

§ 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.

low-on-Klagen mittlerweile einen wesentlichen Teil ein.¹¹²⁷ Im Folgenden werden der Schadensersatz gem. Section¹¹²⁸ 4 Clayton Act und die Entwicklung des privaten Rechtsschutzes in den USA cursorisch 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 Act¹¹³⁰ ist jede Person, die durch Verletzung eines *anti-trust 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 Follow-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) Clayton 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 Antitrust Modernization Commission, Report und Recommendations (2007), S. 252; BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 18; *Krüger*, Der Ge-

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 andererseits 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-Vertrag¹¹³⁷ 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; *Areed/Hovenkamp/Blair/Durrance*, Antitrust Law (2007), Bd. IIA, ¶ 339a, S. 109.

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 Kartellverstößes allerdings durch die *prima-facie-Wirkung* des sec. 5(a) Clayton Act¹¹⁴⁵ 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. Massachusetts 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.

*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 stützen, 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 *Areed/Hovenkamp/Blair/Durrance*, Antitrust Law (2007), Bd. IIA, ¶ 392 ff., S. 338 ff.; zur „yardstick theory” *Parker*, 17 Antitrust Bull., 497, 509 ff. (1972).

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.

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.

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 an hob. 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. allgemein *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.

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.

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.

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 Pretrial 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

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) FRCP¹¹⁹⁶ 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: *Base-dow/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

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 zitierten 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.

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 *Adler*, 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

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 weiterer 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 Beweismitteln 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.

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) FRCP fallen. In diesem Fall sind die Zeugenaussagen vom Anwendungsbereich des *discovery*-Verfahrens gem. Rule 6 (e)(2)(B) *Federal Rules of Criminal Procedure* (FRCP)¹²²² ausgeschlossen und eine Offenlegung gem. Rule 6 (e) (3) (E) (i) FRCP¹²²³ 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 Geheimhaltungsinter-

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“^{99c}.

1222 Rule 6(e)(2) (B) FRCP 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) FRCP 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;[...]^{99c}

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).

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 Geheimbedürfnis 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*, ZJP 111 (1998), 35, 50.

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 Rechtspraxis¹²³⁵, 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, ZJP 111 (1998), 35, 50; Pulgram, 42 Litigation 3 (2016), 18, 18.

1234 Vgl. Lorenz, ZJP 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.

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 Novelisierung 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.

(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).

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).

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. 11CIV5088RMBHP, 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.

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 FRCP¹²⁶³ 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 angesehen¹²⁶⁵ 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 Reformbestrebungen¹²⁶⁹ 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.

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) FRCP¹²⁷¹ 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) FRCP¹²⁷³. 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).“

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 äußerst 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) FRCP¹²⁷⁷) 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):

fragung eines Zeugen 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) FRCP¹²⁷⁹), 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.

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) FRCP¹²⁸⁵). 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.

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 Zeugnisverweigerungsrechte¹²⁹²

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.

(*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 Selbstbezeichnung (*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 Pretrial 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.

(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 Division¹³⁰³ und einige Gerichte¹³⁰⁴ 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/Nadavukaren Schefer*, US Litigation (2018), S. 165, 171 weist jedoch daraufhin 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 HBCO, Inc. Sec. Litig.*, 2005 WL 934331, 9-10 (N.D. Cal. Mar. 31,

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/Crocchi/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 Broadcasting 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 *Nicolosi*, 31 Nw. J. Int'l L. & Bus., 225, 258 (2011), die eine *selective waiver doctrine* für europäische Kronzeugeninformationen vorschlägt.

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 Selbstbezeichnung 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.

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.

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).

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 Litigation*, 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).

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 Geschäft-

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.

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).

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 Regelbeispiel 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*).

*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).

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 Offenlegungsspekten 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.

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.

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).

b) Rechtliche Möglichkeiten der Beschränkung extrritorialer 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. Int'l 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 derjenigen 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.

absoluten Schutz vor *discovery*-Anordnungen. Zwar regelt das Übereinkommen die Rechtshilfe bei gerichtlichen Beweisaufnahmen im Ausland¹³⁷⁰ und bietet mit Art. 23 HBÜ¹³⁷¹ 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 „pretrial 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).

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 betreffen 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).

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.

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. v. 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.

d) Reaktionen der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission sieht in dem extraterritorialen 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).

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 handle, 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 co-operating 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.“

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 case may 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).“

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 Haftungs erleichterung von Bedeutung.¹⁴⁰⁴

Seit seinem Inkrafttreten sind nur wenige Entscheidungen zum ACPE-RA 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).

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.

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).

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

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 Ausnahmegesetzvorschrift 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).

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 Marktabreden 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).

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 FOIA¹⁴³⁷ 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. wettbewerblisches 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.

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.

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 (*impaired*), 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. Board of Governors the Federal Reserve System*, 721 F.2d 1, 10-11 (1st Cir. 1983); DoJ, Guide to FOIA (2014), S. 348 ff.

(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 Selbstbezeichnungsverbots 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-

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 ausreichenden Schutz gewähren kann, ermöglicht Exclusion (c)(1) FOIA¹⁴⁵⁸ 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. 672f.; 10 *Memphis Publ'g Co.*, 2012 WL 269900, 6.

1460 5 U.S.C. § 552(c)(1).

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 un gerechtfertigten 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).

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).

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.

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) FOIA¹⁴⁷⁹ sind Informationen vom Dokumentenzugangsrecht ausgeschlossen, wenn ihre Erhebung der Rechtsdurchsetzung diene 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 Act¹⁴⁸¹ 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.“

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.

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) FOIA¹⁴⁹¹ 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.“

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 Exclusion (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) FOIA¹⁴⁹⁷ 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).

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>.

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 Act¹⁵⁰³ 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.“

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 Negotiated 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.

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.“

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.