Gegebenheiten nicht gerecht werden. Vielmehr ist eine Betrachtung im Einzelfall vorzuziehen. Ein derartiges Verständnis wird dem weiten sprachlichen Verständnis des Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 gerecht und berücksichtigt, dass nach Art. 4 Abs. 7 VO 1049/2001 der Schutz der in Art. 4 VO 1049/2001 genannten Interessen grundsätzlich nur für den Zeitraum gilt, in dem er gerechtfertigt ist. Aus Praktikabilitätsgründen sollte aber – in Anlehnung an das Urteil *Evonik Degussa* des EuGH – für einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem Transparenzgebot gem. Art. 1 Abs. 2 EUV und Art. 15 AEUV einerseits und dem Berufsgeheimnis gem. Art. 339 AEUV andererseits eine widerlegbare Vermutung dahingehend eingeführt werden, dass Informationen nach fünf Jahren nicht mehr schützenswert sind. Dies entspricht den zeitlichen Grenzen in anderen wettbewerbsrechtlichen Dokumenten der Europäischen Kommission, wie der Mitteilung der Europäischen Kommission über Regeln für die Akteneinsicht in Wettbewerbssachen.[944] Der Betroffene wird durch eine derartige Vermutung nicht unverhältnismäßig belastetet, da er sie widerlegen kann, indem er darlegt, aus welchen Gründen einer Information, die älter als fünf Jahre ist, weiterhin ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Die Konsultationspflicht gem. Art. 4 Abs. 4 VO 1049/2001 stellt zudem sicher, dass der Vortrag des Betroffenen schon frühzeitig in den Entscheidungsprozess des jeweiligen Organs einfließt. Kronzeugeninformationen sind in der Regel im Zeitpunkt des Antrags auf Dokumentenzugang aufgrund der langen Verfahrensdauer in Kartellsachen häufig mehrere Jahre alt.[945] Nach den vorstehenden Ausführungen sollte daher für sie ab einem Alter von fünf Jahren eine Vermutung dahingehend bestehen, dass ihnen keine Wettbewerbsrelevanz mehr zukommt.

---

944 Komm., 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, v. 22.12.2005, ABl. 2005 C 325/7, Tz. 23.

945 Vgl. *Kapp*, BB 2012, 1695, 1695 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(b) Beurteilungsperspektive

Im Gegensatz zu der Rechtslage vor Inkrafttreten der VO 1049/2001 ist der Dokumentenzugang nicht mehr von der subjektiven Einschätzung der Informationen durch den Urheber abhängig.[946] Insbesondere die sog. Urheberregel[947], nach welcher der Antrag auf Dokumentenzugang unmittelbar an den Urheber des Dokuments zu richten war,[948] und die vom EuG vertretene „Geistigkeitstheorie"[949], der zufolge der Ersteller eines Dokuments derjenige sei, dem die in dem Dokument enthaltenen Informationen zuzurechnen seien,[950] wurden mit Inkrafttreten der VO 1049/2001 aufgegeben. Der Antrag auf Dokumentenzugang erfasst dadurch nicht nur Dokumente, die von dem Unionsorgan selbst erstellt wurden, sondern auch Dokumente, die bei ihm eingegangen sind und sich in seinem Besitz befinden (vgl. Art. 2 Abs. 3 VO 1049/2001). Zudem ist der Antrag auf Dokumentenzugang nicht mehr an den Urheber der Informationen, sondern ausschließlich an das Unionsorgan zu richten.[951] Die Einordnung als geschäftliches Interesse hat folglich anhand objektiver Kriterien durch das Unionsorgan nach der Verkehrsauffassung der anderen Marktteilnehmer zu erfolgen und nicht subjektiv aus Sicht des Betroffenen.[952]

---

946 *Meltzian*, Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane (2004), S. 203; vgl. *Riemann,* Die Transparenz in der Europäischen Union (2004), S. 192.

947 So *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 15 AEUV Rdnr. 50 (58. EL 2016).

948 Die im Verhaltenskodex für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten v. 6.12.1993 (ABl. 1993 L 340/41) enthaltene „Urheberregel" lautet:
„[…] Ist der Urheber des Dokuments, das sich im Besitz eines Organs befindet, eine natürliche oder juristische Person, ein Mitgliedstaat, ein anderes Gemeinschaftsorgan oder eine andere Gemeinschaftsinstitution oder eine sonstige einzelstaatliche oder internationale Organisation, so ist der Antrag direkt an den Urheber des Dokuments zu richten. […]".

949 *Meltzian,* Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane (2004), S. 77.

950 EuG 16.10.2003 – T-47/01, Tz. 47 – Co-Frutta; *Meltzian,* Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane (2004), S. 77.

951 *Meltzian,* Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane (2004), S. 202; vgl. *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 15 AEUV Rdnr. 50 (58. EL 2016).

952 Vgl. *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 84.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Schutz des Zwecks von Untersuchungstätigkeiten i.S.d. Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001

Im europäischen Recht verweigert die Europäische Kommission den Zugang zu Kartellverfahrensakten nach Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001[953], wenn der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten durch die Offenlegung beeinträchtigt wird, es sei denn, es besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung. Obwohl sich der Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestandes dem Wortlaut nach nur auf den *Zweck* der Ermittlungsmaßnahmen und nicht auf die einzelnen Ermittlungsmaßnahmen selbst bezieht, werden die einzelnen Ermittlungsmaßnahmen als sog. „Minus" vom Schutzbereich umfasst. Sie dienen der Erreichung des Verfahrenszwecks und sind mit ihm logisch verknüpft.[954] Es werden daher grundsätzlich auch die im Zuge des Kronzeugenprogramms übermittelten Informationen vom Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 erfasst, da das Kronzeugenprogramm der Europäischen Kommission und die Kronzeugenprogramme der Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH anerkannte Ermittlungsinstrumente des Europäischen Kartellrechts sind.[955]

(1) Der Schutz von Kronzeugen als Informanten der Europäischen Kommission

In der Rechtsprechung ist bisher nicht abschließend geklärt, ob Kronzeugenunternehmen als Informanten der Europäischen Kommission von dem Schutz des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 umfasst

953 Art. 4 Abs. 2 dritter Spiegelstrich VO 1049/2001 lautet:
„Die Organe verweigern den Zugang zu einem Dokument, durch dessen Verbreitung Folgendes beeinträchtigt würde: […]
– der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten,
es sei denn, es besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung."

954 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 138; *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 168.

955 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 42 – Donau Chemie; EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 25 – Pfleiderer.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sind. Bisher ist in der Rechtsprechung nur anerkannt, dass die Identität von Zeugen nach Art. 28 VO 1049/2001 zu schützen sei.[956] So hat das EuG z.B. in der Rechtssache *Bavarian Lager*, welche die Offenlegung von Dokumenten aus einem Vertragsverletzungsverfahren betraf, entschieden,

> „die Notwendigkeit, die Anonymität der Personen zu wahren, die der Kommission Informationen über etwaige Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht erteilen, [stelle] einen schutzwürdigen Zweck dar, der die Weigerung der Kommission, einen vollständigen oder auch nur teilweisen Zugang zu bestimmten Dokumenten zu gewähren, rechtfertigen [könne]".[957]

Im anschließenden Rechtsmittelverfahren hat GA Sharpston im Jahr 2009 dazu die Auffassung vertreten, dass der Europäischen Kommission unter ganz außergewöhnlichen Umständen im Einzelfall das Recht zustehe, bestimmte Informanten zu schützen, wenn die Zusammenarbeit auf der Zusicherung von Anonymität erfolge.[958] Der EuGH verwarf zwar das Urteil des EuG, nahm aber zum Offenlegungsschutz zugunsten von Informanten nicht Stellung.[959] Der Schutz von Informanten ist daher noch nicht abschließend geklärt.

In der Literatur wird hingegen ein besonderer Offenlegungsschutz von Kronzeugeninformationen als Informationen von Informanten jedenfalls vereinzelt befürwortet.[960] Zur Begründung führt diese Ansicht aus, die Kooperation zwischen den Kronzeugen und der Europäischen Kommission beruhe gerade auf der Zusicherung der Anonymität und Vertraulichkeit der übermittelten Informationen.[961] Zudem könne sowohl aus der Kronzeugenmitteilung, der Möglichkeit, mündlich Kronzeugenanträge zu stellen, als auch aus den Vorschriften der VO 773/2004 ein allgemeines Schutzregime zugunsten von Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission abgeleitet werden.[962]

---

956 EuGH 7.11.1985 – 145/83, S. 3587 f. – Adams; *Bechtold et. al.*, Art. 28 VO 1/2003 Rn. 10 a.E.

957 EuG 8.11.2007 – T-194/04, Tz. 152 – Bavarian Lager.

958 GA Sharpston, Schlussanträge 15.10.2009 – Rs. C-28/08 P, Tz. 201 – Bavarian Lager.

959 EuGH 29.6. 2010 – C-28/08 P – Bavarian Lager.

960 Vgl. *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 138.

961 Vgl. *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 139 f.

962 Vgl. *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 138.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein besonderer Offenlegungsschutz von Kronzeugen als Informanten gem. Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 ist jedoch zweifelhaft. Das europäische Kartellrecht geht nicht von einem absoluten Vertrauensschutz zugunsten der Kronzeugeninformationen aus, wie die Veröffentlichungspflicht gem. Art. 30 VO 1/2003[963] zeigt. Auch aus der Kronzeugenmitteilung (2006) kann keine umfassende Vertraulichkeitszusage durch die Europäische Kommission abgeleitet werden. Nach Tz. 40 der Kronzeugenmitteilung (2006)

> „läuft die öffentliche Bekanntmachung von Unterlagen sowie schriftlichen und aufgezeichneten Erklärungen, die die Kommission auf der Grundlage dieser Mitteilung erhalten hat, im Allgemeinen gewissen öffentlichen und privaten Interessen (z.B. dem Schutz des Zwecks von Inspektions- und Untersuchungstätigkeiten) im Sinne von Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 sogar nach Fällung der Entscheidung entgegen."

Die Europäische Kommission hat somit lediglich ihr Ermessen über die Veröffentlichung von Informationen in Kommissionsentscheidungen durch die Kronzeugenmitteilung (2006) beschränkt.[964]

Dieses Verständnis wird durch die Rechtsprechung des EuG bestätigt. In dem Urteil *Evonik Degussa* aus dem Jahr 2015, das sich mit der Veröffentlichung von Kronzeugeninformationen in Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission befasste, hat das EuG z.B. ausgeführt, dass kein generelles Vertrauen dahingehend besteht, dass die Europäische Kommission Informationen, die ihr freiwillig im Zuge des Kronzeugenprogramm übermittelt wurden, nicht in ihren Entscheidungen veröffentlicht, wenn diese Informationen nicht als vertraulich einzuordnen sind.[965] Der EuGH führte in der nachfolgenden Rechtsmittelentscheidung aus, dass zwischen Informationen sowie wortwörtlichen Zitaten aus Kronzeugenerklärungen einerseits und Informationen und wortwörtlichen Zitaten aus Dokumenten, die unabhängig vom Kronzeugenantrag bestünden, andererseits zu

---

963 Art. 30 VO 1/2003 lautet:
„(1) Die Kommission veröffentlicht die Entscheidungen, die sie nach den Artikeln 7 bis 10 sowie den Artikeln 23 und 24 erlässt.
(2) Die Veröffentlichung erfolgt unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen. Sie muss dem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen.".

964 EuG 28.1.2015 – T-341/12, Tz. 107 – Evonik Degussa.

965 EuG 28.1.2015 – T-341/12, Tz. 150 – Evonik Degussa.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unterscheiden sei.[966] Folglich besteht im europäischen Kartellrecht kein umfassender Offenlegungsschutz für Kronzeugen, der ihnen absolute Anonymität und einen absoluten Schutz ihrer Informationen sichert.[967] Im Ergebnis kann somit aus Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 kein Informantenschutz für Kronzeugen der Europäischen Kommission entwickelt werden.

(2) Der Schutz des Kartellverfahrens

Unabhängig von der Einordnung kartellrechtlicher Kronzeugen als Informanten könnte die Offenlegung von Kronzeugeninformationen die Wirksamkeit der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung und damit den Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten i.S.d. Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 beeinträchtigen. Dabei ist zwischen der Offenlegung von Kronzeugeninformationen aus laufenden Verfahren (a) und aus abgeschlossenen Verfahren (b) zu differenzieren.

(a) Kronzeugeninformationen aus laufenden Verfahren

Eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen aus laufenden Verfahren kann den Zweck von Kartellverfahren, nämlich einen Verstoß gegen die Wettbewerbsvorschriften festzustellen und zu sanktionieren, gefährden.[968] Eine derartige Gefährdung tritt ein, wenn Kartellbeteiligte das allgemeine Dokumentenzugangsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 nutzen, um sich über den Stand der Ermittlungen und die Ermittlungsstrategien zu informieren und um ihr Verhalten entsprechend anzupassen.[969] Zudem kollidiert das Dokumentenzugangsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 bei

966 EuGH 14.3. 2017 – C- 162/15 P, Tz. 87 – Evonik Degussa.
967 *Oest*, BB 2017, 909.
968 Vgl. EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 116 – EnBW Energie; EuG – 15.12.2011 – T-437/08, Tz. 59 – CDC Hydrogene Peroxide; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 140. Dieser Zweck wurde von *Lampert und Weidenbach* als „Schutz der Wahrheitsfindung" bezeichnet, vgl. *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 156.
969 *Riemann*, Die Transparenz in der Europäischen Union (2004), S. 204; *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 213; *Mil-*

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

laufenden Verfahren mit den kartellrechtlichen Akteneinsichtsrechten nach Art. 27 VO 1/2003 und Art. 15 VO 773/2004, die Dritten eine Akteneinsicht während eines laufenden Verfahrens versagen. Es ist daher allgemein anerkannt, dass die Ausnahmevorschrift des Art. 4 Abs. 2, dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 laufende Verfahren erfasst.[970]

(b) Kronzeugeninformationen aus abgeschlossenen Verfahren

Für den Fall, dass die Offenlegung von Kronzeugeninformationen aus abgeschlossenen Verfahren begehrt wird, ist umstritten, ab welchem Zeitpunkt ein Kartellverfahren beendet ist (aa) und in welchem Umfang der Ausnahmetatbestand des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 über den Abschluss des konkreten Kartellverfahrens hinaus Anwendung findet (bb).

(aa) Zeitpunkts des Verfahrensabschlusses

In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, der Erlass der Kommissionsentscheidung sei für die Verfahrensbeendigung maßgeblich.[971] Als Argument hierfür wird angeführt, dass ab diesem Zeitpunkt der Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Akteneinsichtsrechte nicht mehr eröffnet sei, so dass die kartellrechtlichen Verordnungen und der Transparenzverordnung nicht kollidieren.[972] Zudem gebe die Kommissi-

---

de, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 141.

970 *Krajewski/Röslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 15 AEUV Rn. 68; *Riemann*, Die Transparenz in der Europäischen Union (2004), S. 204; *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 213; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 146; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 156; *Schnichels*, EuZW 2002, 577; *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 104; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 310; *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 81.

971 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 146; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 102.

972 *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 214.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

onsentscheidung einen genauen Zeitpunkt für die Beendigung des Verfahrens vor, der für alle Kartellunternehmen gelte.

Die Europäische Kommission[973] und die Rechtsprechung[974] der Unionsgerichte stellen dagegen zu Recht auf die Bestandskraft bzw. die Rechtskraft einer Entscheidung als Verfahrensende ab. Zwar stellte das EuG in den Entscheidungen *Édition Odile Jacob* aus dem Jahr 2010 und *EnBW Energie* aus dem Jahr 2012 zunächst auf den Erlass der Kommissionsentscheidung als Zeitpunkt für die Verfahrensbeendigung ab.[975] In der kartellrechtlichen Entscheidung *Niederlande/Komm.* aus dem Jahr 2013 änderte es aber seinen Standpunkt und sah ebenfalls die Bestandskraft bzw. die Rechtskraft der Entscheidung als maßgeblich an.[976] Nachdem der EuGH sich in der Entscheidung *EnBW Energie* im Jahr 2014 ebenfalls für die Bestandskraft der Kommissionsentscheidung als maßgeblichen Zeitpunkt aussprach,[977] ist die Position der Rechtsprechung als gefestigt anzusehen.

Die Rechtsprechung weist zutreffend darauf hin, dass die Europäische Kommission gem. Art. 266 AEUV bei einer Nichtigerklärung ihrer Entscheidung die Möglichkeit hat, erneut tätig zu werden und eine neue Entscheidung nach Art. 101 AEUV zu erlassen sowie gegebenenfalls die Informationen aus der Kartellverfahrensakte weiterzuverwenden.[978] Bis zur bestandskräftigen oder rechtskräftigen Entscheidung über die Beteiligung einzelner Unternehmen an einem Kartellrechtsverstoß ist zudem der „Ruf und die Würde der betroffenen Unternehmen" zu berücksichtigen, da erst ab diesem Zeitpunkt der Verstoß endgültig festgestellt ist.[979]

Die Anknüpfung an die Bestandskraft führt zudem zu einem sachgerechten Ausgleich: Die Europäische Kommission wird davor geschützt, dass Informationen vor endgültiger Beendigung des Verfahrens nach außen dringen. Kronzeugen brauchen keine Benachteiligung gegenüber anderen Kartellbeteiligten zu befürchten, da die Dokumente nach Abschluss

---

973 Vgl. EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 48 – EnBW Energie; EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 114 – EnBW Energie; EuG 9.6.2010 – T-237/05, Tz. 57 – Édition Odile Jacob; EuG 13.4.2005 – T-2/03, Tz. 80 – Verein für Konsumenteninformation.

974 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 99 – EnBW Energie; EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 64 – Niederlande.

975 EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 119 – EnBW Energie; EuG 9.6.2010 – T-237/05, Tz. 72 ff. – Édition Odile Jacob.

976 EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 64 – Niederlande.

977 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 99 – EnBW Energie.

978 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 99 – EnBW Energie; EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 64 – Niederlande.

979 EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 52 – Niederlande.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Rechtsmittelverfahrens gleichermaßen dem Informationszugangsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 unterliegen. Und Offenlegungspetenten können sicher sein, dass kartellrechtliche Informationen nicht dauerhaft von einem Dokumentenzugang ausgeschlossen sind. Soweit darauf verwiesen wird, dass die Anknüpfung an die Bestandskraft bzw. Rechtskraft der Entscheidung Geschädigte unangemessen benachteiligt,[980] ist zu berücksichtigen, dass die VO 1049/2001 nicht der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen dient, sondern der Schaffung von Transparenz. Ferner wird durch die einschlägigen Rechtsmittelfristen hinreichende Rechtssicherheit geschaffen. Die Verfahrensbeendigung wird somit durch die Anknüpfung an die Bestandskraft nicht von einem zufälligen Ereignis abhängig gemacht.[981]

(bb) Anwendung des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 nach Abschluss des Kartellverfahrens

Neben dem Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses ist auch umstritten, in welchem Umfang der Ausnahmetatbestand des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 über den Abschluss des konkreten Kartellverfahrens hinaus Anwendung findet. In diesem Zusammenhang vertreten die Europäische Kommission[982] und Teile der Literatur[983] die Auffassung,

980 In diese Richtung *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 101.

981 a.A. EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 120 – EnBW Energie; EuG 9.6.2010 – T-237/05, Tz. 76 – Édition Odile Jacob; zustimmend *Hempel*, in: FS Möschel (2011), S. 265, 273; vgl. auch *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 100.

982 Für den Schutz von Unternehmenserklärungen: Komm., Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, v. 8.12.2006, Abl. 2006 C 298/17, Tz. 40. Einen absoluten Schutz von Kronzeugeninformationen fordert auch der Europäische Bürgerbeauftragte in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010 (Europäischer Beauftragter 6.4.2010 im Beschwerdeverfahren 3699/2006/ELB, Rn. 70).

983 *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 217, 221 und 224; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 147 ff.; *Soltész/Marquir/Wendenburg,* EWS 2006, 102, 106 f.; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 310; *Riley,* E.C.L.R. 2010, 191, 195; *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 86; *Goddin*, JECLaP 2011 (2), 10, 17; vgl. *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2009, 885, 894; GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – C-360/09, Tz. 44 ff. – Pfleiderer; *Palzer*, EuR 2012, 583, 601 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kronzeugeninformationen, insbesondere Unternehmenserklärungen, müssten auch nach Abschluss des Kartellverfahrens absolut vor einer Offenlegung geschützt werden, und befürworten eine Anwendung des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 unabhängig vom konkreten Verfahren. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass sich der „Zweck" von Kartellverfahren nicht nur auf die Feststellung einzelner Wettbewerbsverstöße, sondern darüber hinaus auf die Verhinderung zukünftiger Kartelle beziehe.[984] Nach dieser Ansicht würde zudem die Wirksamkeit des europäischen Kronzeugenprogramms gehemmt werden, wenn Unternehmenserklärungen und andere, bereits existierende Beweismittel offengelegt werden würden, da dies das Schadensersatzrisiko der kooperierenden Unternehmen erhöhe und die Bereitschaft von Unternehmen mindere, mit der Europäischen Kommission zusammenzuarbeiten, was wiederum die Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt schwäche.[985]

Das EuG in der Entscheidung *EnBW Energie* und Teile der Literatur sprechen sich dagegen für eine Begrenzung der Ausnahmevorschrift des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 auf konkrete Verfahren aus.[986] Diese Ansicht beruft insbesondere sich den Grundsatz, dass die Ausnahmetatbestände der VO 1049/2001 grundsätzlich eng auszulegen sind.[987] Zudem widerspreche eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 der Systematik der Ausnahmetatbestände der VO 1049/2001, da die wettbewerbsrechtlichen Tätigkeiten der Europäischen Kommission grundsätzlich unter Art. 4 Abs. 1 lit. a) vierter Gedankenstrich VO 1049/2001 fielen.[988] Ferner

---

984 Ansicht der Europäischen Kommission in dem Verfahren *EnBW Energie* vor dem EuGH, vgl. EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 46 – EnBW Energie; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 140; *Schroeder*, in: FS Bechtold (2006), S. 437, 449 ff.; *Caruso*, JEClaP 2010, 453, 465.

985 Ansicht der Europäischen Kommission in verschiedenen Verfahren vor EuGH, so z.B. EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 47 – EnBW Energie; EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 72 – EnBW Energie; vgl. *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 311.

986 EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 125 f. – EnBW Energie; *Schroll,* Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 199 f.; *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 170 ff.; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 102 f.

987 EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 126 – EnBW Energie; *Schroll,* Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 199.

988 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 171.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

laufe eine weite Auslegung dem Gebot der Einzelfallabwägung zuwider, das der EuGH in den Urteilen *Pfleiderer* und *Donau Chemie*[989] entwickelt hat.[990]

Einen weiteren Ansatz vertrat GA Villalòn in den Schlussanträgen im Rechtsmittelverfahren *Komm./EnBW* im Jahr 2013. Er sprach sich für eine Übertragung der Rechtsprechung des EuGH aus den Entscheidungen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* aus, da im Rahmen der VO 1049/2001 eine vergleichbare Interessenskollision zu lösen sei wie auf mitgliedstaatlicher Ebene.[991] Als Lösung für diesen Interessenkonflikt schlug er vor, dass die Europäische Kommission zu garantieren habe, dass sie Informationen nur an Dritte weitergebe, wenn sie hinreichend nachwiesen, dass sie die Informationen zur Erhebung einer Schadensersatzklage benötigten.[992] Zur Begründung seiner Ansicht führte GA Villalón aus, dass der generelle Schutz vor Offenlegung zwar die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme am besten fördere, aber das Recht der Betroffenen auf Schadensersatz und das Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz in ungerechtfertigter Weise beeinträchtige.[993]

In dem anschließenden Urteil *EnBW Energie* betonte der EuGH die kohärente Anwendung der VO 1049/2001 im Kartellrecht.[994] Nach Ansicht des EuGH sei – wie im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 – auch bei der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 sicherzustellen, dass die Vorschriften und Wertungen, insbesondere das Akteneinsichtrecht gem. Art. 27 VO 1/2003, nicht durch das allgemeine Dokumentenzugangsrecht unterlaufen werden.[995] Bei einem Antrag auf Zugang zu einer Reihe von Dokumenten sei daher zu vermuten, dass die Verbreitung kartellverfahrensrechtlicher Dokumente den Schutz geschäftlicher Interessen und den Schutz des Zwecks der Untersuchungstätigkeiten beeinträchtige.[996] Anschließend modifizierte der EuGH den Vorschlag von GA Villalón, indem er entschied, dass ein überwiegend öffentliches Interesse an der Verbreitung von kartellrechtlichen Dokumenten nur bestehe könne, wenn der (potentielle) Schadensersatz-

989 Siehe dazu oben § 3.
990 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 171 f.
991 GA Villalón, Schlussanträge 3.10.2013 – C-365/12 P, Tz. 68 ff. – EnBW Energie.
992 GA Villalón, Schlussanträge 3.10.2013 – C-365/12 P, Tz. 78 – EnBW Energie.
993 GA Villalón, Schlussanträge 3.10.2013 – C-365/12 P, Tz. 78 – EnBW Energie.
994 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 84 – EnBW Energie.
995 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 88 – EnBW Energie.
996 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 80 f., 93 – EnBW Energie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kläger nachweise, dass der Dokumentenzugang für die Durchsetzung der Klage notwendig sei.[997] Im Anschluss an dieses Urteil ist auch das EuG der Rechtsprechung des EuGH gefolgt.[998]

Im Ergebnis ist ein weiter Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 zu befürworten. Die Formulierung „Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeit*en*"[999] deutet zwar schon darauf hin, dass die Ausnahme nicht nur auf den Zweck einzelner konkreter Maßnahmen gerichtet ist, sondern auf den Zweck mehrerer Maßnahmen insgesamt.[1000] Die Verwendung des Plurals könnte aber auch auf rein sprachlichen Erwägungen beruhen, da sich Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 auf eine Reihe von Tätigkeiten bezieht.[1001]

Auch ein Vergleich mit dem *Verhaltenskodex für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten*[1002] (Verhaltenskodex) aus dem Jahr 1993 als Vorgängerregelung für die VO 1049/2001 führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Für eine enge Auslegung könnte zwar sprechen, dass der Verhaltenskodex einen Dokumentenzugang ausschloss, wenn „Inspektionstätigkeiten"[1003] durch die Verbreitung der Dokumente beeinträchtigt werden konnten und sich dieser Ausnahmetatbestand nur auf konkret geplante Inspektionstätigkeiten bezog.[1004] Gegen ein solches Verständnis spricht aber, dass im Verhaltenskodex vom 1993 kein vergleichbar

997 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 107 f. – EnBW Energie.
998 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 69, 119 – AXA Versicherung.
999 Hervorhebung durch die Verf.
1000 Vgl. *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 148; vgl. auch *Häfele*, Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2013), S. 198; *Palzer*, EuR 2012, 583, 601.
1001 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 170.
1002 ABl. 1993 L 340/41.
1003 Die diesbezügliche Ausnahmeregelung des Verhaltenskodex für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten (ABl. 1993 L 340/41, 42) lautet:
„ […]
Die Organe verweigern den Zugang zu Dokumenten, wenn sich durch deren Verbreitung eine Beeinträchtigung ergeben könnte in Bezug auf
– den Schutz des öffentlichen Interesses (öffentliche Sicherheit, internationale Beziehungen, Währungsstabilität, Rechtspflege, Inspektionstätigkeiten) […]".
1004 *Meltzian*, Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane (2004), S. 234.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dezidiertes System von Ausnahmetatbeständen geregelt war. So wurde z.B. nicht zwischen absoluten und relativen Ausnahmetatbeständen unterschieden. Zudem bezieht sich Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 im Gegensatz zum Verhaltenskodex auf den Zweck der Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten und nicht auf die Tätigkeit selbst.

Eine systematische Betrachtung der Ausnahmetatbestände zeigt allerdings, dass der Verordnungsgeber im Rahmen der VO 1049/2001 zwischen der Wirtschaftspolitik der Europäischen Union (Art. 4 Abs. 1 lit. a) vierter Gedankenstrich VO 1049/2001) und einzelnen Verfahren bei der Ausgestaltung der Ausnahmetatbestände unterschieden hat. Das Kartellrecht ist weder mit der europäischen Wettbewerbspolitik *in summa* noch mit der Wirtschaftspolitik der Europäischen Union gleichzusetzen.[1005] Der Zweck des Kartellverfahrens wird somit allgemein, d.h. unabhängig vom konkreten Verfahren, von Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 erfasst.[1006]

Maßgeblich für eine weite Auslegung des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 spricht zudem das Gebot der kohärenten Anwendung der VO 1049/2001. Zwar soll die VO 1049/2001 „[…] der Öffentlichkeit ein Recht auf größtmöglichen Zugang zu Dokumenten […] gewähren"[1007], sie ist aber mit gleichrangigen Verordnungen, wie der Kartellverfahrensordnung, in Ausgleich zu bringen.[1008] Bei der Anwendung der VO 1049/2001 muss daher Berücksichtigung finden, dass die Kartellverfahrensordnung nur „ausnahmsweise" Parteien oder Beschwerdeführern während des Kartellverfahrens Zugang zur Akte gewährt.[1009] Dritten ist – unabhängig von der Dauer eines konkreten Verfahrens – ein Informationszugriff grundsätzlich verwehrt.[1010] Die Anwendung der VO 1049/2001 darf daher nicht dazu führen, dass diese restriktive Wertung der Kartellverfahrensordnung unterlaufen wird. Um eine kohärente Anwendung zu gewährleisten, ist folglich der Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 – soweit die Offenlegung kartellverfahrensrechtlicher Doku-

1005 In diese Richtung aber *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 171.
1006 *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 103.
1007 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 82 – EnBW Energie.
1008 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 84 – EnBW Energie.
1009 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 84 – EnBW Energie.
1010 Siehe oben § 5 A.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mente begehrt wird – weit zu verstehen und nicht auf konkrete Kartellverfahren zu beschränken.[1011]

Der EuGH hat es in diesem Zusammenhang zur Gewährleistung der kohärenten Anwendung für erforderlich gehalten, für Anträge, die eine Reihe von Dokumenten betreffen, eine Vermutung einzuführen, nach der die Offenlegung den Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten beeinträchtigt.[1012] Die Reichweite dieser Vermutung wird gesondert betrachtet.[1013] Die Einführung einer derartigen Vermutung ist aber grundsätzlich gerechtfertigt, da sie die kohärente Anwendung weiter absichert. Sowohl die Rechtsprechung der Unionsgerichte als auch die Europäische Kommission gehen von der Annahme aus, dass eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen zu einer Beeinträchtigung der Effektivität der Kronzeugenprogramme führen kann. Auch wenn die absolute Zahl der Kartelle unbekannt und eine Beeinträchtigung bisher statistisch nicht nachweisbar ist, könnte die rückläufige Anzahl der Kronzeugenanträge bei der Europäischen Kommission auf einen derartigen *chilling effect* hinweisen.[1014] Dieser Effekt könnte verstärkt werden, wenn die Europäische Kommission den Beweis einer konkreten Beeinträchtigung des Verfahrenszwecks führen müsste, da dieser auch für sie schwer zu führen ist. Eine Vermutung der Beeinträchtigung dient somit dem Schutz des Kartellverfahrens und damit der kohärenten Anwendung der VO 1049/2001.

Ein absoluter Offenlegungsschutz für Kronzeugeninformationen kann jedoch aus einer weiten Anwendung des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 im Kartellrecht nicht gefolgert werden. Ein absoluter Offenlegungsschutz würde nicht nur im Widerspruch zu einer kohärenten Anwendung stehen, da dadurch der VO 1/2003 gegenüber der VO 1049/2001 ein Vorrang eingeräumt werden würde, sondern würde das Interesse, Schadensersatz zu verlangen, als ein Interesse, das zur vollen Wirksamkeit des Art. 101 AEUV beiträgt, beschneiden.[1015] Geschädigten muss daher im Einzelfall die Möglichkeit verbleiben, auf Dokumente der

1011 Anders zur Vermutung der Beeinträchtigung *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 179.
1012 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 80 f., 93 – EnBW Energie.
1013 Siehe § 5 B. IV. 2. b).
1014 Vgl. oben § 4 B. II. 2. a).
1015 Ähnlich *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 172.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kartellverfahrensakte zuzugreifen.[1016] Dies führt im Rahmen der VO 1049/2001 zu einem ähnlichen Spannungsverhältnis zwischen der Effektivität der Kronzeugenprogramme und dem Schadensersatzinteresse wie auf nationaler Ebene.[1017] Berücksichtigt man aber, dass Schadensersatzkläger zur Durchsetzung ihrer Klage nicht auf jedes kartellverfahrensrechtliche Dokument angewiesen sind,[1018] entspricht es dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. Art. 5 Abs. 4 EUV), den Zugriff auf Dokumente in Kartellverfahrensakten auf das Maß zu beschränken, das für die Durchsetzung der Schadensersatzklage erforderlich ist. Zudem kann nur in diesem Umfang ein öffentliches Interesse an einem Informationszugang bestehen, da nicht das Informationsinteresse als solches, sondern die Schadensersatzklagen zur vollen Wirksamkeit des Art. 101 AEUV beitragen. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, grundsätzlich von einem weiten Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 in Kartellsachen auszugehen und die Interessen von Schadensersatzklägern im Rahmen des Merkmals „überwiegendes öffentliches Interesse" zu berücksichtigen.[1019]

b) Beeinträchtigung der geschützten Interessen

Um einen Dokumentenzugang gem. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 zu verweigern, ist eine Beeinträchtigung der geschützten Interessen erforderlich. Grundsätzlich muss die Beeinträchtigung der geschützten Belange vorhersehbar und nicht rein hypothetisch sein.[1020] Nach Auffassung der Rechtsprechung der Unionsgerichte wird die Beeinträchtigung des Schutzes geschäftlicher Interessen (Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001)

1016 Vgl. EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Tz. 26 f. – Courage/Crehan; EuGH 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, Tz. 91 – Manfredi; EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 28 – Pfleiderer; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 23 – Donau Chemie.

1017 GA Villalón, Schlussanträge 3.10.2013 – C-365/12 P, Tz. 68 ff. – EnBW Energie.

1018 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 33 – Donau Chemie; EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 107 – EnBW Energie.

1019 Vgl. auch EuG 12.5.2015 – T-623/13, Tz. 78 – Unión de Almacenistas de Hierros de España; a.A. *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 172; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 103.

1020 EuG 9.6.2010 – T-237/05, Tz. 41 – Édition Odile Jacob, teilweise aufgehoben durch EuGH 28.6.2012 – C-404/10 P – Édition Odile Jacob; EuG 13.4.2005 – T-2/03, Tz. 69 – Verein für Konsumenteninformation; EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 36 – AXA Versicherung.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und des Schutzes des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten (Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001) widerlegbar vermutet, wenn der Zugang zu einer Reihe Dokumenten aus Kartellverfahren begehrt wird.[1021]

aa) Entwicklung der allgemeinen Vermutung der Beeinträchtigung

Die Beeinträchtigung i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 wurde nicht seit Inkrafttreten der VO 1049/2001 von der Rechtsprechung vermutet. Vielmehr unterlag die Rechtsprechung einem Wandel. Zunächst begründete das EuG in der Entscheidung *Verein für Konsumenteninformation (VKI)* im Jahr 2005 die Pflicht der Europäischen Kommission, jedes Dokument individuell und konkret auf geschützte Interessen und deren Beeinträchtigung zu prüfen.[1022] Nach damaliger Ansicht des EuG konnte die Europäische Kommission von dieser Pflicht nur befreit werden, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls der Zugang offenkundig zu gestatten oder zu verweigern sei oder die Behörde durch den Antrag in einem Maße belastet werden würde, "dass die Grenzen dessen überschritten würden, was vernünftigerweise verlangt werden kann".[1023]

Diese konkrete Prüfungspflicht lockerte der EuGH zunächst für beihilferechtliche Verfahrensakten in der Entscheidung *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau* im Jahr 2010, indem der EuGH eine allgemeine Vermutung der Beeinträchtigung der geschützten Interessen etablierte. Zur Begründung führte der EuGH aus, dass in Beihilfeverfahren keinem anderen Beteiligten als dem betroffenen Mitgliedstaat Zugang zu Dokumenten gewährt werde und dies zu der allgemeinen Vermutung führe, dass die Offenlegung von beihilferechtlichen Dokumenten den *Schutz des Zwecks von Untersuchungstätigkeiten* beeinträchtigen würde.[1024] Die allgemeine Vermutung, dass der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten (Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001) durch eine Offenlegung beeinträchtigt werde, verhindere nach Ansicht des EuGH eine Umgehung der eingeschränkten Informationsmöglichkeit im

1021 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 93 – EnBW Energie; EuG 12.5.2015 – T-623/13, Tz. 64 – Unión de Almacenistas de Hierros de España; EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 64 – AXA Versicherung.

1022 EuG 13.4.2005 – T-2/03, Tz. 70, 74 – Verein für Konsumenteninformation.

1023 EuG 13.4.2005 – T-2/03, Tz. 112 – Verein für Konsumenteninformation.

1024 EuGH 29.6.2010 – C-139/07 P, Tz. 61 – Technische Glaswerke Ilmenau.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beihilfenrecht.[1025] Der EuGH bestätigte diese Grundsätze in den Urteilen *Schweden u.a./API*, *Komm./Agrofert*, und *Komm./Édition Odile Jacobs* und übertrug sie auf andere Rechtsgebiete, wie das der Fusionskontrolle.[1026] Dabei forderte der EuGH eine kohärente Anwendung der kollidierenden Verordnungen.[1027]

Unter dem Einfluss dieser Rechtsprechung änderte das EuG in der Entscheidung *Niederlande/Komm.* aus dem Jahr 2013 seine Rechtsprechung. Es fordert seitdem ebenfalls eine kohärente Anwendung der VO 1049/2001 und der kartellverfahrensrechtlichen Verordnungen.[1028]

In der Entscheidung *EnBW Energie* übertrug der EuGH seine Rechtsprechung zum Beihilfenrecht und zur Fusionskontrolle im Jahr 2014 auf das Kartellrecht, indem er den Schlussanträgen des GA Villalón[1029] folgte und eine allgemeine Vermutung der Beeinträchtigung einführte.[1030] Nach Ansicht des EuGH müssen die restriktiveren kartellrechtlichen Informationsrechte bei der Anwendung der VO 1049/2001 berücksichtigt werden, um eine Umgehung dieser Vorschriften zu vermeiden.[1031] Um dies zu erreichen, sei die Europäische Kommission ohne Prüfung jedes einzelnen Dokuments zu der Annahme berechtigt, dass die Verbreitung dieser Dokumente den Schutz geschäftlicher Interessen (Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001) und den Schutz des Zwecks der Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten (Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001) beeinträchtige.[1032] Nach der Rechtsprechung ist die Europäische Kommission folglich nur dann verpflichtet, eine Beeinträchtigung konkret und individuell und in Bezug auf jedes einzelne Dokument zu prüfen, wenn der Offenlegungspetent die Vermutung der Beeinträchtigung widerlegt.

1025 EuGH 29.6.2010 – C-139/07 P, Tz. 61 – Technische Glaswerke Ilmenau.
1026 EuGH 28.6.2012 – C-477/10 P, Tz. 59 – Agrofert Holding; EuGH 28.6.2012 – C-404/10 P, Tz. 118 – Édition Odile Jacob SAS; EuGH 21.9.2010 – verb. Rs. C-514/07 P; C-528/07 P; C-532/07 P, Tz. 6 ff. – Schweden u.a./API.
1027 EuGH 28.6.2012 – C-404/10 P, Tz. 110 – Édition Odile Jacob SAS.
1028 EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 36 f. – Niederlande; bestätigt durch EuG 7.10.2014 – T-534/11, Tz. 47 ff. – Schenker; EuG 12.5.2015 – T-623/13, Tz. 53 ff., 64 – Unión de Almacenistas de Hierros de España; EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 36 – AXA Versicherung.
1029 GA Villalón, Schlussanträge 3.10.2013 – C-365/12 P, Tz. 50 – EnBW Energie.
1030 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 93 – EnBW Energie.
1031 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 83 ff., 88-92 – EnBW Energie.
1032 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 93 – EnBW Energie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Reichweite der vermuteten Beeinträchtigung

Weder der zeitliche noch der sachliche Anwendungsbereich der Vermutung der Beeinträchtigung sind bisher abschließend durch die Entscheidung *EnBW* geklärt.

(1) Zeitlicher Geltungsbereich der Vermutung

Zu der Frage, bis wann die Vermutung der Beeinträchtigung gilt, werden verschiedene Ansätze in Rechtsprechung und Literatur vertreten. Die Rechtsprechung des EuG[1033] und Teile der Literatur[1034] knüpfen für den zeitlichen Geltungsbereich der Vermutung der Beeinträchtigung grundsätzlich an die Bestandskraft der Kommissionsentscheidung als maßgeblichen Zeitpunkt an. In der Entscheidung *Unión de Almacenistas de Hierros de España* aus dem Jahr 2015 ging das EuG aber von einem noch weiteren Anwendungsbereich der Vermutung aus. Es vertrat die Auffassung, der EuGH habe in der Entscheidung *EnBW Energie* nur die vom EuG in dem angegriffenen Urteil gefasste Schlussfolgerung verworfen.[1035] In dem Verfahren *Unión de Almacenistas de Hierros de España* gelte die allgemeine Vermutung für Dokumente, die von einer nationalen Behörde an die Europäische Kommission übermittelt werden, auch nach Abschluss des nationalen Kartellverfahrens.[1036] Denn die Übermittlung von Informationen an die Europäische Kommission durch nationale Behörden beruhe maßgeblich auf dem verstärkten Schutz der übermittelten Informationen vor Offenlegung.[1037]

1033 EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 43 – Niederlande; EuG 7.10.2014 – T-534/11, Tz. 58 – Schenker.

1034 Vgl. in diese Richtung *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 105 ff.; *Caruso*, JECLaP 2010, 453, 467 f.; *Weitbrecht,* WuW 2010, 867; *Gussone/Michalczyk,* EuZW 2011, 130, 133; vgl. *Vandenborre*, E.C.L.R. 2011, 116, 123; differenzierend zwischen den Ausnahmetatbeständen des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001, *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 133 f.

1035 EuG 12.5.2015 – T-623/13, Tz. 76 – Unión de Almacenistas de Hierros de España.

1036 EuG 12.5.2015 – T-623/13, Tz. 77 – Unión de Almacenistas de Hierros de España.

1037 EuG 12.5.2015 – T-623/13, Tz. 78 – Unión de Almacenistas de Hierros de España.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Andere Vertreter in der Literatur sind dagegen für eine zeitliche Begrenzung der Vermutung.[1038] Zur Begründung einer zeitlichen Begrenzung beruft sich diese Ansicht darauf, dass der Zugang zu Dokumenten der Unionsorgane der Grundsatz bleibe müsse und nicht die Ausnahme darstellen dürfe.[1039]

Die Ansicht, die eine zeitliche Beschränkung der Vermutung fordert, weist zutreffend darauf hin, dass bei der Anwendung der VO 1049/2001 der Dokumentenzugang der Grundsatz sein soll. Dies führt aber nicht dazu, dass dem Transparenzinteresse stets Vorrang einzuräumen ist. Nach Erwägungsgrund Nr. 4 VO 1049/2001 soll diesem „größtmögliche" Wirksamkeit zukommen. Bei Kollision der VO 1049/2001 mit anderen Verordnungen ist aber anerkannt, dass eine kohärente Anwendung erfolgen muss.[1040] Die Wertungen der kollidierenden Verordnungen müssen daher bei der Anwendung der VO 1049/2001 berücksichtigt werden und beschränken ggf. den Transparenzgrundsatz. Dies ist auch im Kartellrecht der Fall. Die kartellverfahrensrechtlichen Vorschriften sehen grundsätzlich weder während noch nach Abschluss des Kartellverfahrens die Offenlegung von Dokumenten gegenüber Dritten vor.[1041] Zudem bestehen das aus dem Berufsgeheimnis folgende Verwendungsverbot und der drohende *chilling effect* für die Kronzeugenmitteilung auch nach Abschluss des konkreten Verfahrens fort. Es ist daher gerechtfertigt, von einer allgemeinen Vermutung der Beeinträchtigung auszugehen, wenn der Zugang zu einer Reihe von Dokumenten begehrt wird.[1042]

Eine derartige Vermutung beschränkt den Zugang der Öffentlichkeit nicht unangemessen. Zum einen ist die Vermutung widerlegbar. Zum anderen ist sie auf Anträge beschränkt, die sich auf eine Reihe von Dokumenten beziehen. Bei Anträgen, die sich auf bestimmte Dokumente beziehen, ist die Europäische Kommission folglich verpflichtet, zu prüfen, ob

---

1038 Vgl. für eine zeitliche Begrenzung *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 84 f.; *Palzer,* ZEuP 2015, 416, 427; *Hempel,* EuZW 2014, 297, 298 f.; vgl. *Fornasier/Sanner*, WuW 2011, 1067, 1074, Fn. 35, die eine Übertragung der Rechtsprechung „allenfalls" bis zum Abschluss des Kartellverfahrens zulassen wollen; für eine Begrenzung bis zum Erlass der Bußgeldentscheidung *Hempel*, E.C.L.R. 2012, 195, 201; in diese Richtung wohl auch *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 180.

1039 *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 180.

1040 Vgl. § 5 B. I.

1041 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 96 – EnBW Energie.

1042 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 81 – EnBW Energie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine konkrete Beeinträchtigung des Art. 4 Abs. 2 erster und dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 vorliegt.

Zwar ist zutreffend, dass eine solche Darlegung für Geschädigte schwer ist.[1043] Es ist aber zu bedenken, dass das Ziel der VO 1049/2001 nicht die Beweismittelbeschaffung und die Überwindung der Informationsasymmetrie in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen ist, sondern die Förderung der „Legitimität, Effizienz und Verantwortung der Verwaltung gegenüber dem Bürger"[1044]. Zudem stehen Geschädigten mit den umgesetzten Vorschriften der RL 2014/104/EU (im deutschen Recht: § 89c GWB) besondere Vorschriften zur Verfügung, die Zugriff auf die Verfahrensakte der Europäischen Kommission und teilweise den Zugriff auf Kronzeugeninformationen ermöglichen.

(2) Ausweitung der Vermutung auf einzelne Dokumente

In dem Urteil *EnBW Energie* stellte der EuGH heraus, dass die Vermutung der Beeinträchtigung auf Anträge anzuwenden sei, die auf die Offenlegung mehrerer Dokumente zielen.[1045] Zu der Frage, ob sich die Europäische Kommission auch auf eine allgemeine Vermutung der Beeinträchtigung berufen kann, wenn sich der Offenlegungsantrag auf einzelne Dokumente bezieht, hat sich der EuGH bisher nicht geäußert. Hierzu werden verschiedene Ansätze vertreten.

Während eine umfassende Unzugänglichkeitsvermutung teilweise in der Literatur abgelehnt und zur Begründung insbesondere auf den Grundsatz verwiesen wird, dass die Ausnahmetatbestände der VO 1049/2001 eng ausgelegt werden sollten,[1046] sprechen sich die Europäische Kommission[1047] und andere Teile der Literatur[1048] für eine Ausdehnung der alle Vermutung auf alle Offenlegungsanträge aus. Für die Einführung einer derartigen „Unzugänglichkeitsvermutung"[1049] im Kartellrecht spreche dieser Ansicht zu-

1043 *Bentley/Henry*, World Competition 2014, 271, 276; *Lebrun/Bersou*, JECLaP 2015, 462, 463; *Palzer*, ZEuP 2015, 416, 426; *Kreße*, WRP 2016, 567, 570.
1044 Erwägungsgrund Nr. 2 VO 1049/2001.
1045 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 65 ff. – EnBW Energie.
1046 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 180 ff.
1047 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 96 – AXA Versicherung.
1048 *Hauser/Titze*, GWR 2012, 567 f.; *Palzer*, ZEuP 2015, S. 416, 424.
1049 EuGH 28.6.2012 – C-404/10 P, Tz. 99 – Édition Odile Jacob SAS.; *Hauser/Titze*, GWR 2012, 567 f.; *Palzer*, ZEuP 2015, S. 416, 424.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

folge, dass der zugrunde liegende Konflikt zwischen der VO 1049/2001 und den spezielleren, kartellrechtlichen Informationszugangsrechten unabhängig davon bestehe, ob der konkrete Offenlegungsantrag auf den Zugang zu einer Reihe von Dokumenten oder eines bestimmten Dokuments gerichtet ist.[1050]

Auch das EuG hat sich von einer quantitativen Betrachtungsweise gelöst. So vertrat es zunächst in der Entscheidung *AXA Versicherung* aus dem Jahr 2015 die Auffassung, dass die Vermutung der Beeinträchtigung für Anträge gelte, die sich auf den Zugang zu einer Reihe von Dokumenten oder ein einziges Dokument beziehen,[1051] das zuständige Organ aber bei einem Antrag auf Zugang zu einem bestimmten (einzigen) Dokument aber prüfen müsse, ob die allgemeinen Erwägungen, die normalerweise für eine Kategorie von Dokumenten gelten, auch tatsächlich Anwendung finden.[1052] Anhand dieses Maßstabes lehnte das EuG eine allgemeine Vermutung für sämtliche Verweise auf Kronzeugendokumente im Verfahren *AXA Versicherung* ab.[1053] Zur Begründung führte das EuG aus, die Europäische Kommission könne sich nur auf eine entsprechende Vermutung für solche Verweise berufen, durch die eine konkrete Gefahr für das Kronzeugenprogramm begründet werde.[1054] Der Grundsatz, dass die Ausnahmen eng auszulegen seien, dürfe nicht ausgehöhlt werden.[1055] Dies gelte auch nach Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU, da diese den Anwendungsbereich der Verordnung 1049/2001 unberührt lasse.[1056] Diese Rechtsprechung hat das EuG in der Entscheidung *Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring* fortgesetzt und weiterentwickelt. In diesem Urteil übertrug das EuG die zuvor zu anderen Rechtsgebieten ergangene Rechtsprechung, dass sich die Anwendung der allgemeinen Vermutung nicht nach quantitativen, sondern nach qualitativen Kriterien richte, auf das Kartellrecht.[1057] Bei Anträgen auf Zugang zu Dokumenten aus Kartellverfahren seien – unabhängig von der Zahl der vom Antrag umfassten Dokumente – die gleichen Anforderungen zu berücksichtigen, welche die kartellverfahrensrechtliche Vorschriften an die Behandlung solcher Informationen stellten.[1058] Bei kartellverfahrens-

1050 *Palzer*, ZEuP 2015, 416, 424.
1051 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 40 und 94 – AXA Versicherung.
1052 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 94 – AXA Versicherung.
1053 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 96 – AXA Versicherung.
1054 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 125 f. – AXA Versicherung.
1055 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 127 – AXA Versicherung.
1056 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 135 – AXA Versicherung.
1057 EuG 5.2.2018 – T-611/15, Tz. 72 f. – Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring.
1058 EuG 5.2.2018 – T-611/15, Tz. 74 – Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtlichen Dokumenten gelte daher nach Auffassung des Gerichts grundsätzlich die Vermutung, dass die Verbreitung dieser Dokumente die Verfahrensziele beeinträchtigen könne.[1059] Dies gelte auch für das Inhaltverzeichnis als Teil der Verfahrensakte.[1060]

Eine weite Interpretation des Anwendungsbereichs der Vermutung der Beeinträchtigung ist zu kritisieren. Weder aus dem Wortlaut noch aus der Systematik des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 ergibt sich eine derart weite Unzugänglichkeitsvermutung. Eine extensive Anwendung der Vermutung läuft dem Grundsatz zuwider, größtmögliche Transparenz zu schaffen, da sie zu einer Umkehr der normierten Beweislast und des Ausnahme-Regel-Verhältnisses führt.[1061] Zudem ist es für Offenlegungspetenten, ohne die Möglichkeit, mit Hilfe des Inhaltsverzeichnisses einzelne Dokumente zu identifizieren, kaum möglich, viele Dokumente in Kartellverfahrensakten zu bezeichnen und die Notwendigkeit der Offenlegung zur Wahrung eines öffentlichen Interesses darzulegen. Eine unangemessene Benachteiligung von Geschädigten bei der Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche folgt daraus zwar nicht, da die Europäische Kommission durch die ins nationale Recht umgesetzten Vorschriften der Richtline 2014/104/EU zur Offenlegung von kartellrechtlichen Dokumenten verpflichtet werden kann und Geschädigten (teilweise) eine Identifizierung von einzelnen Dokumenten anhand von Hinweisen in der nicht vertraulichen Fassung der Kommissionsentscheidung möglich ist.[1062] Die Praxis der Europäischen Kommission und die Rechtsprechung des EuG führt aber dazu, dass dem Transparenzgrundsatz im Bereich des Kartellrechts nur noch eingeschränkt Bedeutung zukommt. Aus Gründen der Rechtsklarheit und der Gewaltenteilung wäre es daher zu begrüßen, wenn der Unionsgesetzgeber die Vermutung und ihre Grenzen in der VO 1049/2001 normiert und dadurch die strukturellen Veränderungen des Informationszugangs legitimiert.[1063] Dafür könnte insbesondere die bereits im Reformprozess der VO 1049/2001 im Jahr 2008 vertretene Idee, eine sektorspezifische Ausnahme einzuführen, wieder aufgegriffen und durch die Aufnahme eines weiteren Satzes in

1059 EuG 5.2.2018 – T-611/15, Tz. 84 – Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring.
1060 EuG 5.2.2018 – T-611/15, Tz. 85 f. – Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring.
1061 Vgl. *Dawirs,* Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 180; *Palzer*, ZEuP 2015, 416, 426.
1062 Vgl. *Hempel*, EuZW 2014, 297, 299 f.
1063 So auch *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 144 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 dahin modifiziert werden,[1064] dass eine Beeinträchtigung der durch Art. 4 Abs. 2 erster und dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 geschützten Interessen im Kartellrecht grundsätzlich vermutet wird.[1065] Eine Wiederbelebung der Reformbestrebungen für die VO 1049/2001, die jedoch seit dem Jahr 2011 stagnieren, ist jedoch derzeit nicht absehbar.[1066]

1064 Die Europäische Kommission gab im Jahr 2008 ihren ersten Vorschlag für eine Novellierung der VO 1049/2001 bekannt (Komm., Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rats und der Kommission, v. 30.4.2008, KOM(2008) 229 endg.). Nach Art. 2 Abs. 6 des Vorschlags war der Dokumentenzugang nach der Transparenzverordnung ausgeschlossen, bis ein Kartellverfahren abgeschlossen ist oder eine Entscheidung nicht mehr angefochten werden kann. Diese Vorschrift wurde aber im Bericht an das Europäische Parlament v. 19.2.2009 nicht übernommen (vgl. Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (KOM(2008) 0029 C6-0184/2008 -2008/0090(COD)), S. 25).

1065 Vgl. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 145: Dieser befürwortet ebenfalls eine Reform der VO 1049/2001, schlägt jedoch in Bezug auf Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 vor, diesen ausdrücklich auf den „Schutz von laufenden Untersuchungstätigkeiten" zu begrenzen. Dies entspricht nicht den aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung und berücksichtigt nicht in hinreichendem Maß, dass die VO 1049/2001 auch außerhalb des Kartellrechts Anwendung findet.

1066 Vgl. *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 218 f. Fn. 1031; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 180 ff.; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 145. Zur Übersicht des Reformverfarhens: Die Europäische Kommission gab im Jahr 2008 ihren ersten Vorschlag für eine Novellierung der VO 1049/2001 bekannt (Komm., Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rats und der Kommission, v. 30.4.2008, KOM(2008) 229 endg.). Nach Art. 2 Abs. 6 des Vorschlags war der Dokumentenzugang nach der Transparenzverordnung ausgeschlossen, bis ein Kartellverfahren abgeschlossen ist oder eine Entscheidung nicht mehr angefochten werden kann. Diese Vorschrift wurde aber im Bericht an das Europäische Parlament v. 19.2.2009 nicht übernommen (vgl. Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (KOM(2008) 0029 C6-0184/2008 -2008/0090(COD)), S. 25). Nach Veröffentlichung des Berichts verwies das Europäische Parlament den Verordnungsentwurf im Rahmen der ersten Lesung

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Kein überwiegendes öffentliches Interesse am Dokumentenzugang

Im europäischen Recht kommt eine Offenlegung von Dokumenten in Betracht, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung der Dokumente besteht (vgl. Art. 4 Abs. 2 a.E. VO 1049/2001). Nachfolgend wird zunächst erörtert, ob kartellrechtliche Schadensersatzklagen überhaupt ein öffentliches Interesse darstellen können (aa). Anschließend wird die Abwägungsentscheidung im Rahmen des Überwiegens betrachtet (bb).

aa) Kartellrechtliche Schadensersatzklagen als Interesse der Allgemeinheit

Ein überwiegendes öffentliches Interesse i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 setzt ein Interesse der Allgemeinheit voraus.[1067] Grundsätzlich kommen öffentliche Interessen jeglicher Art in Betracht, mit Ausnahme des allgemeinen Transparenzinteresses. Diesem wird schon durch das Dokumentenzu-

---

am 03.11.2009 an den Parlamentarischen Ausschuss zurück (Europäisches Parlament, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (Neufassung) (KOM(2008)0229 - C6-0184/2007 – 2008/0090(COD)), v. 11.3.2009, ABl. 2010 C 87 E/362). Am 21.3.2011 veröffentlichte die Europäische Kommission einen neuen Richtlinienentwurf, um die VO 1049/2001 an die institutionellen Veränderungen des Unionsrechts durch den Vertrag von Lissabon anzupassen (Komm., Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, v. 21.3.2011, KOM (2011) 137 endg.). Am 15.12.2011 bezog das Europäische Parlament in der ersten Lesung zu beiden Vorschlägen Stellung und schlug 63 Änderungen vor (vgl. Komm., Bericht über die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission im Jahr 2011, v. 2.8.2012, COM(2012) 429 final, Tz. 1.2). Seitdem ist das Gesetzgebungsverfahren zur Novellierung der VO 1049/2001 ins Stocken geraten. Das Europäische Parlament rief vergeblich in einer Entschließung vom 12.6.2013 alle Unionsorgane auf, die Novellierung der VO 1049/2001 voranzutreiben und den Stillstand zu überwinden (Europäisches Parlament, Resolution of 12 June 2013 on the deadlock on the revision of Regulation (EC) No. 1049/2001 (2013/2637(RSP)).

1067 *Riemann*, Die Transparenz in der Europäischen Union (2004), S. 158.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gangsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 Rechnung getragen.[1068] Es vermag daher nicht die Ausnahmetatbestände des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 zu überwinden.[1069] Rein private Interessen sind dagegen nicht geeignet, um ein derartiges Interesse zu begründen.[1070] Dies ergibt sich sowohl aus der Zielsetzung der VO 1049/2001 als auch aus der Tatsache, dass der Zugang und die Nutzung der Unterlagen keinerlei Voraussetzungen unterliegen.[1071] Im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Schadensersatzklagen stellt sich daher die Frage, ob diese als private Klagen überhaupt ein überwiegendes öffentliches Interesse darstellen können.

In der Rechtsprechung der Unionsgerichte wird überwiegend angenommen, dass kartellrechtliche Schadensersatzklagen auch öffentlichen Interessen dienen.[1072] So stellte der EuGH schon im Jahr 2001 im Urteil *Courage/Crehan* fest, dass „[…] Schadensersatzansprüche […] die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln (erhöhen) und […] geeignet [sind], von – oft verschleierten – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können“[1073]. Diesen Grundsatz bestätigte der EuGH in den Entscheidungen

1068 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 156 f.

1069 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 3 VO 1049/2001; *Meltzian,* Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane (2004), S. 221; *Hofmann/Rowe/Türk,* Administrative Law and Policy of the European Union (2011), S. 475 f.; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 106.

1070 Vgl. *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 160; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 106; *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 108.

1071 *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 15 AEUV Rn. 36; *Hofmann/Rowe/Türk*, Administrative Law and Policy of the European Union (2011), S. 475; *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 90.

1072 Vgl. EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. 2001, I-06297, Tz. 26 f. – Courage/Crehan; EuGH 13.7.2006 – verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Tz. 60 – Manfredi; EuGH 11.6.2011 – C-360/09, Tz. 28 f. – Pfleiderer; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 23 – Donau Chemie; EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P – EnBW Energie; EuG 15.12.2011 – T-437/08, Tz. 77 – CDC Hydrogene Peroxide; EuG 22.5.2012 – T-344/08, Tz. 128 – EnBW Energie; EuG 7.10.2014 – T-534/11, Tz. 47 ff. – Schenker; EuG 12.5.2015 – T-623/13, Tz. 80 – Unión de Almacenistas de Hierros de España; EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 66 f. – AXA Versicherung; abweichend dagegen EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 84 – Niederlande.

1073 EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. I-06297, Tz. 27 – Courage/Crehan.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Pfleiderer[1074] und *Donau Chemie*[1075], die sich mit der Offenlegung von Kronzeugeninformationen im nationalen Recht und der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht beschäftigen.[1076] Der EuGH schränkte aber den Umfang, in dem kartellrechtliche Schadensersatzklagen als überwiegendes öffentliches Interesse angesehen werden können, dadurch ein, dass er die Notwendigkeit der Offenlegung forderte.[1077]

Auch die Dokumente, die zur Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen von der Europäischen Kommission veröffentlicht wurden, weisen auf eine Abschreckungswirkung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen und damit auf ein öffentliches Interesse hin. Nach dem Grünbuch sollen die Schadensersatzklagen neben der Kompensation von Geschädigten auch der Wirksamkeit der Wettbewerbsvorschriften und der Erhaltung des Wettbewerbs dienen.[1078] Im Weißbuch hat die Europäische Kommission zudem festgestellt, dass eine wirksame private Rechtsdurchsetzung zu einer höheren Aufdeckungsrate von Kartellen und zu einer größeren Abschreckungswirkung führe.[1079] In den Gerichtsverfahren, die den Zugang zu Kartellverfahrensakten betrafen, hat die Europäische Kommission aber teilweise einen restriktiveren Ansatz gewählt. Beispielsweise verneinte sie in dem Verfahren *Niederlande/Komm*., dass kartellrechtliche Schadensersatzklagen ein öffentliches Interesse darstellen.[1080]

Ebenfalls nicht eindeutig ist die Linie des Europäischen Bürgerbeauftragten zur Einordnung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen. Einen ähnlichen Ansatz wie der EuGH im Urteil *EnBW Energie* vertrat der Europäische Bürgerbeauftragte in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010. Danach dienten kartellrechtliche Schadensersatzklagen grundsätzlich einem öffentlichen Interesse.[1081] Bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen bestehe, so der Bürgerbeauftragte, ein eigenes öffentliches Interesse, nämlich die Abschreckung vor Wettbewerbsverstößen, und ihr Zweck er-

1074 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 29 – Pfleiderer.
1075 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 23 – Donau Chemie.
1076 Siehe oben § 3 II. 2.
1077 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 104 ff. – EnBW Energie.
1078 Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg., S. 3.
1079 Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 3.
1080 Vgl. EuG 13.9.2013 – T-380/08, Tz. 84 – Niederlande/Komm.
1081 Europäischer Bürgerbeauftragter 6.4.2010 – 3699/2006/ELB, Tz. 96 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schöpfe sich nicht in der Kompensation der entstandenen Schäden.[1082] Nach Auffassung des Europäischen Bürgerbeauftragten ist dies aber nur der Fall, wenn die Informationen, deren Offenlegung begehrt wird, für die Entscheidung des zuständigen, mitgliedstaatlichen Gerichts von Bedeutung sind.[1083] In eine andere Richtung deutet aber eine Entscheidung aus dem Jahr 2014. Nach Ansicht der damals amtierenden Europäischen Bürgerbeauftragten[1084] stand es im Einklang mit der Rechtsprechung der EU-Gerichte, das Schadensersatzinteresse als rein privates Interesse und nicht als überwiegendes öffentliches Interesse anzusehen.[1085]

Auch in der Literatur wird die Einordnung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen unterschiedlich beurteilt. Einige Autoren sehen in Anlehnung an die Rechtsprechung der Unionsgerichte die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen als öffentliches Interesse i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 an.[1086] Als Begründung wird angeführt, Schadensersatzklagen dienten wie die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung der Wirksamkeit des Kartellverbots gem. Art. 101 AEUV.[1087]

Andere Stimmen in der Literatur lehnen hingegen die vorstehend genannte Auffassung ab.[1088] Nach ihrer Ansicht verfolgt der Geschädigte bei der Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen ausschließlich seine eigenen privaten Interessen.[1089]

Eine weitere Ansicht schlägt vor, nur unter bestimmten Voraussetzungen kartellrechtliche Schadensersatzklagen als öffentliches Interesse anzuerkennen.[1090] Nach letzterem Ansatz soll bei der Bestimmung des öffentli-

---

1082 Europäischer Bürgerbeauftragter 6.4.2010 – 3699/2006/ELB, Rn. 101 mit Verweis auf EuG 9.9.2008 – T-403/05 – My Travel.

1083 Europäischer Bürgerbeauftragter 6.4.2010 – 3699/2006/ELB, Rn. 96 ff.

1084 Zwischenzeitlich fand ein Amtswechsel statt.

1085 Europäische Bürgerbeauftragte 22.7.2014, NZKart 2014, 373, 376.

1086 *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 109; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 312; *Fornasier/Sanner,* WuW 2011, 1067, 1074; *Hempel*, E.C.L.R. 2012, 195, 201 f.; vgl. *Poelzig,* Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), S. 56 ff.; *Möschel*, WuW 2007, 483, 486; *Palzer*, ZEuP 2015, 416, 422.

1087 Vgl. *Fornasier/Sanner,* WuW 2011, 1067, 1074; *Hempel*, E.C.L.R. 2012, 195, 201 f.

1088 *Wils,* Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement (2008), S. 9 f. und 15 f.; *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 90 f.; *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 108; *Palzer,* EuR 2012, 583, 605.

1089 *Bueren*, ZWeR 2011, 74, 91; *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 108.

1090 Vor dem Urteil *EnBW Energie* des EuGH: *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 158 ff.; vgl. auch GA Villalón, Schlussanträge 3.10.2013 – C-365/12 P, Tz. 74 ff. – EnBW Energie.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Interesses im konkreten Fall berücksichtigt werden, ob die Informationen für die Entscheidung des mitgliedstaatlichen Gerichts relevant sind und ob alternative Informationsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.[1091] Des Weiteren stellten kartellrechtliche Schadensersatzklagen nur ein öffentliches Interesse dar, solange keine negativen Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Kronzeugenprogramms zu spüren seien.[1092]

Zunächst ist festzustellen, dass Schadensersatzklagen als wirtschaftlich „negative" Folge für die Kartellanten die Abschreckungswirkung des Kartellrechts erhöhen und dadurch der Bildung von Kartellen präventiv entgegenwirken.[1093] Dies zeigt insbesondere der Blick auf das amerikanische Recht. Dort entfalten gerade Schadensersatzklagen im Kartellrecht abschreckende (generalpräventive) Wirkung.[1094] Aus einer derartig effektbezogenen Betrachtung allein folgt aber nicht die Einordnung von Schadensersatzklagen als öffentliches Interesse im europäischen Recht. Zum einen kommt ein gewisses Maß von Abschreckung jeder Schadensersatzklage zu. Zum anderen liegt der Schwerpunkt der Kartellverfolgung in der Europäischen Union auf der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung. Private Schadensersatzklagen entfalten einen eher komplementären Charakter. Dies zeigt, dass es sich bei der Einordnung von Schadensersatzklagen als ein überwiegendes öffentliches Interesse letztlich um eine rechtspolitische Frage handelt. Der europäische Gesetzgeber hat mit der Richtlinie 2014/104/EU zum Ausdruck gebracht, dass kartellrechtliche Schadensersatzklagen auch öffentliche Interessen wahren. Nach Erwägungsgrund Nr. 4 RL 2014/104/EU erfordern

> „[…] die volle Wirksamkeit der Artikel 101 und 102 AEUV und insbesondere die praktische Wirkung der darin festgelegten Verbote […], dass jeder – seien es Einzelpersonen, einschließlich Verbraucher und Unternehmen, oder Behörden – vor nationalen Gerichten Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch eine Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmungen entstanden ist. […]".

1091 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 160.

1092 *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 161.

1093 Vgl. zur Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes Monopolkommission, Sondergutachten 41 (2004), Rdnr. 76.

1094 Vgl. *Poelzig,* Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), S. 56 ff.; *Möschel*, WuW 2007, 483, 486; *Palzer*, ZEuP 2015, 416, 422.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese grundsätzliche Wertung sollte auch im Rahmen der VO 1049/2001 Berücksichtigung finden.

bb) Notwendigkeit des Dokumentenzugangs

Nicht jedes Informationsinteresse, das im Zusammenhang mit einem kartellrechtlichen Schadensersatzbegehren steht, kann als öffentliches Interesse i.S.d. Art. 4 VO 1049/2001 anerkannt werden, da das Augenmerk des einzelnen Klägers primär auf die Kompensation seines eigenen Schadens gerichtet ist. Der EuGH hat daher in dem Urteil *EnBW Energie* für die VO 1049/2001 klargestellt, dass der Umstand, dass Schadensersatzklagen die Durchsetzungskraft des Kartellrechts erhöhen, allein nicht ausreichend sei, um grundsätzlich ein überwiegendes öffentliches Interesse zu begründen,[1095] sondern der Antragsteller im konkreten Einzelfall nachweisen muss, dass der Zugang zu den von ihm begehrten Dokumenten notwendig ist.[1096]

Das Erfordernis der Notwendigkeit stellt dabei keine neue Hürde für Schadensersatzkläger dar. Vielmehr korrespondiert es mit dem Kriterium der Erforderlichkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, das im Primärrecht u.a. in Art. 5 Abs. 4 EUV[1097] und Art. 52 GRCh verankert ist. Zudem entspricht das Erfordernis den in dem Urteil *Donau Chemie* entwickelten Grundsätzen, wonach es wenig wahrscheinlich ist, dass „die Schadensersatzklage auf die Gesamtheit der in den Akten dieses Verfahrens enthaltenen Schriftstücke gestützt werden müsste".[1098] Eine Notwendigkeit einer Offenlegung besteht nach der Rechtsprechung des EuGH nur, wenn der Offenlegungspetent nachweisen kann, dass er auf die begehrten Informationen zur Beweisführung tatsächlich angewiesen ist.[1099] Dazu muss der

1095 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 105 – EnBW Energie.

1096 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 107 und 108 – EnBW Energie.

1097 Art. 5 Abs. 4 EUV lautet: „Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus.
Die Organe der Union wenden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an."

1098 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 33 – Donau Chemie; vgl. *Hempel*, EuZW 2014, 297, 299.

1099 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 160.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Antragsteller darlegen, dass keine andere Möglichkeit besteht, die erforderlichen Beweise zu erhalten,[1100] oder dass er alle ihm zur Verfügung stehenden alternativen Möglichkeiten zur Beweisgewinnung vergeblich genutzt hat.[1101] Das EuG hat diese Rechtsprechung bestätigt und ausgeführt, dass dieser Maßstab auch gelte, wenn der Offenlegungspetent den Zugang zum Inhaltsverzeichnis der Kartellverfahrensakte begehrt.[1102]

In welchem Umfang Dokumente zur Substantiierung von Schadensersatzklagen notwendig sind, ist somit eine Frage des Einzelfalls. Aufgrund der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen wird ein Dokumentenzugang jedoch bei *Follow-on*-Klage für den Nachweis des Kartellverstoßes regelmäßig nicht erforderlich sein.[1103] Auch für die übrigen Anspruchsvoraussetzungen kommen potentielle Informationsquellen, wie etwa die Bußgeldentscheidung der Europäischen Kommission, in Betracht. Nach Art. 30 Abs. 2 VO 1/2003 ist die Europäische Kommission verpflichtet, in ihren Entscheidungen die Beteiligten des Kartellverfahrens und den „wesentlichen Inhalt der Entscheidung" zu veröffentlichen. Dazu gehört auch die Identität der Kronzeugen.[1104] Im Übrigen steht der Europäischen Kommission ein Ermessen zu, nicht vertrauliche Informationen zu veröffentlichen, auch wenn sie für das Verständnis der Entscheidung der Europäischen Kommission nicht wesentlich sind.[1105] Nach der Rechtsprechung des EuGH ist aber die Veröffentlichung von wortwörtlichen Zitaten aus Kronzeugenerklärungen unzulässig. Wortwörtliche Zitate aus Dokumenten, die nur zur Unterstützung der Kronzeugenerklärung an die Europäische Kommission übersendet wurden, können dagegen in Bußgeldentscheidungen genannt werden, soweit der Schutz von Geschäftsgeheimnissen, des Berufsgeheimnisses oder anderer vertraulicher Informationen gewahrt wird.[1106] Kronzeugeninformationen können daher in Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission veröffentlicht sein. Da jedoch die Europäische Kommission ein großes Eigeninteresse daran hat, die Informationen ihrer Kronzeugen grundsätzlich vertraulich zu behandeln, um die Effektivität ihres Kronzeugenprogramms zu gewährleisten, ist an-

1100 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 132 – EnBW Energie/Komm.
1101 *Hempel*, EuZW 2014, 297, 300; *Mandrescu*, Legal Issues of Economic Integration 42 no. 3 (2015), 301, 313.
1102 EuG 5.2.2018 – T-611/15, Tz. 102 – Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring.
1103 So auch *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 111 f.
1104 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 39.
1105 Vgl. EuG 28.1.2015 – T-341/12, Tz. 155 ff. – Evonik Degussa/Komm.
1106 EuGH 14.3.2017 – C-162/15 P, Tz. 87 – Evonik Degussa.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zunehmen, dass die Veröffentlichung von Kronzeugeninformationen in Bußgeldbescheiden die Ausnahme darstellt. Die Kommissionsentscheidungen stellen daher nur bedingt eine alternative Informationsquelle für Geschädigte dar. Aufgrund der einfachen Verfügbarkeit der nichtvertraulichen Fassung der Kommissionsentscheidung wird es aber Geschädigten zuzumuten sein, für den konkreten Fall vorzutragen und darzulegen, dass sie zur Durchsetzung von Schadensersatzklagen weitere Informationen benötigen bzw. die begehrten Informationen nicht in der Kommissionsentscheidung enthalten sind.

Darüber hinaus ist zu erwägen, dass Geschädigte für die Notwendigkeit ihres Informationszugangs darlegen müssen, dass sie vergeblich versucht haben, auf Grundlage nationaler Vorschriften auf Kronzeugeninformationen zuzugreifen. Eine entsprechende Darlegung ist dagegen für Offenlegungsersuchen nach Art. 15 VO 1/2003[1107] nur bedingt erforderlich, da die Europäische Kommission die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen grundsätzlich ablehnt.[1108]

cc) Überwiegen des öffentlichen Interesses

In den Fällen, in denen ein Dokumentenzugang für die Durchsetzung einer kartellrechtlichen Schadensersatzklage notwendig ist, erfordert das europäische Recht ein Überwiegen des öffentlichen Informationsinteresses im Einzelfall.[1109] Dafür muss das Informationsinteresse zum einen über das normale Interesse des Bürgers an Transparenz, Beteiligung und Demokratie hinausgehen.[1110] Zum anderen muss es schwerer wiegen als die Interessen, welche durch die Ausnahmetatbestände des Art. 4 Abs. 2 VO

1107 Nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 können die Gerichte der Mitgliedstaaten die Europäische Kommission um die Übermittlung von Informationen, die sich in ihrem Besitz befinden, oder um Stellungnahmen bitten, die die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft betreffen.

1108 Komm., Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages, Abl. 2004 C 101/54, unter Berücksichtigung der Änderungen, Abl. 2015 Nr. C 256/5, Tz. 26, 26a.

1109 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 107 – EnBW Energie; EuG 7.10.2014 – T-534/11, Tz. 95 – Schenker; EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 69 f. – AXA Versicherung.

1110 *Meltzian*, Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane (2004), S. 220; *Hofmann/Rowe/Türk*, Administrative Law and Policy of the European Union (2011), S. 475.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1049/2001 geschützt werden. Die Rechtsprechung hat für die zu erfolgende Einzelabwägung noch keine Kriterien bestimmt, so dass nachfolgend versucht, mögliche Abwägungskriterien zu entwickeln.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass Kronzeugenerklärungen im europäischen Kartellverfahrensrecht insgesamt eine besondere Stellung zukommt. Dies verdeutlicht sich bei einer Gesamtbetrachtung verschiedener Vorschriften. So sind im Rahmen der Akteneinsicht gem. Art. 15 VO 1/2003 keine Kronzeugenerklärungen gegenüber nationalen Gerichten offenzulegen.[1111] Auch im Zusammenhang mit Art. 30 VO 1/2003 stellte der EuGH in dem Urteil *Evonik Degussa* aus dem Jahr 2017 fest, dass die Veröffentlichung von Informationen aus Kronzeugenerklärungen unzulässig ist.[1112] Zudem schützt Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU Kronzeugenerklärungen absolut vor einer Offenlegung in Schadensersatzprozessen. Der besondere Schutz von Kronzeugenerklärungen ist somit als allgemeine Wertung auch bei der kohärenten Anwendung der VO 1049/2001 zu beachten.

Ein absoluter Vorrang des Schutzes der Effektivität der Kronzeugenprogramme kann hieraus jedoch nicht gefolgert werden.[1113] Zum einen ergibt sich aus Erwägungsgrund Nr. 6 und Art. 6 Abs. 2 RL 2014/104/EU, dass die Richtlinie 2014/104/EU die Anwendung der VO 1049/2001 grundsätzlich nicht berührt.[1114] Zum anderen ist wegen der vergleichbaren Interessenlage das primärrechtliche Gebot der Einzelfallabwägung zu beachten, dass der EuGH in den Entscheidungen *Pfleiderer* und *Donau Chemie*[1115] entwickelt hat.[1116] Danach ist maßgeblich, ob durch die Offenlegung eine

---

1111 Komm., Bekanntmachung über die Zusammenarbeit der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages, ABl. 2005 C 101/54, geändert durch Abl. 2015 C 256/5, Tz. 26a; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 115.

1112 EuGH 14.3.2017 – C- 162/15 P, Tz. 87 – Evonik Degussa.

1113 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 135 – AXA Versicherung; a.A. *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 176 ff.; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 313; *Palzer*, EuR 2012, 583, 605 und 607.

1114 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 135 – AXA Versicherung.

1115 EuGH 14.7.2011 – C-360/09, Tz. 30 f. – Pfleiderer; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 30 f. – Donau Chemie.

1116 Vgl. GA Villalón, Schlussanträge 3.10.2013 – C-365/12 P, Tz. 68 – EnBW Energie; *Hempel*, EuZW 2014, 297, 299; *ders*., ZWeR 2014, 203, 224 f.; *Kreße,* WRP 2016, 567, 571; *Mandrescu*, Legal Issues of Economic Integration 42 No. 3 (2015), 301, 313, der eine Analogie zu *Donau Chemie* zieht; *Palzer*, ZeuP 2015, 416, 429.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konkrete Gefährdung des Kronzeugenprogramms droht.[1117] Grundsätzlich sollte daher ein unmittelbarer Zugriff auf Kronzeugendokumente als schwerwiegender angesehen werden als ein Zugriff auf Verweise. So stellte das EuG z.B. in der Entscheidung *AXA Versicherung* heraus, dass die Nennung von Verweisen auf Kronzeugeninformationen in Überschriften eines Inhaltsverzeichnisses einer Kartellverfahrensakte nicht zu einer Gefährdung des Kronzeugenprogramms führe.[1118]

Entgegen vereinzelten Stimmen in der Literatur ist aber auch nicht von einem grundsätzlichen Überwiegen des Informationsinteresses von Geschädigten auszugehen. Insbesondere folgt ein solcher Vorrang nicht aus der Notwendigkeit des Dokumentenzugangs.[1119] Schadensersatzklagen können nach der hier vertretenen Auffassung nur ein öffentliches Interesse i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 darstellen, wenn die Offenlegung der Informationen notwendig ist. Ein Überwiegen des Offenlegungsinteresses besteht folglich nicht schon dann, wenn Antragsteller die Notwendigkeit des Dokumentenzugangs darlegen und beweisen können, sondern stellt eine Voraussetzung für die Interessenabwägung dar.

Als weitere Abwägungskriterien können ferner die Schwere und Dauer des Kartells, der Verfahrenstand, die Höhe des entstandenen Schadens, die Anzahl anderer anhängiger Schadensersatzklagen sowie die Bedeutung der Informationen für den Schadensersatzanspruch berücksichtigt werden.[1120] Ferner kann in die Abwägung einbezogen werden, ob die begehrten Dokumente unter mehrere Ausnahmetatbestände des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 fallen. Die Kumulation verschiedener als schutzwürdig erachteter Interessen sollte dazu führen, dass an die Offenlegung von Kronzeugeninformationen, die zugleich schützenswerte geschäftliche Interessen und schützenswerte Ermittlungsinformationen darstellen, ein strengerer Maßstab zu stellen ist als an Kronzeugeninformationen, die nur aufgrund eines schützenswerten Belangs unter den Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 fallen. Zweifelhaft ist dagegen, inwieweit sich aus Tz. 40 der Kronzeugenmitteilung ein Vertrauensschutz ergibt, der im Rahmen der Einzelfallabwägung zu berücksichtigen ist. Die Kronzeugen-

---

1117 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 47 f. – Donau Chemie.

1118 EuG 7.7.2015 – T-677/13, Tz. 124 – AXA Versicherung.

1119 Vgl. *Kreße*, WRP 2016, 567, 571.

1120 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 174 und S. 222 ff.; vgl. *Lauterwein*, Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 112.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mitteilung enthält in Tz. 40[1121] keine verbindliche Zusicherung eines Offenlegungsschutzes, sondern verdeutlicht nur die Rechtsansicht der Europäischen Kommission.[1122]

C. *Fazit: Grundsätzlich kein Zugriff auf Kronzeugeninformationen*

Im europäischen Recht steht Geschädigten – anders als im deutschen Recht – keine spezielle Rechtsgrundlage für einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission zur Verfügung. Ein derartiger Informationszugriff richtet sich vielmehr nach dem Recht auf Dokumentenzugang gem. Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001. Wie jeder andere Politikbereich der Europäischen Union unterliegt auch das Kartellrecht und damit die Kartellverfahrensakten dem allgemeinen Dokumentenzugangsrecht (vgl. Art. 2 Abs. 3 VO 1049/2001). Bei der Anwendung des Dokumentenzugangsrechts sind jedoch die Besonderheiten des Kartellverfahrens durch eine kohärente Anwendung zu berücksichtigen.

Inwieweit Kronzeugeninformationen von dem allgemeinen Dokumentenzugangsrecht ausgenommen sind, richtet sich nach Art. 4 VO 1049/2001. Ein Offenlegungsschutz von Kronzeugeninformationen gem. Art. 4 Abs. 1 VO 1049/2001 zum Schutz der Privatsphäre und der Integrität des Einzelnen kommt nur bei Informationen von natürlichen Personen in Betracht und spielt aufgrund der Ausrichtung des europäischen Kartellrechts auf Unternehmen eine untergeordnete Rolle. Größere Relevanz kommt den Ausnahmetatbeständen des Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 zu. Kronzeugeninformationen können als geschäftliche Interessen unter den Schutz des Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 fallen, soweit sie wirtschaftliche Bedeutung für den Kronzeugen haben und nicht

---

1121 Komm., Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages, Abl. 2004 C 101/54, unter Berücksichtigung der Änderungen, Abl. 2015 Nr. C 256/5, Tz. 26, 26a, Tz. 40: „Nach Ansicht der Kommission läuft die öffentliche Bekanntmachung von Unterlagen sowie schriftlichen und aufgezeichneten Erklärungen, die die Kommission auf der Grundlage dieser Mitteilung erhalten hat, im Allgemeinen gewissen öffentlichen und privaten Interessen (z.B. dem Schutz des Zwecks von Inspektions- und Untersuchungstätigkeiten) im Sinne von Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 sogar nach Fällung der Entscheidung entgegen".

1122 A.A. *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 164.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

älter als 5 Jahre sind. Des Weiteren werden Kronzeugeninformationen nach Art. 4 Abs. 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 zum Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten geschützt. Dies gilt nach der hier vertretenen Auffassung sowohl für Kronzeugeninformationen aus laufenden Verfahren als auch für Kronzeugeninformationen aus abgeschlossenen Verfahren. Der Schutz der Kronzeugeninformationen wird darüber hinaus durch die von den Unionsgerichte entwickelte Vermutung geschützt, wonach eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen den Schutz geschäftlicher Interessen und den Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten beeinträchtigt, wenn die Offenlegung einer Reihe von Dokumenten begehrt wird. Durch die extensive Anwendung dieser Vermutung wurde der Anwendungsbereich der VO 1049/2001 und des Transparenzgrundsatzes im Kartellrecht weiter reduziert.

Einen absoluten Offenlegungsschutz regelt Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 jedoch nicht. Offenlegungspetenten können einen Zugang zu Kronzeugeninformationen erhalten, wenn ihnen ein überwiegendes öffentliches Interesse am Dokumentenzugang zusteht. Kartellrechtliche Schadensersatzklagen können ein öffentliches Interesse darstellen, da sie nicht nur private Ziele verfolgen, sondern auch übergeordneten ordnungspolitischen Zielen durch die Effektivierung des Kartellrechts dienen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist für ein öffentliches Interesse zudem erforderlich, dass der Antragssteller nachweist, dass der Dokumentenzugang notwendig ist, d.h. ihm keine alternativen Informationsquellen zur Verfügung stehen. Für den Fall, dass dem Antragssteller ein entsprechender Vortrag gelingt, erfolgt dann eine Abwägung der betroffenen Interessen im Einzelfall. Durch diese Abwägung wird das vom EuGH aus dem Primärrecht entwickelte Erfordernis der Einzelfallabwägung gewahrt.

Für die Rechtspraxis ist anzunehmen, dass es Antragstellern nur in seltenen Ausnahmefällen gelingt, die Vermutung der Beeinträchtigung zu widerlegen oder ein überwiegendes öffentliches Interesse am Dokumentenzugang darzulegen. Im Hinblick auf Kronzeugeninformationen ist das Offenlegungsrisiko daher auf europäischer Ebene trotz der Einzelfallabwägung als gering anzusehen.[1123]

1123 Vgl. *Kreße*, WRP 2016, 567, 570; *Mandrescu*, Legal Issues of Economic Integration 42 No. 3 (2015), 301, 313; *Palzer*, ZEuP 2015, 416, 428 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 6 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht

Ähnlich wie im europäischen und im deutschen Recht können Kronzeugeninformationen auch für Schadensersatzkläger im amerikanischen Recht für die Beweisführung von Interesse sein. Anders als auf unionsrechtlicher Ebene und im deutschen Recht war jedoch der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht nicht in einem vergleichbaren Maß Diskussionsgegenstand in Rechtsprechung und Literatur. Dies kann einerseits darauf gründen, dass im amerikanischen Recht grundsätzlich weniger Kronzeugeninformationen bestehen.[1124] Andererseits kann dies an dem seit Jahren proklamierten Grundsatz des Department of Justice liegen, wonach Kronzeugen vor einer Offenlegung ihrer Informationen zu schützen sind.[1125] Weitere denkbare Gründe könnten jedoch auch sein, dass das amerikanische Recht Kronzeugeninformationen einen umfassenderen Schutz bietet als das europäische und das deutsche Recht oder die Geschädigten auf den Zugriff auf Kronzeugeninformationen nicht angewiesen sind.

Das nachfolgende Kapitel soll diesen Fragen nachgehen und beschäftigt sich daher nach einem kurzen Überblick über kartellrechtliche Schadensersatzklagen im amerikanischen Recht mit dem Zugriff zu Kronzeugeninformationen. Die Darstellung beschränkt sich dabei auf das Bundesrecht der Vereinigten Staaten von Amerika.

A. Kartellrechtliche Schadensersatzklagen in den USA – Ein Überblick

Privatrechtliche Klagen stellen schätzungsweise ca. 90 Prozent aller kartellrechtlichen Klagen im amerikanischen Recht dar.[1126] Davon nehmen *Fol-*

1124 Siehe oben § 2 B.

1125 Vgl. *Hammond*, Recent developments, trends, and milestones in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, März 2008, S. 16; *Hammond/Barnett*, Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters, Nov. 2008, Nr. 33.

1126 *Renda et. al.*, Making antitrust damages actions more effective in the EU (2007), S. 9; *Schwedler,* Die private Durchsetzung des Kartellrechts in den USA, Europa und Deutschland (2005), S. 5; *Möschel,* WuW 2007, 483, 486.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

low-on-Klagen mittlerweile einen wesentlichen Teil ein.[1127] Im Folgenden werden der Schadensersatz gem. Section[1128] 4 Clayton Act und die Entwicklung des privaten Rechtsschutzes in den USA kursorisch betrachtet.

I. Schadensersatz nach Sec. 4 Clayton Act

Das amerikanische Kartellrecht regelt seit seinen Anfängen Ende des 19. Jahrhunderts den Ersatz kartellbedingter Schäden. Schon die erste Fassung des Sherman Antitrust Act im Jahr 1890 sah mit sec. 7 Sherman Act eine Regelung zum dreifachen Schadensersatz vor.[1129] Die geltende Regelung zum Ersatz kartellbedingter Schäden basiert auf dem im Jahr 1914 in Kraft getretenen Clayton Act, der den Sherman Antitrust Act ergänzt. Gem. sec. 4(a) Clayton Act[1130] ist jede Person, die durch Verletzung eines *antitrust law*[1131] geschädigt wurde, berechtigt auf Ersatz des dreifachen Schadens und auf Ersatz der Rechtsfolgenkosten zu klagen.[1132] Die Kartellanten haften gegenüber den Geschädigten gesamtschuldnerisch für die gesamte Schadenssumme, ohne dass die Möglichkeit eines Innenausgleichs zwischen den Kartellunternehmen besteht.[1133]

1127 *Hawthorne*, 24 Antitrust (Summer 2010), 58, 58; *Kolasky*, 27 Antitrust (Fall 2012), 9, 14, gehen davon aus, dass 60 % aller Klagen Folow-on-Klagen sind; noch von 25 % ausgehend *Papadelli*, Beweislastverteilung bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts (2010), S. 158, Fn. 440; *Möschel*, WuW 2007, 483, 486; von einem Anteil von 24 % aller Klagen ausgehend *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 173.

1128 Nachfolgend abgekürzt als sec.

1129 *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 173.

1130 Oct. 15, 1914, ch. 323, § 4, 38 Stat. 731; Pub. L. 96–349, § 4(a)(1), Sept. 12, 1980, 94 Stat. 1156; Pub. L. 97–393, Dec. 29, 1982, 96 Stat. 1964.

1131 *Antitrust laws* i.S.d. dieser Vorschrift sind gem. sec. 1(a) Clayon Act der Sherman Act, sec. 73 bis 77 Wilson Tariff Act und der Clayton Act selbst; vgl. *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 128.

1132 Sec. 4(a) Clayton Act: „Except as provided in subsection (b), any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. […]".

1133 Anitrust Modernization Commission, Report und Recommendations (2007), S. 252; BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 18; *Krüger*, Der Ge-

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der weite Anwendungsbereich des Schadensersatzanspruchs wird auf bundesrechtlicher Ebene durch die *indirect purchaser doctrine* und das Kriterium *standing to sue* deutlich begrenzt.[1134] Die *indirect purchaser doctrine* schließt einerseits aus, dass die beklagten Kartellmitglieder eine *passing-on-defense* geltend machen;[1135] anderseits beschränkt sie die Anspruchsberechtigung auf direkte Abnehmer.[1136] Indirekte Abnehmer können auf bundesrechtlicher Ebene nur ausnahmsweise einen kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch geltend machen, wenn ein Kosten-Plus-Vertrag[1137] vorliegt, der direkte Abnehmer vom Vorkäufer wirtschaftlich oder rechtlich kontrolliert wird oder der direkte Abnehmer am wettbewerbswidrigen Verhalten beteiligt ist.[1138] Die Möglichkeit, Schadensersatz geltend zu machen, wird zudem auf Bundesebene durch das Merkmal *standing to sue* weiter eingeschränkt. Es führt dazu, dass bei kartellrechtlichen Klagen in der Regel Wettbewerber und Abnehmer des kartellbefangenen Marktes anspruchsberechtigt sind,[1139] da das Merkmal eine enge Verbindung zwischen dem Schaden (*injury*) und dem wettbewerbswidrigen Verhalten erfordert.[1140]

Als Schäden werden im amerikanischen Kartellrecht der *overcharge damage*, der sich ähnlich wie die Differenzhypothese aus einem Vergleich des tatsächlichen Preises mit einem hypothetischen Preis unter Wettbewerbs-

---

samtschuldnerausgleich als Instrument der privaten Kartellrechtsdurchsetzung (2010), S. 300.

1134 Vgl. *Blue Shield v. Mc Cready*, 457 U.S. 465, 477 (1982); ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (2012), Bd. I, S. 764; *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 188.

1135 *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 391 U.S. 481, 492-494 (1968).

1136 *Illinois Brick Co. v. State of Illinois*, 431 U.S. 720, 735, 746 (1977).

1137 ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (2012), Bd. I, S. 769.

1138 *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust: An Integrated Handbook (2000), S. 975; ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (2012), Bd. I, S. 773.

1139 *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 190; vgl. ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (2012), Bd. I, S. 766.

1140 Vgl. *Jones*, Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA (1999), S. 160; *Areeda/Hovenkamp/Blair/Durrance*, Antitrust Law (2007), Bd. IIA, ¶ 339a, S. 109.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bedingungen ergibt,[1141] der entgangene Gewinn und der Unternehmenswertverlust angesehen.[1142]

Wie im deutschen Recht trägt der Kläger für die anspruchsbegründenden Tatsachen die Beweislast. Kläger in amerikanischen Prozessen sind daher – wie Kläger im deutschen Recht – mit der kartellrechtlichen Informationsasymmetrie konfrontiert. Im Gegensatz zum deutschen Zivilrecht gilt aber im amerikanischen Zivilprozessrecht nicht der Vollbeweis als Regelbeweismaß, sondern das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (*preponderance of the evidence*).[1143] Der Kläger muss folglich das Gericht überzeugen, dass es wahrscheinlicher ist, dass die zu beweisende Tatsache vorliegt, als dass sie nicht vorliegt.[1144]

Kartellrechtlichen Schadensersatzklägern wird die Beweisführung hinsichtlich des Kartellverstoßes allerdings durch die *prima-facie-Wirkung* des sec. 5(a) Clayton Act[1145] erleichtert. Nach sec. 5(a) Clayton Act können Urteile oder Vergleiche eine *prima-facie*-Wirkung[1146] entfalten, wenn sie aus Verfahren stammen, in denen die Vereinigten Staaten als Kläger aufgetreten sind oder die für sie geführt wurden.[1147] Eine weitere Erleichterung bewirkt die allgemeine Präklusionsregel der *collateral estoppel*[1148]. Nach ihr können Entscheidungen über einzelne Tatsachen- und Rechtsfragen in Folgeprozessen zugrunde gelegt werden.[1149] Seit der Entscheidung *Parklane*

1141 *National Farmers' Organization, Inc. v. Associated Milk Producers, Inc.*, 850 F.2d 1286, 1306 (8th Cir. 1988); *Areeda/Hovenkamp/Blair/Durrance,* Antitrust Law (2007), Bd. IIA, ¶ 340b, S. 134; *Logemann,* Der kartellrechtliche Schadensersatz (2009), S. 445.

1142 *Hempel,* Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 196.

1143 *Sullivan/Grimes,* The Law of Antitrust: An Integrated Handbook (2000), S. 1000; *Westhoff,* Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 136.

1144 *Merzon v. County of Suffolk*, 767 F. Supp. 432, 444-445 (E.D.N.Y. 1991); *Morgan v. Wilkinson*, 606 F. Supp. 564, 566 (M.D.Pa. 1985); *Sargent v. Masachuetts Accident Co.*, 307 Mass. 246, 249-250 (1940); *Clermont/Sherwin*, 50 Am. J. Comp. L. (2002), 243, 251.

1145 15 U.S.C. § 16(a).

1146 Bei der prima-facie-Wirkung handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung, vgl. *State of Michigan v. Morton Salt Co.,* 259 F. Supp. 35, 59-64 (D.Minn. 1966); *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law (2007), Bd. II, ¶ 319, S. 279f.

1147 15 U.S.C. § 16(a).

1148 auch *issue preclusion* genannt.

1149 *Westhoff,* Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 153; *Schack,* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), S. 71.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hosiery Co., Inc. v. Shore[1150] des *Supreme Court* aus dem Jahr 1979 ist die *collateral estoppel* auch für Fälle zulässig, in denen ein Kläger sich auf verschiedene Angelegenheiten aus einem vorherigen Prozess gegen den Beklagten beruft, an dem der Kläger selbst nicht beteiligt war. Voraussetzung für diesen offensiven Gebrauch der Präklusionsregel ist u.a., dass der Beklagte im vorherigen Prozess hinreichende Möglichkeiten (*full and fair opportunity*) hatte, seine Rechte geltend zu machen.[1151] Für Kläger von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen bietet diese allgemeine Regel die Möglichkeit, sich auf Rechts- und Tatsachen zu stützten, über die bereits in anderen Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder entschieden wurde.

Darüber hinaus wird die Beweisführung hinsichtlich der Schadenshöhe durch ein vermindertes Beweismaß erleichtert. Im Jahr 1931 trennte der Gerichtshof in der Entscheidung *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*[1152] die Beweisanforderungen für die Schadenshöhe von den anderen Anspruchsvoraussetzungen des sec. 4 Clayton Act und etablierte einen gelockerten Beweismaßstab: Der Kläger braucht die relevanten Daten nur in einer Art und Weise darzulegen, durch welche die Schadenshöhe vernünftig geschlussfolgert werden kann.[1153] Diese Rechtsprechung bestätigte der *Supreme Court* in der Entscheidung *Bigelow v. RKO Radio Pictures*[1154] im Jahr 1946. Der Gerichtshof wies darauf hin, dass ein höherer Beweismaßstab die Schädiger bevorteile und dadurch Anreize für wettbewerbswidriges Verhalten geschaffen würden.[1155] Zudem entspreche es allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen, dass der Schädiger Unsicherheiten bei der Bestimmung der Schadenshöhe zu tragen habe.[1156] Trotz dieser Erleichterung obliegt es im Ergebnis – wie im deutschen Recht – den Klägern, eine Grundlage für die Schadensschätzung darzulegen.[1157] Für die

---

1150 *Parklane Hosiery Co., Inc. v. Shore*, 439 U.S. 322 (1979).

1151 *Parklane Hosiery Co., Inc. v. Shore*, 439 U.S. 322, 332-333 (1979).

1152 282 U.S. 555, 51 S. Ct. 248, 75 L. Ed. 544 (1931).

1153 282 U.S. 555, 563 (1931) („[…] it will be enough if the evidence show the extent of the damages as a matter of just and reasonable inference […]").

1154 *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.*, 327 U.S. 251, 264-265, 66 S. Ct. 574, 90 L. Ed. 652 (1946).

1155 *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.*, 327 U.S. 251, 264, 66 S. Ct. 574, 90 L. Ed. 652 (1946).

1156 *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.*, 327 U.S. 251, 265, 66 S. Ct. 574, 90 L. Ed. 652 (1946).

1157 Vgl. *Hempel,* Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 197; für einen Überblick *Areeda/Hovenkamp/Blair/Durrance,* Antitrust Law (2007), Bd. IIA, ¶ 392 ff., S. 338 ff.; zur „yardstick theory" *Parker*, 17 Antitrust Bull., 497, 509 ff. (1972).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ökonomischen Schätzungsmethoden für der Schadenshöhe wird auf Darstellung an anderer Stelle verwiesen.[1158]

II. Entwicklung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen

Trotz der frühen normativen Verankerung nahmen kartellrechtliche Schadensersatzklagen in den USA lange keine herausragende Stellung ein.[1159] Mehrere statistische Studien haben festgestellt, dass es nach Einführung privater Rechtsbehelfe durch den Sherman Act im Jahr 1890 fast fünf Jahrzehnte dauerte, bis die private Rechtsdurchsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika Bedeutung erlangte.[1160] So wurden z.B. bis zum Jahr 1939 nur 157 Schadensersatzklagen erhoben.[1161] Nach Ende des Zweiten Weltkriegs wuchs die Zahl der Schadensersatzklagen bis Mitte der 1970er Jahre auf ungefähr 1500 private Klagen pro Jahr an.[1162] Danach sank die Zahl der Schadensersatzklagen bis in die 1990er Jahre.[1163] Im Jahr 1990 betrug die Zahl der privaten Klagen z.B. nur noch 521.[1164] In den folgenden Jahren stieg die Zahl der *private antitrust cases* langsam wieder auf über 1000 private Klagen im Jahr 2008 an.[1165] Danach fiel die Zahl der privaten Kartellrechtsklagen wieder drastisch.[1166]

Als Gründe für den zunächst starken Anstieg der Schadensersatzklagen und die späteren Schwankungen werden verschiedene Gesichtspunkte genannt. Als einen Impuls für das Wachstum der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in den 1940er Jahren wird die zu dieser Zeit stattfindende Liberalisierung der rechtlichen Rahmenbedingungen im gesamten ameri-

---

1158 Vgl. § 1 A.

1159 *Hempel,* Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 174; *Rajabiun*, 8 JCLE (2012), 187, 192.

1160 *Rajabiun*, 8 JCLE (2012), 187, 192 weist darauf hin, dass zwischen 1890 und 1940 nur 400 private Klagen erhoben wurden.

1161 *Jacobsen/Greer*, 66 Antitrust L.J. (1998), 273, 275; *Hempel,* Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 174 f., nennt dagegen 175 Klagen.

1162 *Rajabiun*, 8 JCLE (2012), 187, 193.

1163 *Rajabiun*, 8 JCLE (2012), 187, 212, geht davon auf, dass die Zahl bis Mitte der 1990er Jahre sank; *Kolasky*, 27 Antitrust (Fall 2012), 9, Figure 1 und S. 10, geht dagegen davon aus, dass die Zahl der Klagen nur bis Anfang der 1990er sank.

1164 *Jacobsen/Greer*, 66 Antitrust L. J. (1998), 273, 285.

1165 *Kolasky*, 27 Antitrust (Fall 2012), 9, Figure 1.

1166 *Kolasky*, 27 Antitrust (Fall 2012), 9, Figure 1 und S. 10 geht davon aus, dass ein ähnliches Niveau erreicht wird wie in den 1990er Jahren.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kanischen Recht angesehen.[1167] So wurden z.B. das *discovery*-Verfahren im allgemeinen Zivilprozessrecht im Jahr 1938 eingeführt und die rechtlichen Anforderungen an Schadensersatzklagen durch Einführung der *per-se-rule* bei Preisabsprachen erleichtert.[1168] Zudem fand ein rechtspolitischer Umschwung statt. Um die gewünschte Abschreckungswirkung zu erreichen, gab es im amerikanischen Recht eine Tendenz, private Schadensersatzklagen zur Durchsetzung von Bundesrecht einzusetzen.[1169] Zudem wurden vermehrt Richter eingestellt, die eine offenere Haltung gegenüber privaten Kartellklagen vertraten.[1170] Diese Entwicklungen bewirkten einen Mentalitätswechsel im amerikanischen Recht und haben dazu geführt, dass private Schadensersatzkläger heute als „*private attorneys general*"[1171] und damit als Instrument zur öffentlichen Rechtsdurchsetzung angesehen werden.[1172]

Ab den 1970er Jahren fand hingegen ein Umschwung in der Rechtsprechung statt. Aus Angst vor einem *over enforcement* und daraus folgenden unerwünschten Fehlanreizen (*false positives*) wurde der Anwendungsbereich des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs in den 1970er Jahren durch die Einführung der *standing-to-sue-doctrine* auf unmittelbare Abnehmer und Lieferanten begrenzt.[1173] Zudem nahmen Gerichte vermehrt eine zurückhaltende Haltung gegenüber der *per-se-rule* ein und stellten mit der *antitrust injury doctrine* höhere Anforderungen an das Kausalverhältnis zwischen Kartellverstoß und Schaden.[1174]

Die steigende Zahl der privaten Klagen ab Anfang der 1990er Jahre wird hingegen nicht auf die Richterschaft und die Rechtsprechung, sondern auf

---

1167 *Hempel,* Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 174 f.; *Denoth,* Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 213; *Rajabiun*, 8 JCLE (2012), 187, 215.

1168 *Rajabiun*, 8 JCLE (2012), 187, 214 ff.

1169 Vgl. *Denoth,* Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 213; *Rajabiun*, 8 JCLE (2012), 187, 214.

1170 *Rajabiun*, 8 JCLE (2012),187, 215.

1171 Wortwörtlich übersetzt würde der Begriff in etwa „privater Staatsanwalt" bedeuten. Der Begriff „private attorney general" bezeichnete ursprünglich den Umstand, dass auch einzelne Bürger dazu ermächtigt werden können, ausschließlich öffentliche Interessen gerichtlich durchzusetzen. Heute wird allgemein unter dem Begriff eine Person des Privatrechts verstanden, die sowohl private als auch öffentliche Funktionen bei der Rechtsdurchsetzung, d.h. im Rahmen ihrer Klage, wahrnimmt; vgl. dazu *Poelzig,* Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), S. 54.

1172 *Ginsburg,* 1 JCLE (2005), 427, 428.

1173 *Rajabiun*, 8 JCLE (2012), 187, 221.

1174 *Jacobsen/Greer*, 66 Antitrust L. J. (1998), 273; *Rajabiun*, 8 JCLE (2012), 187, 222 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Einführung der Kronzeugenprogramme im Jahr 1993 und auf die Verschärfung der Sanktionen zurückgeführt. Einer Studie zufolge sollen sogar 60 Prozent der privaten Klagen zwischen 2007 und 2010 *Follow-on*-Klagen sein.[1175] Auch die Einführung der *e-discovery* im Jahr 2006 soll zur Belebung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung geführt haben, indem sie neue Wege zu Beweismitteln eröffnete.[1176]

Der Rückgang der privaten Klagen ab 2008 fällt zeitlich mit dem Urteil *Atlantic Corp. v. Twombly*[1177] zusammen, in dem der *Supreme Court* die Anforderungen an den Klagantrag anhob. Vereinzelt wird aus dieser zeitlichen Überschneidung geschlossen, dass dieses Urteil einen Grund für den Rückgang der Klagen ab dem Jahr 2008 darstellt.[1178] Andere hingegen gehen nicht von negativen Auswirkungen der Entscheidung auf die Entwicklung von zivilrechtlichen Klagen aus.[1179] Unabhängig von den Ursachen für den Rückgang der Klagen ab 2008 verdeutlicht eine Gesamtbetrachtung jedenfalls, dass in über 100 Jahren privater Kartellrechtsdurchsetzung im amerikanischen Recht klägerfreundliche Rahmenbedingungen maßgeblich für den Erfolg kartellrechtlicher Schadensersatzklagen gewesen sind. Zu diesen wesentlichen Rahmenbedingungen gehört auch der Zugang zu Beweismitteln, wie die Einführung des *discovery*-Verfahrens im Jahr 1938 oder die Einführung der *e-discovery* im Jahr 2006 zeigen.

B. Keine Veröffentlichung von Kronzeugendokumenten in allgemein zugänglichen Quellen

Im amerikanischen Recht sind Kronzeugeninformationen nicht frei zugänglich. Das Department of Justice ist zwar als Bundesbehörde nach dem *Freedom of Information Act*[1180] *(FOIA)* dazu verpflichtet, bestimmte Doku-

---

1175 *Hawthorne*, 24 Antitrust (Summer 2010), 58, 58; *Kolasky*, 27 Antitrust (Fall 2012), 9, 14.

1176 *Kolasky*, 27 Antitrust (Fall 2012), 9, 14 f.

1177 *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

1178 *Kolasky*, 27 Antitrust (Fall 2012), 9, 11 f.; allgemein von negativen Auswirkungen auf das Zivilprozessrecht ausgehend *McMahon,* 41 Suffolk U. L. Rev. (2008), 851, 852 f. und 868; *Clermont/Yeazell* (2009), 2; *Miller,* 60 Duke L. J. (2010), 1, 10.

1179 Vgl. allgmein *Adler,* US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess (2014), S. 125; *Karon,* 44 U.S.F.L. Rev. (2010), 571, 588 ff.; *Pincus*, Barriers to Justice and Accountability (2011), S. 17.

1180 5 U.S.C. § 552, as amended by Public Law No. 104-231, 110 Stat. 3048.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mente, wie etwa abschließende Entscheidungen, behördeninterne Richtlinien oder Anweisungen, zu veröffentlichen.[1181] Bloße Ermittlungsinformationen, wozu auch die Kronzeugeninformationen zählen, sind aber von diesen allgemeinen Veröffentlichungspflichten ausgenommen. Insbesondere wird die Identität der Kronzeugen nicht bekannt gegeben. Die Publizität von Kronzeugeninformationen wird im amerikanischen Recht ferner dadurch begrenzt, dass gegen kooperierende Unternehmen keine öffentliche Entscheidung ergeht und die Identität der Kronzeugen geheim bleibt.[1182] Um eine Offenlegungsverpflichtung in zivilrechtlichen Verfahren zu vermeiden, werden die Kronzeugenanträge zudem in mündlicher Form gestellt; dies ermöglicht die Anwendung von prozessualen Verweigerungsrechten, sog. *privileges*.[1183] Zudem werden Kronzeugeninformationen gegenüber ausländischen Kartellbehörden nur veröffentlicht, wenn der Kronzeuge der Übermittlung der Informationen zustimmt.[1184]

1181 Vgl. U.S.C. § 552(a)(2):
„(a) Each agency shall make available to the public information as follows: [...]
(2) Each agency, in accordance with published rules, shall make available for public inspection and copying--
(A) final opinions, including concurring and dissenting opinions, as well as orders, made in the adjudication of cases;
(B) those statements of policy and interpretations which have been adopted by the agency and are not published in the Federal Register; and
(C) administrative staff manuals and instructions to staff that affect a member of the public;
(D) copies of all records, regardless of form or format, which have been released to any person under paragraph (3) and which, because of the nature of their subject matter, the agency determines have become or are likely to become the subject of subsequent requests for substantially the same records; and
(E) a general index of the records referred to under subparagraph (D); [...]".

1182 *Hammond*, Recent developments, trends, and milestones in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, März 2008, S. 16; *Hawk/Eckles/Reinhart et al.*, in: Dabbah/Hawk (2009), Volume III, USA, S. 1247, 1287f., *Hetzel,* Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2004), S. 106; *Denoth,* Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 315.

1183 *Hansen/Crocco/Kennedy* (2012), S. 14.

1184 *Hammond/Barnett*, Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters, Nov. 2008, Nr. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht

Als mögliche Rechtsgrundlagen für einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen bei Kronzeugen und dem Department of Justice kommen im Bundesrecht im Wesentlichen das zivilprozessuale *discovery*-Verfahren, der *Antitrust Penalty Enhancement and Reform Act*[1185] (ACPERA) und der *Freedom of Information Act* (FOIA) in Betracht. Da schon der Kartellverstoß im amerikanischen Recht gerichtlich und nicht wie im europäischen und im deutschen Recht durch Behördenentscheidung festgestellt wird, wird zudem in einem Exkurs erörtert, inwieweit auf Kronzeugeninformationen, die in Gerichtsverfahren eingeführt wurden, zugegriffen werden kann.

I. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im zivilprozessualen discovery-Verfahren

Im amerikanischen Zivilprozessrecht besteht kein besonderes Offenlegungsverfahren, durch das Kronzeugen oder Wettbewerbsbehörden zur Herausgabe von Beweismitteln verpflichtet werden können. Vielmehr bietet das *discovery*-Verfahren des allgemeinen Zivilprozessrechts eine Rechtsgrundlage für den Zugriff auf Kronzeugeninformationen.

1. Allgemeines zum Ablauf des discovery-Verfahrens

Das *discovery*-Verfahren ist im Bundesrecht in Rule 26 bis Rule 37 *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) geregelt. Das Verfahren ist ein Teil des zivilrechtlichen Vorverfahrens (*pretrial litigation*) und schließt sich an die Klageerhebung (*pleading stage*) an.[1186] Es dient dazu, entscheidungsrelevante Tatsachen zu Tage zu bringen, den Streitstoff einzugrenzen, die Vergleichsbereitschaft der Parteien durch den Informationsaustausch zu erhöhen

1185 Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 (ACPERA), Pub.L. 108-237, Title II, §§ 211 to 214, June 22, 2004, 118 Stat. 666, as amended Pub.L. 111-30, § 2, June 19, 2009, 123 Stat. 1775; Pub.L. 111-190, §§ 1 to 4, June 9, 2010, 124 Stat. 1275.

1186 *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 110; *Reiling*, Das US-amerikanische Discovery-Verfahren im Rahmen deutscher gerichtlicher Auseinandersetzungen (2016), S. 96.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und eine „Waffengleichheit“[1187] zwischen den Parteien zu schaffen.[1188] Sinngemäß kann unter „*discovery*“ eine Art „vorprozessuale Beweisermittlung“ verstanden werden.[1189]

Das *discovery*-Verfahren findet im Wesentlichen unter Verantwortung der Parteien und vor Eröffnung der Hauptverhandlung statt.[1190] Das Gericht übernimmt während des Verfahrens traditionell nur eine leitende Funktion und greift selten aktiv in das Vorverfahren ein.[1191] Das *discovery*-Verfahren beginnt gem. Rule 26(f) FRCP mit einer *conference of the parties*, auf der ein *discovery*-Plan ausgearbeitet wird und ein erster Informationsaustausch (*initial disclosure*) gem. Rule 26(a)(1) FRCP erfolgt. Die *initial disclosure* umfasst (1) die Kontaktdaten aller Personen, die Kenntnis über relevante Tatsachen haben, (2) die Kopien aller Dokumente oder Gegenstände, über welche die auskunftsverpflichtete Partei verfügen kann und welche ihren Anspruch bzw. ihre Verteidigung stützen, (3) die Berechnung aller Schadensposten, die geltend gemacht werden, und die entsprechenden Belege sowie (4) eine Versicherungsvereinbarung zur Absicherung des Prozessrisikos.[1192] Dieser Informationsaustausch ist, unabhängig von konkreten *discovery*-Maßnahmen und den potentiellen Nachteilen für die Partei-

---

1187 *Böhm,* Amerikanisches Zivilprozessrecht (2005), Rn. 406; *Lorenz*, ZZP 111 (1998), 35, 49.

1188 Vgl. *Hempel,* Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 211; *Böhm,* Amerikanisches Zivilprozessrecht (2005), Rn. 388; *Westhoff,* Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 141; *Schack,* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 110; *Denoth,* Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 215; *Lorenz*, ZZP 111 (1998), 35, 49; *Rieckers*, RIW 2005, 19, 19.

1189 *Schurtman/Walter*, Der amerikanische Zivilprozeß (1978), S. 58; *Landwehr*, Die Pretrail Discovery (2017), S. 78.

1190 *Lorenz*, ZZP 111 (1998), 35, 47.

1191 *Hempel,* Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 210; *Becker,* in: Möschel/Bien, Amerikanisches Zivilprozessrecht (2010), S. 37, 56; *Schack,* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 110.

1192 FRCP 26(a)(1)(A): “[…] a party must provide […] to the other parties:
(i) the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information – along with the subjects of that information – that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;
(ii) a copy – or a description by category and location – of all documents, electronically stored information, and tangible things that the disclosing party has in its possession, custody, or control and may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;
(iii) a computation of each category of damages claimed by the disclosing party - who must also make available for inspection and copying as under Rule 34

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

en, verpflichtend.[1193] Anschließend können die Parteien verschiedene *discovery*-Maßnahmen nutzen, um die Herausgabe von beweiserheblichen Tatsachen zu verlangen: Sie können u.a. Zeugen oder die gegnerische Partei unter Eid vernehmen (*depositions*) (Rule 30, 31 FRCP), schriftlich Fragen stellen (*interrogatories*) (Rule 33 FRCP), die Vorlage von Urkunden und Augenscheinstücken (Rule 34 FRCP) oder die Abgabe von Geständnissen (*request for admission*) (Rule 36 FRCP) verlangen. Das *discovery*-Verfahren wird durch den zuständigen Richter auf einer *final pretrial conference* beendet, auf welcher der Ablauf des Hauptverfahrens bestimmt wird.[1194]

2. Wirksame Klageerhebung als Voraussetzung

Das *Discovery*-Verfahren beginnt nach Abschluss der *pleadings*. Dies setzt grundsätzlich eine wirksame Klageerhebung vor einem amerikanischen Gericht voraus.[1195] Hierfür ist gem. Rule 8(a) FRCP[1196] eine kurze und einfache Erklärung des Klägers – das sog. *notice pleading* – in der Klageschrift

---

the documents or other evidentiary material, unless privileged or protected from disclosure, on which each computation is based, including materials bearing on the nature and extent of injuries suffered; and
(iv) for inspection and copying as under Rule 34, any insurance agreement under which an insurance business may be liable to satisfy all or part of a possible judgment in the action or to indemnify or reimburse for payments made to satisfy the judgment."

1193 FRCP 26(a)(1)(A): "[…] a party must, without awaiting a discovery request, provide to the other parties […]"; *Schack,* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 143.

1194 FRCP 16(e).

1195 Die Möglichkeit von *discovery*-Anordnungen zur Unterstützung ausländischer Verfahren gem. 28 U.S.C. § 1782(a) bleibt vorliegend außer Betracht; vgl. hierzu *Reiling,* Das US-amerikanische Discovery-Verfahren im Rahmen deutscher gerichtlicher Auseinandersetzungen (2016), S. 136 ff.; *Adler,* US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess (2014), S. 209 ff.; *Hölzel,* Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 239 ff.; *Stucke*, in: Basedow/Francq/Idot, Conflict of Law and Coordination (2012), S. 314, 316 ff.; *Rieckers*, RIW 2005, 19 ff.; *Myers/Valen/Weinreich*, RIW 2009, 196 ff.

1196 Rule 8(a) FRCP lautet:
„A pleading that states a claim for relief must contain:
(1) a short and plain statement of the grounds for the court's jurisdiction, unless the court already has jurisdiction and the claim needs no new jurisdictional support;
(2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief; and

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ausreichend, welche die gerichtliche Zuständigkeit, den geltend gemachten Anspruch und einen Klagantrag enthält. Über Jahrzehnte galt für den Klagantrag der in der Entscheidung *Conley v. Gibson*[1197] im Jahr 1957 vom *Supreme Court* entwickelte Standard, dass eine Klage so lange nicht abgewiesen werden dürfe, bis außer Zweifel stehe, dass der Kläger seine Klage nicht beweisen könne.[1198] In der Entscheidung *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*[1199] (nachfolgend: *Twombly*) aus dem Jahr 2007 stellte der *Supreme Court* jedoch fest, dass eine statthafte Klage nicht vorliege, wenn sich die Kläger für eine wettbewerbswidrige Absprache lediglich auf „*information and belief*" beriefen.[1200] Die Klageschrift müsse zwar keine detaillierten Tatsachenbehauptungen beinhalten, aber sie müsse über bloße Behauptungen hinausgehen.[1201] Das Erfordernis, plausible Gründe vorzutragen, führe keinen Wahrscheinlichkeitsmaßstab ein; es müssten aber ausreichend Gründe vorgetragen werden, die entnehmen lassen, dass im Rahmen des *discovery*-Verfahrens ausreichend Beweise für einen Kartellrechtsverstoß offengelegt werden würden.[1202] Zudem dürfe das Rechtsschutzbedürfnis der Kläger nicht rein spekulativ erscheinen.[1203] Im Jahr 2009 bestätigte der *Supreme Court* diese Rechtsprechung in dem Urteil *Ashcroft v. Iqbal*.[1204]

Die Reaktionen in der Literatur auf die Entscheidungen *Twombly* und *Iqbal* sind gemischt.[1205] Während die Entscheidungen einerseits als Bruch mit dem amerikanischen Zivilrechtssystem angesehen und kategorisch abgelehnt werden,[1206] werden sie als Eindämmung missbräuchlicher *discovery*-Verfahren andererseits befürwortet.[1207] Wiederum andere gehen davon

---

(3) a demand for the relief sought, which may include relief in the alternative or different types of relief."

1197 *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41, 78 S. Ct. 99, 2 L. Ed. 2d 80 (1957).

1198 *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41, 45, 78 S. Ct. 99, 2 L. Ed. 2d 80 (1957).

1199 *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

1200 Vgl. zum klägerischen Vortrag *Bell Atlantic Corp. v Twombly*, 550 U.S. 544, 551 (2007).

1201 *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 555 (2007).

1202 *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 555 (2007).

1203 *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 555 (2007).

1204 *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662, 678-680 (2009).

1205 Schon im Jahr 2010 gehörte die Entscheidung *Twombly* zu den meist zitiertesten Entscheidungen überhaupt, vgl. *Steinman*, 62 Stan. L. Rev. (2009/10), 1293, 1295 Fn. 9.

1206 *McMahon*, 41 Suffolk U. L. Rev. (2008), 851, 852 f. und 868; *Clermont/Yeazell* (2009), S. 2; *Miller*, 60 Duke L. J. (2010), 1, 10; den Rückgang privatrechtlicher Klagen ab dem Jahr 2008 auf das Urteil zurückführend, *Kolasky*, 27 Antitrust (Fall 2012), 9, 11 f.

1207 *Herrmann/Beck/Burbank*, 158, U. Pa. L. Rev. PENNumbra (2009), 141, 145 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus, dass die Rechtsprechung zu keinen großen Veränderungen führen wird.[1208] In der Rechtspraxis hat die Rechtsprechung des *Supreme Court* jedenfalls zunächst zu keiner grundlegenden Abkehr des bisherigen *pleading standard* geführt.[1209] Gründe hierfür könnten zum einen darin zu sehen sein, dass der *Supreme Court* auch in der Entscheidung *Iqbal* betonte, keinen neuen *pleading standard* im Sinne eines „*probability requirement*" einführen zu wollen.[1210] Zum anderen legten die unteren Bundesgerichte schon vor *Twombly* einen strengeren Maßstab an die Klageschrift (als in *Conley* gefordert), sodass der *Supreme Court* die höchstrichterliche Rechtsprechung in den Entscheidungen *Twombly* und *Iqbal* in gewisser Weise nur an die Praxis der unteren Bundesgerichte anglich.[1211] Auch die Berichte des *Federal Judicial Center* gehen nicht davon aus, dass sich die Zahl der Klagabweisungen (*motion to dismiss*) gem. Rule 12(b)(6) FRCP in den Jahren 2006 bis 2010 verändert hat.[1212] Allerdings können langsam erste Tendenzen dahingehend festgestellt werden, dass die unteren Gerichte strengere Anforderungen an die *pleadings* stellen als zuvor.[1213] Ob dies allein zu einer Eingrenzung des Anwendungsbereichs des *discovery*-Verfahrens führt,

---

1208 *Adler,* US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess (2014), S. 125; *Katsas,* Access to Justice Denied: Ashcroft v. Iqbal (2009); *Karon,* 44 U.S.F.L. Rev. (2010), 571, 588 ff.; *Pincus,* Barriers to Justice and Accountability (2011), S. 17.

1209 Vgl. *Miller et al.*, 5 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 1216: „[…] circuits that have ruled on the issue agreed generally that the pleading standard has not been heightened significantly. […]".

1210 *Ashcroft v. Iqbal,* 556 U.S. 662, 678 (2009).

1211 Vgl. *Spencer,* 108 Mich. L. Rev. (2009), 1, 3 f.; *Steinman,* 62 Stan. L. Rev. (2009-2010), 1293, 1302; vgl. auch *Adle*r, US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess (2014), S. 124.

1212 Federal Judicial Center, Motions to Dismiss for Failure to State a Claim after Iqbal (2011), S. vii und S. 22; Federal Judicial Center, Update on Resolution of Rule 12(b)(6) (2011), S. 5: das Federal Judicial Center stellte in seinem überarbeiteten Bericht einen statistisch bedeutsamen Anstieg von Anträgen auf Klagabweisung nur in Verfahren fest, die sich auf den Finanzierungsbereich bezogen. Die Belastbarkeit dieser Studien wird jedoch u.a. mit dem Argument in Zweifel gezogen, dass die praktischen Auswirkungen nur schwer abschätzbar seien, da die Zahl der Klagen, die aufgrund der erhöhten Anforderungen nicht, nicht erfasst werden könne, siehe *Miller et al.*, 5 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 1216.

1213 *Turkmen v. Ashcroft*, 589 F.3d 542, 546 (2d Cir. 2009); *Fowler v. UPMC Shadyside*, 578 F.3d 203, 209-211 (3d Cir. 2009); *Courie v. Alcoa Wheel & Forged Products*, 577 F.3d 625, 629 (6th Cir. 2009); *Miller et al.*, 5 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 1216 (3d ed.): „[…] several cases have indicated that courts have begun to demand greater factual presentation from plaintiffs in order to surpass the heightened

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist aber fraglich. Zumindest ist aber das Problembewusstsein in Bezug auf die negativen Ausformungen des *discovery*-Verfahrens durch die neue Rechtsprechung weiter geschärft worden. Dies zeigt sich auch im Rahmen der Novellierung des *discovery*-Verfahrens, in der insbesondere die Verhältnismäßigkeitsprüfung hervorgehoben wurde.[1214]

3. Reichweite des discovery-Verfahrens

a) Grundsätzlicher weiter Anwendungsbereich

Seit der Einführung des *discovery*-Verfahrens im Jahr 1938 ist das Verfahren grundsätzlich von einem weiten Anwendungsbereich geprägt. Dies zeigt sich u.a. daran, dass Adressaten von *discovery*-Maßnahmen sowohl die gegnerische Partei als auch Dritte sein können und *discovery*-Anordnungen alle Arten von Informationen erfassen, unabhängig von der Form des jeweiligen Datenträgers.[1215] Das Verfahren ist nicht auf zulässige Beweismittel i.S.d. der *Rules of Evidence* begrenzt, sondern erfasst auch Informationen, die zu verwertbaren Beweismittel führen.[1216] Gegenstand von *discovery*-Anordnungen können folglich auch Unterlagen von Behörden oder anderen staatlichen Einrichtungen sein, wie etwa Kronzeugeninformationen.[1217]

Seit 2006 werden auch elektronische Daten durch die *sog. electronic discovery* (auch *e-discovery* genannt) erfasst.[1218] Die *e-discovery* stellt heute den bedeutendsten Bereich des *discovery*-Verfahrens dar, da mittlerweile über 90 Prozent aller Informationen elektronischer Art sind bzw. elektronisch gespeichert werden.[1219] Das große Datenvolumen, das durch die *electronic discovery* erfasst wird, stellt jedoch die Parteien und Gerichte in *discovery*-

---

hurdle of a Rule 12(b)(6) motion to dismiss […]"; vgl. für eine Übersicht der Rechtsprechung *dies*., 5 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 1216 (3d ed.), Fn. 153.

1214 Siehe dazu § 6 C. I. 3. b).

1215 Vgl. *Schack,* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 111.

1216 *Junker,* Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr (1987), S. 117; *Hempel,* Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 212; *Koch,* Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess (2013), S. 48; *Adler,* US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess (2014), S. 133.

1217 *Greenwald/Schaner,* in: Greenwald/Russenberger (2012), Tz. 20.2.

1218 *Schack,* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 120.

1219 Vgl. *Milberg LLP/Hausfeld LLP*, 4 Fed. Cts. L. Rev. (2010/11), 131, 134.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verfahren vor neue Herausforderungen und verstärkt bereits bestehende Missbrauchsrisiken.[1220]

Kronzeugeninformationen werden daher vom Anwendungsbereich des *discovery*-Verfahrens erfasst. In kartellrechtlichen Verfahren nach sec. 1 Sherman Act ist allerdings denkbar, dass Kronzeugen als Zeugen vor der *grand jury*[1221] vernommen und ihre Aussagen unter den Schutz der Rule 6(e) FRCRP fallen. In diesem Fall sind die Zeugenaussagen vom Anwendungsbereich des *discovery*-Verfahrens gem. Rule 6 (e)(2)(B) *Federal Rules of Criminal Procedure* (FRCRP)[1222] ausgeschlossen und eine Offenlegung gem. Rule 6 (e) (3) (E) (i) FRCRP[1223] nur ausnahmsweise möglich, wenn sie durch oder im Zusammenhang mit einem Gerichtsverfahren angeordnet wird.[1224] Voraussetzung für eine derartige gerichtliche Anordnung ist, dass ein qualifiziertes Bedürfnis für die Offenlegung dargelegt wird.[1225] Hierzu hat der *Supreme Court* in dem Urteil *Douglas Oil Co. v. Petrol Stops Northwest*[1226] im Jahr 1978 entschieden, dass die Antragsteller für ein solches qualifiziertes Bedürfnis kumulativ darlegen müssen, (1) dass sie die Unterlagen bräuchten, um eine Ungerechtigkeit in einem anderen Verfahren abzuweisen, (2) dass das Offenlegungsinteresse das Geheimhaltungsin-

---

1220 Vgl. *Jablonski/Dahl*, 82 Def. Couns. J. (2015), 411, 413; *Kourlis/Singer/Saunders*, 92 Judicature (2008-2009), 78; *Pulgram*, 42 Litigation 3 (2016), 18, 20; *Berman*, 42 Litigation 3 (2016), 22, 25.

1221 Die *grand jury* ist ein Untersuchungsgremium von auf Zeit ernannten Bürgern, die die öffentliche Anklage ablehnen oder für Recht befinden, vgl. *Dietl/Lorenz,* Dictionary of Legal, Commercial and Political Terms, Bd. I. Englisch – German, unter „jury, grand **"**".

1222 Rule 6(e)(2) (B) FRCRP lautet: „Unless these rules provide otherwise, the following persons must not disclose a matter occurring before the grand jury:
(i) a grand juror;
(ii) an interpreter;
(iii) a court reporter;
(iv) an operator of a recording device;
(v) a person who transcribes recorded testimony;
(vi) an attorney for the government; or
(vii) a person to whom disclosure is made under Rule 6(e)(3)(A)(ii) or (iii)."

1223 Rule 6(e)(3)(E)(i) FRCRP lautet: „The court may authorize disclosure – at a time, in a manner, and subject to any other conditions that it directs – of a grand-jury matter:
(i) preliminarily to or in connection with a judicial proceeding;[…]"

1224 Solche Anordnungen sind häufig in kartellrechtlichen Prozessen, vgl. *McDaniel*, 71 A.L.R. Fed. 10 (1985), § 2 (a).

1225 *In re Grand Jury Proceedings,* 841 F.2d 1264, 1268 (6th Cir. 1988)*; In re Antitrust Grand Jury*, 805 F.2d 155, 160-161 (6th Cir. 1986).

1226 441 U.S. 211 (1979).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teresse überwiege und (3) dass sich die Anfrage nur auf Unterlagen beziehe, die für diesen Zweck benötigt werden.[1227] Ein derartiges Offenlegungsinteresse liegt nach Auffassung des *Supreme Courts* insbesondere dann vor, wenn die Glaubhaftigkeit von Aussagen und die Glaubwürdigkeit von Zeugen überprüft werden sollen.[1228] Dies kommt in kartellrechtlichen *Follow-on*-Klagen in Betracht, wenn die Aussagen von Kronzeugen aus *grand-jury*-Verfahren helfen, die Angaben der beklagten Kartellmitglieder im Schadensersatzprozess zu überprüfen. Bei *Follow-on-Klagen* kann das Geheimhaltungsbedürfnis der Unterlagen ferner weiter reduziert sein, da eine Beeinflussung der Zeugen oder der Jury-Mitglieder nach Abschluss des *grand-jury*-Verfahrens ausgeschlossen ist.[1229]

b) Reformierung der Rule 26(b)(1) FRCP im Jahr 2015

Das *discovery*-Verfahren wurde seit seiner Einführung im Jahr 1938 mehrfach reformiert. Die letzte Änderung erfuhr das Verfahren im Jahr 2015. Die Reform und wesentliche Änderungen des Rule 26(b)(1) FRCP werden im Folgenden betrachtet.

aa) Reformbedarf und Weg zur Novellierung im Jahr 2015

Der weite Anwendungsbereich ist immer wieder Kritikpunkt des *discovery*-Verfahrens gewesen.[1230] So wurde der Vorwurf erhoben, das Verfahren werde nicht dazu genutzt, um der Wahrheitsfindung zu dienen, sondern nur um Parteiinteressen zu verfolgen und den Gegner zu schädigen.[1231] In diesem Zusammenhang wurde insbesondere auf die gezielte Ausforschung der Prozessgegenseite, sog. *fishing expeditions,* hingewiesen.[1232] Auch der

---

1227 *Douglas Oil Co. v. Petrol Stops Northwest,* 441 U.S. 211, 222 (1979).
1228 *Douglas Oil Co. v. Petrol Stops Northwest,* 441 U.S. 211, 222 n. 12 (1979).
1229 Vgl. *Petrol Stops Northwest. v. Continental Oil Co.*, 647 F.2d 1005, 1008-09 (9th Cir. 1981); *Ill. v. Scarbaugh*, 552 F.2d 768, 775 (7th Cir. 1977); *In re United States,* 398 F.3d 615, 619 (C.A. 7 (Ill.) 2005).
1230 allgemein zur Kritik am *discovery*-Verfahren seit seiner Einführung im Jahr 1938 *Lawyers for Civil Justice*, WHITE PAPER: Reshaping the Rules of Civil Procedure for the 21st Century (2010), S. 1-3; *Genetin,* 34 Rev. of Litigation 2015, 655, 656.
1231 Vgl. *Kourlis/Singer/Saunders*, 92 Judicature (2008/09), 78, 78.
1232 *Lorenz*, ZZP 111 (1998), 35, 50.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einsatz der *discovery* als Erpressungsmittel gegenüber dem Klagegegner wurde kritisiert.[1233] Die Taktik von Anordnungsadressaten, Informationsfluten zur Vernebelung von Beweismitteln einzusetzen, wurde ebenfalls in Frage gestellt und der Glaubwürdigkeitsverlust von Zeugen nachteilig als angesehen.[1234] Ferner zeigte die Rechtspraxis[1235], dass *discovery*-Verfahren sehr kostenintensiv und zeitaufwendig sein können. Klassisches Beispiel für den hohen Umfang des *discovery*-Verfahrens ist der Fall *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.* aus dem Jahr 1981, dessen *discovery*-Verfahren 35 Mio. Schriftstücke umfasste.[1236] Aber auch in neuerer Zeit ist das Auffinden und das Auswerten der relevanten Informationen mit hohem Arbeitsaufwand und Kosten verbunden.[1237] In dem kartellrechtlichen Verfahren *In re Intel Corp. Microprocessor Antitrust Litigation*[1238] z.B. übermittelte das Unternehmen *Intel Corp*. Informationen, die einem Papierstapel in Höhe von 137 Meilen entsprachen.

Als Reaktion auf die Kritik wurde in den letzten Jahrzehnten wiederholt versucht, den Wildwüchsen des *discovery*-Verfahrens Herr zu werden. Die Reformen aus dem Jahr 2015 wurden durch das *Institute for Advancement of the American System* (IAALS) und das *American College of Trial Lawyers* (ACTL) initiiert, die das *discovery*-Verfahren u.a. auf Missstände untersuchten. Im Jahr 2009 veröffentlichte das IAALS einen Bericht zum *discovery*-Verfahren, indem es den Umfang des *discovery*-Verfahrens, insbesondere die *e-discovery*, kritisierte.[1239] Darin führt das IAALS aus, das *discovery*-Verfahren dürfe nicht Zweck von Rechtsstreitigkeiten seien.[1240] Der weite Anwendungsbereich des *discovery*-Verfahrens stamme noch aus Zeiten ohne Digitalisierung und er sei ein wesentlicher Grund für die hohen Kosten

1233 Vgl. *Lorenz*, ZZP 111 (1998), 35, 50; *Pulgram*, 42 Litigation 3 (2016), 18, 18.
1234 Vgl. *Lorenz*, ZZP 111 (1998), 35, 50; *Pulgram*, 42 Litigation 3 (2016), 18, 18.
1235 Es wird geschätzt, dass die Kosten des *discovery*-Verfahrens bei komplexen Gerichtsverfahren bis 90% der Kosten ausmachen, vgl. *Druckman,* in: Bonomi/Nadakavukaren Schefer, US Litigation (2018), S. 165, 166; *Niemeyer*, Memorandum, 192 F.R.D. 340, 357 (2000).
1236 *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co.*, Ltd., 529 F. Supp. 866, 874 Fn. 6 (E.D. Pa. 1981).
1237 *Hardaway/Berger/Defield*, 63 Rutgers L. Rev (2010-2011), 521, 548.
1238 258 F.R.D. 280, 283 Fn. 5 (D. Del. June 4, 2008).
1239 IAALS, Final Report on the joint project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and Civil Justice and IAALS (2009).
1240 IAALS, Final Report on the joint project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and Civil Justice and IAALS (2009), S. 7, 11.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und eröffne Missbrauchsmöglichkeiten.[1241] Seit Einführung der *e-discovery* seien die Kosten für *discovery*-Verfahren exponentiell gestiegen.[1242] Es sei daher erforderlich, den Anwendungsbereich, insbesondere durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip, auf das Maß zu beschränken, das nötig sei, um einen bestehenden Anspruch oder eine bestehende Einwendung zu beweisen.[1243] Die bisherige richterliche Praxis habe den Missbrauchsmöglichkeiten nicht genügend Einhalt geboten.[1244]

Dem Bericht des IAALS folgte im Jahr 2010 die *Conference on Civil Litigation* des *Civil Rules Advisory Committee* an der Duke Law School. Nach dieser Konferenz wurde dem *Chief Justice*[1245] Bericht erstattet und der Schluss gezogen, dass das *discovery*-Verfahren nicht grundsätzlich fehlgeschlagen, aber reformbedürftig sei.[1246] Im Anschluss entwarf das *Advisory Committee on the Federal Rules on Civil Procedure* verschiedene Änderungen der *Federal Rules of Civil Procedure* und schlug diese dem *Supreme Court* und dem *Congress* vor.[1247] Diese traten im Dezember 2015 in Kraft.

bb) Wesentliche Änderungen der Rule 26(b)(1) FRCP

Wesentliche Änderungen der Rule 26(b)(1) FRCP im Rahmen der Novellierung im Jahr 2015 sind die Normierung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Regelbeispielen und die Klarstellung, dass es sich bei den offenzulegenden Gegenständen und Informationen nicht um zulässige Beweismittel handeln muss.

1241 IAALS, Final Report on the joint project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and Civil Justice and IAALS (2009), S. 8 f., 11.

1242 IAALS, Final Report on the joint project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and Civil Justice and IAALS (2009), S. 7, 9 f.

1243 IAALS, Final Report on the joint project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and Civil Justice and IAALS (2009), S. 12.

1244 Vgl. IAALS, Final Report on the joint project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and Civil Justice and IAALS (2009), S. 2, 11.

1245 Der *Chief Justice* ist der Präsident des Obersten Gerichtshofes (*Supreme Court*).

1246 Judicial Conference Advisory Committee on Civil Rules and the Committee on Rules of Practice and Procedure, Report to the Chief Justice of the United States on the Civil Litigation (2010), S. 7 ff.

1247 Vgl. zum Verlauf der Gesetzgebung *Supreme Court*, 2015 Year-End Report on the Federal Judiciary, S. 4 f.; *Allman*, 83 Def. Couns. J. (2016), 241 f.; *Pulgram*, 42 Litigation 3 (2016), 18, 18.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1) Einführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Regelbeispielen

Während zuvor das *discovery*-Verfahren gem. Rule 26(b)(1) FRCP a.F. alle Tatsachen, die für die Geltendmachung eines Anspruchs oder die Verteidigung relevant waren, erfasste und das Gericht den Umfang des *discovery*-Verfahrens bei Vorliegen eines wichtigen Grundes erweitern konnte,[1248] wird der Anwendungsbereich seit Inkrafttreten der Änderungen im Jahr 2015 zusätzlich durch das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit begrenzt. Nach Rule 26(b)(1) FRCP n.F. umfasst das *discovery*-Verfahren alle Tatsachen, die für die Geltendmachung eines Anspruchs oder die Verteidigung relevant und im jeweiligen Fall verhältnismäßig sind, wobei u.a. die Bedeutung der Klage und die Bedeutung der Offenlegung für die Klage, der Streitwert, der relative Informationszugang der Parteien, die Ressourcen der Parteien sowie auch das Verhältnis der Kosten bzw. des Aufwands zum Nutzen des *discovery*-Verfahrens zu berücksichtigen sind.[1249] Das Gericht ist zudem verpflichtet, den Umfang des *discovery*-Verfahrens zu begrenzen, wenn die *discovery*-Anträge außerhalb des Anwendungsbereichs von Rule 26(b) FRCP liegen.[1250]

Die Bedeutung der Klage als Abwägungskriterium stellt ein Gegengewicht zu der ebenfalls bei der Abwägung zu berücksichtigenden Kosten-Nutzen-Analyse dar. Dadurch sollen Verfahren gefördert werden, die auch

---

1248 Vgl. alte Fassung des FRCP 26(b)(1): "[…] Parties may obtain discovering regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense – including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. […]"; das *discovery*-Verfahren vieler Bundesstaaten erfasst hingegen alle Umstände, die für den Streitstand des Verfahrens insgesamt von Bedeutung sein könnten, vgl. *Böhm,* Amerikanisches Zivilprozessrecht (2005), Rn. 405; *Schack,* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 111.

1249 Vgl. FRCP 26(b)(1): „[...] Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable."

1250 Vgl. Rule 26(b)(2)(C)(iii).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Interesse der Allgemeinheit von grundsätzlicher Bedeutung sind.[1251] Die Abwägung der Kosten bzw. des Aufwands gegenüber dem Nutzen der *discovery* verhindert zudem eine Überbelastung der zur Offenlegung verpflichteten Partei im konkreten Fall.[1252] Denn insbesondere die Archivierung elektronischer Daten für mögliche *discovery*-Anordnungen ist sehr kostenintensiv. Die Berücksichtigung der Ressourcen der Parteien soll verhindern, dass *discovery*-Anordnungen gegen eine finanziell schwache Partei nicht mehr möglich oder gegen finanziell starke Parteien immer zulässig sind; zudem soll verhindert werden, dass *discovery*-Anordnungen ruinöse oder andere missbräuchliche Züge annehmen.[1253]

Ein ähnliches Ziel verfolgt die Berücksichtigung des relativen Informationszugangs der Parteien im Rahmen der Verhältnismäßigkeit. Damit soll in Fällen von Informationsasymmetrien gewährleistet werden, dass die Parteien zwar Zugang zu den notwendigen Informationen erhalten, jedoch nicht die Menge der offenzulegenden Informationen gegen die andere Partei missbräuchlich einsetzen.[1254] Zur Kostenreduktion wird u.a. auch die Bedeutung des *discovery*-Verfahrens im jeweiligen Fall berücksichtigt. *Discovery*-Anordnungen, die einen wesentlichen Aspekt des Verfahrens betreffen, sind grundsätzlich als bedeutender anzusehen als nebensächliche Aspekte.[1255] Zudem ist relevant, inwieweit das *discovery*-Verfahren zu einer

---

1251 Advisory Committee Notes, 2015 Amendment; Duke Law Center for Judicial Studies, Guidelines and Practices for Implementing the 2015 Discovery Amendments to Achieve Proportionality (20.6.2016), S. 2; die Kosten des Rechtsstreits als bedeutend ansehend, *Perez v. Mueller*, 2016 WL 3360422, 1 (E.D. Wis. May 27, 2016).

1252 In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Partei, welche die Offenlegung von Dokumenten aufgrund von unzumutbarem Aufwand ablehnt, die Beweislast hierfür trägt, vgl. *Baxter International, Inc. v. AXA Versicherung*, 320 F.R.D. 158, 166 (N.D. Ill. 2017).

1253 *Salazar v. McDonald's Corp.*, No. 14-CV-02096-RS (MEJ), 2016 WL 736213, 4 (N.D. Cal. Feb. 25, 2016); *Goes Int'l, AB v. Dodur Ltd.*, No. 14-CV-05666-LB, 2016 WL 427369, 4 (N.D. Cal. Feb. 4, 2016); *Vay v. Huston*, No. CV 14-769, 2016 WL 1408116, 6 (W.D. Pa. Apr. 11, 2016); Duke Law Center for Judicial Studies, Guidelines and Practices for Implementing the 2015 Discovery Amendments to Achieve Proportionality (20.6.2016), S. 2; *Jablonski/Dahl*, 82 Def. Couns. J. (2015), 411, 417.

1254 Discovery Proportionality Guidelines and Practices, 99 Judicature 3 (2015), S. 47–60; *Jablonski/Dahl*, 82 Def. Couns. J. (2015), 411, 417.

1255 *Bell v. Reading Hosp.*, No. CV 13-5927, 2016 WL 162991, 3 (E.D. Pa. Jan. 14, 2016); *Flynn v. Square One Distribution, Inc.*, No. 6:16-MC-25-ORL-37TBS, 2016 WL 2997673, 4 (M.D. Fla. May 25, 2016).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schnellen Klärung des Rechtsstreits führt.[1256] Um einen Missbrauch des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu verhindern, muss sich eine Partei auf die Unverhältnismäßigkeit einer *discovery*-Maßnahme nicht nur berufen,[1257] vielmehr muss sie auch die Unverhältnismäßigkeit darlegen.

(2) Keine Zulässigkeit als Beweismittel erforderlich

Eine weitere wesentliche Änderung in Rule 26(b)(1) FRCP ist die Streichung der Formulierung „*relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence*". Ursprünglich sollte diese Formulierung nur klarstellen, dass die mögliche Unzulässigkeit als Beweismittel im späteren Prozess einer Offenlegung im *discovery*-Verfahren nicht entgegensteht.[1258] Entgegen dieser gesetzgeberischen Intention wurde die Formulierung jedoch vielfach dazu genutzt, um die Relevanz der begehrten Tatsachen für die Beweisführung zu bestimmen.[1259] Rule 26(b)(1) FRCP n.F. stellt nunmehr klar, dass Informationen, die von *discovery*-Maßnahmen erfasst werden, nicht als Beweismittel zulässig sein müssen, um im *discovery*-Verfahren offengelegt zu werden.[1260]

(3) Stellungnahme

Der *Supreme Court* schätzte in seinem Jahresabschlussbericht aus dem Jahr 2015 die Reform von 2015 als eine der wesentlichsten Änderungen des *discovery*-Verfahrens im amerikanischen Zivilprozessrecht ein.[1261] Seiner Ansicht nach müssten Rechtsanwälte nunmehr ihre *discovery*-Anträge auf die

1256 *Vaigasi v. Solow Mgmt. Corp.*, No. 11CIV5088RMBHBP, 2016 WL 616386, 14 (S.D.N.Y. Feb. 16, 2016); *Eramo v. Rolling Stone LLC*, 314 F.R.D. 205, 209-2011 (W.D. Va. 2016); *O'Connor v. Uber Techs., Inc.*, No. 13-CV-03826-EMC(DMR), 2016 WL 107461, 4 (N.D. Cal. Jan. 11, 2016).

1257 *Jablonski/Dahl*, 82 Def. Couns. J. (2015), 411, 420.

1258 Vgl. Advisory Committee Notes, 1983 Amendment.

1259 Vgl. Advisory Committee Notes, 2015 Amendment; *Henry/Palacios,* 32-WTR Comm. Law (2016), S. 24, 24; *Jablonski/Dahl*, 82 Def. Couns. J. (2015), 411, 417.

1260 Rule 26(b)(1) a.E.: „Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable."

1261 Supreme Court, 2015 Year-End Report on the Federal Judiciary, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jeweiligen Bedürfnisse im Einzelfall anpassen und den Richtern käme eine aktivere Rolle in *discovery*-Verfahren zu als zuvor.[1262] Das Ziel der Neuregelung, Zivilprozesse zu beschleunigen und die damit verbundenen Kosten gering zu halten, könne jedoch nur erreicht werden, wenn alle Beteiligten ihr Verhalten am Ziel der Verfahrensökonomie gem. Rule 1 FRCP[1263] ausrichteten.[1264]

Im Gegensatz zu der begrüßenden Einstellung des *Supreme Court* wurden die Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die daraus folgende Einschränkung des Umfangs des *discovery*-Verfahrens unterschiedlich bewertet. Teilweise wurde die Neuregelung als Abkehr vom bisherigen *discovery*-Verfahren und Benachteiligung von Klägern angesehen[1265] oder als konturlos kritisiert.[1266] Andere hingegen sehen die Änderungen von 2015 als moderat an.[1267] Wenn man aber bedenkt, dass das Verfahrensrecht grundsätzlich der Durchsetzung materiell-rechtlicher Positionen dient, ist die Neuregelung zu begrüßen. Denn nur durch eine Eingrenzung des *discovery*-Verfahrens kann gewährleistet werden, dass das *discovery*-Verfahren bei weiter steigender Informationsdichte und immer umfangreicher werdenden Verfahren keinen reinen Selbstzweck erfüllt.[1268] Berücksichtigt man allerdings, dass es seit 1983 verschiedene Reformbestrebungen[1269] zur Beschränkung des *discovery*-Verfahrens gab, die bisher nicht gefruchtet haben, ist nicht zu erwarten, dass die Normierung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Regelbeispielen zu einer grundlegenden Änderung des Rechtsverständnisses im amerikanischen *discovery*-Verfahren führen

---

1262 Supreme Court, 2015 Year-End Report on the Federal Judiciary, S. 7 und 10.

1263 Rule 1 FRCP lautet: „These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in Rule 81. They should be construed, administered, and employed by the court and the parties to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding."

1264 Supreme Court, 2015 Year-End Report on the Federal Judiciary, S. 9; zustimmend *Jablonski/Dahl*, 82 Def. Couns. J. (2015), 411, 433.

1265 *Moore*, 83 U. Cin. L. Rev. (2014-2015), 1083, 1110 ff.

1266 *Genetin,* 34 Rev. Litig. 2015, 655, 675-684.

1267 *C. Shaffer/R. Shaffer*, 2013 Fed. Cts. L. Rev. 178, 195; *Jablonski/Dahl*, 82 Def. Couns. J. (2015), 411, 413; *Allman*, 83 Def. Couns. J. (2016), 241, 247.

1268 Vgl. die Reform aus pragmatischen Gründen begrüßend *Allman*, 83 Def. Couns. J. (2016), 241, 247; *Jablonski/Dahl*, 82 Def. Couns. J. (2015), 411, 413; *Dawson/Kelly*, 82 Def. Couns. J. (2015), 434, 437 f.; *Pulgram*, 42 Litigation 3 (2016), 18, 18.

1269 Vgl. für eine Übersicht der verschiedenen Reformen *Grimm*, 36 Rev. Litig. (2017), 117, 123 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird.[1270] Sie kann jedoch zu einer umsichtigeren Verwendung des *discovery*-Verfahrens beitragen.

c) Allgemeine Schranken des discovery-Verfahrens

Als allgemeine Schranken des *discovery*-Verfahrens dienen insbesondere die Rule 26(b)(2)(B) FRCP und Rule 26(b)(2)(C) FRCP. Nach Rule 26(b)(2)(B) FRCP[1271] müssen im Rahmen der *electronic discovery* keine Informationen zur Verfügung gestellt werden, deren Herausgabe mit unverhältnismäßigem Aufwand oder unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Nur in Ausnahmefällen kann das Gericht aus wichtigem Grund die Offenlegung anordnen. Der Umstand, dass eine Partei vorträgt, dass die Offenlegung aufgrund der großen Datenmenge kostspielig sei, allein ist jedoch nicht ausreichend, um *discovery*-Anordnungen abzuwehren.[1272]

Eine weitere allgemeine Schranke des *discovery*-Verfahrens ist Rule 26(b)(2)(C) FRCP[1273]. Danach kann der Umfang der *discovery*-Maßnahmen durch gerichtliche Anordnung eingeschränkt werden, wenn (1) die Informationen auf einem anderen, einfacheren Weg zugänglich sind, (2) die Informationen schon einmal Gegenstand einer *discovery*-Maßnahme waren oder (3) wenn die begehrte discovery-Maßnahme außerhalb des Anwendungsbereich der Rule 26(b)(1) FRCP liegt. Für kartellrechtliche Schadensersatzprozesse ist anzunehmen, dass die Abwägungsentscheidung in der Praxis selten zu Lasten des Klägers ausfallen wird. Die Informationen, die Kläger für ihre kartellrechtlichen Schadensersatzklagen benötigen, sind re-

---

1270 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), III. E.

1271 Rule 26(b)2(B) FRCP lautet: „A party need not provide discovery of electronically stored information from sources that the party identifies as not reasonably accessible because of undue burden or cost. […]".

1272 *Chen-Oster v. Goldman, Sachs & Co.*, 285 F.R.D. 294, 301 (S.D. N.Y. 2012): „[…] the sheer volume of data may make its production expensive, but that alone does not bring it within the scope of Rule 26(b)(2)(B). […]".

1273 Rule 26(b)2(C) FRCP lautet: „On motion or on its own, the court must limit the frequency or extent of discovery otherwise allowed by these rules or by local rule if it determines that:
(i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or can be obtained from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive;
(ii) the party seeking discovery has had ample opportunity to obtain the information by discovery in the action; or
(iii) the proposed discovery is outside the scope permitted by Rule 26(b)(1)."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gelmäßig keine öffentlich zugänglichen Informationen, so dass der jeweilige Kläger auf eine Offenlegung im Rahmen des *discovery*-Verfahrens angewiesen ist. Zudem werden die *discovery*-Vorschriften in *Antitrust*-Fällen von den Gerichten traditionell weit ausgelegt, um Informationsasymmetrien auszugleichen und eine effektive private Kartellrechtsdurchsetzung zu gewährleisten.[1274]

4. Relevante discovery-Maßnahmen im Kartellrecht

Als mögliche *discovery*-Anordnungen in kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen kommen insbesondere die eidliche Vernehmung von Zeugen (*depositions*) gem. Rule 30, 31 FRCP und die Dokumentenvorlage (*production of documents and things*) gem. Rule 34 FRCP in Betracht. Ihnen ist gemeinsam, dass sie nur in Verbindung mit einer gerichtlichen Anordnung (*subpoena*) gem. Rule 45 FRCP für Dritte verpflichtend sind.

a) Depositions

Die eidliche Vernehmung von Zeugen (*deposition*) kann durch anwaltliche Befragung gem. Rule 30 FRCP (*depositions by oral examination*) oder durch Befragung durch einen Beamten gem. Rule 31 FRCP (*depositions by written questions*) erfolgen. Letzteres ist in der Praxis äußert selten, da es bei dieser Form der Vernehmung nicht die Möglichkeit gibt, spontane Fragen an den Zeugen zu richten und der Beamte dem Zeugen die schriftlichen Fragen der Anwälte nur vorliest.[1275] Bei beiden Vernehmungsformen werden die Zeugenaussagen von einem Beamten protokolliert; sie können später im Prozess eingereicht werden.[1276]

Vor dem Hintergrund, dass die Anzahl der *depositions* für jede Partei auf zehn begrenzt (Rule 30(a)(2)(A)(i) FRCP[1277]) und nur eine einmalige Be-

---

1274 Vgl. *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 211; *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 142.

1275 *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 146; *Junker*, ZZPInt 1996, 235, 255.

1276 *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 117.

1277 Vgl. FRCP 30(a)(2)(A): „A party must obtain leave of court, and the court must grant leave to the extent consistent with Rule 26(b)(1) and (2):

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fragung eines Zeugens erlaubt (Rule 30(a)2(A) (ii) FRCP)[1278] ist sowie die Befragung an einem Tag innerhalb von sieben Stunden zu erfolgen hat (Rule FRCP 30(d)(1) FRCP[1279]), haben die Parteien ein wesentliches Interesse daran, die Vernehmungen effektiv zu gestalten. Hierzu können sie von der Gegenseite verlangen, die Person zu benennen, die über bestimmte Angelegenheiten am besten informiert ist.[1280] Diese Person ist dann verpflichtet, nicht nur über ihren persönlichen Kenntnisstand, sondern auch über das institutionelle Wissen des betroffenen Unternehmens oder der betroffenen Behörde Auskunft zu geben.[1281] In kartellrechtlichen Prozessen kann z.B. die Vernehmung von Beamten der Antitrust Division dazu dienen, sich Protokolle über mündliche Aussagen der Kronzeugen näher erläutern zu lassen oder die Beamten über ihre persönlichen Eindrücke bei

---

(A) if the parties have not stipulated to the deposition and:
(i) the deposition would result in more than 10 depositions being taken under this rule or Rule 31 by the plaintiffs, or by the defendants, or by the third-party defendants; [...]"; vgl. FRCP 31(a)(2)(A)(i): „A party must obtain leave of court, and the court must grant leave to the extent consistent with Rule 26(b)(1) and (2):
(A) if the parties have not stipulated to the deposition and:
(i) the deposition would result in more than 10 depositions being taken under this rule or Rule 30 by the plaintiffs, or by the defendants, or by the third-party defendants;[...]".

1278 Vgl. FRCP 30(a)2(A): „A party must obtain leave of court, and the court must grant leave to the extent consistent with Rule 26(b)(1) and (2):
(A) if the parties have not stipulated to the deposition and: [...]
(ii) the deponent has already been deposed in the case; [...]".

1279 FRCP 30(d)(1) lautet: „*Duration.* Unless otherwise stipulated or ordered by the court, a deposition is limited to one day of 7 hours. The court must allow additional time consistent with Rule 26(b)(1) and (2) if needed to fairly examine the deponent or if the deponent, another person, or any other circumstance impedes or delays the examination."

1280 Vgl. FRCP 30(b)(6) lautet: „In its notice or subpoena, a party may name as the deponent a public or private corporation, a partnership, an association, a governmental agency, or other entity and must describe with reasonable particularity the matters for examination. The named organization must then designate one or more officers, directors, or managing agents, or designate other persons who consent to testify on its behalf; and it may set out the matters on which each person designated will testify. A subpoena must advise a nonparty organization of its duty to make this designation. The persons designated must testify about information known or reasonably available to the organization. This paragraph (6) does not preclude a deposition by any other procedure allowed by these rules."

1281 Vgl. *Böhm*, Amerikanisches Zivilprozessrecht (2005), Rn. 450.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Vernehmung zu befragen.[1282] Eine Vernehmung von Beamten über das institutionelle Wissen kann zudem von Bedeutung sein, um einen Gesamteindruck von den Machenschaften des gesamten Kartells und nicht nur einzelner Kartellmitglieder zu erhalten.

b) Production of documents and things

Die Herausgabe von Dokumenten und Gegenständen (*production of documents and things*) nach Rule 34 FRCP stellt eine wesentliche *discovery*-Maßnahme in kartellrechtlichen Zivilprozessen dar.[1283] Der Antrag kann gegen die Partei oder Dritte gerichtet sein. So kommt es auch in Betracht, dass Unternehmen durch *discovery*-Anordnungen verpflichtet sind, Informationen offenzulegen, die sich bei ihren Tochtergesellschaften oder bei konzernverbundenen Unternehmen befinden.[1284]

Von der Vorlageaufforderung (*request*) nach Rule 34 FRCP werden sowohl einzelne Dokumente/Gegenstände als auch Kategorien von Dokumenten/Gegenständen erfasst. Die Aufforderung muss die angeforderten Dokumente oder Gegenstände mit hinreichender Bestimmbarkeit (*reasonable particularity*) nennen (Rule 34 (b)(1)(A) FRCP[1285]). D.h. eine Durchschnittsperson sollte aufgrund des *request* in der Lage sein, die entsprechenden Dokumente oder Gegenstände zu identifizieren.[1286] In der Rechtspraxis wurden in der Vergangenheit aber nur geringe Anforderungen an die Bestimmtheit gestellt. So wurden z.B. Bezugnahmen auf Beweismittelkategorien oder Themenkomplexe (wie etwa „*all documents that relate or refer to* …") als zulässig angesehen,[1287] soweit diese nach den Umständen des Einzelfalls als hinreichend bestimmt angesehen wurden.[1288]

1282 Vgl. *Westhoff,* Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 147; *Schack,* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 116.

1283 *Hempel,* Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 213.

1284 *Spies/Schröder,* MMR 2008, 275, 275.

1285 Rule 34 (b)(1) FRCP lautet: „The request: (A) must describe with reasonable particularity each item or category of items to be inspected; [...]".

1286 *Nordlander*, E.C.L.R. 2004, 646, 648; *Wright et.*, 8 Fed. Prac. & Proc. Civ., § 2211.

1287 *Junker,* Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr (1987), S. 168; *Westhoff,* Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 148 f.; *Reiling,* Das US-amerikanische Discovery-Verfahren im Rahmen deutscher gerichtlicher Auseinandersetzungen (2016), S. 109.

1288 *Wright et al*., 8 Fed. Prac. & Proc. Civ., § 2211.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vor diesem Hintergrund sollte auch ein Antrag auf Vorlage von Kronzeugeninformationen aus einem bestimmten Kartellverfahren hinreichend bestimmt sein.

Gegenstand der Vorlagepflicht können Schriftstücke sein, es werden aber auch andere Dokumente erfasst, wie etwa Zeichnungen, Photographien oder elektronisch gespeicherte Daten, unabhängig von ihrem jeweiligen Speichermedium.[1289] Maßgeblich ist, dass die Informationen direkt oder durch Übertragung auf einen entsprechenden Datenträger von der anfragenden Partei empfangen werden können.[1290] Dabei ist es grundsätzlich irrelevant, ob die Behörde oder ein Kronzeuge die Unterlagen erstellt hat. Die *discovery*-Anordnung kann sich auf die Protokolle der mündlichen Kronzeugenanträge bei der Antitrust Division des Department of Justice, auf die Protokolle der Zeugenaussagen vor der *grand jury* oder auf die Protokolle von Zeugenaussagen im Hauptverfahren beziehen. Zudem kann die Verpflichtung von Kronzeugen, während des ganzen Kartellverfahrens mit der Antitrust Division zusammenzuarbeiten, zur Übermittlung von Beweisstücken führen. In kartellrechtlichen Fällen können dies z.B. Terminkalender, Reisetickets, Hotelbuchungen sowie Marketing- oder Vertriebsunterlagen sein.[1291]

5. Schutz von Kronzeugeninformationen im discovery-Verfahren

Kronzeugeninformationen sind vor einer Offenlegung im Rahmen des *discovery*-Verfahren geschützt, soweit insbesondere (a) die Kronzeugen und das Department of Justice Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechte[1292]

1289 Vgl. FRCP 34(a)(1): „[...] (A) any designated documents or electronically stored information – including writings, drawings, graphs, charts, photographs, sound recordings, images, and other data or data compilations – stored in any medium from which information can be obtained either directly or, if necessary, after translation by the responding party into a reasonably usable form; or (B) any designated tangible things".

1290 Vgl. FRCP 34 (a)(1)(A).

1291 Vgl. *Westhoff,* Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 149.

1292 Übersetzung nach *Dietl/Lorenz*, Dictionary of Legal, Commercial and Political Terms, Englisch – German, unter *privilege*; Für eine ausführlichere Darstellung der *privileges* wird verwiesen auf u.a. ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (2012), S. 892 ff. und S. 904 ff.; *Böhm,* Amerikanisches Zivilprozessrecht (2005), Rn. 453 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(*privileges*) geltend machen oder (b) das Gericht gerichtliche Anordnungen zum Schutz der Informationen (*protective orders*) erlässt.

a) Privileges

Privileges sind besondere Verweigerungsrechte, die den Adressaten der *discovery*-Maßnahme berechtigen, Informationen zurückzuhalten.[1293] Zur Geltendmachung muss sich der Offenlegungsverpflichtete ausdrücklich auf das jeweilige *privilege* berufen.[1294] Häufig werden dazu Listen erstellt, die das Datum, den Urheber, die Empfänger und den Gegenstand der zu schützenden Unterlagen nennen.[1295] In umstrittenen Fällen liegt es im Ermessen des Richters, über die Anwendung des *privilege* zu entscheiden. Die Prüfung der Schutzwürdigkeit der begehrten Informationen kann *in camera*[1296] erfolgen, d.h. ohne Beteiligung der Öffentlichkeit und ohne Beteiligung der Parteien. Bei der Geltendmachung eines *privilege* müssen die Parteien möglicherweise negative Auswirkungen bedenken. Dies kann dann der Fall sein, wenn der Eindruck erweckt wird, dass versucht wird, Tatsachen zu verheimlichen, die für die Prozessgegenseite günstig sind.[1297]

aa) Inter partes

Inter partes sind wesentliche *privileges* in Kartellrechtsfällen das Anwaltsprivileg (*attorney-client-privilege*), der Schutz vor Selbstbezichtigung (*privilege against self-incrimination, fifth amendment*) und die *work-product-doctrine*.

1293 Die größtenteils ungeschriebenen *privileges* erhalten über Rule 501 der Federal Rules of Evidence im *discovery*-Verfahren Geltung, vgl. *Landwehr,* Die Pretrail Discovery (2017), S. 94.

1294 Federal Judicial Center, Manual for Complex Litigation (2004), § 11.431, S. 63.

1295 Federal Judicial Center, Manual for Complex Litigation (2004), § 11.432, S. 65.

1296 *In camera* (lat. in der Kammer) bedeutet, dass das Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit und der Parteien stattfindet. Nur das beteiligte Gericht und ihre Rechtsbeistände nehmen am dem *in camera*-Verfahren teil, vgl. *Koch,* Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess (2013), S. 54; *Stadler*, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses (1989), S. 153 ff. und S. 170.

1297 Vgl. *Baxter v. Palmigiano,* 425 U.S. 308, 318 (1976); *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 663 (7th Cir. 2002); *Daniels v. Pipefitter's Association Local Union*, 983 F.2d 800, 802 (7th Cir. 1993); ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (2012), Bd. I, S. 905; *Schack,* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 125.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1) Attorney-client-privilege

Das *attorney-client-privilege* schützt die vertrauliche Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandanten.[1298] Es erfasst sowohl Rechtsanwälte als auch Unternehmensjuristen,[1299] auch wenn bei letzteren die Differenzierung zwischen rechtlichen und geschäftlichen Belangen, die nicht unter das *attorney-client-privilege* fallen, schwieriger ist als bei unabhängigen Rechtsanwälten.[1300] Das *attorney-client-privilege* endet grundsätzlich, sobald die Informationen Dritten bekannt gegeben werden.[1301] Die Parteien können dann die Offenlegung der zuvor geschützten Informationen verlangen.

Kronzeugen sind zwar im Rahmen ihrer Kooperationspflicht nicht verpflichtet, Informationen an das Department of Justice zu übermitteln, die unter das *attorney-client-privilege* fallen.[1302] Falls sie jedoch dennoch Informationen übermitteln, gehen die Antitrust Division[1303] und einige Gerichte[1304] davon aus, dass die Offenlegung von Informationen nicht zu einem

---

1298 Vgl. *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 383, 389 (1981); *In re Pacific Pictures Corporation*, 679 F.3d 1121, 1126 (9th Cir. 2012); *Westhoff,* Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 143; *Brown/O'Connor*, in: Blanke/Nazzini, International Competition Litigation (2012), Rn. US-133; *Greenwald/Schaner*, in: Greenwald/Russenberger (2012), Tz. 20.4 ff.

1299 *Brown/O'Connor*, in: Blanke/Nazzini, International Competition Litigation (2012), Rn. US-133; *Druckman*, in: Bonomi/Nadakavukaren Schefer, US Litigation (2018), S. 165, 171 weist jedoch darufhin hin, dass das amerikanische Recht auch bei Unternehmensjuristen die Zulassung als Rechtsanwalt erfordert.

1300 ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Evidence Handbook (2002), S. 85; dies., Antitrust Law Developments (2012), Bd. I, S. 893; *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 251.

1301 *In re Pacific Pictures Corporation*, 679 F.3d 1121, 1126-1127 (9th Cir. 2012); ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (2012), Bd. I, S. 893; dies., Antitrust Evidence Handbook (2002), S. 88.

1302 DoJ, Model Corporate Conditional Leniency Letter, Nr. 2 lit. b); *Hammond/Barnett*, Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters, Nov. 2008, Nr. 16; *Hammond*, Recent Developments to the Antitrust Division's Corporate Leniency Program, März 2009, S. 5.

1303 DoJ, Model Corporate Conditional Leniency Letter, Einf.; *Hammond/Barnett*, Frequently Asked Questions Regarding Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters, Nov. 2008, Nr. 16.

1304 *Diversified Indus., Inc. v. Meredith*, 572 F.2d 596, 611 (8th Cir. 1977) (en banc); *In re McKesson HBOC, Inc. Sec. Litig.*, 2005 WL 934331, 9-10 (N.D. Cal. Mar. 31,

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verlust des Anwaltsprivilegs führt (sog. „*selective waiver doctrine*").[1305] Die meisten Gerichte lehnen hingegen eine *selective waiver doctrine* ab und vertreten die Auffassung, dass eine Berufung auf das *attorney-client-privilege* nach Offenlegung von Informationen gegenüber einer Behörde nicht mehr möglich sei.[1306] Eine vermittelnde Ansicht vertritt die Position, dass eine Berufung auf das *attorney-client-privilege* nach Offenlegung gegenüber Behörden nur unter engen Voraussetzungen möglich sei.[1307] Dies komme insbesondere in Betracht, wenn eine Geheimhaltungsvereinbarung bestehe.[1308]

Maßgeblich für einen Verlust des *attorney-client-privilege* spricht, dass der Anwalt bei der Kommunikation mit der Behörde als Mittelsmann für seinen Mandanten tätig wird und die Behörde bei einem Rechtsstreit zwischen Personen des Privatrechts und/oder Unternehmen formal betrachtet einen Dritten darstellt. Zudem widerspricht die Weitergabe von Informationen an eine Behörde der ursprünglichen Aufgabe des Anwaltsprivilegs, die darauf zielt, die Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant zu schützen und dadurch eine Vertrauenssphäre zu schaffen.[1309] Die Parteien sollten sich deshalb nach Offenlegung an eine Behörde nicht mehr auf das *attorney-client privilege* berufen können.[1310]

2005); *In re Natural Gas Commodities Litig*., 232 F.R.D. 208, 211 (S.D.N.Y. 2005), aff'd 2005 WL 1457666 (S.D.N.Y. June 21, 2005).

1305 Vgl. dazu auch *Hansen/Crocco/Kennedy* (2012), Fn. 7.

1306 *In re Pacific Pictures Corp.*, 679 F.3d 1121, 1127-30 (9th Cir. 2012); *In re Qwest Communications International, Inc.*, 450 F.3d 1179, 1195-1197 (10th Cir.); *Burden-Meeks v. Welch*, 319 F.3d 897, 899 (7th Cir. 2003); *In re Columbia/HCA Healthcare Corp. Billing Practices Litig.*, 293 F. 3d. 289, 302-304 (6th Cir. 2002); *In re Martin Marietta Corp.*, 856 F.2d 619, 623-624 (4th Cir. 1988); *U.S. v. Massachusetts Institute of Technology*, 129 F.3d 681, 686 (1st Cir. 1997); *Genentech Inc. v. United States International Trade Commission*, 122 F.3d 1409, 1416-1418 (Fed. Cir. 1997); *Westinghouse Elec. Corp. v. Republic of Philippines*, 951 F.2d 1414, 1425 (3rd Cir. 1991); *Permian Corp. v. U.S.*, 665 F.2d 1214, 1221-1222 (D.C. Cir. 1981).

1307 *In re Steinhardt Partners, L.P.*, 9 F.3d 230, 236 (2d Cir. 1993); *Teachers Insurance and Annuity Association of America v. Shamrock Broadcastung Co., Inc.*, 521 F. Supp. 638, 646 (S.D.N.Y. 1981); *Dellwood Farms, Inc. v. Cargill, Inc.*, 128 F.3d. 1122, 1127 (7th Cir. 1997).

1308 *In re Steinhardt Partners, L.P.*, 9 F.3d 230, 236 (2d Cir. 1993).

1309 *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 383, 389 (1981); *U.S. v. National Association of Realtors*, 242 F.R.D. 491, 493 (N.D. Ill. 2007).

1310 So i.E. auch *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 251 f.; a.A. wohl *Nicolos*i, 31 Nw. J. Int'l L. & Bus., 225, 258 (2011), die eine *selective waiver doctrine* für europäische Kronzeugeninformationen vorschlägt.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufgrund der soeben dargelegten Rechtslage können beklagte Kronzeugen im Ergebnis nicht grundsätzlich davon ausgehen, eine Offenlegung von Informationen, die sie an das Department of Justice im Rahmen der Kooperationsverpflichtung übermittelt haben, stets unter Berufung auf das *attorney-client-privilege* verweigern zu können. Inwieweit eine Berufung auf das Anwaltsprivileg möglich ist, ist in der Rechtspraxis davon abhängig, in welchem Gerichtsbezirk die Schadensersatzklage anhängig ist.

(2) Work-product-doctrine

Neben dem Anwaltsprivileg und dem Schutz vor Selbstbezichtigung kommt es in Betracht, dass sich Parteien auf die *work-product-doctrine* berufen, um die Offenlegung von Informationen in Schadensersatzprozessen zu verhindern. Die *work-product-doctrine* wurde in der Entscheidung *Hickman v. Taylor*[1311] entwickelt und in Rule 26(b)(3) FRCP kodifiziert. Durch sie werden Unterlagen etc. geschützt, die einer Partei oder ihrem Rechtsanwalt zur Vorbereitung eines Gerichtsverfahrens dienen. Nach dem Wortlaut der Rule 26(b)(3) FRCP werden nur Dokumente und Gegenstände geschützt. Die Rechtsprechung hat aber den Schutzbereich auch auf nicht verkörperte Informationen, wie Gedanken oder Einschätzungen (*opinion work product*) und elektronische Daten, erweitert.[1312] Maßgeblich ist, dass das „Dokument" aufgrund eines zukünftigen Verfahrens erstellt oder erhalten wurde.[1313] Dokumente, die für allgemeine Geschäftsvorgänge eines Unternehmens erstellt werden, werden nicht geschützt.[1314]

Die Dokumente, die Kronzeugen im Rahmen der Kooperationspflicht an das Department of Justice weiterleiten, sind nicht im Hinblick auf drohende Schadensersatzprozesse geschaffen worden. Es erscheint daher fraglich, inwieweit Kronzeugen unter Berufung auf die *work-product-doctrine* eine Offenlegung von Informationen verhindern können. Selbst wenn man von der Anwendbarkeit ausgeht, ist zu berücksichtigen, dass die *work-product-doctrine* nur zu einem relativen Schutz von Dokumenten führt. Eine Offenlegung von Dokumenten kann gem. Rule 26(b)(3)(A)(ii) FRCP

1311 329 U.S. 495 (1947); *Junker,* Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr (1987), S. 131; *Adler,* US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess (2014), S. 146.

1312 Wright et al., 8. Fed. Prac. & Proc. Civ., § 2024.

1313 Vgl. *Gucci America, Inc. v. Guess?, Inc.*, 271 F.R.D. 58, 74 (S.D. N.Y. 2010); *Biegas v. Quickway Carriers, Inc.*, 572 F.3d 365, 381 (6th Cir. 2009).

1314 Umkehrschluss aus Rule 26(b)(3)(A) FRCP.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erreicht werden, wenn die auskunftssuchende Partei darlegt, dass ein erhebliches Bedürfnis (*substantial need*) für die Offenlegung besteht und dass gleichwertige Dokumente nicht auf andere Weise ohne unverhältnismäßigen Belastungen (*undue hardship*) beschafft werden können.[1315] Ferner ist – ähnlich wie beim *attorney-client-privilege* – in der Rechtsprechung bisher noch nicht abschließend geklärt, inwieweit die *work-product-doctrine* geltend gemacht werden kann, wenn die Unterlagen zuvor gegenüber einer Behörde offengelegt wurden.[1316] Die *work-product-doctrine* führt daher zu keinem umfassenden Offenlegungsschutz für Kronzeugeninformationen.

(3) Privilege against self-incrimination

Der Schutz vor Selbstbezichtigung (*privilege against self-incrimination)* kann in zivilrechtlichen Verfahren zur Anwendung kommen, wenn dem Aussagenden eine strafrechtliche Verfolgung droht.[1317] In kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen ist die Bedeutung dieses *privilege* aus verschiedenen Gründen als untergeordnet anzusehen. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass der Anwendungsbereich des *privilege against self-incrimination* auf natürliche Personen begrenzt ist. Kartellunternehmen als juristische Personen können sich somit nicht auf das *privilege* berufen.[1318] In kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen kommt daher die Anwendung dieses Schutzrechts nur in Betracht, wenn Geschäftsführer oder Mitarbeiter des beklagten Kartellunternehmens im Rahmen des *discovery*-Verfahrens befragt oder zur Offenlegung von Dokumenten verpflichtet werden sollen.

1315 Rule 26(b)(3)(A) FRCP lautet: „A) *Documents and Tangible Things.* Ordinarily, a party may not discover documents and tangible things that are prepared in anticipation of litigation or for trial by or for another party or its representative (including the other party's attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent). But, subject to Rule 26(b)(4), those materials may be discovered if:
(i) they are otherwise discoverable under Rule 26(b)(1); and
(ii) the party shows that it has substantial need for the materials to prepare its case and cannot, without undue hardship, obtain their substantial equivalent by other means."

1316 Vgl. *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 253; für eine Übersicht der Rechtsprechung *In re Qwest Communications International, Inc.*, 450 F.3d 1179, 1190-1192 (10th Cir. 2006).

1317 ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (2012), Bd. I, S. 904 Fn. 1098; *Wright et al.*, 8 Fed. Prac. & Proc. Civ., § 2018.

1318 *Grasso*, 29 Mich. J. Int'l L. (2007-2008), 565, 587; vgl. auch *Wright et al.*, 8 Fed. Prac. & Proc. Civ., § 2018.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es ist allerdings fraglich, inwieweit diesen Personen in *Follow-on*-Klagen noch eine strafrechtliche Verfolgung droht, wenn ihnen zuvor im Rahmen des Kronzeugenprogramms die Strafe erlassen wurde. Das Risiko, im Ausland strafrechtlich verfolgt zu werden, berechtigt jedenfalls nach der Auffassung der Rechtsprechung grundsätzlich nicht dazu, sich auf das *privilege against self-incrimination* zu berufen.[1319] Das *privilege against self-incrimination* bietet daher keinen umfassenden Offenlegungsschutz für Kronzeugeninformationen.

bb) Department of Justice

Die Antitrust Division des Department of Justice kann sich zum Schutz von Kronzeugeninformationen insbesondere auf das *law enforcement investigatory privilege* (1) als auch auf das *informer's identity privilege* (2) berufen. Diese *privileges* dienen dem Schutz von behördlichen Ermittlungstechniken und stehen unter einem Abwägungsvorbehalt.[1320]

(1) Law enforcement investigatory privilege

Das *law enforcement investigatory privilege (*auch *investigatory privilege*[1321] genannt*)* dient dazu, das öffentliche Interesse an einer effektiven staatlichen Rechtsdurchsetzung zu schützen.[1322] Es erfasst jegliche Informationen aus Zivil- oder Strafverfahren, soweit sie sich unter ausschließlicher Kontrolle einer Behörde befinden.[1323]

Voraussetzung für die Geltendmachung dieses Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechts ist, dass der Behördenleiter das *privilege* formell in Anspruch nimmt und die schützenswerten Informationen spezifiziert.[1324] Es muss also begründet werden, warum die Informationen in den Schutzbe-

---

1319 *United States v. Balsys*, 524 U.S. 666, 669 (1998); ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (2012), Bd. I, S. 906.

1320 Vgl. für das *law enforcement investigatory privilege Greenwald/Schaner,* in: Greenwald/Russenberger (2012), Tz. 20.2.

1321 *Nordlander*, E.C.L.R. 2004, 646, 649.

1322 *Tuite v. Henry*, 181 F.R.D. 175, 176 (D.D.C. 1998).

1323 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 124 f.

1324 *In re Polypropylene Carpet Antitrust Litigation*, 181 F.R.D. 680, 687 (N.D. Ga. 1998).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reich des *privilege* fallen,[1325] und welcher Schaden durch die Offenlegung droht.[1326] Das Gericht entscheidet dann über die Anwendung des *investigatory privilege* im Rahmen einer Abwägung zahlreicher Faktoren im Einzelfall.[1327] Häufig wird dabei eine Vermutung zugunsten der Schutzwürdigkeit behördlicher Dokumente angewendet, so dass ein zwingender Grund für eine Offenlegung vorliegen muss.[1328]

In Hinblick auf kartellrechtliche Kronzeugeninformationen hat sich die Rechtsprechung in mehreren Entscheidungen mit dem *investigatory privilege* befasst. So wurde dieses *privilege* beispielsweise in der Entscheidung *In re Micron Technology, Inc. Securities Litigation*[1329] des *United States District Court*, District of Columbia (D.D.C.), aus dem Jahr 2010 relevant. In diesem Verfahren begehrten die Kläger einer Schadensersatzklage gegen *Micron Technology, Inc*. wegen wettbewerbswidriger Preisabsprachen die Offenlegung von Zeugenaussagen, die Mitarbeiter von *Micron Technology, Inc*. gegenüber dem Department of Justice abgegeben hatten. Darunter fielen auch Aussagen, die im Rahmen des Kronzeugenprogramms getätigt wurden. Das zuständige Gericht lehnte eine Offenlegung der Kronzeugeninformationen aufgrund des *investigatory privilege* ab. Das Gericht begründete seine Entscheidung insbesondere damit, dass die Ermittlungen im vorliegenden Fall noch nicht abgeschlossen seien.[1330] Zudem halte die Offenlegung zukünftige Kronzeugen von der Zusammenarbeit mit der Antitrust Division ab.[1331] Nach Auffassung des Gerichts hätte dieser *chilling effect* allein schon eine Geheimhaltung der Aussagen gerechtfertigt.[1332] Das Ge-

---

1325 *In re Sealed Case*, 856 F.2d 268, 271 (D.C. Cir. 1988); *In re Polypropylene Carpet Antitrust Litigation*, 181 F.R.D. 680, 687 (N.D. Ga. 1998); *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 236; *Nordlander*, E.C.L.R. 2004, 646, 649.

1326 *Usama Jamil Hamama, et al. v. Rebecca Adduci, et al.*, 2018 WL 1977140 (E.D. Mich.); *MacNamara v. City of New York*, 249 F.R.D. 70, 85 (S.D. New York 2008).

1327 *Frankenhauser v. Rizzo*, 59 F.R.D. 339, 344 (E.D. Pa. 1973); *In re Sealed Case*, 856 F.2d 268, 272 (D.C. Cir. 1988); *Tuite v. Henry*, 181 F.R.D. 175, 177 (D.D.C. 1998); *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 137; *Nordlander*, E.C.L.R. 2004, 646, 649.

1328 *In re Polypropylene Carpet Antitrust Litagtion*, 181 F.R.D. 680, 687 (N.D. Ga. 1998); *Dellwood Farms v. Cargill, Inc.*, 128 F.3d 1122, 1125 (7th Cir. 1997); *Vandenborre*, E.C.L.R. 2011, 116, 120.

1329 264 F.R.D. 7 (D.D.C. 2010).

1330 *In re Micron Technology, Inc. Securities Litigation*, 264 F.R.D. 7, 11 (D.D.C. 2010).

1331 *In re Micron Technology, Inc. Securities Litigation*, 264 F.R.D. 7, 10-11 (D.D.C. 2010).

1332 *In re Micron Technology, Inc. Securities Litigation*, 264 F.R.D. 7, 10 (D.D.C. 2010).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

richt wies aber zusätzlich noch darauf hin, dass durch die Veröffentlichung der vollständigen Aussagen die Ermittlungstechniken der Kartellbehörde bekannt werden könnten und dadurch die Gefahr einer Beeinträchtigung der Effektivität des behördlichen Verfahrens bestünde.[1333]

Eine weitere Entscheidung, die sich mit dem *investigatory privilege* im Kartellrecht auseinandersetzt, ist die Entscheidung *In re Packaged Ice Antitrust Litigation*[1334] des *United States District Court*, Eastern District (E.D.) Michigan, aus dem Jahr 2011. In der Rechtssache ordnete das Gericht eine Vorlage der aufgezeichneten, mündlichen Aussagen von Beschuldigten zur Prüfung *in camera* an.[1335] Das Gericht sah einen wesentlichen Unterschied zur Entscheidung *In re Micron Technology* darin, dass das strafrechtliche Verfahren schon abgeschlossen war und die Identitäten der kooperierenden Zeugen öffentlich bekannt waren.[1336]

Die Entscheidung *In re Micron Technology, Inc. Securities Litigation*[1337] kann als Absage des *United States District Court*, District of Columbia, gegenüber einem Zugriff auf Kronzeugeninformationen der Antitrust Division angesehen werden. Für eine solche Einschätzung spricht, dass die tragenden Argumente des Gerichts – der *chilling effect* und die Gefährdung der Kartelldurchsetzung – auf andere Fallkonstellationen übertragen werden können. Eine Offenlegung der Kronzeugeninformationen wäre demnach nur noch in seltenen Ausnahmefällen zu erwarten.[1338]

Die Entscheidung des *United States District Court*, E.D. Michigan, könnte der oben genannten Entscheidung des *United States District Court*, District of Columbia, zuwiderlaufen, da sie eine Offenlegung *in camera* anordnete. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Gericht einen wesentlichen Unterschied zu der obigen Entscheidung darin sah, dass das Verfahren abgeschlossen und die Zeugen öffentlich bekannt waren. Vor diesem Hintergrund ergibt sich aus den beiden Entscheidungen, dass eine Offenlegung in Betracht kommen kann, wenn das Verfahren beendet ist. Für laufende Verfahren kann hingegen der Schluss gezogen werden, dass das Geheimhaltungsinteresse schwerer wiegt als das Offenlegungsinteresse des Geschä-

---

1333 *In re Micron Technology, Inc. Securities Litigation*, 264 F.R.D. 7, 11 (D.D.C. 2010).
1334 2011 WL 1790189 (E.D. Mich.).
1335 *In re Packaged Ice Antitrust Litigation*, 2011 WL 1790189, 10 (E.D. Mich.).
1336 *In re Packaged Ice Antitrust Litigation*, 2011 WL 1790189, 7 und 8 (E.D. Mich.).
1337 264 F.R.D. 7 (D.D.C. 2010).
1338 *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 254, weist hingegen darauf hin, dass die Bekanntgabe gegenüber dem kooperierenden Unternehmen als Verzicht des Aussage- und Verweigerungsrechts gedeutet werden könne.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

digten und folglich eine Offenlegung von Informationen tendenziell eher ausgeschlossen ist.

(2) Informer's identity privilege

Das *informer's identity privilege* schützt die Identität von Personen, die den Behörden Straftaten melden.[1339] In kartellrechtlichen Fällen kann dieses *privilege* zur Anwendung kommen, da Kartelle gem. sec. 1 Sherman Act im amerikanischen Recht als Straftat geahndet werden.[1340] Das *informer's identity privilege* muss von dem Leiter der zuständigen Behörde geltend gemacht werden.[1341] Voraussetzung für die Anwendung des *privilege* ist, dass die Identität des Informanten der gegnerischen Partei unbekannt ist.[1342] Darüber hinaus kommt ein Schutz der von den Kronzeugen übermittelten Informationen nur in Betracht, wenn sie Rückschlüsse auf den Kronzeugen erlauben.[1343] Weitere Voraussetzung ist, dass das Geheimhaltungsinteresse das Offenlegungsinteresse überwiegt.[1344]

Der *Supreme Court* stellte schon in der Entscheidung *Roviaro v. United States* aus dem Jahr 1957 mit dem *informer's identity privilege* heraus, dass in strafrechtlichen Verfahren bei Durchsuchungsmaßnahmen eine Bekanntgabe der Identität des Informanten wegen des Grundsatzes des fairen Verfahrens im Einzelfall geboten sein kann, wenn die Anordnung der Durchsuchung auf den Angaben des Informanten beruht.[1345] Die Bekanntgabe der Identität müsse, so der *Supreme Court*, gegen das Recht des Angeklag-

1339 *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 254; *Sisk*, 52 Fed. Law. (2005), 28, 33.

1340 Vgl. sec. 1 Sherman Act: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court."

1341 *Fowler v. Wirtz*, 34 F.R.D. 20, 23 (S.D. Fla. 1963).

1342 Vgl. *Mitchell v. Bass*, 252 F.2d 513, 516 (8th Cir. 1958); *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53, 60 (1957).

1343 Vgl. *United States v. Montoya*, 58 F.3d 1414, 1421 (9th Cir. 1995); *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53, 60 (1957).

1344 *Sisk*, 52 Fed. Law. (2005), 28, 33.

1345 *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53, 60 (1957).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten auf eine effektive Verteidigung abgewogen werden.[1346] Dabei seien Kriterien in die Abwägung einzubeziehen, wie z.B. die im konkreten Verfahren zur Last gelegte Straftat, die Möglichkeiten der Verteidigung und die Bedeutung der Aussage des Informanten.[1347] Im Jahr 1958 übertrug der *United States Court of Appeals Eighth Circuit* die vorstehend genannten Grundsätze ins Zivilrecht und forderte auch im zivilrechtlichen *discovery*-Verfahren eine Abwägung der Umstände im Einzelfall.[1348]

In Anbetracht dieser Rechtsprechung kommt es daher auch in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen in Betracht, dass das Informationsinteresse des Klägers aufgrund der Umstände des konkreten Einzelfalls die Geheimhaltungsinteressen des Department of Justice überwiegt.[1349] Aufgrund des befürchteten *chilling effect* für die kartellrechtlichen Kronzeugenprogramme des Department of Justice, ist aber für Kronzeugeninformationen nach der hier vertretenen Auffassung ein Überwiegen des Offenlegungsinteresses nur in seltenen Ausnahmefällen anzunehmen.

b) Erlass einer protective order gem. Rule 26(c) FRCP

Discovery-Maßnahmen sind zudem ausgeschlossen, wenn das zuständige Gericht gem. Rule 26(c) FRCP eine *protective order* erlässt. In kartellrechtlichen Schadensersatzklagen kommt insbesondere der Erlass einer *protective order* nach dem Regelbespiel der Rule 26(c)(1)(G) FRCP zum Schutz von *trade secrets*, *commercial information* oder anderer *confidential information* in Betracht.[1350] Allerdings ist vor allem der Begriff des *trade secret* nur schwer zu greifen, da weder die FRCP noch die *Federal Rules of Evidence* (FRE) den Begriff definieren. Durch einen Vergleich der *Restatements of Law*, insbesondere dem *Restatement of Unfair Competition*[1351] und *Restatement of*

1346 *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53, 61 (1957).
1347 *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53, 61 (1957).
1348 *Mitchell v. Bass,* 252 F.2d 513, 518 (8th Cir. 1958).
1349 Vgl. *Denoth,* Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 255.
1350 FRCP 26(c)(1)G; vgl. *Reliance Ins. Co. v. Barron's,* 428 F. Supp. 200, 202-203 (S.D.N.Y. 1977); *Coca-Cola Bottling Co. v. Coca-Cola Co.*, 107 F.R.D. 288, 293 (D. Del. 1985).
1351 Das *Restatement of Unfair Competition* ist die systematische Darstellung des unlauteren Wettbewerbs (*unfair competition*).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Torts[1352] und dem *Uniform Trade Secrets Act*[1353] können jedoch als allgemeine Merkmale des Begriffs *trade secret* die Nichtoffenkundigkeit, ein wirtschaftliches Interesse und ein Geheimhaltungswille des Geheimnisträgers herausgestellt werden.[1354] Legt man diese Kriterien zugrunde, erscheint auch die Einordnung von Kronzeugeninformationen als *trade secret* möglich. Im amerikanischen Kartellrecht ist der Kronzeuge verpflichtet, seinen Kenntnisstand vollständig offenzulegen und alle Dokumente zu übermitteln, die mit dem Wettbewerbsverstoß in Zusammenhang und in seiner Verfügungsmacht stehen.[1355] Diese Informationen beziehen sich zwar grundsätzlich eher auf marktbezogene als auf produktionsbezogene Informationen, da es sich bei Kartellen klassischerweise um Absprachen in Bezug auf bestimmte Marktbedingungen handelt, wie z.B. den Preis oder das Gebiet. Aber auch diese Informationen können nichtöffentlich und wirtschaftlich bedeutend sein. Zudem können Kronzeugen ein Interesse daran haben, dass diese Informationen nicht bekannt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich aus ihnen ergibt, wie das betroffene Unternehmen den Preis für seine Produkte oder Dienstleistungen kalkuliert hat und damit sein Verhalten gegenüber anderen Marktteilnehmern transparent wird.

Die Möglichkeit, dass eine *protective order* zum Schutz von Kronzeugeninformationen angeordnet wird, besteht umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass in der Rechtsprechung häufig nicht zwischen den Tatbe-

---

1352 Die *Restatement of Torts* ist die systematische Darstellung des Deliktsrechts (*law of torts*). Nach dem *Restatement of Torts* kann ein *trade secret* aus jeder Formel, jedem Muster oder jeder wirtschaftlichen Informationszusammenstellung bestehen, die dem Inhaber ermöglicht, einen Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern zu erlangen, welche die Informationen nicht kennen oder nutzen (Restatement of Law (First), Torts, § 757, 1939, Comment (b): „A trade secret may consist of „any formula, pattern, device or compilation of information which is used in one's business, and which gives him an opportunity to obtain an advantage over competitors who do not know or use it.")

1353 Uniform Trade Secret Act, U.C.A. 1953 § 13-24-2(4):
„[...] (4) 'Trade secret' means information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process, that:
(a) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use; and
(b) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy."

1354 *Koch,* Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess (2013), S. 53, Fn. 210; für eine ausführliche Betrachtung hierzu *Wright et al.,* 26 Fed. Prac. & Proc. Evid. § 5644.

1355 DoJ, Model Corporate Conditional Leniency Letter, Nr. 2 lit. a) und lit. b).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

standsvarianten der Rule 26(c)(1)(G) unterschieden wird und Kronzeugeninformationen zumindest aufgrund der Vertraulichkeitszusage des Department of Justice als *confidential information* angesehen werden sollten.[1356]

c) Zusammenfassung

Das amerikanische Zivilprozessrecht bietet mit dem *discovery*-Verfahren ein weitreichendes Instrument zur Informations- und Beweismittelbeschaffung. Dieses Verfahren steht den Parteien ab Klageerhebung bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens zur Verfügung. Aufgrund seines weiten sachlichen Anwendungsbereichs kommt das *discovery*-Verfahren auch für die Informationsbeschaffung in kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen in Betracht. Kronzeugeninformationen werden unabhängig davon erfasst, ob sie sich in den Händen des Kronzeugen selbst oder der Wettbewerbsbehörde befinden. Eine Offenlegung gegenüber Klägern folgt hieraus jedoch nicht in jedem Fall. Besondere Verweigerungsrechte (*privileges*) oder gerichtliche Schutzanordnungen können einer Offenlegung entgegenstehen.

Für den Fall, dass Kläger von Kronzeugen die Offenlegung von Informationen begehren, führen weder die *work-product-doctrine* noch das *attorney-client-privilege* oder das *privilege against self-incrimination* zu einem umfassenden Schutz. Wenn hingegen die Offenlegung von Kronzeugeninformationen vom Department of Justice begehrt wird, stehen der Behörde mit dem *law enforcement investigatory privilege* und dem *informer's identity privilege* besondere Verweigerungsrechte zum Schutz des behördlichen Verfahrens zu. Auf diese Verweigerungsrechte kann sich das Department of Justice auch in kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen berufen. Ein Offenlegungsschutz besteht nach diesen *privileges*, wenn es dem Offenlegungspetenten nicht gelingt darzulegen, dass sein Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Nach hier vertretener Auffassung ist jedoch anzunehmen, dass dies nur in Ausnahmefällen gelingt. In der Regel sind Kronzeugeninformationen durch die besonderen *privileges* vor einer Offenlegung durch das Department of Justice umfassend geschützt.

Eine weitere Möglichkeit, die Offenlegung von Kronzeugeninformationen zu verhindern, stellt der Erlass gerichtlicher Schutzanordnungen gem. Rule 26(c) FRCP dar. Dies kommt insbesondere Betracht, wenn die Kronzeugeninformationen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse enthalten.

1356 Vgl. *Wright et al.*, 26 Fed. Prac. & Proc. Evid., § 5644.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei einer Gesamtbetrachtung folgt aus dem Zusammenspiel der verschiedenen *privileges* und der Möglichkeit, eine *protective order* zu erlassen, dass Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht grundsätzlich vor einer Offenlegung im Zivilprozess geschützt sind, solange sie sich im Besitz der Wettbewerbsbehörde befinden.

6. Exkurs: Der Sprung über den Atlantik – Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen europäischer Wettbewerbsbehörden

Mehrfach haben Kläger in amerikanischen Schadensersatzprozessen versucht, die Europäische Kommission zu einer Offenlegung ihrer Kronzeugeninformationen durch *discovery*-Anordnungen zu verpflichten und damit den Sprung über den Atlantik zu wagen.[1357] Ein Grund hierfür ist, dass bei Verfahren der Europäischen Kommission gegen internationale Kartelle regelmäßig auch das amerikanische Recht anwendbar und damit auch die Zuständigkeit amerikanischer Gerichte eröffnet ist.

a) Anwendung amerikanischen Rechts im Allgemeinen und in kartellrechtlichen Fällen

Voraussetzung für den Erlass einer *discovery*-Anordnung gegenüber der Europäischen Kommission ist zunächst die Anwendbarkeit des amerikanischen Rechts. Für die Begründung amerikanischer Jurisdiktion muss der Beklagte dabei lediglich einen *minimum contact* zum Geltungsbereich des amerikanischen Rechts haben und die Zuständigkeit darf allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen (*fair play and substantial justice*) nicht widersprechen.[1358] Zwar reicht nicht jede wirtschaftliche Betätigung für einen *minimum contact* aus, es werden aber keine hohen Anforderungen an dieses Merkmal gestellt. In der Literatur zum amerikanischen Recht wird es als ausreichend angesehen, wenn entweder das beklagte Unternehmen selbst

---

1357 So z.B. in den Verfahren: *In re Rubber Chemicals Antitrust Litigation,* 486 F. Supp. 2d 1078, 1084 (N.D. Cal. 2007); *In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation,* 2011 WL 723571 (N.D. Cal. 2011); vgl. Komm., Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council v. 29.4.2009, SEC(2009) 574 final, Tz. 299 m.w.N.

1358 *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945); *Schack,* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder ein Tochterunternehmen auf dem amerikanischen Markt regelmäßig und systematisch agiert.[1359]

In kartellrechtlichen Fällen kommt zudem in Betracht, dass die Zuständigkeit amerikanischer Gerichte durch den *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* (FTAIA) begründet wird.[1360] Danach ist das *Antitrust Law* bei internationalen Handelsgeschäften anwendbar, wenn eine Handlung direkte, wesentliche und vorhersehbare Auswirkungen auf Handelsgeschäfte, die keine Handelsgeschäfte mit fremden Nationen darstellen, oder auf Exportgeschäfte hat, bei denen eine Person in den USA involviert ist.[1361] In der Entscheidung *F. Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Empagran*[1362] aus dem Jahr 2004 führte der *Supreme Court* dazu aus, dass die Zuständigkeit amerikanischer Gerichte erst eröffnet sei, wenn der durch das wettbewerbswidrige Verhalten verursachte Schaden einen sachlichen Bezug zum amerikanischen Markt aufweise.[1363] Aufgrund der internationalen Tätigkeiten der Unternehmen wird heutzutage häufig auch ein Bezug zum amerikanischen Markt bestehen, wenn das europäische Kartellrecht Anwendung findet. Es ist daher davon auszugehen, dass in der Regel das amerikanische Recht anwendbar ist.

1359 ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (2012), Bd. 1, S. 883 f.; *Schack,* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (2011), Rn. 71; *Schroll,* Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 232; *Stucke*, in: Basedow/Francq/Idot, International Antitrust Litigation (2012), S. 315, 328.

1360 15 U.S.C. § 6(a).

1361 15 U.S.C. § 6(a): „Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless –
(1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect –
(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or
(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and
(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.
If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States."

1362 542 U.S. 155 (2004).

1363 *F. Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155, 164-173 (2004).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Rechtliche Möglichkeiten der Beschränkung exterritorialer discovery-Maßnahmen

Die rechtlichen Möglichkeiten, die Anordnungen von *discovery*-Maßnahmen zu verhindern, sind limitiert. Nach amerikanischem Recht kann ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen nicht durch nationale Gesetze der Mitgliedstaaten der EU, sog. *blocking statutes*, verhindert werden.[1364] Ebenso wenig stehen internationale Verträge entsprechenden Offenlegungsanordnungen entgegen. Das „Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln“[1365] (Wettbewerbsabkommen) und das „Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung der „Positive Comity“-Grundsätze bei der Durchsetzung ihrer Wettbewerbsregeln zwischen der EU und den USA“[1366] beziehen sich nur auf die Exekutive und binden keine Gerichte.[1367] Amerikanischen Gerichten ist es daher weiterhin möglich, *discovery*-Maßnahmen in kartellrechtlichen Fällen anzuordnen.[1368]

Auch das „Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18.3.1970“[1369] (HBÜ) bietet keinen

---

1364 *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for S.D. of Iowa*, 483 U.S. 522, 544 Fn. 29 (1987).

1365 ABl. 1995 L 95/47.

1366 ABl. 1998 L 173/28.

1367 *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 259; *Grasso*, 29 Mich. J. Intl'L. (2007-2008), 565, 595.

1368 *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 259, schlägt vor, dass die Abkommen im Rahmen einer Einzelfallabwägung nach den Grundsätzen der „international commodity“ Berücksichtigung finden könnten: Nach Art. VIII des Wettbewerbsabkommens besteht keine Verpflichtung zur Offenlegung von Informationen, wenn sie gegen das geltende Recht derjenige Partei, die sich im Besitz der begehrten Informationen befindet, verstößt oder wenn sie mit wichtigen Interessen der Partei nicht vereinbar ist. Diese Vorschrift könnte als Indiz dafür angesehen werden, dass eine Offenlegung von Informationen, die von Kronzeugen stammen, ausgeschlossen werden sollte. Die amerikanische Rechtsprechung ist allerdings bisher noch nicht auf dieses Argument eingegangen.

1369 Haager Übereinkommen vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (BGBl. 1977 II 1472), in Deutschland in Kraft getreten am 26.6.1979 (BGBl. 1979 II 780), in den USA in Kraft getreten am 7.10.1972 (BGBl. 1980 II 1290); die EU selbst ist kein Vertragspartner, aber die Mehrzahl ihrer Mitgliedstaaten.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

absoluten Schutz vor *discovery*-Anordnungen. Zwar regelt das Übereinkommen die Rechtshilfe bei gerichtlichen Beweisaufnahmen im Ausland[1370] und bietet mit Art. 23 HBÜ[1371] eine Vorbehaltsregelung für *discovery*-Anordnungen. Allerdings entschied der amerikanische *Supreme Court* in dem Grundsatz-Urteil *Société Nationale Industrielle Aérospatiale* im Jahr 1987, dass sich die Möglichkeit, *discovery*-Maßnahmen außerhalb der USA anzuordnen, nicht ausschließlich nach dem Haager Beweisübereinkommen richte, sondern auch nach den Grundsätzen der *international comity*.[1372]

Unter den Grundsätzen der *international comity* wird die gegenseitige Rücksichtnahme von Staaten bei der Anwendung ihres Rechts, bei der auch die Interessen eines anderen Staates berührt werden, verstanden.[1373] Diese Grundsätze führen zu einer einzelfallbezogenen Abwägung, ob amerikanisches Recht im konkreten Fall Anwendung findet.[1374] In der eben genannten Entscheidung *Société Nationale Industrielle Aérospatiale*[1375] entwickelte der *Supreme Court* für die Abwägungsentscheidung fünf Kriterien: (1) die Bedeutung der Dokumente oder Informationen für das jeweilige Gerichtsverfahren, (2) den Bestimmtheitsgrad der Anfrage, (3) die Herkunft der Informationen aus den USA, (4) das Bestehen alternativer Möglichkeiten, Informationen zu erhalten und (5) das Ausmaß, in dem die Ablehnung oder Gestattung der Anfrage zur einer Beeinträchtigung gewichti-

---

1370 Art. 1 Abs. 1 HBÜ: „In Zivil- oder Handelssachen kann die gerichtliche Behörde eines Vertragsstaats nach seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften die zuständige Behörde eines anderen Vertragsstaats ersuchen, eine Beweisaufnahme oder eine andere gerichtliche Handlung vorzunehmen."

1371 Nach Art. 23 HBÜ werden Rechtshilfeersuchen nicht erledigt, die ein Verfahren zum Gegenstand haben, die in den Ländern des „Common Law" unter der Bezeichnung „pretrail discovery of documents" bekannt ist, vgl. BGBl. 1979 II 781.

1372 Vgl. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for S.D. of Iowa*, 483 U.S. 522, 541(1987).

1373 Vgl. *F. Hoffmann-La Roche Ltd v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155, 164-165 (2004); *In re Rubber Chemicals Antitrust Litigation*, 486 F. Supp. 2d 1078, 1081 (N.D. Cal. 2007); *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 233; *Dietrich*, GRUR Int. 2006, 389, 392; *Grasso*, 29 Mich. J. Int'l L. (2007-2008), 565, 590 f.

1374 *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for S.D. of Iowa*, 483 U.S. 522, 546 (1987); *Albrecht*, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 432 f.; *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 233; *Nordlander*, E.C.L.R. 2004, 646, 656.

1375 *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for S.D. of Iowa*, 483 U.S. 522 (1987).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ger Interessen der USA oder des Staates, in dem sich die Informationen befinden, führen würde.[1376] Die Abwägung soll das Gericht sorgsam treffen, um den Interessen anderer Staaten Respekt zu zollen.[1377] Ein absoluter Offenlegungsschutz von Kronzeugeninformationen kann somit nicht aus den Grundsätzen der *international comity* abgeleitet werden.

c) Offenlegung von Kronzeugeninformationen ausländischer Wettbewerbsbehörden in der Rechtsprechung

Die amerikanische Rechtsprechung beurteilte die Offenlegung von Kronzeugeninformationen in der Vergangenheit nicht einheitlich. Während in dem Verfahren *In re Vitamin Antitrust Litigation* im Jahr 2002 die Offenlegung der Kronzeugeninformationen angeordnet wurde,[1378] verweigerten die meisten Gerichte in den nachfolgenden Entscheidungen einen Zugriff mit verschiedenen Argumenten:

So lehnte der *United States District Court*, N.D. California, in dem Verfahren *In re Rubber Chemicals Antitrust Litigation*[1379] im Jahr 2007 beispielsweise die Anordnung von *discovery*-Maßnahmen ab, weil die begehrten Kronzeugendokumente nicht den amerikanischen Markt beträfen und für das

---

1376 *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for S.D. of Iowa*, 483 U.S. 522, 544, Fn. 28 (1987): „[…](1) the importance to the ... litigation of the documents or other information requested; (2) the degree of specificity of the request; (3) whether the information originated in the United States; (4) the availability of alternative means of securing the information; and (5) the extent to which noncompliance with the request would undermine important interests of the United States, or compliance with the request would undermine important interests of the state where the information is located."; *In Re Rubber Chemicals Antitrust Litigation*, 486 F. Supp. 2d 1078, 1082 (N.D. Cal. 2007).

1377 *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for S.D. of Iowa*, 483 U.S. 522, 546 (1987); *In Re Rubber Chemicals Antitrust Litigation*, 486 F. Supp. 2d 1078, 1081 (N.D. Cal. 2007).

1378 Vgl. Komm., Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, v. 29. 4.2009, SEC(2009) 574 final, Tz. 299; vgl. für eine ausführlichere Darstellung der Urteile *In Re Vitamins Antitrust Litigation* und *Re Methionine Antitrust Litigation*, *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 235 ff.; *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 261 ff.

1379 486 F. Supp. 2d 1078 (N.D. Cal. 2007).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verfahren nicht von grundlegender Bedeutung seien.[1380] Nach Ansicht des Gerichts würden die Dokumente nicht aus den USA stammen.[1381] Das klagende Unternehmen habe außerdem Informationen, die sich auf das amerikanische Kronzeugenprogramm beziehen würden, und verschiedene Dokumente der Europäischen Kommission erhalten und sei daher auf die begehrten Informationen nicht mehr angewiesen.[1382] Ferner griff das Gericht die Argumentation der Europäischen Kommission auf, wonach die Vertraulichkeit und der Schutz der Kronzeugeninformationen für die Kartellrechtsdurchsetzung elementar seien.[1383]

In ähnliche Richtung weist auch die Entscheidung *In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation*[1384] des *United States District Court*, E.D. New York, aus dem Jahr 2010. In diesem Verfahren begehrten die Kläger die Offenlegung der Mitteilung der Beschwerdepunkte (*statement of objections*) betreffend Visa und die Aufnahme der mündlichen Anhörung von MasterCard. In erster Instanz wurde dem Antrag stattgegeben.[1385] Das Beschwerdegericht hingegen lehnte die Offenlegung der Dokumente unter Bezugnahme auf die Entscheidung *In Re Rubber Chemicals Antitrust Litigation*[1386] ab.[1387] Nach Ansicht des *District Court* sprach gegen eine Offenlegung, dass die Dokumente aus Europa stammten und dem Kläger anderweitige Möglichkeiten für die Beweisführung zur Verfügung stünden.[1388] Zudem erkannte das Gericht an, dass der Schutz der übermittelten Informationen wesentlich für die Kartellrechtsdurchsetzung in Europa sei.[1389]

1380 *In re Rubber Chemicals Antitrust Litigation*, 486 F. Supp. 2d 1078, 1082 (N.D. Cal. 2007).

1381 *In re Rubber Chemicals Antitrust Litigation*, 486 F. Supp. 2d 1078, 1083 (N.D. Cal. 2007).

1382 *In re Rubber Chemicals Antitrust Litigation*, 486 F. Supp. 2d 1078, 1083 (N.D. Cal. 2007).

1383 *In re Rubber Chemicals Antitrust Litigation*, 486 F. Supp. 2d 1078, 1084 (N.D. Cal. 2007).

1384 986 F. Supp. 2d 207, 2010 WL 3420517 (E.D.N.Y. 2010).

1385 *In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation*, 986 F. Supp. 2d, 2010 WL 3420517 (E.D. N.Y. 2010), 4.

1386 486 F. Supp. 2d 1078 (N.D. Cal. 2007).

1387 *In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation*, 986 F. Supp. 2d, 2010 WL 3420517 (E.D. N.Y. 2010), 8-9.

1388 *In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation*, 986 F. Supp. 2d, 2010 WL 3420517 (E.D. N.Y. 2010), 9-10.

1389 *In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation*, 986 F. Supp. 2d, 2010 WL 3420517 (E.D. N.Y. 2010), 9.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die vorstehenden Entscheidungen bedeuten jedoch nicht, dass alle Informationen aus europäischen Kartellverfahren grundsätzlich geschützt werden. In der Entscheidung *Emerson Elec. Co. v. Le Carbone Lorraine, S.A.*[1390] *des United States District Court*, D. New Jersey, aus dem Jahr 2008 wurde beispielweise die Anordnung von *discovery*-Maßnahmen als zulässig erachtet. Die *discovery*-Anordnung betraf solche Dokumente, die das zur Auskunft verpflichtete Unternehmen aufgrund von kartellrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen an die Kommission übermitteln musste. Das Gericht begründete die Anordnung u.a. damit, dass das zur Offenlegung verpflichtete Unternehmen gemeinsame Angestellte mit einem Tochterunternehmen habe, das auf dem amerikanischen Markt tätig war.[1391] Zudem entschied der *United States District Court*, N.D. California, in der Entscheidung *In re TFT-LCD (Flat Panel)* aus dem Jahr 2011, dass Unterlagen, die der Europäischen Kommission im Rahmen ihres Kartellverfahrens übermittelt wurden, dem Gericht *in camera* vorgelegt werden müssten, um eine Anwendbarkeit des *discovery*-Verfahrens zu prüfen.[1392]

Wie die dargestellten Urteile zeigen, kann ein Zugriff auf kartellrechtliche Dokumente und Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission in amerikanischen Schadensersatzprozessen nicht absolut ausgeschlossen werden.[1393] In den Fällen, in denen eine Offenlegung durch die Rechtsprechung abgelehnt wurde, waren ausreichend Beweismittel vorhanden und die Kläger nicht unbedingt auf die Kronzeugeninformationen angewiesen.[1394] In Fällen, in denen ein Kläger auf Kronzeugeninformationen für die Beweisführung angewiesen ist, sind jedoch *discovery*-Anordnungen weiterhin denkbar.

1390 *Emerson Elec. Co. v. Le Carbone Lorraine*, *S.A.*, 2008-2 Trade Cases (CCH) ¶76372, 2008 WL 4126602 (D.N.J. 2008).

1391 *Emerson Elec. Co. vom Le Carbone Lorraine*, S.A., 2008-2 Trade Cas. (CCH) ¶76372, 2008 WL 4126602 (D.N.J. 2008), 8.

1392 *In re TFT-LCD (Flat Panel)*, 2011 WL 723571 (N.D. Cal. 2011).

1393 Vgl. auch *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 233 und 238; *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 271 f.

1394 *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 233 und S. 238; *Denoth*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 275.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Reaktionen der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission sieht in dem exterritorialen Geltungsanspruch des amerikanischen Rechts eine potentielle Bedrohung ihres Kronzeugenprogramms und hat versucht, den Erlass von *discovery*-Anordnungen gegen sie zu verhindern. So ist sie beispielsweise in verschiedenen Verfahren als *amicus curiae*[1395] aufgetreten, um eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen zu verhindern.[1396]

Des Weiteren hat die Europäische Kommission auf die amerikanische Rechtsprechung und potentielle *discovery*-Anordnungen in ihrer Kronzeugenmitteilung (2006) reagiert. Danach können Kartellunternehmen ihre Unternehmenserklärung mündlich abgeben, die von der Kommission aufgenommen und dann transkribiert wird.[1397] Die Unterlagen, die von der Europäischen Kommission auf diesem Wege erstellt werden, können zwar von den Kronzeugen auf ihre Richtigkeit kontrolliert werden, bleiben jedoch in den Händen der Europäischen Kommission. Dadurch soll verhindert werden, dass die Unternehmen verpflichtet werden, die übermittelten Informationen offenzulegen.

e) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen europäischer Wettbewerbsbehörden im amerikanischen Recht weiterhin möglich ist. Die Abgabe mündlicher Kronzeugenanträge bei der Europäischen Kommission kann einen Offenlegungsschutz bieten, soweit die amerikanischen Gerichte diese Dokumente als schützenswert ansehen. Nationale Gesetze der betroffenen Staaten oder internationale

---

1395 Der Begriff *amicus curiae* bezeichnet im amerikanischen Recht einen sachverständigen Beistand im Prozess zur Erläuterung streitiger Tat- oder Rechtsfragen, vgl. *Dietl/Lorenz,* Dictionary of Legal, Commercial and Political Terms, Englisch – German, unter *amicus curiae.*

1396 Vgl. Komm., Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, v. 29.4.2009, SEC(2009) 574 final, Tz. 299*; Anderson/Cuff,* 34 Fordham Int'l. L. J., 385, 418 (2011).

1397 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. 2006 C 298/17, geändert ABl. 2015 C 256/1, Tz. 32; *Grasso*, 29 Mich. J. Int'l L., 565, 582 (2007-2008).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verträge vermögen jedenfalls nicht eine *discovery*-Anordnung zu verhindern. Schadensersatzklägern in amerikanischen Prozessen können damit weiterhin versuchen, auf Kronzeugeninformationen europäischer Wettbewerbsbehörden mittels gerichtlicher Anordnungen zu zugreifen.

II. Freiwillige Offenlegung von Informationen nach dem Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (ACPERA)

Mit dem *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA)[1398] schafften die USA im Jahr 2004 einen Anreiz für kartellrechtliche Kronzeugen, in zivilrechtlichen Verfahren für sie nachteilige Informationen offenzulegen, wie z.B. anwaltliche Anträge auf Teilnahme am Kronzeugenprogramm (sog. *attorney proffers*), Zeugenaussagen, E-Mails oder Informationen über den betroffenen geographischen Markt, die kartellbefangenen Produkte oder die Preisstruktur der jeweiligen Produkte.[1399] Als Ausgleich für die grundsätzlich im Schadensersatzprozess nachteilige Offenlegung gewährt der ACPERA Kronzeugen eine Reduktion der dreifachen Schadensersatzpflicht auf den Ersatz des Schadens, der tatsächlich entstanden und auf die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Kronzeugen auf dem kartellierten Markt zurückzuführen ist, (sog. *de-trebling*) sowie die Befreiung von der gesamtschuldnerischen Haftung.[1400] Der Kronzeuge wird

---

1398 Pub. L. 108-237, § 213,118 Stat. 665-67 (2004).

1399 GAO, Criminal Cartel Enforcement (2011), GAO-11-619, S. 27; *Denoth,* Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 310, weist darauf hin, dass es sich bei den *attorney proffers* meist um mündliche Anträge handele, die niedergeschrieben oder auf andere Art dokumentiert werden und nicht um aufdeckbare Beweise; die Anträge seien daher eher als Hilfsmittel bei den Ermittlungen anzusehen.

1400 Sec. 213(a): „Subject to subsection (d), in any civil action alleging a violation of section 1 or 3 of the Sherman Act [Act July 2, 1890, c. 647, § 1 or 3, 26 Stat. 209, which is classified to this section or 15 U.S.C.A. § 3], or alleging a violation of any similar State law, based on conduct covered by a currently effective antitrust leniency agreement, the amount of damages recovered by or on behalf of a claimant from an antitrust leniency applicant who satisfies the requirements of subsection (b), together with the amounts so recovered from cooperating individuals who satisfy such requirements, shall not exceed that portion of the actual damages sustained by such claimant which is attributable to the commerce done by the applicant in the goods or services affected by the violation."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

somit durch diese Regelung in mehrfacher Hinsicht bevorzugt.[1401] Die Kombination dieses strengen zivilrechtlichen Haftungsregimes mit haftungsmildernden Elementen führt zu einem vergleichbaren Kooperationsanreiz wie der Sanktionserlass für Kronzeugen im Rahmen der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung.

Voraussetzung für die Haftungserleichterungen ist zunächst, dass der Kronzeuge mit dem Kläger im Schadensersatzprozess kooperiert und ihm Informationen liefert, die für die Durchsetzung des Anspruchs wichtig sind.[1402] Auf der Grundlage der übermittelten Informationen entscheidet das Gericht darüber, inwieweit eine zufriedenstellende Zusammenarbeit des Kronzeugen (*satisfactory cooperation*) für die Gewährung der Haftungsprivilegien vorliegt. Dabei wird u.a. berücksichtigt, (1) ob der Kronzeuge dem Kläger alle ihm bekannten Fakten zur Verfügung gestellt hat, die für

---

1401 Vgl. *Krüger,* Der Gesamtschuldnerausgleich als Instrument der privaten Kartellrechtsdurchsetzung (2010), S. 300; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 248; *Canenbley/Steinvorth*, in: FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 156; *Caruso*, JECLaP 2010, 453, 454; *Canenbley/Steinvorth*, JECLaP 2011, 315, 323; vgl. *Zingales*, 5 (1) CompLRev. (2008), 5, 15.

1402 Vgl. sec. 213 (b) (ACPERA): „(b) Requirements. – Subject to subsection (c), an antitrust leniency applicant or cooperating individual satisfies the requirements of this subsection with respect to a civil action described in subsection (a) if the court in which the civil action is brought determines, after considering any appropriate pleadings from the claimant, that the applicant or cooperating individual, as the case may be, has provided satisfactory cooperation to the claimant with respect to the civil action, which cooperation shall include –
(1) providing a full account to the claimant of all facts known to the applicant or cooperating individual, as the casemay be, that are potentially relevant to the civil action;
(2) furnishing all documents or other items potentially relevant to the civil action that are in the possession, custody, or control of the applicant or cooperating individual, as the case may be, wherever they are located; and
(3)(A) in the case of a cooperating individual--
(i) making himself or herself available for such interviews, depositions, or testimony in connection with the civil action as the claimant may reasonably require; and
(ii) responding completely and truthfully, without making any attempt either falsely to protect or falsely to implicate any person or entity, and without intentionally withholding any potentially relevant information, to all questions asked by the claimant in interviews, depositions, trials, or any other court proceedings in connection with the civil action; or
(B) in the case of an antitrust leniency applicant, using its best efforts to secure and facilitate from cooperating individuals covered by the agreement the cooperation described in clauses (i) and (ii) and subparagraph (A)."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Zivilprozess relevant sein könnten, (2) ob der Kronzeuge dem Kläger alle Dokumente übergeben hat, die sich in seinem Besitz befanden oder unter seiner Kontrolle standen, und (3) ob der Kronzeuge nach besten Kräften auf Personen eingewirkt hat, die Fragen des Klägers in Befragungen, eidlichen Vernehmungen und in der gerichtlichen Hauptverhandlung vollständig und wahrheitsgemäß zu beantworten.[1403] Des Weiteren ist auch die Rechtzeitigkeit der Zusammenarbeit als Voraussetzung für eine Haftungserleichterung von Bedeutung.[1404]

Seit seinem Inkrafttreten sind nur wenige Entscheidungen zum ACPERA ergangen. In der Entscheidung *In Re Sulfuric Acid Antitrust Litigation* stellte der *United States District Court*, N.D. Illinois, im Zusammenhang mit einer zwischen den Parteien geschlossenen Kooperationsvereinbarung im Jahr 2005 fest, dass die Beklagten durch die Vereinbarung nicht daran gehindert seien, geltend zu machen, dass die beantragte Zeugenvernehmung nicht rechtzeitig und gerechtfertigt sei.[1405] In der Entscheidung *In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation* stellte der dort zuständige *United States District Court*, N.D. California, zudem heraus, dass es grundsätzlich in der Entscheidungshoheit des beklagten Kronzeugen liege, ob und wann er mit dem Kläger zusammenarbeitet.[1406] Die gerichtliche Prüfung, ob eine zufriedenstellende Zusammenarbeit vorliege, erfolge erst bei der Urteilsfindung oder wenn die Verantwortlichkeit des Beklagten bzw. die verursachten Schäden auf andere Weise festgestellt werden.[1407] In eine ähnliche Richtung wies auch der *United States District Court*, N.D. Ohio, im Jahr 2014, indem er hervorhob, dass die Pflicht zur Kooperation für den Kron-

1403 Ebenda.

1404 sec. 213(c) (ACPERA): „(c) Timeliness. – If the initial contact by the antitrust leniency applicant with the Antitrust Division regarding conduct covered by the antitrust leniency agreement occurs after a State, or subdivision of a State, has issued compulsory process in connection with an investigation of allegations of a violation of section 1 or 3 of the Sherman Act or any similar State law based on conduct covered by the antitrust leniency agreement or after a civil action described in subsection (a) has been filed, then the court shall consider, in making the determination concerning satisfactory cooperation described in subsection (b), the timeliness of the applicant's initial cooperation with the claimant."

1405 *In Re Sulfuric Acid Antitrust Litig.*, 231 F.R.D. 320, 329 (2005).

1406 *In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litig.,* 618 F. Supp. 2d 1194, 1196 (N.D. Cal. 2009).

1407 *In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litig.,* 618 F. Supp. 2d 1194, 1196 (N.D. Cal. 2009).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeugen während des gesamten Prozesses bestehe.[1408] Dies befreit jedoch den Kronzeugen nicht davon, so frühzeitig wie möglich mit den Klägern zusammen zu arbeiten, um das Risiko zu minimieren, dass das Gericht seine Kooperationsleistung nicht als ausreichend für die Haftungsprivilegierung ansieht. Der *United States District Court*, Central District (C.D.) California, hat z.B. eine zufriedenstellende Zusammenarbeit in der Entscheidung *In re Aftermarket Automotive Lighting Products Antitrust Litigation*[1409] aus dem Jahr 2013 abgelehnt, weil die Beklagten Informationen über den Beginn des Kartells nicht gegenüber dem Kläger offengelegt hätten, obwohl sie über diese Informationen schon über ein Jahr verfügten.[1410] Das Gericht entschied, dass die Übermittlungspflicht bestehe, sobald die Beklagten die Informationen nachprüfen können.[1411] Nach Ansicht des *District Court* müsse verhindert werden, dass der Beklagte unter dem Deckmantel einer Nachprüfung, Informationen unberechtigt zurückhalte.[1412]

Trotz der geringen Zahl an Entscheidungen stellte das *Government Accountability Office* (GAO) im Jahr 2011 in seinem Bericht zur Effektivität des ACPERA fest, dass die zivilrechtlichen Vorschriften des ACPERA Schadensersatzklägern helfen würden, die Voraussetzungen für die Klageerhebung, die in dem Urteil *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*[1413] durch den *Supreme Court* aufgestellt wurden, zu erfüllen.[1414] Nach dem Bericht seien die übermittelten Informationen auch in Schadensersatzklagen gegen die übrigen Kartellmitglieder hilfreich.[1415] Außerdem seien die Informationen, die freiwillig offengelegt werden, konkreter, kostengünstiger und in nachfolgenden Schadensersatzklagen nützlicher als Informationen, die aus *discovery*-Verfahren stammten.[1416] Schließlich habe sich der Druck auf Kartellunternehmen, frühzeitig Vergleiche zu schließen, erhöht.[1417]

Ob sich der ACPERA aus rechtspolitischer Sicht tatsächlich rentiert hat und damit der Einschätzung des GOA zu folgen ist, ist aufgrund der wenigen einschlägigen Entscheidungen jedoch auch nach über 10 Jahren seit Inkrafttreten des ACPERA nur schwer zu beurteilen. Die genannten Ent-

1408 *In re Polyurethane Foam Antitrust Litigation*, 312 F.R.D. 226, 290 (2014).
1409 2013 WL 4536569 (C.D. Cal.).
1410 2013 WL 4536569, 4 (C.D. Cal.).
1411 2013 WL 4536569, 5 (C.D. Cal.).
1412 2013 WL 4536569, 5 (C.D. Cal.).
1413 *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007.
1414 GAO, Criminal Cartel Enforcement (2011), GAO-11-619, S. 27.
1415 GAO, Criminal Cartel Enforcement (2011), GAO-11-619, S. 27.
1416 GAO, Criminal Cartel Enforcement (2011), GAO-11-619, S. 30.
1417 *Mahr/Lange*, Law 360, 25 Okt. 2010.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheidungen zeigen jedenfalls, dass Kronzeugen nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf eine Haftungsreduktion vertrauen können.[1418] Um die Risiken einer vergeblichen Kooperation zu minimieren und einen gewissen Grad an Rechtssicherheit in Gerichtsverfahren zu schaffen, sind beklagte Kronzeugen daher dazu übergegangen, mit den Klägern gesonderte Vereinbarungen abzuschließen, in denen sie die Einzelheiten einer Zusammenarbeit konkretisieren und dadurch versuchen, den Entscheidungsspielraum des Gerichts im Rahmen der *ex post*-Beurteilung zu begrenzen.[1419] Die Entscheidung *In re Municipal Derivatives Antitrust Litigation*[1420] des *United States District Court*, Southern District (S.D.) New York, aus dem Jahr 2008 zeigt, dass solche Vereinbarungen auch im Rahmen von *class actions* zulässig sein können, auch wenn nicht alle Kläger der Vereinbarung zustimmen.[1421] Nach Ansicht des Gerichts verletzt eine solche Vereinbarung die Rechte der übrigen Kläger nicht, da diese von den anderen Kartellunternehmen dreifachen Schadensersatz erlangen können. Der Abschluss derartiger Kooperationsvereinbarungen zwischen Parteien erscheint somit ein für die Rechtspraxis geeigneter Weg für Kronzeugen, um die Risiken einer Kooperation zu begrenzen. Das Risiko, dass das zuständige Gericht die Zusammenarbeit als nicht ausreichend für die Haftungsprivilegierung erachtet, können die Parteien jedoch auch durch eine derartige Vereinbarung nicht gänzlich ausschließen.[1422] In der Entscheidung *In re Polyurethane Foam Antitrust Litigation* aus dem Jahr 2014 hielt der *United States District Court*, N.D. Ohio, z.B. die Bestätigung durch die Parteien für nicht ausreichend, um nachzuweisen, dass eine zufriedenstellende Zusammenarbeit stattgefunden habe; vielmehr müsse das Gericht selbst zu dieser Feststellung aufgrund von dargelegten Tatsachen gelangen.[1423]

1418 *Henry*, Prac. L. Practice Notice 6-500-4245 (2018).
1419 *Scarborough/Ballard*, 20 No. 2 J. Anti & Unfair Comp. L. Sec. St. B. Cal. (2011), 34, 44 ff.
1420 252 F.R.D. 184 (S.D. N.Y., Aug 1, 2008).
1421 252 F.R.D. 184, 187 (S.D. N.Y., Aug 1, 2008).
1422 *In re Polyurethane Foam Antitrust Litigation*, 312 F.R.D. 226, 290 (2014).
1423 *In re Polyurethane Foam Antitrust Litigation*, 312 F.R.D. 226, 290 (2014).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach dem Freedom of Information Act (FOIA)

Neben dem *discovery*-Verfahren gem. Rule 26 FRCP im amerikanischen Zivilprozessrecht bietet der *Freedom of Information Act* (FOIA) eine weitere Rechtsgrundlage, um auf Kronzeugendokumente der Antitrust Division zuzugreifen. Der FOIA ermöglicht seit dem Jahr 1966, dass jedermann den Zugang zu behördlichen Dokumenten beantragen kann.[1424] Vor Inkrafttreten des FOIA sollte der *Administrative Procedure Act* (APA) in den USA zur Veröffentlichung staatlicher Informationen beitragen. Dieses Gesetz enthielt jedoch viele Ausnahmen, so dass der Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten nicht zum Grundsatz, sondern zur Ausnahme wurde.[1425] Nach dem FOIA hingegen soll der Zugang die Regel sein. Das Gesetz soll der Wahrung der Demokratie, der Bekämpfung der Korruption und der Verantwortlichkeit der Verwaltung dienen.[1426] Es soll Licht auf das geheime, „dunkle" Treiben des Staates werfen und wird aus diesem Grund auch als *sunshine law* bezeichnet.[1427]

1. Anwendungsbereich und Antragsberechtigung

Der Anwendungsbereich des FOIA gem. sec. 552 (f) (2) (A) betrifft nur bundesbehördliche Dokumente (*agency records*). Informationen aus Gerichtsverfahren oder von Privatpersonen können nicht über den FOIA erfragt werden.[1428] Der *Supreme Court* führte zu dem Begriff „*agency record*"

1424 5 U.S.C. § 552(a)(3)(A): „Except with respect to the records made available under paragraphs (1) and (2) of this subsection, each agency, upon request for records which (A) (**i**) reasonably describes such records and (B) (**ii**) is made in accordance with published rules stating the time, place, fees (if any), and procedures to be followed, shall make the records promptly available to any person."; ausgenommen vom Antragsrecht sind nur Behörden, vgl. DoJ, Guide to FOIA (2014), Procedural Requirements, S. 40 und 42.

1425 *Partsch*, Die Freiheit des Zugangs zu Verwaltungsinformationen, Akteneinsichtsrecht in Deutschland, Europa und den USA (2002), S. 35; *Solove*, 86 Minn. L. Rev. (2002), 1137, 1158.

1426 *N.L.R.B. v. Robbins Tire & Rubber Co.*, 437 U.S. 214, 242 (1978).

1427 Vgl. *Solove*, 86 Minn. L. Rev. (2002), 1137, 1157 f.

1428 5 U.S.C. § 552(f)(2): " 'record' and any other term used in this section in reference to information includes any information that would be an agency record subject to the requirements of this section when maintained by an agency in any format, including an electronic format "; *Warth v. Department of Justice*, 595

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in dem Urteil *DoJ v. Tax Analyst*[1429] im Jahr 1989 klarstellend aus, dass es sich bei *agency records* um Dokumente handeln muss, die von einer Behörde erstellt wurden oder die sich zur Zeit der FOIA-Anfrage in der Verfügungsgewalt (*control*) der Behörde befinden.[1430] Kronzeugeninformationen sind eindeutig als *agency records* zu qualifizieren und folglich vom Anwendungsbereich des FOIA umfasst, da sie als Ermittlungsinformationen der Antitrust Division entweder in Form von Niederschriften mündlicher Aussagen oder in anderer Form in deren Besitz bleiben.

Da sich der FOIA nach dem Gesetzeswortlaut nur auf Dokumente und nicht auf Informationen bezieht, stellt sich die Frage, wie bestimmt der Offenlegungsantrag sein muss. Vorzugswürdig erscheint hier ein weites Verständnis, da es nach der gesetzgeberischen Intention letztlich auf die Übermittlung von Informationen ankommt. Dies verdeutlicht die Tatsache, dass Dokumente auch dann offengelegt werden müssen, wenn nur ein Teil von ihnen von einer Ausnahmevorschrift erfasst wird.[1431]

2. Ausnahmetatbestände

Der FOIA normiert verschiedene Ausnahmetatbestände, die einer Offenlegung von *agency records* entgegenstehen können. Ein Schutz von kartellrechtlichen Kronzeugeninformationen kommt vor allem gem. Exemption 4, Exemption 6, Exemption 7(A), Exemption 7(C) und Exemption 7(D) FOIA in Betracht. Diese Ausnahmetatbestände werden nachfolgend erörtert.

a) Der Schutz von trade secrets, commercial information und financial information nach Exemption 4 FOIA

Exemption 4 FOIA schützt wirtschaftlich sensible Informationen vor einer Offenlegung. Danach findet der FOIA keine Anwendung auf Informationen, die *trade secrets* und *commercial information* oder *financial information*

F.2d 521, 522-523 (9th Cir. 1979); *Conley/Datta/Nissenbaum/Sharma*, 71 Md. L. Rev. (2012), 772, 785; *Gomez-Velez*, 51 Loyola L. Rev. (2005), 365, 407.

1429 492 U.S. 136 (1989).

1430 *U.S. Dept. of Justice v. Tax Analysts*, 492 U.S. 136, 144-145 (1989).

1431 *Stolt-Nielsen Transp. Group Ltd. v. U.S.*, 534 F.3d 728, 733 (C.A.D.C. 2008).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

enthalten und privilegiert oder vertraulich sind.[1432] Zweck der Vorschrift ist es zum einen, die freiwillige Übermittlung von nützlichen geschäftlichen und finanziellen Informationen an Behörden zu fördern, und zum anderen, die Authentizität der übermittelten Informationen zu gewährleisten.[1433] Zudem werden Personen, die zur Herausgabe von Informationen verpflichtet sind, vor Wettbewerbsnachteilen geschützt.[1434] Die Vorschrift unterscheidet zwischen zwei Alternativen: dem Schutz von *trade secrets* und dem Schutz von geschäftlichen oder finanziellen Informationen (*commercial or financial information*), welche die Behörde von einer Person erlangt hat und die entweder einem *privilege* unterfallen oder als vertraulich (*confidential*) anzusehen sind.

aa) Schutz von trade secrets gem. Exemption 4 FOIA

Eine Versagung des Informationszugangs ist nach Exemption 4 FOIA möglich, wenn die begehrten Informationen ein *trade secret* darstellen. Als *trade secret* i.S.d. Exemption 4 FOIA werden Informationen angesehen, die sich auf ein Geheimnis, einen Plan, eine Formel, ein Verfahren oder eine Erfindung beziehen und wirtschaftlich wertvoll für die Vorbereitung oder Herstellung von Handelswaren sowie als Ergebnis von Innovationen oder wesentlicher Anstrengungen (*substantial effort*) anzusehen sind.[1435] Es muss ein direkter Zusammenhang zwischen dem Geschäftsgeheimnis und dem Produktionsprozess bestehen.[1436] Einen derartigen direkten Bezug zu Produktionsprozessen weisen Kronzeugeninformationen jedoch in der Regel nicht auf, da sie sich auf wettbewerbswidrige Marktabsprachen und somit auf marktbezogene Informationen beziehen. Folglich kommt dieser Vari-

1432 5 U.S.C.A. § 552(b)(4): „[...] (b) This section does not apply to matters that are (...) (4) trade secrets and commercial or financial information obtained from a person and privileged or confidential; [...]".

1433 *Critical Mass Energy Project v. NRC*, 975 F.2d 871, 878 (D.C. Cir. 1992) (en banc); DoJ, Guide to FOIA (2014), Exemption 4, S. 263.

1434 *National Parks and Conservation Ass'n v. Morton*, 498 F.2d 765, 768 (C.A. D.C. 1974).

1435 *Public Citizen Health Research Group v. FDA*, 704 F.2d 1280, 1288 (D.C. Cir. 1983); *Anderson v. Department of Health and Human Services*, 907 F. 2d 936, 944 (10th Cir. 1990).

1436 *Anderson v. Department of Health and Human Services*, 907 F. 2d 936, 944 (10th Cir. 1990).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ante der Exemption 4 FOIA für den Schutz von Kronzeugeninformationen allenfalls eine untergeordnete Bedeutung zu.

bb) Schutz von commercial information und financial information gem. Exemption 4 FOIA

Ein Offenlegungsschutz nach Exemption 4 FOIA[1437] kommt des Weiteren in Betracht, wenn die Kronzeugeninformationen *commercial information* oder *financial information* darstellen. Unter den Begriff *commercial information* fallen alle Informationen, die einen Bezug zum Handel (*commerce*) aufweisen und die für ihren Inhaber ein wirtschaftliches bzw. wettbewerbliches Interesse darstellen.[1438] Der Begriff *financial information* umfasst finanzielle Daten von Unternehmen und von Privatpersonen.[1439] Das Department of Justice hat z.B. als *commercial* bzw. *financial information* u.a. Verkaufsstatistiken, Kunden- und Lieferantendaten sowie Angaben über Gewinn und Verlust anerkannt.[1440] Für kartellrechtliche Fälle bedeutet dies, dass eine Vielzahl von Informationen, die dem Department of Justice durch Kronzeugen zur Verfügung gestellt wurden, als *commercial* oder *financial* einzuordnen sind.

cc) Weitere Voraussetzungen für die Versagung des Informationszugangs gem. Exemption 4 FOIA

Die bloße Qualifizierung als *commercial* bzw. *financial information* allein reicht noch nicht aus, um den Schutz vor Offenlegung nach *Exemption 4* zu bewirken. Vielmehr müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein: Die Behörde muss die Informationen von einer anderen Person erlangt haben und die relevanten Informationen müssen vertraulich (*confidential*) oder

---

1437 5 U.S.C.A. § 552 (b) (4): „[...] (b) This section does not apply to matters that are (...) (4) trade secrets and commercial or financial information obtained from a person and privileged or confidential; [...]".

1438 Vgl. *Public Citizen Health Research Group v. FDA*, 704 F.2d 1280, 1288 (D.C. Cir. 1983); *Baker & Hostetler LLP v. U.S. Dept. of Commerce*, 473 F.3d 312, 319 (C.A. D.C. 2006).

1439 *Defenders of Wildlife v. U.S. Department of the Interior*, 314 F. Supp. 2d 1, 15 (D.D.C. 2004).

1440 *Public Citizen v. U.S. Department of Health and Human Services*, 2013 WL 5497180, 10 (D.D.C.); DoJ, Guide to FOIA (2014), Exemption 4, S. 270 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch ein Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrecht besonders geschützt (*privileged*) sein.

(1) Informationen anderer Personen

Informationen anderer Personen liegen vor, wenn die Informationen nicht von bundesstaatlichen Behörden erhoben (*generated*) und übermittelt wurden.[1441] Kronzeugen übermitteln der Antitrust Division ihre Informationen in der Regel mündlich. Als behördliche Informationen entstehen die Kronzeugeninformationen erst durch die Niederschrift oder Aufnahme der Aussagen durch Beamte der Antitrust Division. Es könnte daher bezweifelt werden, ob das Department of Justice die Kronzeugeninformationen von einer „anderen Person" erhalten hat. Stellt man allerdings auf die geistige „Urheberschaft" der Informationen ab, sind sie eindeutig den kooperierenden Unternehmen zuzuweisen, so dass Kronzeugeninformationen letztlich als Informationen einer anderen Person zu qualifizieren sind.

(2) Vertraulichkeit oder Schutz durch privileges

Neben der Einordnung der Informationen als *trade secret* oder *commercial information* bzw. *financial information* ist eine weitere Voraussetzung der Exemption 4 FOIA, dass die begehrten Informationen vertraulich (*confidential*) oder besonders geschützt (*privileged*) sind.

(a) Confidential

Für eine Qualifizierung von Informationen als *confidential information* genügte in den ersten Jahren des FOIA, dass die Behörde die Geheimhaltung der Informationen zusicherte.[1442] Dieser subjektive Ansatz wurde in den 1970er Jahren aufgegeben und von dem bis heute geltenden objektiven Ansatz abgelöst.

1441 *Board of Trade of City of Chicago v. Commodity Futures Trading Commission*, 627 F.2d 392, 404 (C.A.D.C. 1980); *Allnet Communication Services, Inc. v. F.C.C.*, 800 F. Supp. 984, 988 (D.D.C. 1992).

1442 Vgl. DOJ, Guide to FOIA (2014), Exemption 4, S. 273.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Entwickelt wurde der objektive Ansatz vom *Court of Appeal* des *District of Columbia Circuit* in der Entscheidung *National Parks & Conservation Association v. Morton*[1443] aus dem Jahr 1974. Der *Court of Appeal* stellte darauf ab, ob die Offenlegung von Informationen die Fähigkeit der Behörden beeinflusst, in Zukunft notwendige Informationen zu erhalten (*impair*), oder ob die Wettbewerbsposition des Informanten erheblich beeinträchtigt (*substantial harm*) wird.[1444]

Dieser Ansatz wurde durch die Entscheidung *Critical Mass Energy Project v. NRC*[1445] im Jahr 1992 weiterentwickelt. Danach wird einerseits unterschieden, ob die Informationen der Behörde freiwillig übermittelt wurden oder aufgrund staatlicher Anordnung. Freiwillig übermittelte Informationen werden dieser Entscheidung zufolge grundsätzlich vor einer Offenlegung geschützt, es sei denn, sie werden üblicherweise veröffentlicht.[1446] Informationen hingegen, die aufgrund einer staatlichen Anordnung, also durch Zwang, an die Behörde übermittelt wurden, müssen weiterhin den oben genannten Anforderungen aus der Entscheidung *National Park & Conservation Association* genügen; d.h., um als *confidential* angesehen zu werden, muss ihre Offenlegung entweder die zukünftige Informationsgewinnung der Behörde oder die Wettbewerbsposition des Informanten beeinträchtigen.

Dieser Rechtsprechung folgend, können Kronzeugeninformationen ohne Weiteres als *confidential information* angesehen werden, da sie freiwillig an die Kartellbehörde übermittelt werden und zumindest die Möglichkeit besteht, dass ihre Offenlegung zu einer Beeinträchtigung der *leniency programs* und der Durchsetzung des Kartellrechts insgesamt führt. Dies gilt insbesondere, da die Effizienz und die Effektivität staatlicher Tätigkeiten von der Rechtsprechung als ein schützenswertes staatliches Interesse anerkannt werden.[1447]

1443 498 F.2d 765 (C.A.D.C. 1974).

1444 *National Parks and Conservation Association v. Morton*, 498 F.2d 765, 770 (C.A.D.C. 1974).

1445 975 F.2d 871 (D.C. Cir. 1992) (en banc).

1446 *Critical Mass Energy Project v. NRC,* 975 F.2d 871, 879 (D.C. Cir. 1992) (en banc).

1447 Vgl. *Public Citizen Health Research Group v. NIH,* 209 F. Supp. 2d 37, 52 (D.D.C. 2002)*; Allnet Communication Services, Inc. v. F.C.C.*, 800 F. Supp. 984, 988 (D.D.C. 1992); *9 to 5 Organization for Women Office Workers v. Bord of Governors the Federal Reserve System*, 721 F.2d 1, 10-11 (1st Cir. 1983); DoJ, Guide to FOIA (2014), S. 348 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(b) Besonders geschützte Informationen (privileged information)

Darüber hinaus können Kronzeugeninformationen als *commercial* oder *financial information* durch Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechte vor einer Offenlegung geschützt und in diesem Fall als *privileged information* anzusehen sein. Die Rechtsprechung zum FOIA orientiert sich hierbei an den *privileges*, die auch im zivilrechtlichen *discovery*-Verfahren gelten.[1448] Die wenigen Entscheidungen, die sich auf Exemption 4 FOIA beziehen, beschäftigen sich meist mit dem *attorney-client-privilege* oder dem *attorney work-product*. Es ist jedoch auch denkbar, dass eine Offenlegung aufgrund des *investigatory privilege*[1449] oder des *informer's privilege*[1450] verweigert wird. In Verfahren, in denen natürliche Personen Kronzeugen sind, kommt zudem in Betracht, dass die Offenlegung aufgrund des Selbstbezichtigungsverbots des fünften Zusatzartikels der Verfassung der Vereinigten Staaten (*5th Amendment*[1451]) ausgeschlossen ist. In der Rechtsprechung hat diese Tatbestandsvariante der Exemption 4 FOIA im Hinblick auf die Offenlegung von Kronzeugeninformationen jedoch bisher keine Bedeutung erlangt.

b) Schutz behördlicher Verfahren gem. Exemption 7(A) FOIA

Nach Exemption 7(A) FOIA kann eine Behörde die Offenlegung von Informationen verweigern, die zum Zweck der Rechtsdurchsetzung gesammelt wurden und durch deren Offenlegung eine Beeinträchtigung von behördlichen Verfahren ernsthaft befürchtet wird.[1452] Grundsätzlich ist die Exemption 7(A) FOIA für die Dauer eines konkreten Verfahrens anwend-

1448 *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 166.

1449 Vgl. dazu § 6 C. I. 5. a) bb) (1).

1450 Vgl. dazu § 6 C. I. 5. a) bb) (2).

1451 Das *5th Amendment* lautet: „No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."

1452 Vgl. 5 U.S.C.A. § 552(b): „[...] (7) records or information compiled for law enforcement purposes, but only to the extent that the production of such law en-

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bar.[1453] Nur ausnahmsweise können auch Informationen aus abgeschlossenen Verfahren unter den Schutz der Exemption 7(A) FOIA fallen, wenn sie in weiteren Verfahren genutzt werden sollen. Dies ist z.B. gegeben, wenn gegen verschiedene Personen ermittelt wird.[1454] Des Weiteren setzt Exemption 7(A) FOIA voraus, dass durch die Offenlegung ein hinreichend bestimmter Schaden für das behördliche Verfahren droht.[1455] Dafür ist es nicht ausreichend, dass eine Behörde behauptet, ein staatliches Programm sei generell betroffen.[1456] Sie muss vielmehr darlegen, dass ein laufendes oder in Aussicht stehendes Verfahren konkret betroffen ist.[1457]

In den Fällen, in denen die Exemption 7(A) FOIA keinen ausreichendenden Schutz gewähren kann, ermöglicht Exclusion (c)(1) FOIA[1458] den Behörden, Informationen vom Anwendungsbereich des FOIA auszuschließen.[1459] Dafür muss die begehrte Information mit einem behördlichen Verfahren in Verbindung stehen, das sich auf eine mögliche Straftat bezieht, und die Behörde muss berechtigterweise annehmen können, dass die Zielperson keine Kenntnis von den laufenden Untersuchungen hat.[1460] Sobald alle Beteiligten bzw. Betroffenen Kenntnis von der behördlichen

---

forcement records or information (A) could reasonably be expected to interfere with enforcement proceedings [...] ".

1453 DoJ, Guide to FOIA (2009), S. 527 m.w.N.

1454 Vgl. z.B. *DeMartino v. FBI*, 577 F. Supp. 2d 178, 182 (D.D.C. 2008).

1455 Vgl. *Stolt-Nielsen Transport Group Ltd. v. DOJ*, 480 F. Supp., 2d, 166, 179 (D.D.C. 2007), vacated and remanded on other grounds, 534 F.3d 728, 733-734 (D.C. Cir. 2008).

1456 *National Security Archive v. FBI*, 759 F. Supp. 872, 883 (D.D.C. 1991).

1457 *Owens v. DOJ*, No. 04-1701, 2007 WL 778980, 6-7 (D.D.C. 2007); *National Security Archive v. FBI*, 759 F. Supp. 872, 883 (D.D.C. 1991).

1458 5 U.S.C. § 552(c)(1) lautet:
„Whenever a request is made which involves access to records described in subsection (b)(7)(A) and –
(A) the investigation or proceeding involves a possible violation of criminal law; and
(B) there is reason to believe that (i) the subject of the investigation or proceeding is not aware of its pendency, and (ii) disclosure of the existence of the records could reasonably be expected to interfere with enforcement proceedings,
the agency may, during only such time as that circumstance continues, treat the records as not subject to the requirements of this section."

1459 Vgl. DoJ, Guide to FOIA, Exclusion (2014), S. 672 f.; *10 Memphis Publ'g Co.*, 2012 WL 269900, 6.

1460 5 U.S.C. § 552(c)(1).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Untersuchung haben, ist die Exclusion (c)(1) FOIA nicht mehr anwendbar.[1461]

In Bezug auf Kronzeugeninformationen kommt die Anwendung der Exclusion (c)(1) FOIA insbesondere zu Anfang des kartellbehördlichen Ermittlungsverfahrens in Betracht, wenn ein Kronzeuge den Kartellrechtsverstoß angezeigt oder die ersten Beweise geliefert hat. Wenn Kläger von *Follow-on-Klagen* Informationen begehren, sind jedoch sowohl das behördliche Kartellverfahren als auch das gerichtliche Verfahren beendet, so dass in diesen Fällen die Exclusion (c)(1) FOIA keine Anwendung mehr finden kann.

c) Der Schutz von Kronzeugeninformationen als persönliche Daten gem. Exemption 6 FOIA und Exemption 7(C) FOIA

Im Gegensatz zum *discovery*-Verfahren schreibt der *Freedom of Information Act* den Schutz von Daten von Personen in verschiedenen Ausnahmetatbeständen vor. Während sich Exemption 7(D) FOIA mit dem besonderen Schutz von Informanten befasst, befasst sich Exemption 6 FOIA mit dem Schutz von natürlichen Personen im Allgemeinen. Des Weiteren regelt Exemption 7(C) den Schutz von Daten, die zum Zwecke der Rechtsdurchsetzung erhoben wurden. Im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Kronzeugen verdrängt daher Exemption 7(C) FOIA als speziellere Schutznorm Exemption 6 FOIA. Ein Offenlegungsschutz für Kronzeugen richtet sich daher nach Exemption 7(C) FOIA und Exemption 7(D) FOIA. Nachfolgend wird Exemption 7(C) FOIA betrachtet.

Exemption 7(C) FOIA schützt die persönlichen Daten natürlicher Personen vor Offenlegung, wenn diese in Dokumenten enthalten sind, die der Rechtsdurchsetzung dienen.[1462] Die Daten von juristischen Personen werden vom Schutzbereich der Exemption 7(C) FOIA nicht erfasst.[1463] Der

---

1461 DoJ, Guide to FOIA, Exclusion (2014), S. 673.

1462 Nach Exemption 7(C) sind Informationen, die aus Gründen der Rechtsdurchsetzung erhoben wurden, von der Offenlegung ausgenommen, soweit von ihrer Offenlegung hinreichend erwartet werden kann, dass sie einen ungerechtfertigten Eingriff in die Privatsphäre von Personen begründet („[...] (7) records or information compiled for law enforcement purposes, but only to the extent that the production of such law enforcement records or information [...] (C) could reasonably be expected to constitute an unwarranted invasion of personal privacy), [...]", vgl. 5 U.S.C.A. § 552(b)(7)(C)).

1463 *FCC v. AT&T*, 131 S. Ct. 1177, 1181-1186 (2011).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schutzbereich der Exemption 7(C) FOIA umfasst aufgrund der stigmatisierenden Wirkung die Nennung von Namen oder anderer Daten natürlicher Personen, die aus Strafverfahren stammen und die ihre Identität preisgeben.[1464]

Im Kartellrecht kann Exemption 7(C) FOIA daher Bedeutung erlangen, um Teilnehmer der *Individual Leniency Policy*[1465] oder Angestellte, die durch die *Corporate Leniency Policy*[1466] erfasst werden, vor Repressalien, wie Kündigung oder soziale Nachteile, zu schützen.[1467] Die Schutzbedürftigkeit der Informationen kann auch nach einer Zeugenaussage vor Gericht und trotz zunehmenden Alters der Informationen weiterbestehen.[1468] In der Rechtspraxis sind die meisten Behörden allerdings dazu übergegangen, die Existenz von Informationen, die von Exemption 7(C) FOIA erfasst werden, weder zu bestätigen noch zu dementieren (sog. *Glomar Response*).[1469] Nur wenn der Antragsteller gegen die Behörde Klage auf Offenlegung erhebt, kann diese u.U. verpflichtet werden, die Unterlagen dem Gericht „*in camera*" vorzulegen.[1470]

Exemption 7(C) FOIA führt aber zu keinem absoluten Offenlegungsschutz. Vielmehr muss das Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Person gegen das öffentliche Offenlegungsinteresse abgewogen werden.[1471] Nach der Rechtsprechung obliegt es dem Offenlegungspetenten, ein besonderes (*significant*) öffentliches Interesse an der Offenlegung der Informationen darzulegen, um eine Abwägung der betroffenen Interessen im Einzelfall zu ermöglichen.[1472] Diese vom *Supreme Court* entwickelte Vor-

---

1464 Vgl. *Kortlander v. Bureau of Land Mgmt.*, 816 F. Supp. 2d 1001, 1015 (D. Mont. 2011); *Fitzgibbon v. CIA*, 911 F.2d 755, 767-768 (D.C. Cir. 1990); *Garcia v. DOJ*, 181 F. Supp. 2d 356, 373 (S.D. N.Y. 2002); *Miller v. Bell*, 661 F.2d 623, 631-632 (C.A. Ill. 1981).

1465 Siehe oben § 2 A.

1466 Ebenda.

1467 Der Identitätsschutz von Informanten wurde von fast allen Berufungsgerichten anerkannt, vgl. DoJ, Guide to FOIA, Exemption 7 (C) (2014), S. 574 m.w.N.

1468 *Hawkins v. D.E.A.*, 347 F. App'x 223, 225 (7th Cir. 2009); *Jones v. F.B.I.*, 41 F.3d 238, 247 (6th Cir. 1994); *Halpern v. F.B.I.*, 181 F.3d 279, 297 (2d Cir. 1999); *DoJ*, Guide to FOIA, Exemption 7(C) (2013), S. 577 f.

1469 DoJ, Guide to FOIA, Exemption 7(C) (2013), S. 35.

1470 Vgl. *Ely v. FBI*, 781 F.2d 1487, 1492 (11th Cir. 1986); DoJ, Guide to FOIA (2009), S. 600.

1471 *Schiffer v. FBI*, 78 F.3d 1405, 1410 (9th Cir. 1996); *Massey v. FBI*, 3 F.3d 620, 624-625 (2d Cir. 1993).

1472 *National Archives & Records Administration v. Favish*, 541 U.S. 157, 172 (2004); *Graff v. FBI*, 822 F. Supp. 2d 23, 33 (D.D.C. 2011).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aussetzung bewirkt eine Beweislastumkehr, durch die eine allgemeine Vermutung für einen Offenlegungsschutz nach Exemption 7(C) FOIA entsteht. Zudem muss die Behörde nicht immer eine Einzelabwägung vornehmen, sondern kann bei häufigeren Fallkonstellationen auch eine generalisierende Abwägung vornehmen.[1473]

In Bezug auf die Offenlegung von Kronzeugeninformationen stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob kartellrechtliche Schadensersatzklagen überhaupt ein besonderes öffentliches Interesse i.S.d. Exemption 7(C) FOIA darstellen können. Für eine Einordnung als öffentliches Interesse könnte auf den ersten Blick sprechen, dass in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen Kläger als „*private attorneys general*"[1474] angesehen werden. Ihre Klagen dienen nicht nur ihrem eigenen Kompensationsinteresse, sondern auch der allgemeinen Abschreckung.[1475] Diese öffentliche Funktion unterscheidet kartellrechtliche von allgemeinen Schadensersatzklagen. Gegen eine besondere Stellung der kartellrechtlichen Schadensersatzklagen spricht jedoch, dass mit einer Offenlegung schwere Folgen für die kooperierenden Personen verbunden sein können. Zudem könnte durch eine solche Offenlegung das zivilrechtliche *informer's privilege*[1476] umgangen werden.

Die Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage bisher nicht ausdrücklich befasst. Dort wird jedoch die Auffassung vertreten, dass das Interesse des Antragstellers, die Informationen in anderen Gerichtsverfahren zu nutzen, grundsätzlich kein öffentliches Interesse darstelle, welches die Offenlegung rechtfertige.[1477] Zudem wurden in der Rechtsprechung bisher als besondere Interessen vor allem Kontroll- und Überwachungsinteressen in behördlichen Verfahren anerkannt.[1478] Die Nutzung von Informationen in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen ist mit diesen Fällen kaum vergleichbar, da es sich grundsätzlich um Klagen privater Personen handelt. Dies spricht dafür, dass kartellrechtliche Schadensersatzklagen im Rahmen von Exemption 7(C) FOIA nicht als öffentliches Interesse anzusehen sind. Infor-

1473 Vgl. *U.S. Department of Justice v. Reporters Comm. for Freedom of Press*, 489 U.S. 749, 780 (1989).

1474 *Agency Holding Corp. v. Malley-Duff & Assocs.*, 483 U.S. 143, 151 (1987); *Ginsburg,* 1 JCLE (2005), 427, 428.

1475 *Poelzig,* Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), S. 54; *Rubinstein*, 57 Vand. L. Rev. 2129, 2168 (2004); *Ginsburg,* 1 JCLE (2005), 427, 428.

1476 Vgl. dazu § 6 C. I. 5 a) bb) (2).

1477 Vgl. *Garcia v. DoJ,* 181 F. Supp. 2d 356, 372 und 374 (S.D.N.Y. 2002); *Massey v. FBI*, 3 F.3d 620, 625 (2d Cir. 1993).

1478 DoJ, Guide to FOIA, Exemption 7(C) (2013), S. 23 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mationen über natürliche Kronzeugen sind dadurch gem. Exemption 7(C) FOIA vor einer Offenlegung geschützt.

d) Schutz von Informationen zur Rechtsdurchsetzung gem. Exemption 7(D) FOIA

Nach Exemption 7(D) FOIA[1479] sind Informationen vom Dokumentenzugangsrecht ausgeschlossen, wenn ihre Erhebung der Rechtsdurchsetzung diente und soweit hinreichend erwartet werden kann, dass ihre Offenlegung zur Bekanntgabe der Identität einer vertraulichen Quelle und – für den Fall, dass die Informationen im Rahmen einer strafrechtlichen Untersuchung erhoben wurden – zur Bekanntgabe der vom Informanten übermittelten Informationen führt. Der Ausnahmetatbestand der Exemption 7(D) erfasst im Unterschied zur Exemption 7(C) FOIA nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen und Handelsgesellschaften und bezieht sich sowohl auf laufende als auch auf abgeschlossene Verfahren.[1480]

Im Kartellrecht findet die Vorschrift der Exemption 7(D) FOIA Anwendung: Zum einen werden Kartelle im amerikanischen Recht gem. sec. 1 Sherman Act[1481] strafrechtlich verfolgt. Zum anderen ist der Anwendungsbereich der Exemption 7(D) FOIA eröffnet, wenn einem Informanten die Vertraulichkeit seiner Informationen direkt versprochen wurde oder sich

---

1479 „[…] (7) records or information compiled for law enforcement purposes, but only to the extent that the production of such law enforcement records or information […] (D) could reasonably be expected to disclose the identity of a confidential source [...] and, in the case of a record or information compiled by criminal law enforcement authority in the course of a criminal investigation […] information furnished by a confidential source, […]", vgl. 5 U.S.C.A. § 552(b)(7)(D)).

1480 Vgl. *Church of Scientology of Texas v. Internal Revenue Service*, 816 F. Supp. 1138, 1161 (W.D. Tex. 1993); *Gale v. FBI*, 141 F.R.D. 94, 98 (N.D. Ill. 1992).

1481 15 U.S.C. § 1: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese aus den Umständen des Einzelfalls ergibt.[1482] Ein solches Vertraulichkeitsversprechen ergibt sich aus den allgemeinen Voraussetzungen der amerikanischen Kronzeugenprogramme, wonach eine Veröffentlichung der übermittelten Informationen nur auf richterliche Anordnung stattfindet.[1483] Darüber hinaus werden häufig Vertraulichkeitsvereinbarungen zwischen der Antitrust Division und dem potentiellen Kronzeugen vereinbart, da die kooperierenden Unternehmen „Vergeltungsmaßnahmen" durch andere Unternehmen im betroffenen Markt fürchten.[1484]

Die Exemption 7(D) FOIA führt allerdings zu keinem absoluten Schutz ganzer Dokumente oder von Aktenbestandteilen. Die Ausnahmetatbestände des FOIA sind grundsätzlich restriktiv auszulegen, da bei der Anwendung des FOIA grundsätzlich eine Vermutung für den Zugang zu staatlichen Informationen gelten soll.[1485] Es reicht daher für eine Versagung der Offenlegung eines gesamten Dokuments nicht aus, dass in Teilen eines Dokuments schützenswerte Informationen enthalten sind.[1486] Eine Veröffentlichung eines Dokuments kommt nämlich trotz Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes in Betracht, wenn die sensiblen Informationen geschwärzt werden können.[1487] Dabei ist es unerheblich, ob die dann zugänglich gemachten Dokumente noch vom Antragsteller in seinem Sinne nützlich

1482 DoJ, Guide to FOIA (2014), Exemption 7(D), S. 604.

1483 *Hammond*, Recent developments, trends, and milestones in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, März 2008, S. 16.

1484 Vgl. *Stolt-Nielsen Transport Group Ltd. v. DoJ*, 480 F. Supp. 2d, 166, 181 (D.D.C. 2007).

1485 Vgl. Presidential Memorandum for Heads of Executive Departments and Agencies Concerning the Freedom of Information Act, 74 Fed. Reg. 4683 (21. 1.2009); Attorney General Holder's Memorandum for Heads of Executive Departments and Agencies Concerning the Freedom of Information Act (19.3.2009), S. 1 f.

1486 Vgl. *Stolt-Nielsen Transport Group Ltd. v. United States*, 534 F.3d 728, 734 (D.C. Cir. 2008).

1487 *Stolt-Nielsen Transport Group Ltd. v. United States*, 534 F.3d 728, 734 (D.C. Cir. 2008): Das Berufungsgericht wies das Verfahren an den zuständigen *District Court* zurück. Dieser konnte jedoch nicht erneut über die Offenlegung der *amnesty agreements* entscheiden, weil die Parteien einen Vergleich schlossen. In dem *settlement agreement* wurde vereinbart, dass zusätzlich zu den Informationen, die durch die Ausnahmetatbestände des FOIA geschützt werden, die Namen aller Personen und Unternehmen, Branchenbezüge und Daten geschwärzt werden.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eingesetzt werden können, da der FOIA nur der Transparenz staatlichen Handelns dient.[1488]

In Anbetracht der vorstehenden Grundsätze wird in der Rechtsprechung das Argument, dass eine Veröffentlichung von Daten in Immunitätsvereinbarungen Personen mit Fachwissen die Identifikation der betroffenen Branche oder des betroffenen Unternehmens ermögliche, nicht als ausreichend erachtet, um eine Veröffentlichung der Dokumente mit entsprechenden Schwärzungen zu verhindern.[1489] Als unzureichend, um eine Offenlegung der übermittelten Kronzeugeninformationen zu verhindern, wird in der Rechtsprechung auch das Argument angesehen, dass die veröffentlichten Informationen für Kläger in Folgeprozessen nicht hilfreich seien.[1490]

Eine Gefährdung der Kronzeugenprogramme folgt aus der genannten Rechtsprechung aber nicht. Sie führt im Zweifel nur dazu, dass ein kaum verständlicher Rumpf von Informationen veröffentlicht wird. Folglich müssen Kronzeugen im amerikanischen Recht die Offenlegung ihrer Identität oder der von ihnen übermittelten Informationen nicht fürchten.

In den Fällen, in denen der Offenlegungsschutz der Exemption 7(D) nicht ausreicht, um die Identität von Informanten oder Informationen aus Strafverfahren zu schützen, schließt Exclusion (c)(2) FOIA[1491] die Anwendung des FOIA gänzlich aus. Nach Ansicht des Department of Justice kommt die Anwendung der Exclusion (c)(2) FOIA z.B. dann in Betracht, wenn die Anführer einer kriminellen Gruppe einen Informanten unter den Mitgliedern der Gruppe vermuten und versuchen, die Identität des Informanten mit Hilfe eines Antrags auf Informationszugang nach dem FOIA festzustellen, und die Mitglieder ihrer Organisation auf den Schutz ihrer Daten durch die Abgabe einer Verzichtserklärung gegenüber der Behörde verzichten, um die Feststellung der Identität des Informanten zu be-

1488 *Stolt-Nielsen Transport Group Ltd. v. United States*, 534 F.3d 728, 734 (D.C. Cir. 2008).

1489 *Stolt-Nielsen Transportation Group Ltd. v. United States*, 534 F.3d 728, 734 (D.C. Cir. 2008).

1490 Ebenda.

1491 5 U.S.C. § 552(c)(2): „Whenever informant records maintained by a criminal law enforcement agency under an informant's name or personal identifier are requested by a third party according to the informant's name or personal identifier, the agency may treat the records as not subject to the requirements of this section unless the informant's status as an informant has been officially confirmed."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wirken.[1492] In diesem Fall könne die Identität des Informanten schon durch das Nennen der Exemption 7(D) FOIA preisgegeben werden.[1493] Wie dieses Beispiel zeigt, ist der Anwendungsbereich der Exlcusion (c)(2) FOIA sehr begrenzt und kaum auf kartellrechtliche Fälle anwendbar.

e) Beeinträchtigung der geschützten Interessen

Im Rahmen des FOIA ist grundsätzlich eine Beeinträchtigung der geschützten Interessen erforderlich. Dies entspricht dem Wesen des FOIA als *sunshine law* und dem daraus folgenden Grundsatz, dass bei der Anwendung des FOIA im Zweifel der Zugang zu staatlichen Informationen ermöglicht werden soll.[1494] Für die Beurteilung einer Beeinträchtigung der geschützten Interessen sind die im Jahr 2009 durch *Attorney General* Holder eingeführten Richtlinien (*guidelines*) heranzuziehen, die als Maßstab den vorhersehbaren „Schaden" eines geschützten Interesses („*foreseeable harm" standard*) vorsehen.[1495] Nach dem *foreseeable harm standard* ist die Ablehnung eines FOIA-Antrages durch eine Behörde (*agency*), wie der *Antitrust Division*, nur noch gerechtfertigt, wenn „(1) die *agency* vorhersieht, dass die Offenlegung ein Interesse, das durch einen Ausnahmetatbestand geschützt ist, verletzen würde oder (2) die Offenlegung gesetzlich verboten ist".[1496] Aufgrund dieser Richtlinien ist für die Anwendung der Ausnahmetatbestände die Gefahr einer Rechtsverletzung maßgeblich.

Für kartellrechtliche Fälle ist z.B. für die Exemption 7(A) FOIA[1497] eine entsprechende Gefährdung von der Rechtsprechung bejaht worden, wenn die Behörde in einem Gerichtsverfahren durch die Offenlegung in eine schlechtere prozessuale Situation gelangt oder wenn die Möglichkeit besteht, dass zukünftige Ermittlungstätigkeiten beeinträchtigt werden.[1498]

1492 DoJ, Guide to FOIA (2014), Exclusions, S. 8.
1493 DoJ, Guide to FOIA (2014), Exclusions, S. 8.
1494 Presidential Memorandum for Heads of Executive Departments and Agencies Concerning the Freedom of Information Act, 74 Fed. Reg. 4683, v. 21.1.2009; Attorney General Holder's Memorandum for Heads of Executive Departments and Agencies Concerning the Freedom of Information Act, v. 19.3.2009, S. 1.
1495 Vgl. DoJ, Guide to FOIA (2009), Procedural Requirements, S. 25.
1496 Attorney General Holder's Memorandum for Heads of Executive Departments and Agencies Concerning the Freedom of Information Act, v. 19.3.2009, S. 2.
1497 Vgl. zu Exemption 7(A) FOIA, § 6 C. III. 2. b).
1498 *Stolt-Nielsen Transport Group, Ltd. v. DoJ*, 480 F. Supp. 2d 166, 180 (D.D.C. 2007), vacated and remanded on other grounds, 534 F.3d 728, 733-734 (D.C. Cir. 2008).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Letztere Konstellation kann für die Offenlegung von Kronzeugeninformationen von Relevanz sein. Wie bereits dargelegt, wird gerade im Kartellrecht befürchtet, dass eine Offenlegung von Informationen zu einem *chilling effect* führt und deshalb weniger Unternehmen mit der Antitrust Division zusammenarbeiten.[1499]

3. Bedeutung des Freedom of Information Act in der Praxis

Während in den Jahren 1998 bis 2001 noch über 200 Offenlegungsanträge im Jahr an das Department of Justice im Bereich Antitrust gestellt wurden, sank die Zahl bis zum Jahr 2005 auf ca. 150 Anträge.[1500] Aus diesen Zahlen wurde in der Literatur geschlossen, dass dem FOIA keine große praktische Bedeutung bei der Beweismittelbeschaffung zukommt.[1501] Diese These wird dadurch bestätigt, dass sich die Zahl der Anträge auch in den Jahren 2008 bis 2016 auf einem niedrigen Niveau hielt und die jährliche Antragszahl im Vergleich zu den Jahren 1998 bis 2001 weiter gesunken ist. Die geringe praktische Bedeutung für eine Beweisermittlung in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen ergibt sich zudem aus einer Betrachtung der bearbeiteten Anträge. Basierend auf den Daten der *Freedom of Information Act Reports*[1502] wurden im Durchschnitt 108,3 Anträge im Jahr im Bereich Antitrust durch das Department of Justice im Zeitraum 2008 bis 2016 bearbeitet. Davon wurde durchschnittlich 36,4 Anträgen teilweise oder ganz stattgegeben, während 67,4 Anträge im Durchschnitt abgelehnt wurden. Es ist daher wahrscheinlicher, dass ein Antrag abgelehnt als dass ihm stattgegeben wird. Dies verringert den potentiellen Nutzen von FOIA-Anträgen für Geschädigte. Dem FOIA kommt somit im Vergleich zu den *discovery*-Maßnahmen eine untergeordnete Funktion bei der Beweismittelbeschaffung in kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen zu.

1499 Vgl. *Stolt-Nielsen Transport Group, Ltd. v. DoJ*, 480 F. Supp, 2d 166, 180 (D.D.C. 2007), vacated and remanded on other grounds, 534 F.3d 728, 733-734 (D.C. Cir. 2008).

1500 *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 168.

1501 *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 168.

1502 Abrufbar unter https://www.foia.gov/data.html.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Zusammenfassung

Kronzeugeninformationen werden vom Anwendungsbereich des FOIA als *agency records* erfasst, soweit sie als Niederschriften mündlicher Aussagen oder in anderer Form im Besitz des Department of Justice bleiben. Dennoch brauchen Kronzeugen die Offenlegung ihrer Informationen nicht zu befürchten. Der FOIA bietet durch das Zusammenspiel verschiedener Ausnahmetatbestände einen umfassenden Offenlegungsschutz. Während laufender Verfahren werden sie als Ermittlungsinformationen durch Exemption 7(A) FOIA erfasst. Nach Beendigung des Kartellverfahrens fallen Kronzeugen als Informanten des Department of Justice unter Exemption 7(D) FOIA. Natürlichen Kronzeugen bietet zudem Exemption 7(C) einen besonderen Schutz vor Offenlegung ihrer Identität. Ferner fallen Kronzeugeninformationen als freiwillig übermittelte Informationen anderer Personen mit wirtschaftlichem Bezug als *commercial information* unter die Exemption 4 FOIA. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass aufgrund des befürchteten *chilling effect* für Kronzeugenprogramme des Department of Justice eine Beeinträchtigung der geschützten Interessen nach dem *foreseeable harm standard* vorliegt. Eine Offenlegung von Kronzeugendokumenten findet daher höchstens unter Schwärzung der geschützten Informationen statt. Schadensersatzkläger können aus diesen geschwärzten Dokumenten wahrscheinlich keine Informationen zur Substantiierung von Schadensersatzklagen ziehen. Der FOIA hat daher für die Rechtspraxis als Mittel für einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen untergeordnete Bedeutung.

D. Exkurs: Der Zugriff auf Informationen aus Gerichtsakten

Anders als im deutschen und im europäischen Recht stellt der Verstoß gegen das Kartellverbot gem. sec. 1 Sherman Act[1503] im amerikanischen Recht eine Straftat dar, deren Feststellung durch strafgerichtliches Urteil

1503 15 U.S.C. § 1: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erfolgt. Es besteht daher die Möglichkeit, dass Kronzeugeninformationen als Beweismittel in den strafrechtlichen Prozess eingeführt oder Kronzeugen als Zeugen vernommen werden. Auf diesem Wege können Kronzeugeninformationen Eingang in Gerichtsverfahrensakten finden.

Ein Zugriff auf Gerichtsakten erscheint aber aus praktischen Gesichtspunkten im Ergebnis für einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen nicht zielführend. Das amerikanische Recht sieht zwar Rechte auf Zugang zu Informationen aus Gerichtsakten vor, die aus dem *Common Law* und aus dem ersten Zusatzartikel der Verfassung der Vereinigten Staaten (*1st Amendment*)[1504] abgeleitet werden;[1505] ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen aus Gerichtsakten scheitert aber daran, dass in den wenigsten Fällen ein Gerichtsverfahren stattfindet und die begehrten Informationen somit nicht in die Gerichtsakten aufgenommen werden. Strafrechtliche Hauptverfahren finden z.B. in nur 10 Prozent aller kartellrechtlichen Fälle statt.[1506] Die meisten Verfahren werden durch ein Verständigungsverfahren (*plea bargaining*) verkürzt und enden mit einem *plea agreement*. In diesen Fällen wird nur das *plea agreement* vom allgemeinen Informationszugangsrecht erfasst, nicht aber die Verhandlungen, die im Vorfeld geführt wurden.

In der Literatur wird allerdings vereinzelt auf die Offenlegung nach dem allgemeinen Informationszugangsrecht des *Common Law* im Zusammenhang mit den strafrechtlichen *discovery*-Guidelines des Department of Justice und einigen Gerichtsurteilen verwiesen.[1507] So war z.B. im Fall *U.S. v. Gary Swanson* – nach Auffassung der Verteidigung – für den Verfahrensausgang entscheidend, dass die Unterlagen der Antitrust Division im Gerichtsverfahren genutzt werden und die Aussagen der Belastungszeugen erschüttert werden konnten.[1508]

1504 1st Amendment: „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances."

1505 Vgl. *Virginia Dept. of State Police v. Washington Post*, 386 F.3d 567, 575 (4th Cir. 2004), cert. denied, 544 U.S. 949, 125 S. Ct. 1706, 161 L. Ed. 2d 526 (2005); *Stephens v. County of Albemarle*, 422 F. Supp. 2d 640, 642 (W.D. Va. 2006).

1506 90 Prozent der Verfahren werden durch *plea agreements* beendet, vgl. *Hammond*, The U.S. Model of Negiotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits for All", S. 1.

1507 *Hansen/Crocco/Kennedy* (2012), 13 ff.

1508 Vgl. dazu *Bunzel/Miller*, The Antitrust Source, Juni 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ob diese Rechtsprechung ein Anzeichen dafür sein könnte, dass in Zukunft mehr Hauptverfahren stattfinden, ist abzuwarten. Die Wahrscheinlichkeit, dass Kronzeugeninformationen in strafrechtliche Hauptverhandlungen eingebracht werden, bleibt zumindest derzeit gering. Diese Einschätzung gilt auch für zivilrechtliche Verfahren. Auch in diesen Verfahren findet in den wenigsten Fällen eine mündliche Verhandlung statt. Die meisten zivilrechtlichen Klagen werden durch Vergleiche (*settlement*) beendet. Dies hat sich auch nicht durch die Haftungsprivilegien des ACPERA geändert.[1509] Auch wenn noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, inwieweit ein *settlement agreement* als *court record* anzusehen ist und somit dem allgemeinen Informationszugangsrecht unterfällt,[1510] steht zumindest fest, dass die Verhandlungen, die zum Vergleich führen, von einer späteren Offenlegung ausgeschlossen sind (vgl. Rule 408 der *Federal Rules of Evidence*[1511]). Potentielle Schadensersatzkläger können somit in der Regel Gerichtsakten nicht für einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen fruchtbar machen.

E. Fazit: Grundsätzlich kein Zugriff auf Kronzeugeninformationen

Im amerikanischen Recht steht Geschädigten keine spezielle Rechtsgrundlage für den Beweismittelzugriff in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen zur Verfügung. Klägern ist es aber in zivilrechtlichen Verfahren mög-

---

1509 Vgl. GAO, Criminal Cartel Enforcement (2011), GAO-11-619, S. 27; ähnlich *Mahr/Lichte*, 29-SUM Antitrust 31.

1510 *Conley/Datta/Nissenbaum/Sharma*, 71 Md. L. Rev. (2012), 772, 794.

1511 (Pub. L. 93–595, § 1, Jan. 2, 1975, 88 Stat. 1933; Apr. 12, 2006, eff. Dec. 1, 2006; Apr. 26, 2011, eff. Dec. 1, 2011.):
„(a) Prohibited Uses. Evidence of the following is not admissible – on behalf of any party – either to prove or disprove the validity or amount of a disputed claim or to impeach by a prior inconsistent statement or a contradiction:
(1) furnishing, promising, or offering – or accepting, promising to accept, or offering to accept – a valuable consideration in compromising or attempting to compromise the claim; and
(2) conduct or a statement made during compromise negotiations about the claim – except when offered in a criminal case and when the negotiations related to a claim by a public office in the exercise of its regulatory, investigative, or enforcement authority.
(b) Exceptions. The court may admit this evidence for another purpose, such as proving a witness's bias or prejudice, negating a contention of undue delay, or proving an effort to obstruct a criminal investigation or prosecution."

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich, die gegnerische Partei oder Dritte im Wege eines *discovery*-Verfahrens zur Offenlegung von Informationen zu verpflichten. Erfasst werden auch Informationen, die als Beweismittel verwertbar sein könnten. Dies gilt unabhängig von ihrem Speichermedium. Gegenstand von *discovery*-Maßnahmen können daher grundsätzlich auch Kronzeugeninformationen sein. Eine Verpflichtung zur Offenlegung durch das Department of Justice müssen Kronzeugen jedoch nicht befürchten. Der Schutz von Kronzeugeninformationen wird durch eine Reihe von *privileges* sichergestellt. Zudem besteht die Möglichkeit, dass das Gericht *protective orders* erlässt. Ein innerprozessualer Zugriff auf Kronzeugeninformationen ist folglich im Grundsatz nicht möglich.

Auch außerprozessual müssen Kronzeugen keine Offenlegung durch das Department of Justice befürchten. Zwar werden Kronzeugeninformationen als *agency records* vom Anwendungsbereich des FOIA erfasst, das Zusammenspiel verschiedener Ausnahmetatbestände gewährleistet aber, dass diese Informationen nicht offenzulegen sind.

Geschädigte können im amerikanischen Recht somit i.d.R. nur auf Kronzeugeninformationen zugreifen, wenn die Informationen von dem jeweiligen Kronzeugen freiwillig offengelegt werden. Um eine derartige (freiwillige) Kooperation zu fördern hat, das amerikanische Recht durch die Haftungsprivilegien des ACPERA einen entsprechenden Anreiz für einen Informationsaustausch im Rahmen von Schadensersatzprozessen geschaffen.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 7 Kronzeugeninformationen in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung – Ein vergleichender Rundblick

Der nachfolgende Abschnitt betrachtet nochmals ausgewählte Aspekte des Zugriffs auf Kronzeugeninformationen vergleichend und versucht, die Gründe für verschiedene Gemeinsamkeiten und Unterschiede sowie wechselseitige Beeinflussungen der untersuchten Rechtsordnungen zu beleuchten. Zunächst erfolgt (A.) eine abstrakte Betrachtung der Regelungsansätze der verschiedenen Rechtsordnungen und daran anschließend eine Unterscheidung zwischen (B.) Rechtsgrundlagen, die einen außerprozessualen Informationszugriff regeln, und (C.) Rechtsgrundlagen, die nur in Schadensersatzprozessen Anwendung finden. Des Weiteren wird dargelegt, inwieweit die untersuchten Rechtsordnungen Anreize für eine freiwillige Informationsübermittlung regeln bzw. inwieweit bestehende Regelungen übertragbar sind (D.).

A. Allgemeine bis bereichsspezifische Regelungsansätze

Im amerikanischen, im europäischen und im deutschen Recht bestehen unterschiedliche Regelungsansätze für den Zugriff auf Kronzeugeninformationen zur Substantiierung von Schadensersatzklagen. Im amerikanischen und im europäischen Recht (außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU) ist weder der Zugriff noch der Schutz von Kronzeugeninformationen spezialgesetzlich geregelt; vielmehr müssen sich Geschädigte allgemeine Rechtsgrundlagen zu Nutze machen. Im deutschen Recht besteht hingegen seit der 9. GWB-Novelle ein spezieller Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB und ein besonderer Schutz von Kronzeugenerklärungen. Die Ansätze im amerikanischen, im europäischen und im deutschen Recht unterscheiden sich somit erheblich. Funktional betrachtet sind diese verschiedenen Ansätze jedoch vergleichbar, da sie zur Substantiierung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen genutzt werden können.[1512]

1512 Vgl. *Kersting*, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozeß (1995), S. 173; *Paulus*, ZZP 104 (1991), 397, 402.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

An dieser Stelle soll der Frage nachgegangen werden, welche Gründe zu diesen verschiedenen Regelungsansätzen geführt haben.

Zunächst ist festzustellen, dass weder das zivilprozessuale *discovery*-Verfahren noch der FOIA im amerikanischen oder die VO 1049/2001 im europäischen Recht primär der Förderung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen oder dem Zugriff auf Kronzeugendokumente dienen. Sie verfolgen vielmehr allgemeinere Zwecke, wie etwa die Wahrheitsfindung[1513] oder die Transparenz staatlichen Handelns[1514]. Im deutschen Recht sind dagegen mit der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU besondere Rechtsgrundlagen geschaffen worden, die auf die Überwindung der kartellrechtlichen Informationsasymmetrie zielen und teilweise die Offenlegung von Kronzeugeninformationen ermöglichen.[1515] Dieser eng gefasste Regelungszweck ermöglicht es dem deutschen Gesetzgeber, konkretere Bestimmungen zu treffen.

Der unterschiedliche Grad an Spezialisierung kann zudem auch auf die jeweilige historische Einbettung der Rechtsgrundlagen zurückgeführt werden. Die §§ 33g, 89b ff. GWB sind die jüngsten der untersuchten Rechtsgrundlagen. Bei ihrer Schaffung war dem deutschen Gesetzgeber das Spannungsverhältnis zwischen Schadensersatzklagen und der Effektivität der Kronzeugenprogramme aufgrund der Richtlinie 2014/104/EU, der Veröffentlichungen der Europäischen Kommission, der Rechtsprechung der nationalen Gerichte und Unionsgerichte sowie des wissenschaftlichen Diskurses bekannt.[1516] Dies galt nicht, als die Rechtsgrundlagen im amerikanischen und im europäischen Recht in Kraft traten. So existierte z.B. bei Einführung des *discovery*-Verfahrens im Jahr 1938 kein derartiges Spannungsverhältnis, da kartellrechtliche Schadensersatzklagen im amerikanischen Recht zu dieser Zeit noch keine herausragende Stellung einnahmen und keine Kronzeugenprogramme bestanden.[1517] Es lag daher kein Regelungsbedürfnis für besondere Vorschriften im Kartellrecht vor. Aber auch für die Folgezeit ist im amerikanischen Recht das Bedürfnis, besondere Regelungen für kartellrechtliche Schadensersatzklagen zu treffen, als gering anzusehen. Dies beruht u.a. darauf, dass der Zugriff auf Kronzeugeninformationen des Department of Justice im Vergleich zum Zugriff auf Kronzeu-

1513 Vgl. § 6 C. I. 1.
1514 Vgl. § 5 B. und § 6 C. III.
1515 Vgl. § 4 C. IV.
1516 Vgl. zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle: § 4 A. und zur Richtlinie 2014/104/EU: § 4 B.
1517 Vgl. § 6 A. II.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geninformationen europäischer Kartellbehörden für Geschädigte weniger attraktiv ist. Ein Grund hierfür ist, dass durch die Struktur des amerikanischen Kronzeugenprogramms weniger Informationen als im deutschen und im europäischen Kartellrecht an die Behörden übermittelt werden.[1518] Zudem konnte das Department of Justice Kronzeugeninformationen durch die Anwendung verschiedener *privileges* erfolgreich vor einer Offenlegung schützen,[1519] während zugleich ein weitreichender Beweismittelzugang für Schadensersatzkläger durch das *discovery*-Verfahren sichergestellt wurde.

Ähnliches gilt für den FOIA. Dieser ist ebenfalls vor der Einführung der Kronzeugenprogramme in Kraft getreten. Wie beim *discovery*-Verfahren bestand bei Schaffung des FOIA kein besonderes Regelungsbedürfnis für das Spannungsverhältnis zwischen Schadensersatzklagen und Kronzeugenprogrammen. Auch für die jüngere Zeit ist – ähnlich wie bei *discovery*-Verfahren – von einem fehlenden Regelungsbedürfnis auszugehen. Ein Grund hierfür ist in der geringen praktischen Bedeutung des FOIA in kartellrechtlichen Sachen zu sehen, die sich sowohl in der geringen Anzahl gerichtlicher Verfahren mit kartellrechtlichem Bezug als auch in der geringen Zahl von Offenlegungsanträgen niederschlägt.[1520]

Im europäischen Recht bestand – ähnlich wie im amerikanischen Recht – bei Inkrafttreten der VO 1049/2001 im Jahr 2001 kein Regelungsbedürfnis für besondere kartellrechtliche Vorschriften, weder für den Zugriff auf Kronzeugeninformationen noch zu deren Schutz. Zu dieser Zeit wurde der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im europäischen Recht noch keine große Aufmerksamkeit geschenkt. Erst nachdem der EuGH in dem Urteil *Courage/Crehan* im Jahr 2001 herausstellte, dass Geschädigten ein Recht auf Schadensersatz zusteht, ergriff die Europäische Kommission Maßnahmen zur Förderung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen. Dazu gehört auch die Förderung besonderer Rechtsgrundlagen für die Informationsbeschaffung einerseits und zum Schutz von Kronzeugenerklärungen andererseits. Die Bestrebungen zielten allerdings nur auf Regelungen auf Ebene der Mitgliedstaaten. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen auf unionsrechtlicher Ebene wurde nicht geregelt, obwohl es zwischenzeitlich Bestrebungen der Europäischen Kommission gab, den Zugang zu Kartellverfahrensakten bis zum Abschluss des Kartellverfahrens oder bis zur Rechtskraft bzw. bis zur Bestandskraft der Entscheidung in Rahmen der

1518 Vgl. § 2 B. IV.
1519 Vgl. § 6 C. I. 5. a) bb).
1520 Vgl. § 6 B. III. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VO 1049/2001 auszuschließen.[1521] Inwieweit ein derartiges Regelungsbedürfnis auch noch in Zukunft besteht, erscheint angesichts der restriktiven Rechtsprechung des EuGH und der Schaffung neuer Informationsmittel durch die Richtlinie 2014/104/EU eher fraglich.

Ein weiterer Grund für die unterschiedlichen Regelungsansätze im deutschen, im europäischen und im amerikanischen Recht ist das allgemeine rechtliche Umfeld, in dem sie erlassen wurden. Für das deutsche Recht ist in diesem Zusammenhang das Unionsrecht von besonderer Bedeutung. Nach Art. 288 AEUV[1522] sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, in Bereichen, für welche die Europäische Union die Gesetzgebungskompetenz innehat, Richtlinien hinsichtlich ihres Ziels in das innerstaatliche Recht umzusetzen. Die Gesetzgebung des europäischen Gesetzgebers ist dadurch in vielen Bereichen „insular"[1523], wie etwa dem Verbraucherschutz oder dem Arbeitsrecht. Die Vorschriften des europäischen Gesetzgebers stehen somit in der Regel nicht in einem gesamtrechtlichen Kontext, um den Mitgliedstaaten eine Umsetzung auf nationaler Ebene zu ermöglichen und ihre Gesetzgebungskompetenzen zu wahren.[1524] Dies führt auf nationaler Ebene zu einer wachsenden Zahl an bereichsspezifischen und zu Integrationslösungen. Dies gilt auch für die Vorschriften, die durch die 9. GWB-Novelle ins deutsche Recht eingeführt wurden.[1525] Allerdings können die unterschiedlichen Regelungsansätze auch auf traditionelle Entwicklungen in den jeweiligen Rechtsordnungen zurückgeführt werden. So hat der deutsche Gesetzgeber grundsätzlich die Schaffung spezieller materiell-rechtlicher Ansprüche als Regelungsansatz zur Überwindung von Informations-

---

1521 Vgl. Art. 2 Abs. 6 des Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rats und der Kommission, v. 30.4.2008, KOM(2008) 229 endg.

1522 Art. 288 AEUV lautet: „Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union nehmen die Organe Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen an.
Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.
Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.
Beschlüsse sind in allen ihren Teilen verbindlich. Sind sie an bestimmte Adressaten gerichtet, so sind sie nur für diese verbindlich.
Die Empfehlungen und Stellungnahmen sind nicht verbindlich."

1523 *Stürner*, AcP 210 (2010), 105, 139.

1524 *Stürner*, AcP 210 (2010), 105, 139.

1525 *Preuß*, in: Podszun/Preuß, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 247.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

asymmetrien gewählt.[1526] Die Schaffung bereichsspezifischer Regelungen im Kartellrecht entspricht dem traditionellen Ansatz im deutschen Recht, der in der Literatur zum Teil als „Flickwerk"[1527] bezeichnet wird. Dagegen ist seit Einführung des *discovery*-Verfahrens die Offenlegung von Informationen der allgemeine Grundsatz im amerikanischen Zivilprozessrecht. Ausnahmen hiervon bestehen nur, soweit die Gerichte eine Offenlegung versagen.[1528] Diese verschiedenen Regelungsansätze sind somit letztlich auch als Ausdruck einer unterschiedlichen Rechtsmentalität anzusehen.

B. Der außerprozessuale Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden

Im Folgenden wird der außerprozessuale Zugriff auf Kronzeugeninformationen rechtsvergleichend betrachtet. Nach dem FOIA im amerikanischen und der VO 1049/2001 im europäischen Recht ist es möglich, unabhängig von einer Klageerhebung die Offenlegung von Kronzeugeninformationen bei Kartellbehörden zu beantragen. Auch im deutschen Recht bestand vor der 9. GWB-Novelle die (theoretische) Möglichkeit, auf Kronzeugeninformationen zuzugreifen, ohne Klage zu erheben. Nach der 9. GWB-Novelle ist dagegen ein außerprozessualer Informationszugriff bei Kartellbehörden nur sehr begrenzt möglich. So ist ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen außerhalb eines Schadensersatzprozesses durch eine Akteneinsicht bzw. Aktenauskunft gem. §§ 406e, 475 StPO nur dann möglich, wenn Kronzeugeninformationen in aggregierter Form in Bußgeldbescheiden genannt werden (vgl. § 89c Abs. 5 GWB). Ein umfassenderer Informationszugriff auf Kronzeugeninformationen kommt nach dem Wortlaut des

1526 *Schlosser*, JZ 1991, 599, 606; *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), III.E; vgl. auch oben § 4 C. II. 1.

1527 *Schlosser*, JZ 1991, 599, 603 ff.; im Zusammenhang mit § 33g GWB verwendet von *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 166; von einem „Enforcement-Flickenteppich" im Zusammenhang mit der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung sprechend *de Bronett*, NZKart 2017, 46 ff.

1528 IAALS, Final Repot on the joint project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and Civil Justice and IAALS (2009), S. 9 ("[…] integral part of our civil justice system […]"); *Wright et al.*, 8 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2001; Higginbotham, Foreword, 49 Ala. L. Rev. (1997), 1, 4 f. („[…] Over the years access to the powerful federal engine of discovery has become central to a wide array of social policies. Congress has elected to use the private suit, private attorneys general as an enforcing mechanism for the anti-trust laws, the securities laws, environmental laws, civil rights and more. […]").

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 89c Abs. 1 S. 1 GWB[1529] lediglich in Betracht, wenn eine Klage auf Schadensersatz gem. § 33a GWB oder auf Herausgabe- bzw. Auskunft gem. § 33g GWB anhängig ist.

Der außerprozessuale Informationszugriff im deutschen Recht erscheint daher im Vergleich zu den Rechtsgrundlagen im amerikanischen und im europäischen Recht auf den ersten Blick restriktiver gestaltet. Bei funktionaler Betrachtung unterscheiden sich das amerikanische, das europäische und das deutsche Recht aber kaum. Sowohl im amerikanischen Recht im Rahmen des FOIA als auch im europäischen Recht ist ein vorprozessualer Zugriff auf Kronzeugeninformationen durch die Anwendung verschiedener Ausnahmetatbestände im Ergebnis grundsätzlich nicht möglich. Dies beruht z.B. maßgeblich auf der Rechtsprechung der europäischen Gerichte. Danach wird bei einem Antrag auf Zugang zu Kronzeugeninformationen nicht nur die Beeinträchtigung des Schutzes geschäftlicher Interessen oder des Schutzes des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Auditätigkeiten vermutet,[1530] sondern es gelten durch die Darlegung der Notwendigkeit der Offenlegung auch hohe Anforderungen an die Darlegung eines besonderen öffentlichen Interesses.[1531] Ungeachtet der verschiedenen rechtlichen Instrumentarien, die zum Ausschluss des außerprozessualen Informationszugriffs führen, lässt sich somit im Ergebnis eine Konvergenz des amerikanischen, des europäischen und des deutschen Rechts feststellen.

C. Die gerichtlichen Anordnungen der Offenlegung im Vergleich

Im amerikanischen, im europäischen und im deutschen Recht bestehen mit dem *discovery*-Verfahren, Art. 5 ff. RL 2014/104/EU[1532] und den §§ 33g, 89b ff. GWB Rechtsgrundlagen, die sich mit einem gerichtlich angeordneten Informationszugriff befassen. Im Folgenden werden daher verschiedene Aspekte dieser Rechtsgrundlagen betrachtet, die für einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen in Schadensersatzprozessen relevant sind.

1529 Vgl. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB: „In einem Rechtsstreit wegen eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder nach § 33g Absatz 1 oder 2 […]".

1530 Vgl. oben § 5 B. IV. 2 b).

1531 Vgl. oben § 5 B. IV. 2 c) bb).

1532 Auch wenn die Richtlinie 2014/104/EU keine unmittelbare Außenwirkung für potentielle Kläger entfaltet, hat sie maßgeblich das geltende deutsche Recht beeinflusst und ist daher in diesem Zusammenhang zu erörtern.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Rechtshängigkeit einer Klage

Die Rechtshängigkeit einer (Schadensersatz-)Klage ist sowohl im amerikanischen *discovery*-Verfahren als auch im europäischen Recht nach Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU Voraussetzung für eine Offenlegungsanordnung. Im deutschen Recht wird dagegen differenziert. Während der Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB auch vorprozessual anwendbar ist (nicht jedoch gegenüber Wettbewerbsbehörden), ist das Offenlegungsersuchen gem. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB[1533] nur dann möglich, wenn eine Klage auf Schadensersatz gem. § 33a GWB oder auf Herausgabe- bzw. Auskunft gem. § 33g GWB anhängig ist. Die prozessbezogene Gestaltung des § 33g GWB deutet jedoch darauf hin, dass der Gesetzgeber letztlich in der Regel von der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs und damit von der Rechtshängigkeit einer Klage ausgegangen ist. Das deutsche Recht hat sich im Ergebnis dem amerikanischen *discovery*-Verfahren angenähert. Diese Annäherung bedeutet aber nicht, dass die Anknüpfung an die Rechtshängigkeit auf Einflüssen des amerikanischen Rechts beruht. Vielmehr steht die Anknüpfung an die Rechtshängigkeit im engen Zusammenhang mit dem Zweck der Richtlinie 2014/104/EU, die Effektivität von Schadensersatzklagen zu fördern.[1534] Gegen eine Rezeption des amerikanischen Rechts spricht zudem, dass deutsche Gerichte auch vor der 9. GWB-Novelle Behörden gem. § 432 ZPO um die Offenlegung von Urkunden ersuchen konnten. Offenlegungsersuchen nach Rechtshängigkeit der Klage wurden daher nicht neu in das deutsche Recht eingeführt. Im Hinblick auf die Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage als Voraussetzung für den Informationszugriff kann daher weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Beeinflussung des deutschen Rechts durch das amerikanische Recht festgestellt werden.

II. Reichweite des Informationszugriffs

Das *discovery*-Verfahren im amerikanischen Recht geht von einem weitreichenden Informationszugriff aus. Es erfasst jegliche Art von Informatio-

---

1533 Vgl. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB: „In einem Rechtsstreit wegen eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder nach § 33g Absatz 1 oder 2 […]".

1534 Vgl. Erwägungsgründe Nr. 3 und Nr. 4 RL 2014/104/EU; Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen, unabhängig von ihrer Form, soweit es möglicherweise zu verwertbaren Beweismitteln führt.[1535] Im deutschen Zivilprozess standen Geschädigten dagegen vor der 9. GWB-Novelle nur Instrumentarien zur Verfügung, um die Herausgabe bestimmter Beweismittel zu bewirken.[1536] Erst durch Art. 5 RL 2014/104/EU und dessen Umsetzung ins deutsche Recht bestehen mit §§ 33g, 89b und § 89c GWB Vorschriften zum Beweismittelzugang, die nicht auf bestimmte Arten von Informationen oder von Beweismitteln, wie etwa Urkunden, beschränkt sind.[1537] Da die Vorschriften im deutschen Recht erst im Jahr 2017 in Kraft getreten und damit erheblich jünger als das amerikanische *discovery*-Verfahren sind, stellt sich auch in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit die deutschen Vorschriften vom amerikanischen Recht beeinflusst wurden.

Erste Hinweise auf eine Beeinflussung des deutschen durch das amerikanische Recht könnten die Reaktionen auf die neu eingeführten Vorschriften in der Literatur geben, wonach die Vorschriften teilweise als fremd und als Einführung einer „*discovery*" angesehen wurden.[1538] Betrachtet man hingegen die Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle, die Richtlinie 2014/104/EU oder den Richtlinienvorschlag, nehmen diese auf das amerikanische Recht nicht unmittelbar Bezug. Dies gilt auch für das Grünbuch und das Weißbuch der Europäischen Kommission.

Die Begrifflichkeiten in Art. 5 RL 2014/104/EU, wie die Relevanz von Beweismitteln oder der Plausibilität, lehnen aber an das *Common Law* an.[1539] Zudem weisen die Dokumente der Europäischen Kommission auf einen gewissen Einfluss des amerikanischen Rechts hin. So nimmt z.B. schon das Arbeitspapier zum Grünbuch aus dem Jahr 2005 zu bestimmten Fragestellungen, wie der Klageerhebung, auf das amerikanische Recht Be-

---

1535 Vgl. § 6 C. I. 3.

1536 Vgl. § 1 C.

1537 Vgl. § 4 C. IV. 1. a).

1538 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 70; *Topel*, in: Wiedemann, § 50 Rn. 132 („[…] an den Voraussetzungen des amerikanischen Discovery-Verfahrens orientiert."); *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 520 („Fremdkörpern im deutschen Recht"); a.A. *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 473, („der […] Rechtsordnung fürwahr nicht fremd").

1539 *Bentley/Henry*, World Competition 37 (2014), 271, 279. Ähnlichkeiten bestehen auch zum sog. *Notice Pleading* in der amerikanischen Rechtsprechung. Nach *Twombly* müssen in der Klageschrift „*plausible grounds*" vorgetragen werden. Dies ist nach Auffassung des *Supreme Court* der Fall, wenn nach dem Tatsachenvortrag anzunehmen sei, dass das *discovery*-Verfahren die erforderlichen Beweise zu Tage bringe, vgl. *Bell Atlantic Corp. v Twombly*, 550 U.S. 544, 555 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zug.[1540] Ausdrücklich auf das *discovery*-Verfahren verweist auch eine von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene und im Jahr 2007 veröffentlichte Studie, welche die Merkmale des *discovery*-Verfahrens mit den Regelungsvorschlägen des Grünbuchs vergleicht.[1541] Die nachfolgend veröffentlichten Dokumente nennen zwar nur negative Ausformungen von Offenlegungsverfahren außerhalb der EU, ohne ausdrücklich auf das amerikanische Recht zu verweisen. Da diese Negativbeispiele mit den unerwünschten Auswüchsen des amerikanischen *discovery*-Verfahrens übereinstimmen,[1542] liegt der Schluss nahe, dass sich auch diese Dokumente auf das amerikanische Recht beziehen. Diese Annahme wird dadurch bekräftigt, dass die Europäische Kommission in diesen Dokumenten zu anderen Regelungsbereichen, wie der Kollektivklage oder zu erwartenden Prozesskosten, weiterhin explizit auf das US-Recht verweist.[1543] Ein möglicher Grund für die indirekte Bezugnahme könnten politische Erwägungen sein, da die Negativbeispiele das amerikanische *discovery*-Verfahren in Frage stellen. Die Europäische Kommission hat zudem seit dem Weißbuch eine vollständige Rezeption des amerikanischen *discovery*-Verfahrens abgelehnt und sich durch die Befürwortung eines prozessualen Offenlegungsverfahrens, das auf einzelne Beweismittel sowie Beweismittelkategorien beschränkt ist, von dem weiten Anwendungsbereich des *discovery*-Verfahrens abgegrenzt.[1544]

Der wiederholte Verweis auf Eigenarten des *discovery*-Verfahrens in den Dokumenten der Europäischen Kommission zeigt aber im Ergebnis, dass sich die Europäische Kommission und der europäische Gesetzgeber mit dem amerikanischen Recht auseinandergesetzt haben. Dadurch hat das amerikanische Recht im Ergebnis das europäischen Recht beeinflusst. Durch die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU ins nationale Recht hat dieser Einfluss mittelbar auch im deutschen Recht Eingang gefunden und im Ergebnis trotz der Abgrenzungsversuche zu einer Konvergenz zwischen

---

1540 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 46; 61 (Fn. 29).

1541 *Renda et. al*, Making Antitrust Actions more Effective (2007), S. 350 ff.

1542 Komm., Impact Assessment White Paper (2008), Tz. 163; Komm., Staff Working Paper, Impact Assessment Report (2013), Tz. 80.

1543 Vgl. Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 93; zu den Kosten: Komm., Staff Working Paper, Impact Assessment Report (2013), Tz. 174 ff.

1544 Vgl. *Westhoff,* Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 176 f.*; Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), 37, 57; *Sanner,* Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 397.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem europäischen, dem deutschen und dem amerikanischen Recht geführt.

III. Bestimmtheitsanforderungen an den Offenlegungsantrag

Ein weiterer wesentlicher Aspekt für die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, der eng mit der Reichweite des Informationszugriffs verbunden ist, sind die Bestimmtheitsanforderungen, die an ein Offenlegungsbegehren gestellt werden. Das amerikanische *discovery*-Verfahren stellt in diesem Zusammenhang grundsätzlich relativ niedrige Bestimmtheitsanforderungen und gestattet im Rahmen von *discovery*-Anordnungen allgemeine Bezugnahmen auf Beweismittelkategorien oder Themenkomplexe.[1545] Im diametralen Gegensatz dazu steht grundsätzlich das Ausforschungsverbot des deutschen Zivilprozessrechts. Die Instrumentarien des deutschen Zivilrechts stellen aufgrund dieses Gebotes strengere Bestimmtheitsanforderungen als das *discovery*-Verfahren, das gerade der Sachverhaltserforschung dient. Die prozessualen Instrumentarien im deutschen Recht erfordern daher in der Regel die konkrete Bezeichnung des begehrten Beweismittels.[1546] Seit der 9. GWB-Novelle ist es aber bei kartellrechtlichen Herausgabe- bzw. Auskunftsbegehren gem. § 33g Abs. 1 (i.V.m. Abs. 10) GWB oder Offenlegungsersuchen gem. § 89c GWB nicht mehr erforderlich, das begehrte Beweismittel konkret zu bezeichnen, sondern nur noch so genau wie möglich. In dieser Lockerung der Bestimmtheitsanforderungen im deutschen Recht ist eine gewisse Annäherung an das US-amerikanische Recht zu sehen. Ob dies aber auf einer Rezeption des amerikanischen Rechts beruht, ist aber fraglich. Zwar ging schon die *Ashurst Study* aus dem Jahr 2004 auf die unterschiedlich strengen Bestimmtheitsanforderungen im damals geltenden Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein und nannte diese als einen wesentlichen Unterschied zwischen den Rechtsordnungen, die ein *discovery*-Verfahren regeln, und solchen, die ein derartiges Verfahren nicht vorsehen.[1547] Auf das amerikanische Recht nahm die Studie allerdings keinen Bezug. Anders hingegen das Arbeitspapier zum Grünbuch der Europäischen Kommission – dieses bezieht sich auf das amerikanische Recht und lehnt ein *notice plea-*

1545 Vgl. § 6 C. I. 4. b).
1546 Vgl. § 1 C.
1547 *Ashurst*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report (2004), S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ding, das im amerikanischen Recht gilt, in diesem Zusammenhang ab.[1548] Hierfür nimmt es u.a. auf die *Principles of Transnational Civil Procedure* Bezug, die eine Harmonisierung des Zivilrechts auf internationaler Ebene anstreben.[1549] Auch im Rahmen des Arbeitspapiers zum Weißbuch grenzt sich die Europäische Kommission gegenüber dem amerikanischen Recht und zu den als unerwünscht empfundenen Erscheinungsformen des *discovery*-Verfahrens ab (z.B. „*discovery blackmail*").[1550] Dieser Linie entsprechend werden strengere Anforderungen als im amerikanischen Recht befürwortet.[1551]

Die Distanzierung der Europäischen Kommission vom amerikanischen Recht zeigt aber, dass die Erfahrungen mit dem *discovery*-Verfahren im Vorfeld der Richtlinie 2014/104/EU Berücksichtigung gefunden haben. Das amerikanische Recht hatte folglich Einfluss auf die Entwicklungen im europäischen Recht, auch wenn dies nicht in der Rezeption des *discovery*-Verfahrens mündete, sondern in einer Annäherung durch die Orientierung an internationalen Harmonisierungsmodellen.

IV. Der Schutz von Kronzeugeninformationen

Die Regelungen zum Schutz von Kronzeugeninformationen stellen einen zentralen Indikator dafür dar, inwieweit ein Zugriff auf diese Informationen in den untersuchten Rechtsordnungen möglich ist. Dabei ist zwischen dem Informationszugriff *inter partes*, d.h. im Zweifel beim Kronzeugen direkt, oder bei den Wettbewerbsbehörden zu unterscheiden.

1. Der Schutz von Kronzeugeninformationen bei einem Informationszugriff inter partes

Bei einer Gesamtbetrachtung ist eine Annäherung zwischen dem amerikanischen, dem deutschen und dem europäischen Recht zu erkennen. Im

---

1548 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 90 ff.

1549 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 61.

1550 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. 93.

1551 Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg., S. 6 Option 1-3: *fact pleading* bei allen Option zum Informationszugriff.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

amerikanischen Recht sind Kronzeugen vor einem Zugriff auf Dokumente, die sie den Wettbewerbsbehörden übermittelt haben, die sich aber als Kopie o.ä. noch in ihrer Sphäre befinden, nicht umfassend geschützt. Auch im europäischen und deutschen Recht sind Kronzeugeninformationen nicht geschützt, soweit sie keine Kronzeugenerklärungen darstellen. Eine Offenlegung dieser sog. bereits bestehenden Kronzeugendokumente ist grundsätzlich nur dann ausgeschlossen, wenn sie Geschäftsgeheimnisse darstellen, keine gerichtlichen Anordnungen zu ihrem Schutz möglich sind oder die Offenlegung unverhältnismäßig ist.[1552] Das deutsche Recht nimmt allerdings im Vergleich zum amerikanischen und zum europäischen Recht eine eher restriktive Haltung ein, indem bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung zu berücksichtigen ist (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB).

2. Der Schutz von Kronzeugeninformationen bei einem Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden

Im amerikanischen *discovery*-Verfahren steht der Zugriff auf Kronzeugeninformationen unter einem einzelfallbezogenen Abwägungsvorbehalt, wenn die Offenlegung durch eine Wettbewerbsbehörde begehrt wird.[1553] Auch im deutschen Recht fand vor der 9. GWB-Novelle eine einzelfallbezogene Abwägung im Rahmen der Ausnahmetatbestände des § 406e StPO statt und erfasste alle Kronzeugeninformationen.[1554] Seit der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU im deutschen Recht ist jedoch eine Abwägung im Einzelfall nur noch begrenzt möglich, da nach § 89c Abs. 4 Nr. 1 GWB Wettbewerbsbehörden nicht verpflichtet werden können, Informationen offenzulegen, die eigens und freiwillig für die Kronzeugenkooperation als sog. Kronzeugenerklärungen erstellt wurden.[1555] Im Übrigen unterliegen Kronzeugeninformationen einem Abwägungsvorbehalt.[1556] Diese Entwicklung entspricht den restriktiven Tendenzen sowohl in der deutschen Rechtsprechung als auch in der Anwendungspraxis des Bundeskartellamts und der Europäischen Kommission, die im Vorfeld der Richtlinie 2014/104/EU

1552 Vgl. zur Richtlinie 2014/104/EU: § 4 B. III.; zum deutschen Recht: § 4 C. IV.
1553 Vgl. § 6 C. II. 5. a) bb).
1554 Vgl. § 4 A. 4. b) und § 4 A. 5. a) bb).
1555 Vgl. § 4 C. III. 3.
1556 Vgl. § 4 C. IV. 2. b) bb) (3).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stets eine Offenlegung von freiwillig übermittelten Kronzeugeninformationen abgelehnt haben.

Auf den ersten Blick haben das deutsche Recht und die Richtlinie 2014/104/EU im europäischen Recht eine eher konservative Haltung im Vergleich zum amerikanischen Recht eingenommen. Dieses Bild ändert sich jedoch, wenn die Rechtsprechungstendenzen im amerikanischen *discovery*-Verfahren berücksichtigt werden. Ähnlich wie beim außerprozessualen Informationszugriff nach der VO 1049/2001 im europäischen Recht wird im amerikanischen Recht im Rahmen des *law enforcement investigatory privilege* die Beeinträchtigung der Geheimhaltungsinteressen und damit der Schutz von Kronzeugeninformationen vermutet.[1557] Ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen kommt auch hier nur in Betracht, wenn die Kläger ein besonderes Offenlegungsinteresse darlegen, das die Geheimhaltungsinteressen überwiegt. Bei funktionaler Betrachtung führen daher der im amerikanischen Recht und der durch die Richtlinie 2014/104/EU verfolgte Ansatz somit beide zu dem Ergebnis, dass Kronzeugeninformationen grundsätzlich vor einer Offenlegung geschützt sind.

Aus dieser funktionalen Vergleichbarkeit kann allerdings nicht gefolgert werden, dass ein *chilling effect* für Kronzeugenprogramme in Europa durch eine Einzelfallabwägung ausgeschlossen werden könnte. Bei einer Gesamtbetrachtung bestehen zwischen dem amerikanischen und dem europäischen Recht weiterhin diverse Unterschiede, die sich auf das Verhalten der Kronzeugen auswirken können. Dies beginnt schon bei der Drohkulisse im amerikanischen Recht, die durch strafrechtliche Sanktionierung von einer anderen Qualität ist als im europäischen und im deutschen Recht,[1558] und setzt sich sodann bei der Anzahl der Kronzeugen, der Verpflichtung zu Schadensersatzleistungen im Kronzeugenprogramm und einer leistungsbezogenen Haftungsreduktion fort.[1559] Ähnlich wie im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU zeigt sich auch an dieser Stelle, dass es zur Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Schadensersatzklagen und der Effektivität von Kronzeugenprogrammen mehr bedarf als ein bloßes Offenlegungsverbot.

1557 Vgl. § 6 C. I. 5. a) bb) (1).
1558 Vgl. *Möschel*, ZWeR 2007, 261, 261.
1559 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 226.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

V. Die Funktion des Gerichts bei der Informationsbeschaffung

Wie schon die Betrachtung des amerikanischen Rechts gezeigt hat, kommt dem zuständigen Gericht im Zusammenhang mit dem Zugang zu Beweismitteln eine wesentliche Rolle zu.

1. Prozessleitung bei Informationsbegehren

Ein traditioneller Unterschied zwischen dem amerikanischen und dem deutschen Recht besteht hinsichtlich der Funktion, die das Gericht bei Offenlegungsanordnungen einnimmt. Während im amerikanischen Recht das Gericht traditionell nur leitend und nur selten aktiv im *discovery*-Verfahren tätig wird, kommt im deutschen Recht dem Richter bei dem Erlass von Offenlegungsanordnungen eine zentrale Funktion zu.[1560] Die aktive Beteiligung des Gerichts an der Beweisbeschaffung der Parteien steht jedoch im deutschen Recht grundsätzlich in einem Spannungsverhältnis zum Beibringungsgrundsatz. Denn grundsätzlich ist es nicht Aufgabe des Gerichts, Beweise für die Parteien zu sammeln.

Im amerikanischen Recht wird der Interessenskonflikt zwischen Wahrheitsfindung und richterlicher Neutralität dadurch gemildert, dass die Entscheidungsgewalt zwischen der *jury* und dem Richter aufgeteilt ist:[1561] Die *jury* entscheidet über den Wahrheitsgehalt der vorgetragenen Tatsachen (*facts*) und der Richter über Rechtsfragen (*questions of law*), wie das Beweisermittlungsverfahren oder die Zulässigkeit von Beweismitteln.[1562] Die *jury* kann zudem keine Anordnungen zur Sachverhaltsaufklärung treffen und Richter sind derartigen Anordnungen im *jury trial* gegenüber restriktiv eingestellt, um eine Beeinflussung der *jury* zu vermeiden.[1563] Der *jury trial*

1560 *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 37, 56, 58; vgl. *Schaar*, E.C.L.R. 2014, 352, 359; vgl. zum Unterschied zwischen Rechtsordnungen, die auf römischem Recht beruhen, und Rechtsordnungen, die auf der Rechtstradition des *Common Law*, Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 55.

1561 *Kersting*, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozeß (1995), S. 174; vgl. *Junker*, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr (1987), S. 75 ff.

1562 vgl. mit Bezug auf die Produkthaftung und das allgemeine Deliktsrecht: *Knapp*, in: Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts (2001), Bd. 1, Rn. 160.

1563 *Kersting*, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozeß (1995), S. 174.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

löst durch die Aufteilung der Entscheidungsgewalt somit manche Widersprüche. In der Rechtspraxis schafft er aber auch neue Spannungsfelder. Insbesondere ist schwer abzuschätzen, welches Urteil die *jury* fällen wird.[1564]

Zudem sind amerikanische Gerichte *discovery*-Anordnung im *pretrail*-Verfahren gegenüber grundsätzlich großzügig eingestellt.[1565] Versuche des deutschen Gesetzgebers, eine offenere Haltung der Gerichte gegenüber Offenlegungsbegehren zu bewirken, wurden dagegen – wie die Einführung der §§ 142, 144 ZPO zeigt – nicht von Erfolg gekrönt. Die §§ 142 ff. ZPO wurden als Fremdkörper im deutschen Zivilprozessrecht wahrgenommen. Dies spiegelte sich auch in der Rechtspraxis nach Einführung der Vorschriften wieder. Nach den Studien aus den Jahren 2006 und Jahr 2009 haben nur 5 Prozent der Richter am Amtsgericht und 7 Prozent der Richter am Landgericht von §§ 142, 144 ZPO Gebrauch gemacht.[1566] Es ist daher zu begrüßen, dass der deutsche Gesetzgeber das Spannungsfeld zwischen der Informationsasymmetrie unter den Parteien und dem Beibringungsgrundsatz durch die Einführung des materiell-rechtlichen Herausgabe- und Auskunftsanspruchs (§ 33g GWB) gemildert hat. Die Gerichte sind nunmehr – nach hier vertretener Auffassung – zum Erlass von Vorlageanordnungen gem. § 142 ZPO in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen verpflichtet, wenn ein Anspruch gem. § 33g ZPO besteht. Sie müssen daher die Offenlegung von Beweismitteln – auch von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen – *inter partes* anordnen, soweit der Herausgabeanspruch nicht ausgeschlossen oder die Herausgabe zu Recht verweigert wurde. Indes bleibt es für das deutsche Recht fraglich, ob nach der 9. GWB-Novelle eine größere Bereitschaft der Gerichte besteht, Wettbewerbsbehörden um die Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen zu ersuchen. Dies beruht zum einen auf der Subsidiarität des § 89c GWB gegenüber der Offenlegung *inter partes* und zum anderen darauf, dass das Offenlegungsersuchen – wie die prozessualen Instrumente vor der 9. GWB-Novelle – im Ermessen des Gerichts liegt und die Offenlegung gegenüber dem Antragsteller eine weitere gerichtliche Verhältnis-

1564 *Lorenz*, ZZP 111 (1998), 35, 55.

1565 *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 152.

1566 Nach den Studien aus dem Jahr 2006 haben nur 5 Prozent der Richter am Amtsgericht und 7 Prozent der Richter am Landgericht von §§ 142, 144 ZPO Gebrauch gemacht, vgl. *Hommerich et. al*., Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts (2006), S. 112; *Prütting*, in: Bork/Eger/H.-B. Schäfer, Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts (2009), S. 1, 8 f.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mäßigkeitsprüfung erfordert. Zudem kommt durch die Einführung mehrfacher Abwägungsentscheidungen eine restriktive Haltung des deutschen Gesetzgebers gegenüber der Offenlegung von Kronzeugendokumenten, soweit sie sich in Kartellverfahrensakten befinden, zum Ausdruck. Vor diesem Hintergrund ist eine Offenlegung von Kronzeugendokumenten durch Wettbewerbsbehörden auch nach der 9. GWB-Novelle nicht zu erwarten.

2. Richterliche Verhältnismäßigkeitsprüfung als Mittel gegen Rechtsmissbrauch

Das *discovery*-Verfahren im amerikanischen Recht, Art. 5 RL 2014/104/EU im europäischen Recht sowie §§ 33g und 89c GWB im deutschen Recht fordern ausdrücklich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung mit einer Reihe von Regelbeispielen. Interessanterweise sehen alle untersuchten Rechtsgrundlagen für die Verhältnismäßigkeitsprüfung Regelbeispiele vor, die im Wesentlichen übereinstimmen. So berücksichtigen sowohl das *discovery*-Verfahren als auch Art. 5 RL 2014/104/EU und § 33g, 89c GWB als Regelbeispiele für die Verhältnismäßigkeitsprüfung Kriterien, wie etwa die Bedeutung der Klage, die Bedeutung der Offenlegung für die Klage, die Ressourcen der Parteien oder das Kosten-Nutzen-Verhältnis.[1567] Aufgrund dieser Übereinstimmungen stellt sich auch im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung die Frage, inwieweit sich das amerikanische, das europäische und das deutsche Recht gegenseitig beeinflusst haben.

a) Einfluss des europäischen und deutschen Rechts auf das amerikanische Recht

Auf den ersten Blick könnte in diesem Zusammenhang in Betracht kommen, dass das europäische Recht Einfluss auf das amerikanische Recht hatte, da im amerikanischen Recht die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Regelbeispielen im Jahr 2015 „eingeführt" wurde und damit ein Jahr später als die im Jahr 2014 in Kraft getretene Richtlinie 2014/104/EU. Doch schon ein Blick auf die historische Entwicklung des *discovery*-Verfahrens lässt diese These wanken. Das *discovery*-Verfahren wurde seit seiner Normierung in den FRCP in den 1930er Jahren mehrfach reformiert. Das Merkmal der „*proportionality*" wurde erstmals im Jahr 1983 als Begrenzung des Anwen-

1567 Siehe dazu § 4 B. III. 1. c. cc) und 2. b), § 4 C. IV. 1. b) ee) und § 6 C. I. 3 b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dungsbereichs in das *discovery*-Verfahren aufgenommen.[1568] Ziel der Reform im Jahr 1983 war es, den richterlichen Einfluss u.a. durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu stärken und dadurch missbräuchliche Auswüchse des *discovery*-Verfahrens einzudämmen.[1569] Zehn Jahre nach seiner Einführung wurde das Verhältnismäßigkeitskriterium im Zuge einer Neustrukturierung der Rule 26 FRCP in einen anderen Unterabsatz der Rule 26(b) FRCP und unter die Überschrift *Limitations* verschoben.[1570] In den Jahren 2000 und 2006 erfolgten weitere Novellen und Modifikationen. Im Zuge der jüngsten Reform wurde die Verhältnismäßigkeitsprüfung wieder in den Anwendungsbereich aufgenommen und damit – systematisch betrachtet – in den Regelungszusammenhang verschoben, der ihr bei Einführung im Jahr 1983 zugedacht war.[1571] Die Entwicklung des *discovery*-Verfahrens zeigt folglich, dass im amerikanischen *discovery*-Verfahren eine Verhältnismäßigkeitsprüfung schon vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU normiert war. Eine Beeinflussung des amerikanischen Rechts durch die Entwicklungen im europäischen Kartellrecht erscheint daher unwahrscheinlich.

b) Einfluss des amerikanischen Rechts auf das europäische und das deutsche Recht

Die Entwicklungen im amerikanischen *discovery*-Verfahren könnten allerdings Einfluss auf die Regelungen zur Verhältnismäßigkeit in der Richtlinie 2014/104/EU und dadurch mittelbar Einfluss auf die 9. GWB-Novelle gehabt haben. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass sowohl im europäischen als auch im deutschen Recht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fest verankert ist. Während im europäischen Recht die Verhältnismäßigkeit als allgemeiner Grundsatz u.a. in Art. 5 Abs. 4 EUV geregelt ist, wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Recht aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet. In der Rechtsprechung des EuGH kommt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zudem durch die Forderung einer Einzelabwägung unter Abwägung der

1568 *Grimm*, 36 Rev. Litig. (2017), 117, 123.
1569 Rule 26 FRCP, Commentary notes zu der Reform im Jahr 1983; *Wright et al.*, 8 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2001.
1570 *Grimm*, 36 Rev. Litig. (2017), 117, 123.
1571 *Wright et al.*, 8 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2008.1; *Grimm*, 36 Rev. Litig. (2017), 117, 127.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unionsrechtlich geschützten Interessen und unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte der Rechtssache zum Ausdruck.[1572]

Vor diesem rechtlichen Hintergrund verwundert es daher nicht, dass die Europäische Kommission schon im Arbeitspapier zum Grünbuch im Jahr 2005 betonte, dass dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Beweismittelzugangs eine besondere Bedeutung zukommen solle.[1573] Im Arbeitspapier zum Weißbuch wird aber der Verhältnismäßigkeitsprüfung über den Ausgleich kollidierender Interessen hinaus eine weitere Funktion zugeschrieben. Die Europäische Kommission führt in dem Arbeitspapier zum Weißbuch aus, dass die von einem Richter durchzuführende Verhältnismäßigkeit dazu dienen soll, missbräuchliche Auswüchse von Offenlegungsverfahren, die in nicht-europäischen Staaten gelten, zu vermeiden.[1574] Insbesondere soll die Entstehung missbräuchlicher Praktiken, wie das „*discovery blackmailing*" oder das „*deep pocket use*", verhindert werden.

Durch diese Verweise nimmt die Europäische Kommission auf das amerikanische Recht Bezug. Zugleich weist die Wahl der Verhältnismäßigkeit als Mittel zur Eindämmung missbräuchlicher Offenlegungsbegehren und missbräuchlichen Verteidigungsverhaltens Ähnlichkeiten zu den Entwicklungen im amerikanischen Recht auf. Zwar begründet die Europäische Kommission die Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit der Rechtstradition und dem geltenden Recht der Mitgliedstaaten.[1575] Die Parallelität der rechtlichen Instrumente deutet aber zumindest auf eine Berücksichtigung des amerikanischen Rechts auf europäischer Ebene hin.

c) Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Rechtspraxis

Es soll an dieser Stelle auch der Frage nachgegangen werden, ob sich die Einführung bzw. Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Rechtspraxis als geeignet erweist, um unerwünschte Auswüchse von Offen-

---

1572 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 31 – Donau Chemie; EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 31 – Pfleiderer; vgl. *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, Art. 5 EUV Rn. 44.

1573 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Rn. 89.

1574 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. 93ff.

1575 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. 95.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

legungsverfahren einzudämmen. Für das amerikanische Recht erscheint dies zweifelhaft. Die bisherigen Versuche des amerikanischen Gesetzgebers, die Richterschaft zu einem aktiven *„case management"* durch die Einführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu bewegen, sind seit den 1980er Jahren fehlgeschlagen.[1576] Gründe hierfür werden in der hohen Arbeitsbelastung, der fehlenden Ausbildung, der mangelnden Erfahrung und in einem anderen Selbstverständnis der Richterschaft gesehen.[1577] Wie schon die Entwicklung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen im amerikanischen Recht gezeigt hat, reicht die Einführung rechtlicher Regelungen allein nicht aus, um einen Umschwung eines tradierten Rechtsverständnisses und im richterlichen Verhalten zu bewirken.[1578]

Eine ähnliche Entwicklung wie im amerikanischen Recht ist dagegen aus verschiedenen Gründen für das deutsche Recht nicht zu erwarten. Auch wenn zurzeit keine abschließende Beurteilung der im Rahmen der 9. GWB-Novelle eingeführten Normen und ihrer Anwendung durch die Rechtsprechung möglich ist, kam Richtern im deutschen Recht auch schon vor der 9. GWB-Novelle eine aktivere Rolle zu als im amerikanischen Recht. Zudem nahm die deutsche Rechtsprechung vor der 9. GWB-Novelle eine restriktive Haltung gegenüber freiwillig übermittelten Kronzeugendokumenten ein, so dass vor diesem Hintergrund anzunehmen ist, dass auch nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle die Verhältnismäßigkeitsprüfung im deutschen Recht strenger gehandhabt wird als im amerikanischen Recht.

D. Förderung der freiwilligen Informationsübermittlung durch Haftungsprivilegien für Kronzeugen

Das amerikanische Recht hat durch den ACPERA einen Anreiz für beklagte Kronzeugen geschaffen, Informationen an Schadensersatzkläger zu übermitteln.[1579] Ähnliche Regelungen, welche Haftungserleichterungen an Leistungen des Kronzeugen knüpfen, bestehen im europäischen und im deutschen Recht nicht. Die Haftung der beklagten Kartellmitglieder

1576 *Wagner-von Papp,* Access to Evidence and Leniency Materials (2016), III. E; *Grimm*, 36 Rev. Litig. (2017), 117, 119.
1577 *Grimm*, 36 Rev. Litig. (2017), 117, 189 ff.
1578 Vgl. § 6 A. II; *Wagner-von Papp,* Access to Evidence and Leniency Materials (2016), III. E.
1579 Vgl. § 6 C. III.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird im deutschen und im europäischen Recht unabhängig von einer Übermittlung möglicher Beweismittel geregelt. Nach Art. 11 Abs. 4 RL 2014/104/EU und § 33e GWB haftet der erste Kronzeuge grundsätzlich nur gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten. Gegenüber den übrigen Geschädigten haftet er im Außenverhältnis nur dann, wenn von den anderen Kartellunternehmen kein vollständiger Schadensersatz verlangt werden kann. Nachfolgend soll daher untersucht werden, inwieweit eine „leistungsbezogene" Haftungsprivilegierung ins deutsche Recht eingeführt werden kann und ob es sich dafür anbietet, sich am amerikanischen Recht zu orientieren und das Kronzeugenprogramm um ein weiteres verhaltenssteuerndes Element zu erweitern. Dazu wird zunächst der Zweck der Haftungsprivilegierung (I.) im amerikanischen Recht einerseits und im europäischen und im deutschen Recht andererseits betrachtet. Anschließend werden verschiedene Möglichkeiten für eine leistungsbezogene Haftungsprivilegierung (II.) dargestellt.

I. Zweck der Haftungsprivilegierung

Der ACPERA im amerikanischen Recht dient zwei wesentlichen Zwecken. Primär soll die Haftungsprivilegierung die Attraktivität des amerikanischen Kronzeugenprogramms sichern.[1580] Darüber hinaus sollen die Regelungen Kronzeugen einen Anreiz bieten, mit kartellrechtlichen Schadensersatzklägern zu kooperieren.[1581] Die Haftungsprivilegierung im deutschen und im europäischen Recht dient dagegen nicht der Förderung von Schadensersatzklagen. Schon im Arbeitspapier zum Grünbuch führte die Europäische Kommission dazu aus, dass ein wesentlicher Unterschied zum amerikanischen Recht darin zu sehen sei, dass weder die europäische Kronzeugenmitteilung noch die mitgliedstaatlichen Kronzeugenprogramme den Ersatz des entstandenen Schadens oder die Bedingungen von Schadensersatzklagen fordern.[1582] Dies zeigt, dass die Europäischen Kommission bei der Einführung der Haftungsprivilegien ausschließlich die Aufrechterhaltung der Effektivität der bestehenden Kronzeugenprogramme anstrebte, und nicht die Einführung eines verhaltenssteuernden Elements zur Förderung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen. Diese These

1580 GAO, Criminal Cartel Enforcement (2011), GAO-11-619, S. 2.
1581 Sen. Hatch zitiert nach *Oracle Am., Inc., v. Micron Technology*, 817 F. Supp. 2d 1128, 1135 (2011); *Mahr/Licht*, 29 Antitrust (2015), 31-16.
1582 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 226.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird dadurch bekräftigt, dass Regelungsvorschläge zur Haftungsprivilegierung sowohl im Grünbuch[1583] als auch im Weißbuch[1584] unter dem Oberpunkt der Vereinbarkeit der privaten und der behördlichen Wettbewerbsrechtsdurchsetzung diskutiert wurden, bei dem die Europäische Kommission auf die Wahrung der Attraktivität der Kronzeugenprogramme abstellt. Zudem weist Erwägungsgrund Nr. 38 der Richtlinie 2014/104/EU darauf hin, dass die Haftungsprivilegierung dazu dient, Nachteile des Kronzeugen im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung auszugleichen.[1585] Im deutschen Recht bezweckt § 33e GWB ebenso wenig die Förderung von Schadensersatzklagen wie die Richtlinie 2014/104/EU, da die Vorschrift der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU dient.

Die Haftungsprivilegien des ACPERA, der Richtlinie 2014/104/ und des § 33g GWB verfolgen somit nur zum Teil ähnliche Ziele. Dadurch, dass der europäische Gesetzgeber seine Erwägungen von Anfang an auf die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme konzentriert hat, besteht im deutschen Recht zudem grundsätzlich noch Raum für die Einführung einer leistungsbezogenen Haftungsprivilegierung. Berücksichtigt man jedoch, dass es sich bei Kronzeugen trotz ihrer Kooperation um Delinquenten handelt,[1586] sollte eine weitere Privilegierung von Kronzeugen nur dann eingeführt werden, wenn die 9. GWB-Novelle nicht zu einer Belebung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung führt.

II. Einführung einer Haftungsprivilegierung ins deutsche Recht

Im Folgenden werden einige Möglichkeiten einer leistungsbezogenen Haftungsprivilegierung kursorisch betrachtet. Um sicherzustellen, dass die automatische Privilegierung des ersten Kronzeugen nicht unterlaufen wird, beschränkt sich der nachfolgende Abschnitt auf die Einführung einer Haftungsprivilegierung für Kronzeugen, deren Bußgeld reduziert wurde (im Folgenden: nachrangige Kronzeugen).

1583 Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM(2005) 672 endgültig, Option 28-30.

1584 Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig, S. 12.

1585 *Mackenrodt*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 173, 181.

1586 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 33 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Rezeption des amerikanischen Rechts

Eher zweifelhaft erscheint eine Rezeption des amerikanischen Rechts als Modell für eine leistungsbezogene Haftung nachrangiger Kronzeugen. Wesentliche Merkmale der amerikanischen Haftungsprivilegierung sind nur schwer in das deutsche Recht zu übertragen. Dies gilt sowohl für das sog. *de-trebling* als auch den Erlass der Gesamtschuld. Die Regelungen zum Schadensersatz im amerikanischen Recht sind maßgeblich dadurch geprägt, dass die Kartellanten gem. sec. 4a Clayton Act in dreifacher Höhe für den entstandenen Schaden haften. In Anlehnung an das amerikanische Recht wurde zwar auch für das europäische und das deutsche Recht die Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes in Kombination mit einer anschließenden Privilegierung des Kronzeugen im Vorfeld der Richtlinie 2014/104/EU gefordert.[1587] Dieser Vorschlag konnte sich aber weder auf nationaler noch auf europäischer Ebene durchsetzen. Insbesondere im deutschen Recht wurde die Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes vielfach als fremd[1588] empfunden und mit verfassungsrechtlichen Bedenken[1589] konfrontiert.

Auch ein Erlass der Gesamtschuld für nachrangige Kronzeugen im Außenverhältnis erscheint schwierig. Ähnliche Privilegien wurden auf europäischer Ebene im Grünbuch durch eine leistungsbezogene Haftungsreduktion für den ersten Kronzeugen (Option 29) oder eine Entbindung des Kronzeugen aus der Gesamtschuld (Option 30) vorgeschlagen. Diese Vor-

---

1587 Für die Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes und die Einführung einer einfachen Schadensersatzpflicht durch Kronzeugen: *Zagrosek,* Kronzeugenregelung im U.S.-amerikanischen, europäischen und im deutschen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (2006), S. 299; *Schwalbe/Höft*, in: FS Möschel (2011), S. 597, 632 ff.; *Zimmer/Höft,* ZGR 2009, 662, 716; gegen die Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes BKartA*,* Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 28; *Hölzel,* Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 319 ff.; *Milde,* Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 256; *Wagner-von Papp,* in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 267, 270 f.; *Böge/Ost*, ECLR 2006, 197, 201 f.

1588 Die Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes als überkompensatorischer Schadensersatz sei nicht mit der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts vereinbar, vgl. *BKartA,* Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 28.

1589 BKartA*,* Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 28; *Hölzel,* Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 321; *Biermann*, ZWeR 2007, 1, 24; *Böge*, in: Basedow (2007), S. 217, 220; *Böge/Ost*, ECLR 2006, 197, 201.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schläge konnten sich jedoch nicht durchsetzen. Sie wurden als Privilegierung auf Kosten des Geschädigten sowie als Widerspruch zum Grundsatz des vollständigen Schadensersatzes und zu allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen wahrgenommen.[1590] Die Europäische Kommission ließ daher die Vorschläge fallen und verfolgte seit dem Weißbuch eine Haftungsbegrenzung des ersten Kronzeugen auf seine indirekten und direkten Abnehmer.[1591] Um einen vollständigen Ersatz des entstandenen Schadens sicherzustellen, wurde dieser Vorschlag im Rahmen der RL 2014/104/EU durch die Anordnung einer nachrangigen Haftung modifiziert.[1592] Kartellanten haften daher auch nach der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU ins deutsche Recht gem. § 33d Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. §§ 830, 840, 421 ff. BGB als Gesamtschuldner für den Kartellverstoß. Eine Haftungsprivilegierung besteht gem. § 33e Abs. 1 GWB nur für denjenigen Kronzeugen, dem das Bußgeld erlassen wurde.[1593]

Auch wenn die Regelungen des § 33e Abs. 1 GWB weniger einschneidend sind als eine vollständige Haftungsfreistellung im Außenverhältnis, stellen sie dennoch eine Privilegierung auf Kosten der Geschädigten dar.[1594] Im Vergleich zur Gesamtschuld nach § 421 BGB wird das Auswahlrecht des Geschädigten durch § 33e GWB eingeschränkt; dies führt zu

---

1590 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, S. 275 ff.; vgl. auch *Dreher*, in: FS Möschel (2011), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen?, S. 149, 162 ff.; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 11; *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 841; *Kersting*, WuW 2014, 564, 568 f.

1591 Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM (2008) 165 endg., S. 12; Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 303ff. Einen entsprechenden Vorschlag hatte das Bundeskartellamt schon im Jahr 2005 für das deutsche Recht vorgeschlagen, vgl. BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 31.

1592 Komm., 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, COM(2013) 404 final, S. 19 f.

1593 Danach haftet dieser Kronzeuge im Außenverhältnis grundsätzlich nur gegenüber seinen Abnehmern und Lieferanten und anderen Geschädigten nur für den Fall, dass diese von den übrigen Kartellbeteiligten keinen Schadensersatz erlangen können.

1594 Vgl. *Inderst/Thomas,* Schadensersatz bei Kartellverstößen (2015), S. 416; *Rust*, NZKart 2015, 502, 509; *Dose,* VuR 2017, 297, 301.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einem höheren Kostenrisiko für den Geschädigten.[1595] Diese negativen Effekte könnten weiter verstärkt werden, wenn die Haftungsprivilegien auf sämtliche kooperierende Kronzeugen erstreckt werden. Eine potentielle Privilegierung sämtlicher Kronzeugen könnte im Extremfall sogar dazu führen, dass nur Abnehmer und Lieferanten Schadensersatz verlangen können, andere Geschädigte dagegen vom Recht auf Schadensersatz ausgeschlossen sind. Zudem könnten sich Fragen der Kostentragung stellen, wenn die Kooperation im anhängigen Schadensersatzprozess erfolgt und die Klage gegen den kooperierenden Kronzeugen aufgrund der Haftungsbeschränkung unbegründet wird. In diesem Fall könnte der Vorteil der konkreteren Schadensschätzung durch eine drohende Kostentragung gem. § 91 ZPO „aufgefressen" werden. Eine Privilegierung des nachrangigen Kronzeugen im Außenverhältnis ist angesichts dieser Gesichtspunkte nur schwer umsetzbar.

2. Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis

Während eine Privilegierung im Außenverhältnis aus den oben genannten Gründen abzulehnen ist, könnte aber die Privilegierung nachrangiger Kronzeugen im Gesamtschuldnerausgleich eine Möglichkeit darstellen, eine leistungsbezogene Haftungsprivilegierung ins deutsche Recht einzuführen. Im Folgenden werden daher zunächst die geltenden Vorschriften zum Innenregress von Kartellanten betrachtet. Anschließend soll versucht werden, einen Vorschlag für eine Haftungsprivilegierung nachrangiger Kronzeugen zu entwickeln.

a) Gesamtschulnerausgleich im Kartellrecht nach der 9. GWB-Novelle

Die Haftung der Gesamtschuldner untereinander bestimmt sich grundsätzlich nach ihrem Haftungsanteil. Im allgemeinen Zivilrecht ist gem. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB die Haftung zu gleichen Teilen vorgesehen. Für kar-

1595 *Kersting/Preuß,* Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), S. 82; *Mackenrodt*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 197; *Krüger*, NZKart 2013, 483, 486; *Krüger*, WuW 2017, 229, 231; *Kersting,* WuW 2014, 564, 568; *Dose,* VuR 2017, 297, 301; a.A. *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 443; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 344; *Schaper/Stauber*, NZKart 2017, 279, 284.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tellrechtliche Schadensersatzansprüche sehen § 33d GWB und § 33e GWB seit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle für den Innenregress Sondervorschriften vor. Nach § 33d Abs. 2 GWB richtet sich der Haftungsanteil der Gesamtschuldner nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere dem Maß der Schadensverursachung. Dieser Haftungsanteil wächst entsprechend der Haftungsquote anteilig um die Privilegierung des ersten Kronzeugen an.[1596] Dieser wird nach § 33e Abs. 3 S. 1 GWB privilegiert, indem er gegenüber den übrigen Rechtsverletzern nur bis zur Höhe des Schadens haftet, den er seinen Abnehmern und Lieferanten verursacht hat. Dies gilt nicht für die Ausgleichung von Schäden, die anderen als den unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten der an dem Kartell beteiligten Unternehmen aus dem Verstoß entstehen (vgl. § 33e Abs. 3 S. 2 GWB).[1597] Eine Privilegierung nachrangiger Kronzeugen im Gesamtschuldnerausgleich regelt das geltende Recht dagegen bisher nicht.

b) Privilegierung nachrangiger Kronzeugen

Schon im Vorfeld der 9. GWB-Novelle ist eine Privilegierung von Kronzeugen im Innenverhältnis diskutiert worden.[1598] Während einige die Privilegierung im Innenverhältnis parallel zu den Bußgeldreduktionen gestalten wollten,[1599] befürworteten andere, die Haftungsprivilegierung in das richterliche Ermessen zu stellen und im Rahmen einer Verschuldensabwägung gem. § 254 BGB analog als „verschuldensminderndes Nachtatverhalten“[1600] zu berücksichtigen.[1601] In eine ähnliche Richtung weist ist auch der Vorschlag, dem Kronzeuge einen auf das festgesetzte Bußgeld gedeckelten Erstattungsanspruch gegen die Staatskasse zu gewähren, da der Kronzeuge

---

1596 *Mackenrodt*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 173, 193.

1597 *Krüger*, WuW 2017, 229, 231.

1598 Vgl. zur Privilegierung im Gesamtschuldnerausgleich auch § 4 B. II. 2. b) bb) (3).

1599 *Kersting*, ZWeR 2008, 252, 266 f.; *ders.*, JZ 2013, 737, 739; *Koch*, JZ 2013, 390, 393.

1600 *Meessen*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 560.

1601 *Meessen*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 558 ff.; *Hösch*, Der schadensrechtliche Innenausgleich zwischen Kartellrechtsverletzern (2015), S. 416 f.; für flexiblere Einzelfalllösungen auch *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht (2010), S. 423.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach diesem Vorschlag gegenüber den Geschädigten im Außenverhältnis voll haftet und erst auf sekundärer Ebene privilegiert wird.[1602]

Den genannten Vorschlägen ist grundsätzlich gemeinsam, dass sie für die anteilige Haftungsreduktion bzw. die Schadloshaltung an das behördliche Verfahren anknüpfen und nicht an einen Beitrag des Kronzeugen im Schadensersatzprozess. Eine derartige Haftungsprivilegierung wäre dadurch letztlich von dem behördlichen Ermessen der Kartellbehörde abhängig.[1603] Dies könnte dazu führen, dass der Anreiz für nachrangige Kronzeugen, Informationen an Geschädigte zu übermitteln, nur gering ist, da die Höhe der Haftungsreduktion unabhängig von der Leistung des Kronzeugen feststeht. Um eine Förderung der Schadensersatzklagen durch eine freiwillige Informationsübermittlung zu bewirken, sollte aber vorzugsweise an die Zusammenarbeit des Kronzeugen mit dem Geschädigten im Zivilprozess angeknüpft werden. Bei der Ausgestaltung einer derartigen Haftungsprivilegierung ist zu berücksichtigen, dass als allgemeine Kriterien für ein erfolgreiches Kronzeugenprogramm u.a. Verfahrenstransparenz, Rechtssicherheit und Vertraulichkeit anerkannt sind.[1604] Vor diesem Hintergrund ist es maßgeblich, dass die Voraussetzungen und die Rechtsfolge, insbesondere die Höhe der Haftungsprivilegierung, feststehen. Für eine leistungsbezogene Haftungsprivilegierung nachrangiger Kronzeugen genügt es daher nicht, dass ihre Kooperationsbeiträge bei der Bestimmung der Haftungsanteile gem. § 33d Abs. 2 GWB als Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden können. Vielmehr bedarf es einer gesonderten gesetzlichen Regelung.

Die Einführung einer derartigen Vorschrift ist grundsätzlich mit der Richtlinie 2014/104/EU vereinbar, da Art. 5 Abs. 8 GWB Regelungen gestattet, die zu einer umfassenderen Offenlegung von Beweismitteln führen, und Art. 6 RL 2014/104/EU nur die gerichtlich angeordnete Offenlegung von Kronzeugenerklärungen untersagt, nicht aber die freiwillige Übermittlung von Informationen durch den Kronzeugen. Eine Haftungsprivilegie-

---

1602 *Bien*, EuZW 2011, 889, 890; vgl. *Koch*, JZ 2013, 390, 394, der darüber hinaus auch die sekundäre Haftung des Kronzeugen befürwortet; *Glöckner*, WRP 2015, 410, 421, der vertragliche Vereinbarungen zwischen den Kronzeugen und der Kartellbehörde vorschlägt, wonach die Kronzeugen bis zu einem gewissen Betrag freigestellt werden sollen; vgl. auch *Steinhardt*, Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes (2018), S. 116.

1603 Vgl. *Krüger*, NZKart 2013, 483, 486.

1604 *Hammond*, Detecting and Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program (2000), S. 1; *Albrecht*, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 133.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung nachrangiger Kronzeugen darf jedoch nicht die Privilegierung des ersten Kronzeugen und damit die Wertungen der Richtlinie 2014/104/EU unterlaufen. Um dies zu gewährleisten, sollte daher auf Rechtsfolgenseite die Haftungsprivilegierung ähnlich zu § 33e Abs. 3 GWB ausgestaltet werden. Zudem sollte nur ein einziger nachrangiger Kronzeuge die Möglichkeit haben, in den Genuss einer Haftungsermäßigung zu gelangen, um das Auswahlrecht des Geschädigten als Gläubiger weitestgehend zu wahren. Auf diese Weise könnte – ähnlich wie im behördlichen Verfahren – ein Wettrennen zwischen den nachrangigen Kronzeugen um die Haftungsprivilegierung forciert werden.

Bei der Ausgestaltung der Haftungsprivilegierung ist zudem auf Tatbestandsebene festzulegen, welche Art von Kooperationsbeitrag für die Haftungsprivilegierung erforderlich ist. In Anbetracht der Bindungswirkung gem. § 33b GWB und der Schadensvermutung gem. § 33a Abs. 2 S. 1 GWB stellt die Darlegung einer Schätzungsgrundlage für die Schadenshöhe auch nach der 9. GWB-Novelle eine wesentliche Schwierigkeit für Kläger dar und bietet sich daher als Anknüpfung für einen Kooperationsbeitrag an. Die Übermittlung von Informationen, welche zu einer konkreteren Schadensschätzung beitragen, erleichtert dem Geschädigten nicht nur die Darlegung der Schätzungsgrundlage, sondern kann ihm auch die gerichtliche Durchsetzung von Herausgabeansprüchen gem. § 33g GWB oder die Beantragung von Offenlegungsersuchen ersparen. Bei der Ausgestaltung darf allerdings nicht nur auf unbestimmte Rechtsbegriffe abgestellt werden, da die Erfahrungen aus dem amerikanischen Recht zeigen, dass unbestimmte Rechtsbegriffe Kronzeugen verunsichern und dadurch den Kooperationsanreiz schmälern können.[1605] Um eine gewisse Konkretisierung zu ermöglichen, sollten zudem verschiedene Regelbeispiele eingeführt werden. In diesem Zusammenhang kann auf die Dokumente zurückgegriffen werden, welche die Europäische Kommission in dem Arbeitspapier zum Weißbuch als nützliche Informationen zur Schadensschätzung angab.[1606]

Vor diesem Hintergrund erscheint es möglich, einen weiteren Absatz in § 33e GWB einzufügen, der z.B. lauten könnte:

„Die übrigen Rechtsverletzer können von einem an einem Kartell beteiligten Unternehmen oder einer an dem Kartell beteiligten natürlichen Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms die Geldbuße

1605 Vgl. § 6 B. III. 2.

1606 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 89; vgl. auch oben § 2 B.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ermäßigt wurde, Ausgleichung nach § 33d Absatz 2 nur bis zur Höhe des Schadens verlangen, den dieser seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat, wenn es oder sie den Kläger als erster bei einer Klage gem. § 33a hinreichend unterstützt hat. Eine Unterstützung im Sinne des Satzes 1 liegt vor, wenn Beweismittel oder Informationen an den Kläger einer Klage gem. § 33a übermittelt wurden, welche die Schätzung des entstandenen Schadens erleichtern. Dies ist insbesondere der Fall, wenn folgende Dokumente übermittelt wurden:

a) Notizen über abgestimmte Preiserhöhungen oder Einflussnahmen auf den Wettbewerb,
b) interne Dokumente der Kartellmitglieder zur Bewertung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse,
c) Informationen über wirtschaftliche Tätigkeiten der Kartellmitglieder auf dem betroffenen Markt,
d) Informationen über genaue Informationen über die Verletzungshandlung,
e) Informationen über die Verursachungsbeiträge.

Die Beschränkung nach Satz 1 gilt nicht für die Ausgleichung von Schäden, die anderen als den unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten der an dem Kartell beteiligten Unternehmen aus dem Verstoß entstehen."

c) Fazit

Die Einführung einer leistungsbezogenen Haftungsprivilegierung ins deutsche Recht ist möglich. Mit der Einführung einer derartigen Privilegierung sollte aber umsichtig umgegangen werden, da es sich bei nachrangigen Kronzeugen letztlich um Delinquenten handelt und das Rangverhältnis zwischen dem ersten und nachrangigen Kronzeugen nicht unterlaufen werden darf. Von einem Regelungsbedürfnis für eine Haftungserleichterung ist daher nur auszugehen, wenn die 9. GWB-Novelle die Informationsasymmetrie zwischen Geschädigten und Kartellanten nicht auflöst. Für diesen Fall steht mit der Einführung einer leistungsbezogenen Haftungsprivilegierung ein Mittel zur Verfügung, das Geschädigten helfen kann, auf Informationen zur Substantiierung ihrer Schadensersatzklagen zuzugreifen.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

E. Fazit: Wachsende Konvergenz des amerikanischen, des europäischen und des deutschen Rechts

Überschaut man den vorstehenden Rechtsvergleich, ist eine Konvergenz zwischen dem deutschen, dem europäischen und dem amerikanischen Recht festzustellen:

Auf dem Feld des außerprozessualen Informationszugriffs schließen sowohl das amerikanische, das europäische und das deutsche Recht den Zugriff auf Kronzeugeninformationen bei Kartellbehörden unabhängig von einer Schadensersatzklage (grundsätzlich) aus. Im deutschen, im europäischen und im amerikanischen Recht genießt somit die Effektivität des behördlichen Verfahrens im vorprozessualen Stadium Vorrang vor dem Kompensationsinteresse des Einzelnen.

Auch im Bereich des innerprozessualen Informationszugriffs haben sich das deutsche und das amerikanische Recht seit der Richtlinie 2014/104/EU und der 9. GWB-Novelle angenähert. Aufgrund der Richtlinie 2014/104/EU im europäischen Recht und der 9. GWB-Novelle im deutschen Recht kommt ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen bei Kartellbehörden – wie im amerikanischen Recht – grundsätzlich nur nach Rechtshängigkeit einer Klage in Betracht. Ähnlich wie im amerikanischen Recht ist der Informationszugriff nicht auf bestimmte Beweismittel begrenzt, sondern durch einen weiten Anwendungsbereich geprägt. Auch die Bestimmtheitsanforderungen wurden im deutschen Recht durch die Richtlinie 2014/104/EU gelockert und haben dadurch zu einer Annäherung an das amerikanische *discovery*-Verfahren geführt. Wie die vorstehenden Erwägungen gezeigt haben, beruhen diese Übereinstimmungen auf einer Einflussnahme des amerikanischen Rechts auf die Richtlinie 2014/104/EU, die sich durch die Umsetzung der Richtlinie ins nationale Recht auch im deutschen Recht niedergeschlagen hat.

Ein Unterschied zwischen dem amerikanischen, dem europäischen und dem deutschen Recht besteht trotz der Annäherung weiterhin beim Schutz von Kronzeugeninformationen. Während das deutsche Recht und die Richtlinie 2014/104/EU einen partiellen Offenlegungsschutz für Kronzeugenerklärungen vorsehen, gilt im amerikanischen Recht ein grundsätzliches Offenlegungsverbot mit Ausnahmevorbehalt, wenn die Offenlegung von einer Kartellbehörde begehrt wird. Dieser Unterschied relativiert sich jedoch zumindest für das deutsche und das amerikanische Recht, wenn die geltende Darlegungs- und Beweislast im amerikanischen Recht und die traditionell restriktiven Tendenzen der deutschen Rechtsprechung berücksichtigt werden. Es ist daher auch nach der 9. GWB-Novelle davon auszu-

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gehen, dass eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen durch Kartellbehörden in der Regel weder im amerikanischen noch im deutschen Recht stattfindet. Im Ergebnis ist somit auch auf dem Feld des innerprozessualen Informationszugriffs eine Harmonisierung zu beobachten.

Auf dem Gebiet der freiwilligen Informationsübermittlung unterscheiden sich das amerikanische, das europäische und das deutsche Recht ebenfalls. Im Gegensatz zum amerikanischen sieht das deutsche Recht (und die Richtlinie 2014/104/EU) keine Anreize für eine derartige Informationsübermittlung in Schadensersatzprozessen durch Kronzeugen vor. Um eine entsprechende Kooperation im deutschen Recht zu fördern, sollten jedoch nicht die Vorschriften des amerikanischen Rechts rezipiert werden, da zu große Unterschiede zwischen dem deutschen und dem amerikanischen Kartelldeliktsrecht bestehen. Um eine ähnliche Anreizwirkung wie im amerikanischen Recht zu erzielen, ist es vorzugswürdig, eine Haftungsprivilegierung nachrangiger Kronzeugen im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs einzuführen und unter die Voraussetzung der Kooperation mit dem Schadensersatzkläger zu stellen. Angesichts dessen, dass es sich bei den Kronzeugen immer noch um Delinquenten handelt, sollte aber eine derartige Regelung im deutschen Recht erst aufgenommen werden, wenn die 9. GWB-Novelle nicht zu einer Überwindung der kartellrechtlichen Informationsasymmetrie führt.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Resümee

Bei einer Gesamtbetrachtung besteht im deutschen Recht seit der 9. GWB-Novelle ein dezidiertes Offenlegungssystem für Kronzeugeninformationen. Informationen von Kronzeugen sind absolut vor einer Offenlegung geschützt, wenn sie eigens für die Kooperation erstellt und an die Wettbewerbsbehörde übermittelt wurden (Kronzeugenerklärung). Andere Informationen von Kronzeugen – sog. bereits bestehenden Kronzeugeninformationen – sind nur im vorprozessualen Stadium vor einem unmittelbaren Zugriff geschützt, soweit sie sich im Besitz der Wettbewerbsbehörde befinden. Wenn die Informationen an den Kronzeugen nach Beendigung des Verfahrens zurückgegeben wurden, steht dem Inhaber des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs dagegen grundsätzlich ein Anspruch auf Offenlegung zu. Nach Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage oder einer Herausgabeklage kann der Kläger zudem die Wettbewerbsbehörde um Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen ersuchen. Ein Zugriff auf diese bereits bestehenden Kronzeugeninformationen reicht aber im Ergebnis nicht aus, um das Informationsbedürfnis der Geschädigten zu befriedigen. Kartellanten werden auch in Zukunft versuchen, so wenig Beweismittel wie möglich zu hinterlassen. Es ist daher anzunehmen, dass wesentliche Kronzeugeninformationen im deutschen Recht auch nach der 9. GWB-Novelle einem Zugriff durch Schadensersatzkläger entzogen sind. Das Risiko eines Effektivitätsverlusts für die Kronzeugenprogramme des Bundeskartellamts und der Europäischen Kommission ist vor diesem Hintergrund für das deutsche Recht als gering anzusehen.

Im europäischen Recht steht der Zugriff auf Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission – außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU – unter dem Vorbehalt einer Einzelfallabwägung. Ein vergleichbarer (ausdrücklicher) Offenlegungsschutz für bestimmte Kronzeugeninformationen wie im deutschen Recht besteht nicht. Dennoch sind Kronzeugeninformationen im Ergebnis grundsätzlich vor einem Informationszugriff durch Schadensersatzkläger geschützt. Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte hat für Kartellverfahrensakten eine Vermutung dahingehend entwickelt, dass der Schutz geschäftlicher Interessen und der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten im Kartellrecht durch eine Offenlegung von Dokumenten aus der Kartellverfahrensakte beeinträchtigt wird. Antragstellern wird es nur in seltenen

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausnahmefällen gelingen, diese Vermutung der Beeinträchtigung zu widerlegen oder ein überwiegendes öffentliches Interesse am Dokumentenzugang darzulegen. Wie im deutschen Recht ist daher das Risiko einer Offenlegung von Kronzeugeninformationen und einer Verwendung dieser Informationen in Schadensersatzklagen als gering anzusehen.

Auch im amerikanischen Recht sind Kronzeugeninformationen grundsätzlich vor einem Informationszugriff geschützt. Im vorprozessualen Stadium sind diese einem Zugriff beim Department of Justice durch verschiedene Ausnahmetatbestände des FOIA entzogen. Nach Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage kann sich das Department of Justice auf verschiedene *privileges* berufen, um eine Offenlegung zu verweigern. Dem Kronzeugen selbst stehen nach Rechtshängigkeit dagegen keine besonderen *privileges* zu. Er kann sich – wie andere Kartellbeteiligte auch – nur auf die allgemein geltenden *privileges* berufen oder eine *protective order* beantragen. Im Gegensatz zum deutschen und zum europäischen Recht besteht im amerikanischen Recht jedoch durch die Möglichkeit, Haftungsprivilegierungen zu erreichen, ein Anreiz für den Kronzeugen, mit Geschädigten zu kooperieren und ihnen Informationen zu übermitteln. Das Risiko eines Effektivitätsverlusts für Kronzeugenprogramme ist daher für das amerikanische Recht als noch geringer anzusehen als im deutschen und im europäischen Recht.

Überschaut man die vorstehenden Kapitel, hat die vorliegende Untersuchung im Ergebnis gezeigt, dass sich Kronzeugeninformationen grundsätzlich zur Substantiierung von Schadensersatzklagen eignen und Geschädigten helfen können, die Höhe ihres Schadens zu bemessen. Im deutschen, im europäischen und im amerikanischen Recht sind diese Informationen jedoch einem Informationszugriff durch Geschädigte entzogen, um die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme zu gewährleisten. Der Schutz der Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung genießt somit in der Regel Vorrang vor dem Kompensationsinteresse des Einzelnen. Geschädigte können daher Kronzeugeninformationen grundsätzlich nicht nutzen, um die Informationsasymmetrie in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen zu überwinden. Sie müssen vielmehr versuchen, eine Offenlegung von Informationen, die sie zur Substantiierung ihrer Klagen benötigen, im Verhältnis *inter partes* zu erreichen.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenfassung in Thesen

I. Spannungsverhältnis zwischen Schadensersatzklagen und Kronzeugenprogrammen

- Die ökonomischen Methoden, die für eine Schadensschätzung in kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen herangezogen werden, erfordern für die Schätzung des konkret entstandenen Schadens viele Daten.[1607]
- Das Informationsgefälle zwischen Schadensersatzklägern und den beklagten Kartellmitgliedern kann durch einen Zugriff auf Informationen aus Kronzeugenprogrammen gemindert werden. Diese Informationen entsprechen im Wesentlichen den Informationen, die von der Europäischen Kommission als nützlich angesehen werden, um wettbewerbsmäßige Marktkonditionen zu rekonstruieren.[1608]

II. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen in der Rechtsprechung des EuGH

- Der EuGH hat in den Entscheidungen „Pfleiderer" und „Donau Chemie" für den Fall, dass Schadensersatzkläger die Offenlegung von Kronzeugeninformationen aus mitgliedstaatlichen Kartellverfahren begehren, eine Pflicht zur Einzelfallabwägung durch das zuständige Gericht aus Art. 101 ff. AEUV entwickelt. Ein generell-abstrakter Offenlegungsschutz von Kronzeugeninformationen verstößt daher gegen primärrechtliche Grundsätze.[1609]
- Bei der Interessenabwägung müssen insbesondere das Schadensersatzinteresse und das Interesse an der Effektivität der Kronzeugenprogramme gegeneinander abgewogen werden. Kein Interesse genießt einen grundsätzlichen Vorrang vor dem anderen Interesse.[1610]
- Zudem kann die Offenlegung nach Auffassung des EuGH nur bei konkreter Gefährdung der Kronzeugenprogramme versagt werden; die Beurteilung einer konkreten Gefahr ist jedoch schwierig.[1611]

1607 Vgl. § 1 B.
1608 Vgl. § 2 B IV.
1609 Vgl. § 3 A. II., B. II.
1610 Vgl. § 3 A. II.
1611 Vgl. § 3 B. II.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. **Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im deutschen Recht**

Die Wahrscheinlichkeit einer Offenlegung von Kronzeugeninformationen und ein daraus resultierendes Risiko eines Effektivitätsverlusts des Kronzeugenprogramms sind im deutschen Recht als gering zu erachten:

- Vor der 9. GWB-Novelle wurde der Zugriff auf Kronzeugeninformationen beim Bundeskartellamt im Wege des Akteneinsichtsrechts gem. § 406e StPO i.V.m. § 46 OWiG und des Aktenauskunftsrechts gem. § 475 StPO i.V.m. § 46 OWiG insbesondere aufgrund eines Vertrauensschutzes,[1612] der aus der Praxis des Bundeskartellamts und der Bonusmitteilung abgeleitet wurde, als entgegenstehendes (überwiegendes) Interesse gem. § 406e Abs. 2 S. 1 StPO bzw. § 475 Abs. 1 S. 2 StPO und aufgrund der Gefährdung des Untersuchungszwecks[1613] gem. § 406e Abs. 2 S. 2 StPO bzw. § 477 Abs. 2 S. 1 StPO versagt. Ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen war daher vor der 9. GWB-Novelle nicht möglich.[1614]
- Nach der 9. GWB-Novelle ist ein vorprozessualer Zugriff auf Kronzeugeninformationen beim Bundeskartellamt anhand der §§ 406e, 475 StPO nur noch in stark zusammengefasster Form in Bußgeldbescheiden und damit mittels dieser Rechtsgrundlagen grundsätzlich nicht mehr möglich.[1615]
- Nach der 9. GWB-Novelle ist zwischen dem Zugriff auf Kronzeugenerklärungen und bereits bestehenden Kronzeugeninformationen zu differenzieren.
- Kronzeugenerklärungen werden *inter partes* durch den Ausschlusstatbestand des § 33g Abs. 4 Nr. 1 GWB und bei prozessualen Offenlegungsersuchen gegenüber einer Wettbewerbsbehörde durch das Verweigerungsrecht gem. § 89c Abs. 4 Nr. 1 GWB geschützt.[1616]
- Wie das Offenlegungs- und Verwendungsverbot für Kronzeugenerklärungen, das in der Richtlinie 2014/104/EU normiert ist, verstoßen diese Regelungen gegen das aus dem Primärrecht entwickelte Gebot der konkreten Einzelfallabwägung und stellen einen nicht gerechtfertigten Eingriff in das Recht auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 47 GRCh dar; eine Haftungsprivilegierung der Kronzeugen ist ein milderes Mittel zur

---

1612 Vgl. § 4 A. II. 4. a) dd).
1613 Vgl. § 4 A. II. 5.
1614 Vgl. § 4 A. III.
1615 Vgl. § 4 C. IV. 2. b) aa).
1616 Vgl. § 4 C. III.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Harmonisierung der privaten und der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung.[1617]

- Im Gegensatz zu der Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle kann die Offenlegung von Kronzeugeninformationen, die unabhängig von dem behördlichen Verfahren vorliegen, auf Antrag *inter partes* gerichtlich angeordnet werden. Der Nutzen des Verfahrens ist aber fraglich, da Kartellanten grundsätzlich vermeiden, Beweismittel zu hinterlassen.[1618]
- Das prozessuale Offenlegungsverfahren der Richtlinie ist dem *Common Law* näher und den kontinental-europäischen Rechtssystemen fremd, wie insbesondere der weite Anwendungsbereich des Offenlegungsverfahrens und die niedrigen Bestimmtheitsanforderungen zeigen.[1619]
- Der deutsche Gesetzgeber hat sich trotz der prozessualen Ausgestaltung des Offenlegungsverfahrens bei der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU durch die Einführung des § 33g GWB als materiellrechtlichen Anspruch für den traditionellen Ansatz des deutschen Rechts, Informationsdefizite durch materiell-rechtliche Ansprüche zu lösen, entschieden.[1620]
- Aufgrund des prozessualen Charakters des Offenlegungsverfahrens der Richtlinie 2014/104/EU ist der Anspruch gem. § 33g GWB durch verfahrensrechtliche Begriffe geprägt.[1621]
- Die Effektivität des behördlichen Verfahrens als Regelbeispiel erweitert die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Richtlinie 2014/104/EU *inter partes* und kann bei extensiver Auslegung zu einer unzulässigen Beschränkung des Zugangs zu bereits bestehenden Kronzeugeninformationen im deutschen Recht führen.[1622]
- Das Offenlegungsverfahren bei Behörden und Gerichten gem. § 89c GWB ähnelt der Beiziehung von Kronzeugendokumenten gem. §§ 273, 432 ZPO, die vor der 9. GWB-Novelle galt, und führt im Vergleich zur Richtlinie 2014/104/EU zu einer weiteren Ermessens- und Verhältnismäßigkeitsprüfung.[1623]
- Vergleicht man die Rechtslage vor und nach der 9. GWB-Novelle, haben die eingeführten Regelungen in Bezug auf Kronzeugeninformationen, die unter den Begriff Kronzeugenerklärung fallen, zu keiner we-

---

1617 Vgl. § 4 B. II. 2. b) und § 4. C. III.
1618 Vgl. § 4 C. IV., D.
1619 Vgl. § 7 C. II. und III.
1620 Vgl. § 4 C. II. 1.
1621 Vgl. § 4 C II. 1., IV. 1.
1622 Vgl. § 4 C IV. 1. b) ee) (1) (e).
1623 Vgl. § 4 C. IV. 2. b) ff).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sentlichen Änderung geführt, da diese Informationen auch schon vor der 9. GWB-Novelle einem Zugriff durch Geschädigte entzogen waren. Wie das Offenlegungs- und Verwendungsverbot der Richtlinie 2014/104/EU verstoßen die Regelungen gegen das europäische Primärrecht.[1624] Anders ist dies in Bezug auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen, die seit der 9. GWB-Novelle grundsätzlich einer Offenlegung nicht entzogen sind.[1625]

IV. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission

Im europäischen Recht sind die Wahrscheinlichkeit einer Offenlegung von Kronzeugeninformationen und ein daraus resultierendes Risiko eines Effektivitätsverlusts des Kronzeugenprogramms der Europäischen Kommission außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU als gering zu erachten:

- Im europäischen Recht können Geschädigte außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU den Zugang zu Dokumenten gem. Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 beantragen, der grundsätzlich auch Kartellverfahrensakten und Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission umfasst.[1626]
- Als wirtschaftsbezogene Informationen werden Kronzeugeninformationen vom Versagungstatbestand des Schutzes geschäftlicher Interessen i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 erfasst, solange sie wettbewerbsrelevant und nicht erforderlich sind, um die Zuwiderhandlung nachzuweisen und die Kommissionsentscheidung nachzuvollziehen.[1627]
- Als Ermittlungsinformationen werden Kronzeugeninformationen vom Versagungstatbestand des Schutzes des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten (vgl. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001) erfasst, unabhängig davon, ob sie aus laufenden oder aus beendeten Verfahren stammen.[1628]
- Bei einem Antrag auf Offenlegung von Dokumenten aus Kartellverfahrensakten wird vermutet, dass der Schutz geschäftlicher Interessen und der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittä-

1624 Vgl. § 4 D.
1625 Vgl. § 4 D.
1626 § 5 B. I. und II.
1627 § 5 B. IV. 2. a) aa).
1628 § 5 B. IV. 2. a) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tigkeiten beeinträchtigt wird, um eine kohärente Anwendung der VO 1/2003 und der VO 1049/2001 zu gewährleisten.[1629]

– Schadensersatzklagen können ein öffentliches Interesse i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 darstellen, wenn der Antragsteller darlegt, dass keine andere Möglichkeit besteht, die erforderlichen Beweise zu erhalten. Bei Notwendigkeit des Informationszugangs für die Durchsetzung der Schadensersatzklage erfolgt eine Abwägung des Informationsinteresses mit den durch die Ausnahmen geschützten Interessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Die Notwendigkeit des Informationszugangs darzulegen, ist jedoch eine schwer zu überwindende Hürde für Geschädigte und Schadensersatzkläger.[1630]

V. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht

Die Gefahr eines Attraktivitätsverlusts der Kronzeugenprogramme ist im amerikanischen Recht als gering anzusehen:

– *Inter partes* können sich Kronzeugen gegen *discovery*-Anordnungen nur durch die Beantragung von *protective orders* oder die Geltendmachung von *privileges* verteidigen. Ein absoluter Offenlegungsschutz besteht im Gegensatz zum deutschen Recht nicht.[1631]
– Anders als im deutschen Recht muss der Kronzeuge im Zivilprozess jedoch keine Benachteiligung im Vergleich zu den anderen Kartellanten fürchten, da das amerikanische Recht mit dem *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA) die Möglichkeit geschaffen hat, bei Kooperation des Kronzeugen den dreifachen Schadensersatz zu reduzieren und die gesamtschuldnerische Haftung zu erlassen.[1632]
– Das Department of Justice kann einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen im Rahmen des *discovery*-Verfahrens verhindern, indem es sich auf das *law enforcement investigatory privilege* oder *informers' identity privilege* beruft. Beim *law enforcement investigatory privilege* besteht eine Vermutung zugunsten der Schutzwürdigkeit der behördlichen Dokumente, die nur durch die Darlegung eines zwingenden Grundes für die Offenlegung widerlegt werden kann. Der auch im amerikanischen

1629 § 5 B. IV. 2. b).
1630 § 5 B IV. 2. c).
1631 § 6 C. I. 5. b) aa).
1632 § 6 C. II.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Recht befürchtete *chilling effect* führt bei der Abwägung grundsätzlich dazu, dass eine Offenlegung abgelehnt wird.[1633]

– Einem Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach dem *Freedom of Information Act* stehen der Schutz bestimmter wirtschaftlich bedeutender Informationen (Exemption 4 FOIA),[1634] der Schutz der Identität natürlicher Informanten (Exemption 7(C) FOIA),[1635] der Schutz laufender Verfahren (Exemption 7(A) FOIA)[1636] und der Schutz von Ermittlungsverfahren (Exemption 7(D) FOIA)[1637] entgegen. Dem FOIA kommt daher in der Rechtspraxis als Rechtsgrundlage für einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen eine untergeordnete Bedeutung zu.[1638]

VI. **Ein rechtsvergleichender Rundblick**

– Die Unterschiede bei der Ausgestaltung des Offenlegungsschutzes im amerikanischen Recht (Einzelfallabwägung), im europäischen Recht außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU (Einzelfallabwägung) sowie der Richtlinie 2014/104/EU und dem deutschen Recht (partielles Offenlegungs- und Verwendungsverbot) relativieren sich, wenn die Darlegungs- und Beweislast berücksichtigt wird.[1639]
– Im deutschen Recht könnte – in Anlehnung an das amerikanische Recht – ein Anreiz für einen freiwilligen Informationstransfer durch die Kronzeugen an die Schadensersatzkläger in Form einer leistungsbezogenen Haftungsprivilegierung im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs geschaffen werden.[1640]

1633 § 6 C. I. 5. a) bb).
1634 § 6 C. III. 2. a).
1635 § 6 C. III. 2. c).
1636 § 6 C. III. 2. b).
1637 § 6 C. III. 2. d).
1638 § 6 C. III. 3.
1639 § 7 C. IV.
1640 § 7 D. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literaturverzeichnis

ABA Section of Antitrust Law,
– Antitrust Evidence Handbook, 2. Auflage, Chicago, Ill., 2002
– Antitrust Developments, 7. Auflage, Chicago Ill. 2012

Adler, David B., US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess, Berlin 2014

Albrecht, Stephan, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle, Baden-Baden 2008

Alexander, Christian, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, Tübingen 2010

Allman, Thomas Y., The Proportionality Principles after 2015 Amendments, 83 Def. Couns. J. (2016), 241-248, abrufbar unter Westlaw

Anderson, David/*Cuff*, Rachel, Cartels in the European Union: Procedural Fairness for Defendants and Clamaints, 34 Fordham Int'l. L. J. (2011), 385, 418

Areeda, Philipp E./*Hovenkamp*, Herbert, Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Band II, 3. Auflage, Austin [u.a.] 2007, ¶ 300-¶ 321

Areeda, Philipp E./*Hovenkamp*, Herbert/*Blair*, Roger D./*Durrance*, Christine Piette, Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Band IIA, 3. Auflage, Austin [u.a.] 2007, ¶ 325-¶ 399 (zitiert: *Areeda/Hovenkamp/Blair/Durrance*, Antitrust Law (2007), ¶)

Bach, Albrecht/*Wolf*, Christoph, Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht – Zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung, NZKart 2017, 285-291

Bakowitz, Michael, Informationsherrschaft im Kartellrecht, Der Umgang mit Dokumenten im Besitz der Wettbewerbsbehörden, Baden-Baden 2018

Bartelt, Sandra, Case T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation v. Commission*, Judgement of the First Chamber (Extended composition) of the Court of First Instance of 13 April 2004, CMLR 43 (2006), 191-206

Barth, Uli/*Bongard*, Christian, Gesamtwirtschaftliche Analyse: Die große Unbekannte der Mehrerlösermittlung, WuW 2009, 30-44

Basedow, Jürgen (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Alphen aan den Rijn 2007

Bechtold, Rainer, GWB, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 7. Auflage, München 2013

Bechtold, Rainer/*Bosch*, Wolfgang/*Brinker*, Ingo/*Hirsbrunner*, Simon, EU-Kartellrecht, Kommentar, 3. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht)

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bechtold, Stefan/*Jickeli*, Joachim/*Rohe*, Matthias (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011

BeckOK StPO, herausgegeben von Jürgen-Peter Graf, 28. Edition, Stand: 1.7.2017, abrufbar unter beck-online

BeckOK ZPO, herausgegeben von Volkert Vorwerk/ Christian Wolf, 26. Edition, Stand: 15.9.2017, abrufbar unter beck-online

Becker, Rainer, Kartellrechtlicher Schadensersatzklagen á l'américaine?, in: Möschel/Bien (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen?, Baden-Baden 2010, S. 37-70

Behrens, Peter/*Hartmann-Rüppel*, Marco/*Herrlinger*, Julius (Hrsg.), Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, Baden-Baden 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder (2010))

Beninca, Jürgen, Schadensersatzansprüche von Kunden eines Kartells?, WuW 2004, 604-608

Bentley, Philip/*Henry*, David, Antitrust Damages Actions: Obtaining Probative Evidence in the Hands of Another Party, World Competition 2014, 271-291

Bergström, Maria/*Iacovides*, Marios C./*Strand*, Magnus (Hrsg.), Harmonising EU competition litigation, Oxford and Portland, Oregon 2016

Berman, Kenneth R., Reinventing Discovery under the new Federal Rules, 42 Litigation 3 (2016), 22-29

Bernhard, Jochen, Schadensberechnung im Kartellzivilrecht vor und nach dem „Praktischen Leitfaden" der Europäischen Kommission, NZKart 2013, 488-494

Beumer, A.E./*Karpetas*, A., The Disclosure of Files and Documents in EU Cartel Cases: Fairytale or Reality?, ECJ 2012, 123-151

Bien, Florian,

– Die Rechtzeitigkeit des Beiladungsantrags – Konsequenzen für den gerichtlichen Rechtsschutz im Kartellverfahren, WuW 2009, 166-179
– Überlegungen zu einer haftungsrechtlichen Privilegierung des Kartellkronzeugen, EuZW 2011, 889- 891

Blanke, Gordon/*Nazzini*, Renato (Hrsg.), International Competition Litigation, A Multi-Jurisdictional Handbook, Alphen aan den Rijn, 2012

Böge, Ulf, Leniency Programs and the Private Enforcement of European Competition Law, in: Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Baden-Baden 2007, S. 217-227

Böge, Ulf/*Ost*, Konrad, Up and Running, or is it? Private enforcement – the Situation in Germany and Policy Perspectives, E.C.L.R. 2006, 197-205

Böhm, Ulrike, Amerikanisches Zivilprozessrecht, Köln 2005

Bonomi, Andrea/*Nadakavukaren Schefer*, Krista, U.S. Litigation Today: Still a Threat For European Business or Just a Paper Tiger?, Conference proceedings from the 29th Journeé de droit international privé of 23 June 2017, Genf [u.a.] 2018 (zitiert: *Autor*, in: Bonomi/Nadakavukaren Schefer, U.S. Litigation Today (2018))

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bork, Reinhard/Eger, *Thomas/Schäfer*, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, Tübingen 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bork/Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts (2009))

Bornkamm, Joachim, Wem stehen die zivilrechtlichen Ansprüche bei Kartellverstößen zu?, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger (Hrsg.), Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, Baden-Baden 2010, S. 51-64 (zitiert: *Bornkamm*, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger (Hrsg.), Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder (2010))

Brammsen, Joerg, Der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gem. Art. 14 GG, DÖV 2007, 10-17

Broder, Douglas F./*Maitland-Walker*, Julian, A Guide to US Antitrust Law, London 2005

Bronett, Georg-Klaus de

– Europäisches Kartellverfahrensrecht, Kommentar zur VO 1/2003, 3. Auflage, Köln 2014
– Die 9. GWB-Novelle – Kein Beitrag zur Beseitigung des „Enforcement-Flickenteppichs" des Kartellrechts in der EU, NZKart 2017, 46-47

Brown, Daniel/*O'Connor*, Eric, United States of America, in: Blanke/Nazzini (Hrsg.), International Competition Litigation, A Multi-Jurisdictional Handbook, Alphen aan den Rijn 2012, S. 799-893

Brunner, Uli/*Bacher*, Philip, Ermittlung von Kartellschäden für die zivilrechtliche Geltendmachung – eine Gebrauchsanleitung, NZKart 2017, 345-351

Buccirossi, Paolo/ *Marvão*, Catarina Moura Pinto/*Spagnolo*, Giancarlo, Leniency and Damages, November 2015, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=2566774

Bueren, Eckart,

– Akteneinsicht Dritter im Vergleichsverfahren – Viel Wissen, viel Ärger?, ZWeR 2011, 74-93
– Verständigungen – Settlements im Kartellbußgeldverfahren, Eine Untersuchung des Vergleichsverfahrens der Kommission mit einer rechtsvergleichenden und rechtsökonomischen Analyse, Baden-Baden 2011
– Transactional resolutions in German competition law & merger control, Max Planck Private Law Research Paper No. 14/18, 21.12.2014, abrufbar unter http://ssrn.com/abstract=2540484

Calliess, Christian/*Ruffert*, Matthias, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, herausgegeben von Christian Calliess/Matthias Ruffert, 5. Auflage, München 2016, abrufbar über beck-online (zitiert: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV)

Canenbley, Cornelius/*Steinvorth*, Till,

– Kartellbußgeldverfahren, Kronzeugenreglungen und Schadensersatz – Liegt die Lösung des Konfikts „de lege ferenda" in einem einheitlichen Verfahren? in: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft, 50 Jahre FIW: 1960 bis 2010, Festschrift, Köln 2010, S. 143-160
– Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions? JECLaP 2011, 315-326

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Caruso, Antonio, Leniency Programmes and the Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission, JECLaP 2010, 453-477

Castenholz, Frank, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 2004

Cauffmann, Caroline, The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages, CompLRev 2011, 181-220

Cecil, Joe S./*Cort*, George W./*Williams*, Margaret S./*Bataillon*, Jared J., Motions to Dismiss for Failure to State a Claim After *Iqbal,* Report to Judicial Conference Advisory Committee on Civil Rules, Federal Judicial Center, 2011 (zitiert: Federal Judicial Center, Motions to Dismiss for Failure to State a Claim after Iqbal (2011))

Cecil, Joe S./*Cort*, George W./*Williams*, Margaret S./*Bataillon*, Jared J./*Campbell*, Jacqueline G., Update on Resolution of Rule 12 (b) (6) Motions Granted with Leave to Amend, Report to the Judicial Conference Advisory Committee on Civil Rules, Federal Judicial Center 2011 (zitiert: Federal Judicial Center, Update on Resolution of Rule 12(b)(6) (2011))

Classen, Ulrich, Private Enforcement in der Praxis, in: Sanktionen im Kartellrecht, Referate des 44. FIW-Symposiums, Heft 237, Köln 2011, S. 41-62 (zitiert: *Classen*, in: Sanktionen im Kartellrecht (2011))

Clermont, Kevin M./*Sherwin*, Emily, A Comparative View of Standards of Proof?, 50 Am. J. Comp. L. 2002, 243-275

Clermont, Kevin M./*Yeazell*, Stephan C., Inventing Tests, Destabilizing Systems, 2009, abrufbar unter http://ssrn.com/abstract=1448796

Conley, Amanda/*Datta,* Abupam/*Nissenbaum,* Helen/*Sharma*, Divya, Sustaining Privacy and Open Justice in the Transition to Online Court Records: A Multidisciplinary Inquiry, 71 Md. L. Rev. (2012), 772-847, abrufbar unter HeinOnline

Dabbah, Maher M. /*Hawk*, Barry E., Anti-Cartel Enforcement Worldwide, Volume III, Pakistan to Venezuela, Cambridge [u.a.] 2009

Dawirs, Gordon, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen im Private Enforcement unter Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, Baden-Baden 2017 (zitiert: *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017))

Dawson, Martha J./*Kelly,* Bree, The next Generation: Upgrading Proportionality for a New Paradigm, 82 Def. Couns. J. (2015), 434-446, abrufbar unter HeinOnline

Denoth, Seraina, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht, Zürich/St. Gallen 2012

Diemer, Christian, The Green Paper on Damages Actins for Breach of the EC Antitrust Rules, E.C.L.R. 2006, 309-316

Dietl, Clara-Erika/*Lorenz*, Egon, Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik, 6. Auflage, München 2000

Dittrich, Alfred, Kronzeugenanträge und Rechtsschutz, WuW 2012, 133-141

Dittrich, Johannes, Der passing-on-Einwand und die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells, GRUR 2009, 123-128, abrufbar unter beck-online

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dose, Michael, Die 9. GWB-Novelle und der Verbraucherschutz, VuR 2017, 297-302

Dreher, Meinrad,

– Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung für den kartellrechtlichen Schadensersatzprozess, ZWeR 2008, 325-347
– Die Haftungsverteilung bei der gesamtschuldnerischen kartellrechtlichen Schadensersatzhaftung, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 148-167 (zitiert: *Dreher*, in: FS Möschel (2011))

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Tübingen 2013 (zitiert: Bearbeiter, in: Dreier, GG, Art.)

Druckman, Karen Topaz, U.S. Dicovery Rules. Risks for Foreign Corporations and In-House Counsel in Litigation in the U.S., in: Bonomi/Nadakavukaren Schefer, U.S. Litigation Today (2018), 165-183

Dück, Hermann/*Eufinger*, Alexander/*Schultes*, Marion, Das Spannungsverhältnis zwischen kartellrechtlicher Kronzeugenregelung und Akteneinsichtsanspruch nach § 406e StPO, EuZW 2011, 418-421

Dworschak, Sebastian/*Maritzen*, Lars, Einsicht – Der erste Schritt zur Besserung?, Zur Akteneinsicht in Kronzeugendokumente nach dem Donau-Chemie Urteil des EuGH, WuW 2013, 829-844

Eilsmansberger, Thomas, The Green Paper on Damages Action for the Breach of EC Antitrust Rules and Beyond: Reflections on the Utility and Feasibility of Stimulating Private Enforcement through Legislative Action, CMLR 2007, 431-478

Elhauge, Einer/*Geradin*, Damien, Global Competion Law and Economics, Oxford und Portland, Oregon 2011

Ellger, Reinhard, Kartellschaden und Verletzergewinn, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 191-226 (zitiert: *Ellger*, in: FS Möschel (2011))

Fiedler, Lilly, Der aktuelle Richtlinienvorschlag der Kommission – der große Wurf für den kartellrechtlichen Schadensersatz?, BB 2013, 2179-2186

Fiedler, Lilly/*Huttenlauch*, Anna Blume, Der Schutz von Kronzeugen- und Settlementerklärungen vor der Einsichtnahme durch Dritte nach dem Richtlinien-Vorschlag der Kommission, NZKart 2013, 350-355

Fornasier, Matteo/*Sanner*, Julian Alexander, Die Entthronung des Kronzeugen? Akteneinsichtsrecht im Spannungsfeld zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung nach Pfleiderer, WuW 2011, 1067-1080

Frenz, Walter, Die Anwaltsrichtlinie: Vom europäischen Anwalt zum deutschen Rechtsanwalt, AnwBl 2012, 138-143

Fritsche, Alexander, 8. GWB-Novelle – Überblick über den Regierungsentwurf, DB 2012, 845-853

Frye, Bernhard, Anm. zu LG Mühlhausen, Beschl. vom 25.09.2005 – 9 Qs 21/05, wistra 2006, 78-79

Gamble, Roger, The European embrace of private enforcement: this time with feeling, E.C.L.R. 2014, 469-479

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Genetin, Bernadette Bollas, Just a Bit Outside/ Proportionality in Federal Discovery and the Institutional Capacity of Federal Courts, 34 Rev. Litig. (2015), 655-703

Ginsburg, Douglas H., Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe, 1 JCLE (2005), 427-439

Glöckner, Jochen, Verfassungrechtliche Fragen um das Verhältnis staatlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung, WRP 2015, 410-421

Goddin, Gaëtane, Recent Judgements Regarding Transparency and Access to Documents in the Field of Competition Law: Where does the Court of Justice of the EU Strike the Balance?, JECLaP 2011, 10-23

Göhler, Erich (Begr.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, fortgeführt von Gürtler, Franz/Seitz, Helmut, 17. Auflage, München 2017

Gomez-Velez, Natalie, Internet Access to Court Records – Balancing Public Access and Privacy, 51 Loyola L. Rev. (2005), 365-438, abrufbar unter https://ssrn.com/abstract=904209

Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, EUV/AEUV, herausgegeben von Martin Nettesheim, München, abrufbar unter beck-online (zitiert: *Bearbeiter,* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union)

Grasso, Roberto, The E.U. Leniency Program and U.S. Civil Discovery Rules: A Fraternal Fight?, 29 Mich. J. Int'L. (2007-2008), 565-604

Greenwald, David/*Russenberger*, Marc (Hrsg.), Privilege and Confidentiality, An International Handbook, 2. Auflage, Haywards Health 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Greenwald/Russenberger, Privilege and Confidentiality (2012))

Greenwald, David M./*Schaner*, Lawrence S., Legal Privilege in the United States, in: Greenwald/Russenberger (Hrsg.), Privilege and Confidentiality, Haywards Health 2012, S. 323-339

Grimm, Paul W., Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rule of Civil Procedure, 36 Rev. Litig. (2017), 117-192

Groeben, Hans von der/*Schwarze*, Jürgen/*Hatje*, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Auflage, Baden-Baden 2015 abrufbar über beck-online

Groussot, Xavier/*Pierce*, Justin, Transparency and Liability in Leniency Programms: A Question of Balancing?, in: Bergström/Iacovides/Strand (Hrsg.), Harmonising EU competition litigation, Oxford and Portland, Oregon 2016 (zitiert: *Groussot/Pierce*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU competition litigation (2016))

Gugler, Klaus/*Schumacher,* Florian, Schadensersatz bei Kartellverstößen, Wien 2015

Gussone, Peter,

– OLG Hamm: Das Recht der Zivilgerichte auf Einsicht in Akten über Kartellordnungswidrigkeiten, Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 26.11.2013 – III-1 VAs 116 -120/13 u.a. – Einsicht in Strafakten, BB 2014, 526-533
– Deutschland verpasst Finale – die Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie, WuW 2016, 393

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gussone, Peter/*Maritzen*, Lars, Anm. zu EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 6.6.2013 – C-536/11 (Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie AG u. a.), EWS 2013, 292-294

Gussone, Peter/*Michalczyk*, Roman, Der Austausch von Informationen im ECN – wer bekommt was wann zu sehen?, EuZW 2011, 130-134

Haas, Matthias/*Dittrich*, Johannes, BGH: Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells und Zulässigkeit der „Passing-On-Defence" – ORWI, LMK 2012, 327348, Amerkung zu BGH, Urteil vom 28.6.2011 – KZR 75/10, abrufbar über juris

Häfele, Sebastian, Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung, Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Akteneinsichts- und Dokumentenzugangsrechte von Kartellgeschädigten, Hamburg 2013

Hammond, Scott D.,

- Detecting And Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program, International Workshop on Cartels, 21./22.11.2000, abrufbar unter https://www.justice.gov/atr/speech/detecting-and-deterring-cartel-activity-through-effective-leniency-program
- When Calculating the Costs and the Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Would You Put a Price Tag on an Individual Freedom?, 15th Annual National Institute on White Collar Crime, 8.3.2001, abrufbar unter http://www.justice.gov/atr/public/speeches/7647.pdf
- The U.S. Model of Negiotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits for All, OECD Competition Committee Working Party No. 3, Paris, France October 2006, abrufbar unter https://www.justice.gov/atr/speech/us-model-negotiated-plea-agreements-good-deal-benefits-all
- Recent Developments, Trends, and Milestones in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, ABA Section of Antitrust Law, 56. Annual Spring Meeting, 26.03.2008 abrufbar unter http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/232716.htm
- The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades, 24th Annual National Institute on White Collar Crime (25.2.2010); abrufbar unter http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.pdf

Hammond, Scott D./*Barnett*, Belinda A., Frequently Asked Questions Regarding Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters, November 2008, abrufbar unter http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0092

Hansen, Marc/*Crocco*, Luca/*Kennedy*, Susan, Challenges to International Cartel Enforcement and Multi-Jurisdictional Leniency Applications – Disclosure of Leniency Applicant Statements and Materials, 2012, abrufbar unter https://www.lw.com/presentations/challenges-to-international-cartel-enforcement

Hardaway, Robert/*Berger*, Dustin D./*DeField*, Andrea, E-Discovery's Threat to Civil Litigation: Reevaluating Rule 26 for the Digital Age, 63 Rutgers L. Rev (2010-2011), 521-597

Harms, Rüdiger/*Petrasincu*, Alex, Die Beiziehung von Ermittlungsakten im Kartellzivilprozess – Möglichkeit zur Umgehung des Schutzes von Kronzeugenanträgen?, NZKart 2014, 304-310

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Harte-Bavendamm, Henning/*Henning-Bodewig*, Frauke, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 3. Auflage, München 2013, abrufbar unter beck-online (zitiert: *Bearbeiter*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG)

Hauger, Nils F.W./*Palzer*, Christoph, Verweigerung der Einsichtsnahme in Bonusanträge nach EuGH „Pfleiderer" – die Folgeentscheidung des AG Bonn vom 18.1.2012 – 52 Gs 53/09, EWS 2012, 124-130

Haus, Florian C./*Serafimova*, Mariya, Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße – die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen, BB 2014, 2883-2890

Hauser, Sebastian Max/*Titze*, Laura, Unzugänglichkeitsvermutung für Dokumente aus dem Fusionskontrollverfahren, GWR 2012, 567-568

Hawk, Barry/*Eckles*, Paul M./*Reinhart*, Tara/*Seward*, John/*Trujillo*, Geralyn/*Beck*, Monica/*Shivnarain*, Dwayne/*Hough*, Steven/*Duff*, Kathleen, United States, in: Dabbah/Hawk (Hrsg.), Anti-Cartel Enforcement Worldwide, Volume III, Pakistan to Venezuela, Cambridge [u.a.] 2009, (zitiert: *Hawk/Eckles/Reinhart et al.*, in: Dabbah/Hawk, Anti-Cartel Enforcement Worldwide (2009), Volume III, USA)

Hawthorne, Donald W., Recent Trends in Federal Antitrust Class Actions, 24 Antitrust (Summer 2010), 58-61, abrufbar unter Westlaw

Hay, Peter, US-amerikanische Recht, 6. Auflage, München 2015

Heinichen, Christian, Akteneinsicht durch Zivilgerichte in Kartellschadensersatzverfahren, NZKart 2014, 83-92

Hellmann, Hans-Joachim/*Steinbrück*, Ben, Discovery Light – Informations- und Beweisbeschaffung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen, NZKart 2017, 164-175

Hempel, Rolf,

- Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse, Baden-Baden 2002
- Private Follow-On-Klagen im Kartellrecht, WuW 2005, 137-146
- Fischzüge bei der Kommission – Informationsbeschaffung für kartellrechtliche Schadensersatzklagen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 265-280 (zitiert: *Hempel*, in: FS Möschel (2011))
- Access to DG Competition's File: An Analysis of Recent EU Court Case Law, E.C.L.R. 2012, 195-202
- Akteneinsicht durch Schadensersatzkläger – Donau Chemie, Anmerkung zu EuGH (Erste Kammer), Urt. v. 6. 6. 2013 – C-536/11 (Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie AG u. a.), EuZW 2013, 589-591, abrufbar über beck-online
- An der schönen blauen Donau – Akteneinsicht in Kronzeugenanträge im Fluss, ZWeR 2014, 203-227
- Einsicht in Kartellverfahrensakten nach der Transparenzverordnung – Neues aus Luxemburg, EuZW 2014, 297-300, abrufbar über beck-online

Henry, Karen A. /*Palacios*, Diana, Proportionality: Finally, a Tool to Help Media Defendants Achieve Rule 1's Promise, 32-WTR Comm. Law. (2016), 24-27, abrufbar unter Westlaw

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Henry, Roxann E., Leniency Program for Antitrust Violations, Prac. L. Practice Notice 6-500-4245 (2018), abrufbar unter Westlaw

Herdegen, Matthias, Europarecht, München 2017

Herrlinger, Justus, Der Zugang zu Beweismitteln, Ist das Kartellrecht eine „Blackbox" für den Kläger?, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger (Hrsg.), Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, Baden-Baden 2010, S. 65-72 (zitiert: *Herrlinger*, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder (2010))

Herrmann, Mark/*Beck*, James M./*Burbank*, Stephen B., Debate, Plausible Denial: Should Congress Overrule *Twombly* and *Iqbal*?, 158 U. Pa. L. Rev. PENNumbra (2009), 141-165

Hetzel, Philipp, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht, Anwendung und Auslegung von Vorschriften über den Erlass oder die Ermäßigung von Geldbußen im Lichte elementarer Rechtsgrundsätze, Baden-Baden 2004

Higginbotham, Patrick, Foreword, 49 Ala. L. Rev. (1997), 1-6

Hilger, Hans,

– Über den Begriff des Verletzten im Fünften Buch der StPO, GA 2007, 287-295
– Zur Akteneinsicht Dritter in von Strafverfolgungsbehörden sichergestellte Unterlagen (Nr. 185 IV RiStBV), NStZ 1984, 541-542

Hoffmann, Niels, Die Akteneinsicht des „Verletzten" nach § 406e StPO, StRR 2007, 249-255

Hofmann, Herwig C.H./*Rowe*, Gerard C./*Türk*, Alexander H., Administrative Law and Policy of the European Union, Oxford [u.a.] 2011

Hölzel, Norman, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht, Ermittlungsinstrument unter Reformzwang, Halle an der Saale 2011

Hommerich, *Christoph/Prütting*, *Hanns/Ebers*, *Thomas/Lang*, *Sonja/Traut*, *Ludger*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis, Evaluation ZPO-Reform, Köln 2006 (zitiert: *Hommerich et al.*, Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts)

Hooghoff, Kai, Auch indirekte Abnehmer haben einen Schadensersatzanspruch gegen Kartellteilnehmer, Anm. zu BGH, Urteil vom 28.6.2011 – KZR 75/10 (ORWI), GWR 2012, 19, abrufbar unter beck-online

Hösch, Antonia, Der schadensrechtliche Innenausgleich zwischen Kartellrechtsverletzern, Baden-Baden 2015

Howard, Anneli, The Draft Directive on Competition Law Damages – What does it mean for infringers and victims?, E.C.L.R. 2014, 51-55

Hülsen, Philipp von/*Kasten*, Boris, Passivlegitimation von Konzernen im Kartell-Schadensersatzprozess? – Gedanken zur Umsetzung der Richtlinie 201/104/EU, NZKart 2015, 296-307

Hüschelrath, Kai, Public Enforcement of Anti-Cartel Laws – Theory and Empirical Evidence, in: Hüschelrath/Schweitzer, Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe, Heidelberg, Berlin [u.a.] 2014, 9-37

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hüschelrath, Kai/*Schweitzer,* Heike(Hrsg.) , Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe, Heidelberg, Berlin [u.a.] 2014

Immenga, Ulrich/*Mestmäcker*, Ernst-Joachim,

– Wettbewerbsrecht, Band 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Auflage, München 2012, abrufbar über beck-online (zitiert: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB)
– Wettbewerbsrecht, Band 2, Teil 1, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Auflage, München 2014, abrufbar über beck-online (zitiert: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker)

Inderst, Roman/*Thomas,* Stefan, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 1. Auflage, Düsseldorf 2015

Italianer, Alexander, Director-General for Competition, European Commission, Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions, 12th Annual conference of the Association of European Competition Law Judges (AECLJ), Luxembourg, 14 June 2013, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf

International Competition Network, Anti-Cartel Enforcement Manual, May 2009

Jablonski, John J./*Dahl*, Alexander R., 2015 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: Guide to Proportionality in Discovery and Implementing a Safe Harbor for Preservation, 82 Def. Counsel J. (2015), 411-433 abrufbar unter HeinOnline

Jacobsen, Jonathan M./*Greer*, Tracy, Twenty-one Years of Antitrust Injury: Down the Alley with *Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat,* 66 Antitrust L. J. (1997-1998), 273-312

Jarass, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK, 3. Auflage, München 2016, abrufbar unter beck-online

Jones, Clifford A., Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, Oxford [u.a.] 1999

Junker, Abbo,

– Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, Heidelberg 1987
– Die Discovery-Reform des Jahres 1993: Zeitenwende oder Gesetzeskosmetik?, ZZPInt 1996, 235-268

Junker, Claudia/*Scharnke,* Sebastian, Das neue Syndikusanwaltsgesetz: Rechtssicherheit für Unternehmensjuristen, BB 2016, 195-202

Jüntgen, David Alexander, Zur Verwertung von Kronzeugenerklärungen in Zivilprozessen, WuW 2007, 128-137

Kamann, Hans-Georg/*Ohlhoff,* Stefan/*Völcker,* Sven, Kartellverfahren und Kartellprozess, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker (2017))

Kamann, Hans-Georg/*Schwedler,* Christian, Akteneinsicht „auf dem kleinen Dienstweg" im Kartellschadensersatzprozess?, EWS 2014, 121-129

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapp, Thomas,
- Abschaffung des Private Enforcement bei Hardcore-Kartellen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 319-340 (zitiert: *Kapp*, in: FS Möschel (2011))
- „Spannungsverhältnis zwischen nationaler und europäischer Entscheidungspraxis zum Akteneinsichtsrecht bedarf der Klärung", Anmerkung zu EuG vom 22.5.2012, Rs. T-344/08 – EnBW/Kommission, BB 2012, 1695-1696
- Das Akteneinsichtsrecht kartellgeschädigter Unternehmen: Bonn locuta, causa finita?, WuW 2012, 474-487
- Grundsatz der Einzelabwägung sticht Gesetzgebungskompetenz aus, BB 2013, 1151-1556

Kapp, Thomas/*Hummel*, Kathrin, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.8.2012 – V-4 Kart 5 + 6/11 (OWi), BB 2012, 2462-2463

Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, herausgegeben von Lothar Senge, 4. Auflage, München 2014, abrufbar über beck-online (zitiert: *Bearbeiter*, in: KK-OWiG)

Karon, Daniel R., „Twas Three Years after Twombly and All Through the Bar, Not a Plantiff Was Troubled from Near or Far" – The Unremarkable Effect of the U.S. Supreme Court's Re-Expressed Pleading Standard, 44 U.S.F.L. Rev. (2010), 571-600

Katsas, Gregory C., Access to Justice Denied: Ashcorft v. Iqbal, Hearing before the Subcommittee on the Constitution, Civil Rights, and Civil Liberties of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, 111th Congress, 27.10.2009, Serial No. 111-36, abrufbar unter http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-111hhrg53090/html/CHRG-111hhrg53090.htm, (zitiert: *Katsas*, Access to Justice Denied (2009))

Katzenmeier, Christian, Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, JZ 2002, 533-540

Kalinowksi, Julian O. von, Antitrust laws and trade regulation, New York (Loseblattsammlung)

Kellerbauer, Manuel, Zugang zur Ermittlungsakte in Verfahren nach Art. 101, 102 AEUV und der Fusionskontrollverordnung: Wettbewerbsrecht vs. Transparenzverordnung, WuW 2011, 688-699

Kerse, Christopher/*Khan*, Nicholas, EC Antitrust Procedure, 5. Auflage, London 2005

Kersting, Christian,
- Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, ZWeR 2008, 252-271
- Anmerkung zu EuGH, Urt. vom 14.6.2011 – C-360/09 – Pfleiderer, JZ 2012, 42-46
- Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 6.6.2013, Rs. C-536/11, JZ 2013, 737-740
- Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, WuW 2014, 564-574

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kersting, Christian/*Podszun*, Rupprecht, Die 9. GWB-Novelle, Kartellschadensersatz – Digitale Ökonomie – Fusionskontrolle – Bußgeldrecht – Verbraucherschutz, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kersting/Podszun (2017))

Kersting, Christian/*Preuß*, Nicola,

– Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU), Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Baden-Baden 2015
– Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, WuW 2016, 394-403

Kersting, Mark Oliver, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozeß, Bielefeld 1995

Kießling, Erik, Neues zur Schadensabwälzung, GRUR 2009, 733-739

Kiethe, Kurt, Zum Akteneinsichtsrecht des Verletzten (§ 406e StPO) – Zugleich Besprechung von AG Saalfeld, Beschl. v. 7.3.2005 – 630 Js 23573/04 – 2 Ds jug*, wistra 2006, 50-54

Kling, Michael/*Thomas*, Stefan, Kartellrecht, 2. Auflage, München 2016

Kleine, Maxim, Grenzenloser Zugang zu Dokumenten der Kartellbehörden?, ZWeR 2007, 303-318

Kleinknecht, *Müller*, *Reitbergern*, Kommentar zur Strafprozeßordnung, hrsg. v. von Heintschel-Heinegg, Bernd/Stöckel, Heinz, Band 5, §§ 296-406h, Losebl. (zitiert: *Bearbeiter*, in: KMR-StPO)

Kloepfer, Michael/*Greve*, Holger, Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, NVwZ 2011, 577-584

Klooz, Katharina, Die Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter in Akten des Bundeskartellamts, Frankfurt am Main 2014 (zitiert: *Klooz*, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014))

Klumpe, Gerhard/*Thiede*, Thomas,

– Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle: Änderungsbedarf aus Sicht der Praxis, BB 2016, 3011-3018
– Auskunftsklagen nach der GWB-Novelle – Gedankensplitter aus der Praxis, NZKart 2016, 471-473
– Keeping the Floodgates Shut – Kartellschadensersatz nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2017, 332-339

Koch, Claudia, Zum Akteneinsichtsrecht Privater nach § 475 StPO, in: Michalke/Körberer/Pauly/Kirsch (Hrsg.) Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, Berlin 2008, S. 289- 3018 (zitiert: *Koch*, in: FS Hamm (2008))

Koch, Raphael,

– Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, Tübingen 2013
– Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht: Public vs. private enforcement, JZ 2013, 390-398

Köhler, Helmut, Kartellverbot und Schadensersatz, GRUR 2004, 99-103

Köhler, Helmut/*Bornkamm*, Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 34. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Köhler/Bornkamm, UWG) abrufbar unter beck-online

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kolasky, William, Antitrust Litigation: What's changed in Twenty-Five Years?, 27 Antittrust (Summer 2012), 9-17

Köndgen, Johannes, Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, München/Berlin 2015, § 6, S. 97-125 (zitiert: *Köndgen*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2015))

Kourlis, Rebecca Lov*e/Singer,* Jordan M./*Saunders,* Paul C., Survey of experienced litigators finds seriouscracks in U.S. civiljustice system, 92 Judicature (2008-2009), 78-80

Kreße, Bernhard,

– Der Zugang Kartellgeschädigter zu Verfahrensdokumenten der Europäischen Kommission als Wettbewerbsbehörde, WRP 2016, 567-574
– Die Verpflichtungszusage als Instrument der europäischen Wettbewerbsaufsicht, WRP 2014, 1261-1267

Krüger, Carsten,

– Der Gesamtschuldnerausgleich als Instrument der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, Baden-Baden 2010
– Der Gesamtschuldnerausgleich im System der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, WuW 2012, 6-13
– Die haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen im Außen- und Innenverhältnis gemäß dem Richtlinienvorschlag der Kommission, NZKart 2013, 483-488
– Gesamtschuld, Gesamtschuldnerausgleich und Vergleiche im neuen Kartellschadensersatzrecht, WuW 2017, 229-232

Kruis, Tobias, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, Tübingen 2013

Kuhn, Opferrechte und Europäisierung des Strafprozessrechts, ZRP 2005, 125-129

Kuijpers, Mathijs/*Tuinenga,* Stefan/*Whiteford,* Elaine/*Paul,* Thomas B., Actions for Damages in the Netherlands, the United Kingdom, and Germany, JECLaP 2017, 47-65

Kurth, Hans-J., Rechtsprechung zur Beteiligung des Verletzten am Verfahren, NStZ 1997, 1-7

Lampert, Thomas/*Weidenbach*, Georg, Akteneinsicht zur Substantiierung einer Schadensersatzklage gegen Mitglieder eines Kartells – Beweisprobleme gibt es nicht!, WRP 2007, 152-163

Liebs, Detlef, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Auflage, München 2007

Landwehr, Juliane, Die Pretrail Discovery, Eine funktionale Analyse, Frankfurt am Main 2017

Langen, Eugen/*Bunte*, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, 13. Auflage, Köln 2018; Band 2, Europäisches Kartellrecht, 13. Auflage, Köln 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Langen/Bunte,)

Lauterwein, Carl Constantin, Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen, §§ 406e und 475 StPO, München 2011

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lawyers for Civil Justice, White Paper: Reshaping the Rules of Civil Procedure for the 21st Century (2010), abrufbar unter www.uscourts.gov/file/document/reshaping-rules-civil-procedure-21st-century-need-clear-concise-and-meaningful

Lebrun, Bruno/*Bersou*, Laura, Commission v. EnBW Energie: Non-Disclosure of Leniency Documents, JECLaP 2015, 462-463

Leible, Stefan/*Domröse*, Ronny, Die primärrechtliche Auslegung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, München/Berlin 2015, § 9, S. 250-284 (zitiert: *Leible/Dömröse*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre 2015))

Leopold, Anders, Die Kartellbehörden im Angesicht der Informationsfreiheit, WuW 2006, 592-601

Lettl, Tobias,

– Der Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG, ZHR 167 (2003), 473-493
– Kartellschadensersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht, WRP 2015, 537-545

Lever, Jeremy, Whether, and if so how, the EC Commission's 2006 Guidelines on setting fines for infringements of Article 81 and 82 of the EC Treaty are fairly subject to serious criticism, BDI Imprint No. 406, 2007, abrufbar unter http://bdi.eu/media/presse/publikationen/Publikation_BDI_Gutachten__Opinion__zu_EU_Bussgeldleitlinien.pdf (zitiert: *Lever* (2007)

Loewenheim, Ulrich/*Meessen*, Karl M./*Riesenkampff*, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht, 3. Auflage, München 2016, abrufbar über beck-online (zitiert: Bearbeiter, in: Loewenheimet al.,)

Logemann, Hans Philipp, Der kartellrechtliche Schadensersatz, Die zivilrechtliche Haftung bei Verstößen gegen das deutsche und europäische Kartellrecht nach Ergehen der VO (EG) Nr. 1/2003 und der 7. GWB-Novelle, Berlin 2009

Lorenz, Stephan, Die Neuregelung der „Pre-trial-Discovery" im US-amerikanischen Zivilprozeßrecht – Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß?, ZZP 111 (1998), 35-61

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Auflage, herausgegeben von Volker Erb/Ulrich Franke/Kirsten Graalmann-Scheer/Hans Hilger/Alexander Igor, Band 8: §§ 374-448, Berlin 2009

Lübbig, Thomas, Die zivilprozessuale Durchsetzung etwaiger Schadensansprüche durch die Abnehmer eines kartellbefangenen Produktes, WRP 2004, 1254-1260

Lübbig, Thomas/*Mallmann*, Roman, Zivilprozessuale Folgen des ORWI-Urteils des BGH zur kartellrechtlichen „Passing-on-Defence", WRP 2012, 66-172

Lüke, Gerhard, Der Informationsanspruch im Zivilprozeßrecht, JuS 1985, 2-7

Lundquist, Björn/*Andersson*, Helene, Access to Documents for Cartel Victims and Cartel Members – Is the System Coherent?, in: Bergström/Iacovides/Strand (Hrsg.), Harmonising EU Competition Litigation, Oxford, Portalnd, Oregon, 2016, S. 165-186 (zitiert: *Lundquist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016))

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mackenrodt, Mark-Oliver, Kartellschadensersatz: Privilegierung von Kronzeugen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) bei der Gesamtschuld, in: Kerstin/Podzun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, München 2017, S. 173-211 (zitiert: *Mackenrodt*, in: Kerstin/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017))

Mäger, Thorsten/*Zimmer*, Daniel J./*Milde*, Sarah,

– Konflikt zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung, WuW 2009, 885-899
– Chance vertan? – Zur Akteneinsicht in Kartellakten nach dem Pfleiderer-Urteil des EuGH, WuW 2011, 935-943

Mahr, Eric/*Lange*, Perry A., ACPERA – A Glass Half Full, Law 360, NewYork, 25.10.2010, abrufbar unter http://www.law360.com/articles/203372/acpera-a-glass-half-full

Mahr, Eric /*Licht*, Sarah, Making ACPERA Work, 29 Antitrust (2015), 31-36, abrufbar unter WestLaw

Makatsch, Tilman, Kartellschadensersatz – Vergleichen oder Prozessieren?, CCZ 2015, 127-133

Makatsch, Tilman/*Mir*, Arif Sascha, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage"?, EuZW 2015, 7-13

Mallmann, Roman A./ *Lübbig*, Thomas, Offenlegung von Beweismitteln gemäß dem Kabinettsentwurf für das 9. GWB-Änderungsgesetz, NZKart 2016, 518-522

Mandrescu, Daniel, Access to Leniency Programme Documents Based on the Transparency Regulation: The *European Commission v. EnBW Energie Baden-Württemberg* AG, L.I.E.I. 42 no. 3 (2015), 301-315

Marváo, Catarina/*Spagnolo*, Giancarlo, Über Kronzeugen, Kartellschäden und Abschreckung, in: Gugler/Schumacher (Hrsg.), Schadensersatz bei Kartellverstößen, Wien 2015, S. 55-62 (zitiert: *Marváo/ Spagnolo*, in: Gugler/Schumacher (2015))

Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, herausgegeben von Roman Herzog/ Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein, München, abrufbar unter beck-online (zitiert: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, Art.)

Mayer, Markus A., Geschäfts- und Betriebsgeheimnis oder Geheimniskrämerei?, GRUR 2011, 884-888, abrufbar über beck-online

McDaniel, Bruce I., Right of party in a civil action to obtain disclosure, under Rule (e)(3)(C)(i) of the Federal Rules of Criminal Procedure, of matters occurring before grand jury, 71 A.L.R. Fed. 10 (1985), abrufbar unter Westlaw

McMahon, Colleen, The Law of Unintended Consequences: Shockwaves in the Lower Courts After *Bell Altlantic Corp. v. Twombly*, 41 Suffolk U. L. Rev. (2008), 851-870

Mederer, Wolfgang, Richtlinienvorschlag über Schadensersatzklagen im Bereich des Wettbewerbsrechts, EuZW 2013, 847-852

Meessen, Gero, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht, Tübingen 2011

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mehle, Bastian, Das Akteneinsichtsrecht und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im kartellbehördlichen Verfahren, in: *Hiebl/Kassebohm/Lilie* (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Mehle: zum 65. Geburtstag am 11.11.2009, Baden-Baden 2009, S. 397-429 (zitiert: *B. Mehle*, in: FS V. Mehle (2009))

Meltzian, Daniel, Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane, Berlin 2004

Meyberg, Alexander, Das Akteneinsichtsrecht des Verletzten (§ 406eStPO), in: Bub/Mehle/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Peter Gauweiler zum 60. Geburtstag am 22. Juli 2009, Köln 2009, S. 467-489 (zitiert: *Meyberg*, in: FS Gauweiler (2009))

Meyer-Goßner, Lutz/*Schmitt*, *Bertram*, Strafprozessordnung, 55. Auflage, München 2012

Meyer-Lindemann, Hans Jürgen, Durchsetzung des Kartellverbots durch Bußgeld und Schadensersatz, WuW 2011, 1235-1247

Meyer, Jürgen (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4.Auflage, Baden-Baden 2014, abrufbar unter beck-online (zitiert: *Bearbeiter*, in: Meyer (2014))

Milberg LLP/Hausfeld LLP, E-Discovery Today: The Fault Lies Not in Our Rules, 4 Fed. Cts. L. Rev. 2010-2011, 131-183

Milde, Sarah, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen, Untersuchuchung unter besonderer Berücksichtigung vorprozessualer Dokumentenzugangs- und Akteneinsichtsrechte Dritter auf europäischer und deutscher Ebene, Baden-Baden 2013

Miller, Arthur R., Confidentiality, Protective Orders and Public Access to the Courts, 105 Harv. L. Rev. (1991-1992), 427-502

Miller, Arthur R., From *Conley* to *Twombly* to *Iqbal:* A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure, 60 Duke L. J. (2010), 1-128

Moore, Patricia W., The Anti-Plantiff Pending Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure and the Pro-Defendant Composition of the Federal Rulemaking Committees, 83 U. Cin. L. Rev. (2014-2015), 1083-1154, abrufbar unter HeinOnline

Möschel, Wernhard,

– Privatrechtsschutz bei Verstößen gegen das Kartellgesetz, in: *Brinker/Scheunig/Stockmann* (Hrsg.), Recht und Wettbewerb, Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, München 2006, S. 329-337 (zitiert: *Möschel*, in: FS Bechtold (2006))
– Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, WuW 2007, 483-492
– US versus EU Antitrust Law, ZWeR 2007, 261-265

Möschel, Wernhard/*Bien*, Florian (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen?, Baden-Baden 2010

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Münchener Kommentar,
- Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle, herausgegeben von Joachim Bornkamm/ Frank Montag/ Franz Jürgen Säcker, 2. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo Wettbewerbsrecht)
- zur Strafprozessordnung, herausgegeben von Wolfgang Knauer/Hans Kudlich/ Hartmut Schneider, 1. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo StPO)
- zur Zivilprozessordnung, herausgegeben von Wolfgang Krüger/ Thomas Rauscher, 4. Auflage, München 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo ZPO)

Murach, Jens-Olrik, Zur Einsichtnahme Dritter in die Kronzeugenunterlagen, GWR 2011, 317-318, abrufbar unter beck-online

Musielak, Hans Joachim, Zur Sachverhaltsklärung im Zivilprozess, unter Berücksichtigung der in jüngerer Zeit geschaffenen gesetzlichen Regelungen, in: Greger/Gleußner/Heinemann (Hrsg.), Neue Wege zum Recht, Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, Köln 2006, S. 237-255 (zitiert als *Musielak,* in: FG Vollkommer (2006))

Musielak/Voit, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, herausgegeben von Hans Joachim Musielak/Wolfgang Voit, 14. Auflage, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit)

Myers, Terry/*Valen*, Thomas R./*Weinreich,* Piet, Die US-amerikanische Discovery als Rechtshilfe für ausländische und internationale Tribunale, RIW 2009, 196-201

Nenninger, Kristof, Kartellrechtliche Kronzeugenprogramme und Datenschutzrecht, Eine Untersuchung der datenschutzrechtlichen Voraussetzungen und Grenzen der Informationsweitergabe anlässlich einer freiwilligen Kooperation mit nationalen und U.S.-Behörden, Frankfurt am Main 2013

Nettesheim, Martin, Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, 737-772

Nicolosi, Costanza, No Good Whistle Goes Unpunished: An We Protect European Antitrust Leniency Applications from Discovery?, 31 Nw. J. Int'l. L. & Bus. (2011), 225-260

Nordlander, Kristina, Discovering Disovery – US Discovery of EC Leniency Statements, E.C.L.R. 2004, 646-659

Nordmann, Matthias J., Rechtswidrig durch Kommission verweigerter Akteneinsichtsantrag – Lombard-Club, EuZW 2005, 566-575

Nowak, Carsten, Informations- und Dokumentenzugangsfreiheit in der EU, DVBl. 2004, 272-281

OECD, Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement, Note by the Secretariat, 11 June 2015, DAF/COMP/WP3(2015)14

Oest, Isabel, „Ein vollständiger Schutz der Kronzeugeninformationen ist letztlich nicht garantiert", BB 2017, 909

Ohle, Mario/*Albrecht*, Stephan, Die neue Bonusregelung des Bundeskartellamts in Kartellsachen, WRP 2006, 866-874, abrufbar unter juris

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 7. Auflage, München 2016, abrufbar unter beck-online (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ohly/Sosnitza, UWG)

Otto, Harro, Die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche als „berechtigtes Interesse" des Verletzten auf Akteneinsicht im Sinne des § 406eAbs. 1 StPO, GA 1989, 289-307

Palzer, Christoph,
- Stolperstein für die Kommission? Die Kronzeugenregelung auf dem Prüfstand der Transparenz-VO, EuR 2012, 583-607
- Unvereinbarkeit der österreichischen Regelung zur Akteneinsicht Kartellgeschädigter mit EU-Recht, NZKart 2013, 324-326
- Transparenz-VO und private Kartellrechtsdurchsetzung – Abschied von einem Hoffnungsträger, ZEuP 2015, 416-431

Palzer, Christoph/*Preisendanz*, David, Drum prüfe, wer sich offenbare… – EuGH „Pfleiderer", Akteneinsicht im Kartellrecht – Anmerkung zu EuGH, 14.6.2011 – Rs. 360/09, EWS 2011, 365-369

Panizza, Edgar, Ausgewählte Probleme der Bonusregelung des Bundeskartellamts vom 7. März 2006, ZWeR 2008, 58-88

Papadelli, Antonia, Beweislastverteilung bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts, Münster 2010

Parker, Alan L., Measuring Damages in Federal Damages Actions, 17 Antitrust Bull. (1972), 497-517

Partsch, Christoph, Die Freiheit des Zugangs zu Verwaltungsinformationen, Akteneinsichtsrecht in Deutschland, Europa und den USA, Köln 2002

Paulus, Christoph, Discovery, deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen, ZZP 104 (1991), 397-412

Petrasincu, Alexander, Kartellschadensersatz nach dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle, WuW 2016, 330-335

Pincus, Andrew, Barriers to Justice and Accountability: How the Supreme Court's Recent Ruling Will Affect Corporate Behavior: Hearing Before the Commission on the Judiciary, United State Senat (29.06.2011) abrufbar unter http://www.mayerbrown.com/files/Publication/9d8252ec-a2ff-4a5c-a438-0140dfaa9d69/Presentation/PublicationAttachment/8a6a2660-9975-4a3d-93a2-e8b13fe2c67b/11197.pdf (zitiert: *Pincus*, Barriers to Justice and Accountability (2011))

Podszun, Rupprecht/*Kreifels*, Stephan, Kommt der Ausforschungsanspruch? – Anmerkungen zum geplanten § 33g GWB, GWR 2017, 67-72

Poelzig, Dörte, Normdurchsetzung durch Privatrecht, Tübingen 2012

Preuß, Nicola,
- Kartellschadensersatz: Beweismittel, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), 245-290
- Offenlegung von Beweismitteln nach der 9. GWB-Novelle: Sonderregeln mit Modellcharakter, WuW 2017, 301

Prütting, Hanns, Nutzen und Schaden der ZPO-Gesetzgebung, in: Bork/Eger/H.-B.Schäfer, Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts (2009), 1-14

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Prütting, Hanns/*Weth*, Stephan, Geheimnisschutz im Prozessrecht, NJW 1993, 576-577

Prütting/Gehrlein, Zivilprozessordnung, herausgegeben von Hanns Prütting/Markus Gehrlein, 8. Auflage, Köln 2016

Puffer-Mariette, Jean-Christophe, Die Effektivität von Kronzeugenregelungen im Kartellrecht, Eine Analyse und Bewertung des amerikanischen, europäischen, deutschen und französischen Leniency-Programms, Baden-Baden 2008

Pulgram, Laurence F., The Discovery Rules have changed but will we?, 42 Litigation 3 (2016), 18-21, abrufbar unter Westlaw

Raff, Thomas, Anmerkung zur Rs. C-360/09, Pfleiderer AG/Bundeskartellamt, GPR 2011, 294-297

Rajabiun, Reza, Private Enforcement and Judicial Disretion in the Evolution of Antitrust in the United States, 8 JCLE (2012), 187-230

Rauh, Jens Ole, Vom Kartellantengewinn zum ersatzfähigen Schaden – Neue Lösungsansätze für die private Rechtsdurchsetzung, NZKart 2013, 222-227

Rauh, Jens Ole/*Zuchandke*, Andy/*Reddemann*, Sebastian, Die Ermittlung der Schadenshöhe im Kartelldeliktsrecht, WRP 2012, 173-183

Reich, Michael, Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen, WuW 2008, 1046-1054

Reiling, Florian, Das US-amerikanische Discovery-Verfahren im Rahmen deutscher gerichtlicher Auseinandersetzungen, Eine Untersuchung unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten sowie unter besonderer Berücksichtigung des Verfahrens nach 28 U.S.C. § 1782(a) als Beweisbeschaffungsmöglichkeit für Patentstreitigkeiten vor deutschen Gerichten, Tübingen 2016

Reynolds, Michael J./*Anderson*, David G., Immunity and Leniency in EU Cartel Cases: Current Issues, E.C.L.R. 2006, 82-90

Rieckers, Oliver, Europäisches Wettbewerbsverfahren und US-amerikanische Discovery, RIW 2005, 19-24

Riedel, Claudia/*Wallau*, Rochus, Das Akteneinsichtsrecht des „Verletzten" in Strafsachen – und seine Probleme, NStZ 2003, 393-399

Riemann, Frank, Die Transparenz in der Europäischen Union, Das neue Recht auf Zugang zu Dokumenten von Parlament, Rat und Kommission, Berlin 2004

Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Auflage, Berlin u.a. 2015; 2. Auflage, Berlin u.a. 2010 (zitiert: Bearbeiter, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2010))

Rieß, Peter, Der Strafprozeß und der Verletzte – eine Zwischenbilanz, Jura 1987, 281-291

Riley, Alan, The modernization of EU anti-cartel enforcement: Will the Commission grasp the opportunity?, E.C.L.R. 2010, 191-207

Ritter, Jan-Stephan, Private Durchsetzung des Kartellrechts, WuW 2008, 762-774

Rosenfeld, Andreas/*Brand*, Peter-Andreas, Die neuen Offenlegungsregeln für Kartellschadensersatzansprüche nach der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, 247-252

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Roxin, Claus/*Schünemann*, Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009

Rubinstein, William B., On What a „Private Attorney General" Is – And Why It Matters, 57 Vand. L. Rev. (2004), 2129-2173, abrufbar unter HeinOnline

Rust, Ulrich, Kartellverstoß und Gesamtschuld – Bestandsaufnahme und Ausblick, NZKart 2015, 502-512

Saenger, Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Handkommentar, 7. Auflage, 2017, abrufbar unter beck-online

Sankol, Barry, Anmerkung zu LG Krefeld, Beschl. vom 1.8.2008 – 21 AR 2/08, MMR 2008, 836

Sanner, Julian Alexander, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, Baden-Baden 2014 (zitiert: *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014))

Scarborough, Michael/*Ballard*, Dylan, The Case for Eliminating ACPERA's Supplemental Cooperation Requirement for Amnesty Applicants, 20 No. 2 J. Anti & Unfair Comp. L. Sec. St. B. Cal. (2011), 34-48

Schack, Haimo, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Auflage, München 2011

Schaper, Hanno/*Stauber*, Peter, Ausgewählte Themen des neuen Kartellschadensersatzrechts – Schadensersatz, Abwälzung, Gesamtschuld und Innenausgleich, NZKart 2017, 279-285

Schlosser, Paulus, Die lange Reise in die prozessuale Moderne, JZ 1991, 599-608

Schnichels, Dominik, Die gläserne Kommission – Zugang zu Dokumenten der EG-Kommission, EuZW 2002, 577

Schoch, Friedrich, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, München 2009

Schreiber, Till, Praxisbericht Private Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen, KSzW 2011, 37-46

Schroeder, Dirk, Kronzeugenreglungen im Kartellrecht, in: Brinker/Scheuing/Stockmann (Hrsg.), Recht und Wettbewerb, Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, München 2006, S. 437-453 (zitiert als *Schroeder*, in: FS Bechtold (2006))

Schroll, Georg, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts, Frankfurt am Main, 2012

Schütt, Marc, Individualrechtsschutz nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2004, 1124-133

Schwab, Andreas, Finding the Right Balance – the Deliberations oft he European Parliament on the Draft Legislation Regarding Damage Claims, JECLaP 2014, 65-68

Schwalbe, Ulrich/*Höft*, Jan, Ausgestaltung von Kronzeugenprogrammen und private Kartellrechtsdurchsetzung, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 597-636 (zitiert: *Schwalbe/Höft*, in: FS Wernhard Möschel (2011))

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schwedler, Christian, Die private Durchsetzung des Kartellrechts in den USA, Europa und Deutschland, Rothenburg: Bülow 2005

Schweitzer, Heike, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, NZKart 2014, 335-345

Schurtman, William/*Walter*, Otto L., Der amerikanische Zivilprozeß, Ein Überblick für die Praxis, Frankfurt am Main 1978

Seifert, Konstantin, Informationsbeschaffung für Kartellschadensersatzverfahren – Kommen Geschädigte (noch) an die Akte des Bundeskartellamtes?, NZKart 2017, 512-518

Seitz, Claudia,

– Auch indirekte Abnehmer von Kartellteilnehmern können Schadensersatz geltend machen, wenn sie durch das Kartell einen Schaden erlitten haben – „OR-WI", GRUR-Prax 2011, 543
– Zugang geschädigter Dritter zu Dokumenten eines Kronzeugenverfahrens, Anmerkung zu EuGH (Große Kammer), Urt. v. 14. 6. 2011 – C-360/09 (Pfleiderer-AG/BKartA), EuZW 2011, 598-602
– Neue Wege zum effektiven Rechtsschutz in der EU, EuZW 2013, 561-562

Shaffer, Craig B./*Shaffer*, Ryan T., Looking Past the Debate: Proposed Revisions to the Federal Rules of Civil Procedure, 2013 FED. Cts. L. Rev., 178-207

Singh, Amar Kumar, Pfleiderer: Assessing Its Impact on the Effectiveness of the European Leniency Programme, E.C.L.R. 2014, 110-123

Sisk, Gregory C., A Primer on Civil Discovery Against the Federal Government, 52 Fed. Law. (2005), S. 28-33

SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, herausgegeben von Jürgen Wolter, 4. Auflage, Köln 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: SK-StPO)

Solove, Daniel J., Access and Aggregation: Public Records, Privacy and the Constitution, 86 Minn. L. Rev (2002), 1137-1209

Soltész, Ulrich/*Marquier*, Julia/*Wendenburg*, Felix, Zugang zu Kartellrechtsakten für jedermann? Das EuG-Urteil Österreichische Banken, EWS 2006, 102-108

Spencer, Benjamin A., Understanding Pleading Doctrine, 108 Mich. L. Rev. (2009), 1-36

Spies, Axel/*Schröder*, Christian, Auswirkungen der elektronischen Beweiserhebung (eDiscovery) in den USA auf deutsche Unternehmen, MMR 2008, 275-281

Stadler, Astrid,

– Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und im U.S.-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtsverfahren, Tübingen 1989 (zitiert: *Stadler*, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses (1989))
– „Was drei wissen, das erfahren hundert" – Auskunftspflichten und Geheimnisschutz im Zivilprozess nach Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, in: Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Rolf Stürner et. al., Tübingen 2009, S. 201-220 (zitiert: *Stadler*, in: FS Leipold (2009))

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stauber, Peter/*Schaper,* Hanno, Die Kartellschadensersatzrichtlinie – Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber?, NZKart 2014, 346-352

Steger, Jens, Zugang durch die Hintertüre? – zur Akteneinsicht in Kronzeugenanträge von Kartellanten, BB 2014, 963-970

Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, herausgegeben von Reinhard Bork/Herbert Roth, 23. Auflage, Band 3, Tübingen 2014; Band 5, Tübingen 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas)

Steinhardt, Anne Sophie, Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes im Rahmen von privaten kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen im internationalen und europäischen Kontext, Berlin 2018 (zitiert: Steinhardt, Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes (2018))

Steinle, Christian, Kartellschadensersatzrichtlinie – Auf dem Weg zum Sanktions-Overkill?, EuZW 2014, 481-482

Steinman, Adam N., The Pleading Problem, 62 Stan. L. Rev. (2009-2010), 1293-1360

Stockmann, Kurt, Zur neuen Bußgeldpraxis bei Kartellverstößen, ZWeR 2012, 20-47

Streinz, Rudolf, Europarecht, Heidelberg 2016

Streinz, Rudolf, EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Auflage, München 2012, abrufbar unter beck-online (zitiert: *Bearbeiter*, in: Streinz, EUV/AEUV)

Stucke, Maurice E., Discovery in a Global Economy, in: Basedow/Francq/Idot (Hrsg.), International Antitrust Litigation, Conflict of Law and Coordination, Oxford und Portland, Oregon, 2012

Stürner, Rolf, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976

Stürner, Rolf, Die gewerblich Geheimsphäre im Zivilprozeß, JZ 1985, 453-461

Sullivan, Lawrence A./*Grimes*, Warren S., The Law of Antitrust: An Integrated Handbook, 2. Auflage, St. Paul, Minn., 2006

Sullivan, E. Thomas/Hovenkamp, Herbert, Antitrust law, policy and procedure, 5. Auflage, Newark 2004

Swaak, Christof R.A./*Wesseling,* Rein, Reconsidering the leniency option: if not first in, good reasons to stay out, E.C.L.R. 2015, 346-354

Thiede, Thomas, Private Enforcement of Antitrust Damages in Europe, A Germanic Perspective on Directive 2014/104/EU, ELTE L. J. 2015, 147-174

Thiede, Thomas/*Träbing*, Tim, Praxis des Anscheinbeweises im Kartellschadensersatzrecht – ein Rechtsprechungsbericht, NZKart 2016, 422-428

Thomas, Heinz/*Putzo*, Hans, Zivilprozessordnung, 38. Auflage, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter,* in: Thomas/Putzo, ZPO)

Thomas, Stefan/*Legner,* Sarah, Die wirtschaftliche Einheit im Kartellzivilrecht, NZKart 2016, 155-160

Tietje, Christian/*Nowrot,* Karsten, Zugang zu Kartellrechtsakten nach der Transparenzverordnung als öffentliches Interessen, EWS 2006, 486-487

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Truli, Emmanuela, Will Its Provisions Serve Its Goals? Directive 2014/104/EU on Certain Rules Governing Actions for Damages for Competition Law Infringements, JECLaP 2016, 299-312

Vandenborre, Ingrid, The Confidentiality of EU Commission Cartel Records in Livil litigation, E.C.L.R. 2011, 116-125

Vollmer, Christof, Akteneinsicht potenzieller Kartellgeschädigter gemäß § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 Satz 4 OWiG, ZWeR 2012, 442-473

Vollrath, Christian, Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadensersatz, NZKart 2013, 434-446

Wagner, Gerhard, Urkundenedition durch Prozeßparteien – Auskunftspflicht und Weigerungsrechte, JZ 2007, 706-719

Wagner-von Papp, Florian,
- Der Richtlinienentwurf zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, EWS 2009, 445-454
- Privatrechtliche oder strafrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, in: Möschel/Bien (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch Schadensersatzklagen?, Baden-Baden 2010, S. 267-306
- Access to Evidence and Leniency Materials, 2016, abrufbar unter http://ssrn.com/abstract=2733973

Wallau, Rochus, Rechtsschutz gegen die Akteneinsicht des „Verletzten", in: Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, Köln 2005, S. 509-522 (zitiert: *Wallau*, in: FS Dahs (2005))

Waterstraat, Daniel, Informationspflichten der nicht risikobelasteten Partei im Zivilprozess – Ist die Auffassung des BGH vom Primat des materiellen Rechts als Grundlage für die Erteilung von Auskünften im Prozess heute noch haltbar? (Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.2.2004 – X ZR 108/02), ZZP 118 (2005), 459-484

Weidt, Christoper F. The Directive on actions for antitrust damages after passing the European Parliament, E.C.L.R. 2014, 438-444

Weiß, Wolfgang, Der Schutz des Rechts auf Aussageverweigerung durch die EMRK, NJW 1999, 2236-2237

Weitbrecht, Andreas,
- Zeitenwende bei der Vorlage von Verfahrensakten der Kommission?, WuW 2010, 867
- Die Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie, Eine Chance für den Rechtsstandort Deutschland, WuW 2015, 959-972

Wessing, Jürgen/Hiéramente, Mayeul, Akteneinsicht im Kartellrecht – Der Aspekt des Vertrauens- und Geheimnisschutzes, WuW 2015, 220-223

Westermann, Kathrin, Das privatrechtliche Sanktionssystem bei Kartellverstößen, in: Aderhold/Grunewald/Klingberg/Paefgen (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 1605-1630 (zitiert: *Westermann*, in: FS Westermann (2008))

Westhoff, Jan Philipp, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Baden-Baden 2010

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wieczorek, Bernhard/*Schütze*, Rolf A., Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Auflage, Berlin/Boston 2013

Wiedemann, *Gerhard*, Handbuch des Kartellrechts, München 2016, abrufbar über beck-online (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wiedemann)

Wiesner, Till, Der Kronzeuge im Kartellrecht, Zur Rechtmäßigkeit der Honorierung von Aufklärungshilfen durch Sanktionserlass bei der Verfolgung von Hardcore-Kartellen durch die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt, Berlin 2004

Wilhemi, Rüdiger, Zugang zu Beweismitteln und Auskunftsanspruch – Die Regelungen des deutschen Rechts und des Weißbuchs im Vergleich, in: Möschel/Bien (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch Schadensersatzklagen?, Baden-Baden 2010, S. 99-134

Wils, Wouter P.J., Efficiency and Justice in Eurpean Antitrust Enforcement, Oxford and Portland, Oregon, 2008

Wiring, Roland, EuGH: EU-Kartellrecht verbietet Akteneinsicht Kartellgeschädigter in Kronzeugenanträge nicht, GRUR-Prax 2011, 309, abrufbar über beck-online

Wright, Charles Alan/*Miller*, Arthur R./*Marcus*, Richard L., Federal Practice and Procedure, abrufbar über Westlaw (zitiert: *Wright et al.*, 8 Fed. Prac. & Proc. Civ.)

Yomere, Anika, Die Entscheidung im Verfahren EnBW zum Recht von Schadensersatzklägern auf Akteneinsicht in Verfahrensakten der Kommission, WuW 2013, 34-40

Yomere, Anika/*Kresken*, Jan, Die Entscheidung des OLG Hamm zum Akteneinsichtsrecht von Zivilgerichten in Bonusanträge und vertrauliche Kommissionsentscheidungen, WuW 2014, 481-489

Zagrosek, Roman, Kronzeugenregelung im U.S.-amerikanischen, europäischen und im deutschen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 2006

Zimmer, Daniel/*Höft*, Jan, „Private Enforcement" im öffentlichen Interesse?, Ansätze zur Effektivierung der Rechtsdurchsetzung bei Streu- und Massenschäden im Kapitalmarkt-, Wettbewerbs- und Kartellrecht, ZGR 2009, 662-720

Zöller, Zivilprozessordnung mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen; Kommentar begründet von Dr. Richard Zöller; herausgegeben von Dr. Dr. h.c. Reinhold Geimer, 32. Auflage, Köln 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Zöller, ZPO)

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Materialien

Amerikanisches Recht

Attorney General Holder's Memorandum for Heads of Executive Departments and Agencies Concerning the Freedom of Information Act (March 19, 2009), abrufbar unter https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2009/06/24/foia-memo-march2009.pdf

DoJ,

- Guide to FOIA, abrufbar unter https://www.justice.gov/oip/doj-guide-freedom-information-act
- Corporate Leniency Policy, August 10, 1993, abrufbar unter https://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy
- Leniency Policy for Individuals, August 10, 1994, abrufbar unter https://www.justice.gov/atr/individual-leniency-policy
- Model Corporate Conditional Leniency Letter, June 25, 2015, abrufbar unter https://www.justice.gov/atr/model-corporate-conditional-leniency-letter

Duke Law Center for Judicial Studies, Bolch Judicial Institute, Guidelines and Practices for Implementing the 2015 Discovery Amendments to Achieve Proportionality, June 20, 2016, abrufbar unter https://judicialstudies.duke.edu/wp-content/uploads/2018/09/Final-Proportionality-Guidelines-and-Best-Practices-2nd-edition.pdf

Duke Law Center for Judicial Studies, Guidelines and Practices for Implementing the 2015 Discovery Amendments to Achieve Proportionality, September 10, 2015, abrufbar unter https://www.ned.uscourts.gov/internetDocs/cle/2015-09/Guidelines-and-Practices-Sept.19.pdf

Duke Law School, Center for Judicial Studies, Discovery Proportionality Guidelines and Practices, 99 Judicature No. 3(2015), 47–60

Federal Judicial Center, Manual for Complex Litigation, Fourth (March 1, 2004), abrufbar unter https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf

Federal Trade Commission, Operating Manual, abrufbar unter https://www.ftc.gov/about-ftc/foia/foia-resources/ftc-administrative-staff-manuals

Government Accountability Office (GAO), Criminal Cartel Enforcement (July 2011), GAO-11-619, abrufbar unter http://www.gao.gov/new.items/d11619.pdf

Institute for the Advancement of the American Legal System, Final Report on the joint project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and Civil Justice and IAALS (March 2009), abrufbar unter http://iaals.du.edu/sites/default/files/documents/publications/actl-iaals_final_report_rev_8-4-10.pdf

Memorandum from Paul Niemeyer, Chair, Advisory Comm. on Civil Rules to Hon. Anthony J. Scirica, Chair Comm. on Rules of Practice and Procedure (11.05.1999), 192 F.R.D. 340, 357 (2000) (zitiert: *Niemeyer*, Memorandum, 192 F.R.D. 340)

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Presidential Memorandum for Heads of Executive Departments and Agencies Concerning the Freedom of Information Act, 74 Fed. Reg. 4683 (Januar 21, 2009), abrufbar unter https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/presidential-foia.pdf

Supreme Court, 2015 Year-End Report on the Federal Judiciary, abrufbar unter https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2015year-endreport.pdf

U.S, Chamber Institute for Legal Reform, Response of the U.S. Chamber Institute for Legal Reform to the Consultation on Private Actions in Competition Law, abrufbar unter http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/ILR_BIS_Response20287-24-201229-5.pdf

Europäisches Recht

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, Prepared by Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, 31 August 2004; abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf

Ashurst, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report (2004), Prepared by Denis Waelbroeck, Donald Slater and Gil Even-Shoshan, 31 Augut 2004; abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf

Europäische Kommission,

- 2013 Annual Activity Report DG Competition, abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/activity-report-2013-dg-comp_april2014_en.pdf
- 2014 Annual Activity Report DG Competition, abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/activity-report-2014-dg-comp_august2015_en.pdf
- Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages, Abl. 2004 C 101/54, unter Berücksichtigung der Änderungen, Abl. 2015 Nr. C 256/5
- Cartel Statistics, abrufbar unter ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf
- Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper, Damages actions for the breach of the EC antitrust rules, vom 19.12.2005 COM (2005) 672 final, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf (zitiert: Komm., Staff Working Paper, Green Paper,…)
- Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2.4.2008, SEC(2008) 404, abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008SC0404&from=EN
- ECN Leniency Model Programme (as revised in November 2012), abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf
- Guidance on procedures of the Hearing Officers in proceedings relating to Art. 101 und Art. 102 TFEU

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

- Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg., abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN
- Mitteilung der Kommision 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, ABl. 2005 C 325/7, abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02005XC1222(03)-20150806&from=EN
- Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 298/17, geändert durch ABl. C 256/1; konsolidierte Fassung abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02006XC1208(04)-20150805&from=EN
- Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.6.2013, 2013/C 167/19, abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:DE:PDF
- Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklage im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2013), SWD(2013) 205, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_de.pdf
- Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council, 29.4.2009, SEC(2009) 574 final
- Staff Working Paper, 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 (Text with EEA relevance), 11.6.2013, SWD(2013) 203 final, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/impact_assessment_en.pdf
- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, vom 11.6.2013, COM(2013) 404 final, 2013/0185 COD, abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:DE:PDF
- Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, vom 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig, abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN

Europäisches Parlament,

- Änderungsantrag 2, Sharon Bowles im Namen des Ausschusses für Wirtschaft und Währung, A7-0089/2, abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2014-0089+002-002+DOC+PDF+V0//DE

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– Änderungsanträge 001-001 vom Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Abänderungen des Europäischen Parlaments zum Vorschlage der Kommission, A7-0089/01-01, abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2014-0089+001-001+DOC+PDF+V0//DE
– Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Bericht über den 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 (COM(2013)0404-C7-0170/2013-2013/0185(COD)), vom 4.2.2014, A7-0089/2014, abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0089+0+DOC+PDF+V0//DE
– Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Entwurf eines Berichts über den Vorschlage 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 3.10.2013, (COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD)), abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-516.968+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN
– Berichtigung des in ersten Lesung am 17. April 2014 festgelegten Standpunkts des Europäischen Parlaments im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/…/EU 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 11.9.2014, P7_TA-PROV(2014)0451, (COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2014/0185 (COD)), abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_corrigendum_de.pdf

Oxera, Quantifying Antitrust Damages, Towards non-binding guidance for courts, December 2009, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf

Renda, Andrea/Peysner, John/Riley, Alan J./Rodger, Barry J., Making Antitrust Damages More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios, Final Report, 21 December 2007, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf

Deutsches Recht

BDI, Stellungnahme zum Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Ausschussdrucksache 18(9)1094 vom 19. Januar 2017 (zitiert *als* BDI, Stellungnahme zur neunten GWB-Novelle (2017), …)

BKartA,

– Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachun

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen/BekanntmachungProzent20-Prozent20Bonusregelung.pdf;jsessionid=467B4BB6997F37C60A9224EC61D77265.1_cid387?__blob=publicationFile&v=7
- Erfolgreiche Kartellverfolgung, 2011
- Private Kartellrechtsdurchsetzung, Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005, (zitiert: BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005)); abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Private%20Kartellrechtsdurchsetzung.pdf?__blob=publicationFile&v=4
- Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, vom 30.11.2011, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Stellungnahme-Referentenentwurf_GWB8.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, vom 22.6.2012, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Stellungnahme-Regierungsentwurf_GWB8.pdf;jsessionid=6D918D8C64BBEB1F2FC5980A26488DA3.1_cid387?__blob=publicationFile&v=2
- Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, vom 18. Januar 2017, Ausschussdrucksache 18(9)1093 vom 19. Januar 2017, abrufbar unter https://www.bundestag.de/blob/489188/71864fe8e7d3683c8954b6094308eadc/mundt-data.pdf (zitiert als Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle)
- Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drs. 18/5210, 24 abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Publikationen/Taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte_node.html
- Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12716, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202015_2016.html?nn=3591134

BMWi, Referentenentwurf, Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, abrufbar unter https://www.mdr-recht.de/media/RefE_8.GWB-Novelle.pdf

BR, Beschluss zum 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 COM(2013) 404 final, vom 20.9.2013, BR-Drs. 514/13, abrufbar unter https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2013/0501-0600/514-13(B).pdf?__blob=publicationFile&v=3

BReg,
- Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren, BT-Drs. 10/5305, abrufbar unter http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/10/053/1005305.pdf
- Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, BT-Drs. 16/11644, abrufbar unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/116/1611644.pdf

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz), BT-Drs. 16/12812, abrufbar unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/128/1612812.pdf
– Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207 vom 7.11.2016, abrufbar unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/102/1810207.pdf (zitiert: BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207)
– Stellungnahme zum zwanzigsten Hauptgutachten der Monopolkommission 2012/2013, vom 22.4.2015, BT-Drs. 18/4721, abrufbar unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/047/1804721.pdf (zitiert als BReg, Stellungnahme zum Hauptgutachten XX)
– Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz), BT-Drs. 16/12098, abrufbar unter http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/120/1612098.pdf

Monopolkommission,
– Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Zwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, 2012/2013, abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/images/PDF/HG/HG20/HG_XX_gesamt.pdf; (zitiert als Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013)
– Sondergutachten 42, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004
– Wettbewerb 2016, Einundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI_Gesamt.pdf
– Stellungnahme zur Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages am 23. Januar 2017 zur Neunten GWB-Novelle, Ausschussdrucksache 18(9)1096 vom 19. Januar 2017, abrufbar unter https://www.bundestag.de/blob/489200/0d0d36ed3b6b79150e07bf420c2e7934/kuehling-data.pdf (zitiert als Monopolkommission, Stellungnahme zur Neunten GWB-Novelle)

Podszun, Rupprecht, Stellungnahme als Sachverständiger im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags zur Vorbereitung der Anhörung am 23.01.2017, Die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Ausschussdrucksache 18(9)1092 vom 19.01.2017, abrufbar unter https://www.bundestag.de/blob/489168/effffe1ad50da2f28f43442b2d8be7c1/podszun-data.pdf (zitiert: *Podszun*, Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle (2017)

https://doi.org/10.5771/9783845298368 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY