

§ 4 Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im deutschen Recht

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

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

I. Rechtsgrundlagen im Überblick

Wesentliche Rechtsgrundlagen für einen potentiellen Zugriff auf Kronzeugeninformationen beim Bundeskartellamt waren vor der 9. GWB-Novelle § 406e und § 475 StPO. Diese Vorschriften fanden gem. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 a.E. OWiG i.V.m. § 81 Abs. 1 GWB im Kartellbußgeldverfahren – auch vor der Bestandskraft des Bußgeldbescheides²²⁷ – sinngemäße Anwendung.²²⁸ Der Anwendungsbereich anderer Akteneinsichtsrechte, wie etwa § 49 OWiG oder § 72 GWB, waren für Kartellgeschädigte nicht eröffnet. Auch das allgemeine Informationsfreiheitsrecht gem. § 1 des *Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes*²²⁹ (IFG) fand aufgrund seiner formellen Subsidiarität (vgl. § 1 Abs. 3 IFG) keine Anwendung.²³⁰ Es wurde durch die spezielleren Regelungen des § 406e StPO i.V.m. § 46 OWiG und des § 475 StPO i.V.m. § 46 OWiG verdrängt.

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

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

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

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

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

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

1. Gegenstand des Akteneinsichts- bzw. Aktenauskunftsrechts

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

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

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

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

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

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

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

2. Antragsberechtigung

Das Akteneinsichts- und Auskunftsrecht gem. § 406e StPO gewährte dem Verletzten ein Recht auf Akteneinsicht bzw. Aktenauskunft. Im Strafprozessrecht werden aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Definition in der Rechtsprechung und Literatur verschiedene Ansätze zur Begriffsbestimmung des Verletzten i.S.d. § 406e StPO vertreten,²³⁷ die an den Verletztenbegriff gem. § 172 StPO²³⁸, an den Schutzbereich der verletzten materiellen Strafnorm²³⁹ oder an den Verletztenbegriff des Adhäsionsverfahrens gem. § 403 StPO²⁴⁰ anknüpfen. Im Kartellrecht wurde dagegen vor der 9. GWB-Novelle für die Bestimmung der Verletzteneigenschaft gem. § 406e StPO übereinstimmend in der Rechtsprechung²⁴¹ und in der überwiegenden Literatur²⁴² an die Anspruchsberechtigung gem. § 33 GWB a.F.

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

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

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

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

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

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

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

angeknüpft. Danach stand demjenigen ein Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 S. 1 GWB a.F. i.V.m. § 33 Abs. 1 S. 1 GWB a.F. zu, der von der Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist. Betroffener war nach der Legaldefinition des § 33 Abs. 1 S. 3 GWB a.F., „wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist“. Eine Beeinträchtigung lag grundsätzlich vor, wenn sich die Marktchancen der Marktteilnehmer durch die Wettbewerbsbeschränkung verschlechtert haben.²⁴³ Eine solche Verschlechterung war u.a. gegeben, wenn für vergleichbare Produkte die Preise oder Verkaufskonditionen abgestimmt wurden oder wenn potentiellen Marktteilnehmern der Marktzutritt verweigert wurde.²⁴⁴ Eine aktive Tätigkeit einzelner Marktteilnehmer – z.B. durch einen Kauf von kartellbedingt überkauften Produkten – oder eine direkte vertragliche Beziehung zu einzelnen Kartellunternehmen war für eine Beeinträchtigung i.S.d. § 33 GWB a.F. nicht erforderlich.²⁴⁵ Inwieweit qualitative Anforderungen an die Beeinträchtigung durch den Wettbewerbsverstoß zu stellen waren, bestimmte das Gesetz nicht. Dies führte zu einem großen Kreis von Anspruchsberechtigten i.S.d. § 33 GWB a.F. (Konkurrenten, Lieferanten, unmittelbare Abnehmer²⁴⁶ oder mittelbare Abnehmer) und folglich zu einem großen Kreis von Personen, die als Verletzte i.S.d. § 406e StPO anzusehen waren.

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

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

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

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

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

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

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

dass der Gesetzgeber zwischen dem originär Verletzten als Anspruchsinhaber und seinen Rechtsnachfolgern unterscheidet.²⁴⁸ Zudem seien andere Rechtsnachfolger als der Erbe aufgrund der höchstpersönlichen Natur der Verletzeneigenschaft nicht antragsberechtigt.²⁴⁹ Zessionare konnten daher vor der 9. GWB-Novelle nur Aktenauskunft gem. § 475 StPO i.V.m. § 46 OWiG²⁵⁰ beim Bundeskartellamt beantragen, jedoch keine Akteneinsicht.²⁵¹

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

3. Voraussetzungen

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Berechtigtes Interesse

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

aa) Beschränkung des berechtigten Interesses durch das zivilprozessuale Ausforschungsverbot

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

258 Kiethe, wistra 2006, 50, 52.

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

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

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

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

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

bb) Begrenzung des Akteneinsichtsrechts auf Bußgeldbescheide

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Darlegung des berechtigten Interesses

Eine Akteneinsicht bzw. Auskunft über Kronzeugeninformationen gem. §§ 406e Abs. 1 S. 1, Abs. 5, 475 Abs. 1 S. 1 StPO setzte als weitere Voraussetzung die Darlegung eines berechtigten Interesses voraus. In Anlehnung an die überwiegende Auffassung²⁷² der strafprozessrechtlichen Literatur und Rechtsprechung, der zufolge für die Darlegung eines berechtigten Interesses

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Einsichtnahme durch einen Rechtsanwalt

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

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

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

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

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

Die Beschränkung des Einsichtsrechts auf zugelassene Rechtsanwälte war vor der 9. GWB-Novelle gerechtfertigt. Nicht nur der Wortlaut von § 406e und § 475 StPO („[...] Rechtsanwalt [...]“), sondern auch systematische Erwägungen sprechen für eine entsprechende Beschränkung. In der StPO wird grundsätzlich zwischen den Rechten des Verteidigers bzw. Rechtsanwalts und des Unternehmensjuristen unterschieden. So steht der Unternehmensanwalt z.B. dem zugelassenen Rechtsanwalt im Strafverfahren und in Ordnungswidrigkeiten auch nach Inkrafttreten des Syndikusanwaltsgesetzes²⁸⁵ im Jahr 2016 nicht gleich, da er z.B. weder ein Zeugnisverweigerungsrecht noch ein Beschlagnahmeverbot geltend machen kann (§§ 53 Nr. 1 und Nr. 3, 53a StPO).²⁸⁶ Zudem sind Unternehmensanwälte aufgrund ihres Anstellungsvertrages einem einzigen Unternehmen verpflichtet und aufgrund ihrer Einbindung in das Unternehmen den Geschäftsinteressen dieses Unternehmens verbunden.²⁸⁷ Die Differenzierung zwischen Rechtsanwalt und Unternehmensjurist war daher vor der 9. GWB-Novelle aufgrund der sinngemäßen Anwendung der Vorschriften auch bei kartellrechtlichen Akteneinsichtsbegehren gerechtfertigt.

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Schutzwürdige Interessen von Kronzeugen

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

aa) Kronzeugeninformationen und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

mungsrecht gegen das Informationsinteresse der Geschädigten abgewogen werden.

(1) Daten natürlicher Kronzeugen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Daten von Kronzeugenunternehmen

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

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

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

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

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

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

durch Art. 12 GG³⁰⁷ und Art. 14 GG³⁰⁸ besonders geschützt werden,³⁰⁹ und sonstigen wirtschaftlichen Informationen, für die nur das Recht auf informationelle Selbstbestimmung galt.³¹⁰ Als eine solche sonstige wirtschaftliche Information war z.B. der Name eines Unternehmens anzusehen, da dieser aufgrund seiner Offenkundigkeit kein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis darstellt. Für einen Schutz des Namens des Kronzeugenunternehmens oder anderer identifizierender Merkmale ergibt sich jedoch auch aus einem Erst-Recht-Schluss, dass ein Schutz dieser Daten nicht geboten ist. Auch natürliche Personen als Kronzeugen waren vor der Nennung ihres Namens oder anderer identifizierender Merkmale nicht geschützt.

bb) Kronzeugeninformationen als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

315 Jüntgen, WuW 2007, 128, 134.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aufgrund der eingeschränkten Möglichkeiten im deutschen Recht, Kronzeugeninformationen vor einer Offenlegung zu schützen, wurde vor der 9. GWB-Novelle in Rechtsprechung und Literatur ein Offenlegungsschutz für Kronzeugeninformationen aus Tz. 22 der Bonusmitteilung³³⁰ und aus Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes abgeleitet.³³¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

348 Vgl. oben Einleitung.

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

Auch die Begründung des Vertrauensschutzes anhand § 3 Nr. 7 IFG erscheint fraglich. Die Norm selbst begründet keinen Vertrauensschutz, sondern regelt nur, dass Informationen, soweit ein Vertrauensschutz besteht, nicht offengelegt werden können. Zudem verfolgen das IFG und § 406e StPO unterschiedliche gesetzgeberische Ziele. Das IFG dient der Transparenz der Verwaltung, während § 406e StPO bei der Durchsetzung von Schadensersatzklagen von Geschädigten helfen soll und damit der Schaffung materieller Gerechtigkeit dient. Auch der im Vergleich zu § 1 IFG³⁵¹ engere Anwendungsbereich des § 406e StPO sowie die formelle Subsidiarität des IFG gem. § 1 Abs. 3 IFG weisen darauf, dass es sich bei § 406e StPO im Vergleich zum IFG um das speziellere „Informationsrecht“ handelt.

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

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

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

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

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

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

Im Folgenden werden allgemeine Kriterien betrachtet, die bei der Abwägung nach § 406e Abs. 2 S. 1 StPO vor der 9. GWB-Novelle einzubeziehen waren. Dabei war zu berücksichtigen, dass aus dem Wortlaut des § 406e Abs. 2 S. 1 StPO folgt, dass grundsätzlich vom Akteneinsichtsrecht des Antragstellers³⁵⁸ auszugehen und dass das Akteneinsichtsrecht nur in

352 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 233; *Klooz*, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 218.

353 Vgl. *Steger*, BB 2014, 963, 965.

354 Vgl. *Klooz*, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 132; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 111, der aber in der Vertrauenszusage, einen Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG sieht; *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 184.

355 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 25 – *Pfleiderer*; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 42 – *Donau Chemie*.

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

357 Vgl. *Dorn/Liebich*, WRP 2012, 1601.

358 AG Bonn 12.8.2015 – 52 OWi 55/15(b), S. 6 (Website des Bundeskartellamts).

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

aa) Erforderlichkeit der Akteneinsicht

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

(1) Veröffentlichungen des Bundeskartellamts

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

359 Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 406e StPO Rn. 8.

360 Koch, JZ 2013, 390, 393.

361 Vgl. Lauterwein, Akteneinsichtsrecht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen (2011), S. 93.

362 Vgl. Dreber, ZWeR 2008, 325, 330; Klooz, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 23.

363 BKartA, Fallbericht 2.4.2014, B10-105/11 – Bußgelder gegen Brauereien.

364 BKartA, Fallbericht 14.6.2013, B11-17/06 – Bußgeldverfahren gegen Hersteller von Drogerieartikeln.

365 BKartA, Fallbericht 27.5.2013, B11-11/08 – Bußgeldverfahren gegen Hersteller von Süßwaren.

(2) Einsicht in den Bußgeldbescheid

In der Rechtsprechung³⁶⁶ und der Literatur³⁶⁷ wurde vor der 9. GWB-Novelle die Auffassung vertreten, dass eine Akteneinsicht über die Bußgeldbescheide hinaus nicht erforderlich sei. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf enthielten die Bonusanträge keine Angaben zu dem durch das Kartell entstandenen Schaden.³⁶⁸ Das AG Bonn vertrat zudem die Auffassung, es bestünde kein berechtigtes Interesse an einer weitergehenden Akteneinsicht über die Einsicht in die geschwärzte Fassung der Bußgeldbescheide hinaus, da aufgrund der Tatbestandswirkung gem. § 33 Abs. 4 S. 1 GWB a.F. die Tat mit Hilfe des Bußgeldbescheides nachgewiesen werden könne.³⁶⁹

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

(3) Beiziehung von Verfahrensakten durch Zivilgerichte

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

366 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 47 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); AG Bonn 8.1.2016 – 52 OWi 126/15(b), Tz. 25 – Zuckerkartell (juris).

367 Vgl. *Busch/Sellin*, BB 2012, 1167, 1169.

368 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 47 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).

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

370 Siehe oben § 3 B.

371 Siehe oben § 2 B.

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

Neben den zivilprozessualen Voraussetzungen ist für die Beiziehung der Kartellverfahrensakten grundsätzlich erforderlich, dass eine weitere Rechtsgrundlage die Übermittlung der Akten durch die ersuchte Stelle gestattet (sog. „Doppeltürmodell“³⁷⁴).³⁷⁵ Bei der Beiziehung von kartellrechtlichen Verfahrensakten richtet sich die Übermittlung nach § 474 ff. StPO i.V.m. § 46 OWiG. Nach § 474 Abs. 1 StPO können Gerichte Akteneinsicht erhalten, wenn dies für den Zweck der Rechtspflege erforderlich ist. Das Kriterium „Erforderlichkeit“ bedeutete in diesem Zusammenhang, dass die Beiziehung der Akten verhältnismäßig sein muss.³⁷⁶ Bei Ersuchen in Kartellsachen unterschied sich die vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht wesentlich von der Abwägungsentscheidung, die auch im Rahmen von § 406e StPO vorzunehmen war. Eine Besonderheit der § 474 ff. StPO ist allerdings, dass nicht die ersuchte Behörde³⁷⁷, sondern das Zivilgericht, das die Beiziehung der Akten anordnet, für die Prüfung der Voraussetzungen zuständig ist (vgl. § 477 Abs. 4 S. 1 StPO). Die ersuchte Behörde³⁷⁸ prüft nur, ob eine Beiziehung der Akten im Aufgabenbereich der ersu-

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

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

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

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

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

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

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

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

Inwieweit die aktenführende Stelle die Übermittlung von Kronzeugeninformationen ablehnen konnte, war Gegenstand eines Beschlusses des OLG Hamm aus dem Jahr 2013.³⁸¹ In dieser Entscheidung entschied das OLG Hamm, die aktenführende Behörde sei grundsätzlich zur Übermittlung der Verfahrensakten, einschließlich der Kronzeugendokumente, verpflichtet, da auch die Dokumente, die von Kronzeugen stammten, keine ungewöhnliche Daten i.S.d. § 477 StPO seien.³⁸² Das Gericht führte aus, Kronzeugen müssten so wie andere Beschuldigte behandelt werden, die auf ihr Recht auf Selbstbelastungsfreiheit verzichten.³⁸³ Zudem seien, so das Gericht, Tatsachen, aus denen sich ein Kartellrechtsverstoß ergebe, nicht als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu schützen.³⁸⁴ Des Weiteren stehe der Übermittlung von Kronzeugeninformationen auch nicht eine Gefährdung des Untersuchungszwecks i.S.d. § 477 Abs. 2 S. 1 StPO entgegen, da es sich bei dem *chilling-effect* um eine „reine theoretische und abstrakte Möglichkeit“³⁸⁵ handle. Eine gesetzliche Vorschrift, die einen besonderen Schutz der Kronzeugeninformationen gebiete, bestand zur Zeit

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

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

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

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

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

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

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

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

Eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf Kronzeugeninformationen für Geschädigte folgte aus dieser Rechtsprechung jedoch nicht. Den Parteien des Zivilprozesses steht grundsätzlich nicht automatisch ein Recht auf Akteneinsicht in beigezogenen Akten zu.³⁸⁹ Das Zivilgericht hatte – nach Auffassung BVerfG – vor Gewährung der Akteneinsicht, eine Interessenabwägung vorzunehmen, um insbesondere den betroffenen Grundrechten Rechnung zu tragen.³⁹⁰ Dadurch waren nicht nur die Kriterien des § 406e Abs. 2 StPO³⁹¹ zu berücksichtigen, sondern auch die Kriterien, die der EuGH im Zusammenhang mit den Entscheidungen *Pfleiderer* und *Donaue Chemie* entwickelt hatte.³⁹² Das BVerfG wies zudem auf die Möglichkeit der ersuchten Behörde hin, die Beiziehung der Akten unter der Bedingung zu gestatten, den Prozessparteien keine Akteneinsicht zu gewähren. Für den Fall, dass die ersuchte Behörde von dieser Möglichkeit Gebrauch machte, konnte das Zivilgericht – nach Auffassung des BVerfG – die betroffenen Akten nicht verwerten.³⁹³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Weitere Abwägungskriterien

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

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

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

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

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

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

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

Als weitere Abwägungskriterien konnten auch der Verfahrensstand und der Verdachtsgrad im behördlichen Verfahren,⁴⁰³ das Verhältnis der Informationen zum Kartellverstoß,⁴⁰⁴ die Erfolgsaussichten der konkreten Schadensersatzklage, die Höhe des entstandenen Schadens, die Anhängigkeit einer entsprechenden Schadensersatzklage, der Stand des Schadensersatzprozesses, die Anzahl anderer anhängiger Schadensersatzklagen sowie das Grundrecht des Geschädigten auf einen wirksamen Rechtsbehelf gem. Art. 47 i.V.m. Art. 51 der GRCh und Art. 6 Abs. 1 EMRK berücksichtigt werden.⁴⁰⁵ Auch zivilprozessuale Beweiserleichterungen, wie z.B. die Bindungswirkung gem. § 33 Abs. 4 GWB a.F.,⁴⁰⁶ und die Verwendungsbeschränkung gem. § 406e Abs. 6 StPO i.V.m. § 477 Abs. 5 StPO konnten in die Abwägung miteinbezogen werden.⁴⁰⁷ Ferner war nach der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Abwägung der Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz⁴⁰⁸ sowie die Gefährdung der Kronzeugenprogramme zu berücksichtigen.

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

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

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

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

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

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

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

Im Gegensatz zu § 406e StPO sind nach dem Wortlaut des § 475 Abs. 1 S. 2 StPO Auskünfte zu versagen, wenn der hiervon Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat. Eine Interessenabwägung wie in § 406e Abs. 2 S. 1 StPO setzt der Wortlaut des § 475 Abs. 1 S. 2 StPO nicht voraus. Dennoch forderte ein Teil der Literatur für die Aktenauskunft gem. § 475 StPO eine vergleichbare Interessenabwägung wie in § 406e StPO.⁴⁰⁹ Ein anderer Teil der Literatur⁴¹⁰ und die Rechtsprechung⁴¹¹ lehnten dagegen ein „Überwiegen“ als Tatbestandsmerkmal unter Berufung auf den Wortlaut des § 475 Abs. 1 S. 2 StPO und das abgestufte Regelungssystem in §§ 406e, 476, 477 StPO ab.⁴¹²

Für kartellrechtliche Auskunftsbegehren vermochte die Ansicht der Rechtsprechung jedoch nicht zu überzeugen. Ein Verzicht auf eine Abwägung hatte bei kartellrechtlichen Aktenauskunftsbegehren zur Folge, dass die nach der hier vertretenen Ansicht⁴¹³ nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen Zessionaren und Geschädigten, die selbst Betroffene i.S.d. § 33 Abs. 1 GWB a.F. waren, weiter verstärkt wurde. Schadensersatzklagen von Zessionaren können ebenso wie Schadensersatzklagen von (originär) Geschädigten zur vollen Wirksamkeit des Kartellverbots gem. Art. 101 AEUV beitragen. Durch den Verzicht einer Abwägungsentscheidung wäre den Geheimhaltungsinteressen der Kronzeugen ein absoluter Vorrang eingeräumt worden. Dies wäre mit den primärrechtlichen Grund-

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

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

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

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

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

413 Vgl. § 4 A. II. 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

414 Vgl. zur Rechtsprechung des EuGH § 3.

415 Vgl. § 3 A.

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

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

Ein anderer Teil der Literatur⁴²³ stand dagegen einem Schutz von Kronzeugeninformationen kritisch gegenüber. Diese Auffassung berief sich darauf, dass sich die Ausnahmevorschrift des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 46 OWiG nur auf Verfahren beziehen könne, die in einem konkreten Zusammenhang mit dem Ursprungsverfahren stünden.⁴²⁴ Zur Begründung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Auch eine historische Betrachtung führte zu keinem eindeutigen Auslegungsergebnis. Eine Ansicht in der Literatur schloss aus der Entstehungsgeschichte auf eine restriktive Auslegung der Norm.⁴²⁸ Zur Begründung wurde zum Teil angeführt, dass die Formulierung des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO aufgrund einer geplanten Änderung des § 147 Abs. 2 S. 1 StPO⁴²⁹ eingefügt wurde,⁴³⁰ welche im Wesentlichen der geltenden Fassung des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO entsprach,⁴³¹ sich aber im

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

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

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

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

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

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

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

Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen konnte.⁴³² Die Formulierung des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO sei deshalb als eine „gesetzgeberische Fehlleistung“ anzusehen.⁴³³ Andere stützen die restriktive Auslegung darauf, dass eine Regelung, welche die Ausnahme des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO auf den Abschluss des Verfahrens begrenzte und die im Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD⁴³⁴ für das 2. Opferrechtsreformgesetzes vorgesehen war, weder in den Gesetzesentwurf der Bundesregierung⁴³⁵ noch in den Gesetzestext übernommen wurde.⁴³⁶ Daraus ergebe sich, dass der Gesetzgeber nur „anstehende Untersuchungen“ erfassen wollte.⁴³⁷

Eine weitere Ansicht in der Literatur ging dagegen von einer extensiven Auslegung aus.⁴³⁸ Sie führte zur Begründung ihres Standpunktes aus, der Wortlaut des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO sei durch den Gesetzgeber bewusst eingefügt worden, da der Wortlaut des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO dem Wortlaut des § 477 Abs. 2 S. 1 StPO⁴³⁹ entspreche.⁴⁴⁰

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

433 Kapp, WuW 2012, 474, 478.

434 *Fraktionen der CDU/CSU und SPD*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz), BT-Drs. 16/12098, S. 7, Tz. 26 sah folgende Änderung vor:

„§ 406e wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 2 wird folgender Satz angefügt: [,] Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn die Staatsanwaltschaft in den in § 395 genannten Fällen den Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerkt hat []“.

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

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

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

438 Vollmer, ZWeR 2012, 442, 461.

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

440 Vollmer, ZWeR 2012, 442, 461.

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

Dennoch war eine restriktive Auslegung im Ergebnis für kartellrechtliche Akteneinsichtsgesuche nicht überzeugend. Bei sinngemäßer Anwendung des § 406e Abs. 2 S. 2 StPO im Kartellrecht waren auch die Grundsätze, die der EuGH für die Offenlegung von Kronzeugeninformationen gegenüber Geschädigten entwickelt hat, im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung⁴⁴⁶ zu berücksichtigen. Danach sind die Interessen der Geschädigten u.a. mit dem Interesse an einer effektiven Kartellrechtsdurchsetzung abzuwägen.⁴⁴⁷ Dieses Interesse beschränkt sich nicht auf ein konkre-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aufgrund der vom EuGH geforderten Einzelfallabwägung⁴⁵² ist aber zu bezweifeln, dass vor der 9. GWB-Novelle allein aus Tz. 22 der Bonusregelung⁴⁵³ ein genereller Schutz von Kronzeugeninformationen abgeleitet werden konnte. Schon der Wortlaut von Tz. 22 der Bonusregelung vermittelt keinen absoluten Offenlegungsschutz, da die Akteneinsichtsanträge nur „grundsätzlich“ abgelehnt werden. Wie bereits festgestellt wurde, bestand jedoch aufgrund der Praxis des Bundeskartellamts gem. Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG ein Vertrauensschutz dahingehend, dass bei gleich gelagerten Akteneinsichtsgesuchen Kronzeugeninformatio-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

454 Vgl. § 4 A. II. 4. a) dd).

455 *Yomere*, WuW 2013, 34, 38; vgl. *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 226.

456 *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 477 Rn. 3; *Weßlau*, in: SK-StPO, § 477 Rn. 4.

457 *Hilger*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 406e Rn. 14; *Stöckel*, in: KMR-StPO, § 406e Rn. 14 (Stand: August 2010).

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

III. Zusammenfassung

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

458 Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf (2017), S. 25.

459 Klooz, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 156 f.

460 Wessing/Hiéramente, WuW 2015, 220, 227.

461 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 50 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris).

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

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

B. Sekundärrechtliche Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU

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

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

462 ABl. EU 2014 L 349/1.

463 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 6 RL 2014/104/EU.

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

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

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

Im Anschluss an das Urteil *Courage/Crehan*⁴⁶⁵ des EuGH, in dem der Gerichtshof das Recht jedermanns auf Schadensersatz entwickelte, ergriff die Europäische Kommission die Initiative und veröffentlichte in ihrem Grünbuch zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen⁴⁶⁶ erste Ansätze zur Förderung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Dabei nahm der Zugang zu Beweismitteln von Anfang eine zentrale Rolle ein. Die im Grünbuch vorgeschlagene Option, die zur Verbesserung des Beweismittelzugangs eine gerichtlich angeordnete Offenlegung von bestimmten Dokumententypen unter der Voraussetzung eines *fact pleading* einzuführen,⁴⁶⁷ wurde in der Literatur⁴⁶⁸ und von der Europäischen Kommission als vorzuzugswürdig erachtet. Sie wurde im Weißbuch aus dem Jahr 2008 von der Europäischen Kommission fortgeführt. Zudem stellte die Europäische Kommission im Weißbuch mögliche Voraussetzungen für ein gerichtlich angeordnetes Gerichtsverfahren vor, wie z.B. einen plausiblen Tatsachenvortrag und die

464 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2014/104/EU.

465 EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. I-06297, Tz. 26 – *Courage/Crehan*.

466 Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM (2005) 672 endg.

467 Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg., S. 6, Option 1, 2, 3.

468 *Santer*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 379.

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

Der offizielle⁴⁷¹ Richtlinienentwurf⁴⁷² (RLV) aus dem Jahr 2013 sah für eine gerichtliche Offenlegungsanordnung ebenfalls in Art. 5 RLV als Voraussetzungen eine hinreichend bestimmte Begründung sowie die Verhältnismäßigkeit der Anordnung vor. Diese Regelungsvorschläge wurden im Wesentlichen in die Bestimmungen der Richtlinie 2014/104/EU übernommen.

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

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

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

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

472 Komm., Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 final.

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

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

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

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

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

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

1. Vorschriften zum Schutz von Kronzeugenerklärungen im Überblick

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

a) Der Begriff der Kronzeugenerklärung

Kronzeugenerklärungen sind nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU

„alle freiwilligen mündlichen oder schriftlichen Darlegungen von Unternehmen oder natürlichen Personen gegenüber einer Wettbewerbsbehörde oder Aufzeichnungen, in denen die Kenntnis von einem Kar-

⁴⁷⁵ Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2014/104/EU.

tell und die Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurden, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken.“

Die Einordnung bestimmter Unterlagen als Kronzeugenerklärung erfolgt durch die Wettbewerbsbehörden; sie ist aber auf Antrag gerichtlich überprüfbar (vgl. Art. 6 Abs. 7 RL 2014/104/EU). Bereits vorhandene Informationen, wie Urkunden aus der Zeit des Kartells, unterfallen nicht dem Begriff der Kronzeugenerklärung (vgl. Art. 2 Nr. 16 a.E. RL 2014/104/EU). Unter „bereits vorhandenen Informationen“ sind nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 17 RL 2014/104/EU Beweismittel zu verstehen,

„die unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen, unabhängig davon, ob diese Informationen in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind oder nicht“.

Diese Beweismittel werden, soweit sie von Kronzeugen an die Wettbewerbsbehörde übermittelt wurden, in Abgrenzung zur Kronzeugenerklärung nachfolgend als bereits bestehende Kronzeugeninformationen bezeichnet.

Trotz der Legaldefinitionen in Art. 2 Nr. 16 und Art. 2 Nr. 17 RL 2014/104/EU wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass der Begriff der Kronzeugenerklärung neben dem Kronzeugenantrag auch übermittelte Anhänge erfasse.⁴⁷⁶ Diese Ansicht wird damit begründet, dass aus der sprachlichen Differenzierung zwischen „Kronzeugenunternehmenserklärung“ im Richtlinienentwurf und „Kronzeugenerklärung“ in der finalen Fassung der Richtlinie ein weites Begriffsverständnis folge.⁴⁷⁷ Es stellt sich daher die Frage, ob der Offenlegungsschutz nur für Kronzeugenanträge gilt, wie etwa die Unternehmensklärung i.S.d. Tz. 9 lit. a) der europäischen Kronzeugenmitteilung (2006), oder ob auch andere Dokumente erfasst werden.

Die Begriffe „Kronzeugenunternehmensklärungen“ und „Kronzeugenerklärung“ wechselten während des Richtlinienverfahrens mehrfach, so dass der sprachlichen Änderung keine große Bedeutung zugemessen wer-

476 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 253 f.; zum Richtlinienentwurf *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2183 f.; *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 353; offengelassen *Wessing/Hiéramente*, WuW 2015, 220, 232.

477 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 253 f.

den sollte.⁴⁷⁸ Dies gilt auch, weil sich die entsprechenden Begriffsdefinitionen des Richtlinienentwurfs (2013) und der Richtlinie 2014/104/EU nicht unterscheiden. Der Ausschuss für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments erweiterte in seinem Berichtsentwurf vom 21.10.2013 zwar die Begriffsdefinition der „Kronzeugenerklärung“ im Gesetzgebungsverfahren dahingehend, dass sie auch Anhänge umfasste, diese Regelung konnte sich aber im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen.⁴⁷⁹ Dies spricht dafür, dass sich die verwendeten Begriffe nach dem Willen des Gesetzgebers nicht unterscheiden.

In systematischer Hinsicht spricht für eine enge Auslegung des Begriffs „Kronzeugenerklärung“ auch der Umstand, dass Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU eine Ausnahmenvorschrift im Hinblick auf das Offenlegungsverfahren nach Art. 5 ff. RL 2014/104/EU und als solche grundsätzlich restriktiv auszulegen ist.⁴⁸⁰ Die Legaldefinition des Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU bestimmt zudem, dass bereits existierende Dokumente nicht vom Begriff der „Kronzeugenerklärung“ erfasst werden. Es kann daher aus den soeben genannten Vorschriften geschlossen werden, dass nur Dokumente, die eigens für die Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde erstellt wurden, vom Offenlegungsschutz erfasst werden. Dies gilt unabhängig davon, ob sie in Verbindung mit einer Unternehmenserklärung i.S.d. der Tz. 9 lit. a) der europäischen Kronzeugenmitteilung (2006) stehen oder nicht.

Eine derartige am Wortlaut der Legaldefinition orientierte Auslegung entspricht auch dem Ziel der Richtlinie 2014/104/EU, die behördliche und private Kartellrechtsdurchsetzung zu harmonisieren. Die Richtlinie darf von den Kartellanten nicht dazu genutzt werden, vor einer zivilrechtlichen Haftung in den Kronzeugenantrag zu flüchten und auf diesem Wege einen

478 Im Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments v. 4.2.2014, A7-0089/2014 (vgl. Art. 4 Nr. 14 des Berichts) sowie im Änderungsvorschlag 1 des Europäischen Parlaments v. 4.2.2014, A7-0089/001-001, heißt es „Kronzeugenerklärung“ (vgl. Art. 4 Nr. 14 des Antrags), im Änderungsantrag 2 des Europäischen Parlaments v. 9.4.2014, A7-0089/2 hingegen „Kronzeugenunternehmenserklärung“ (vgl. Art. 4 Nr. 16 des Antrags) und in der Berichtigung der ersten Lesung des Europäischen Parlaments v. 11.9.2014, P7_TA-PROV(2014)0451, wieder „Kronzeugenerklärung“ (vgl. Art. 2 Nr. 16).

479 Entwurf des Berichts des Ausschusses für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments v. 21.10.2013, Art. 4 Nr. 14.

480 *Lundquist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, *Harmonising EU Competition Litigation* (2016), S. 165, 178.

Zugriff auf Beweismittel durch Geschädigte zu verhindern.⁴⁸¹ Dies wird – wie die Legaldefinition des Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU betont – dadurch sichergestellt, dass nur diejenigen Informationen von Kronzeugen vor einer Offenlegung geschützt sind, die sie freiwillig und eigens für die Wettbewerbsbehörde erstellt haben und daher als wesentliche „Leistung“ des Kronzeugen einzuordnen sind. Bereits existierende Dokumente, wie z.B. E-Mails und Urkunden aus der Zeit des Kartells, werden daher nicht vom Begriff der Kronzeugenerklärung i.S.d. Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU erfasst.

Vom Begriff der „Kronzeugenerklärung“ werden somit im Ergebnis nur solche Informationen erfasst, die eigens und freiwillig im Zusammenhang mit dem Kronzeugenantrag erstellt wurden, unabhängig, ob sie sich im Kronzeugenantrag oder in übermittelten Anhängen befinden.⁴⁸² Der Begriff „Kronzeugenerklärung“ entspricht daher nicht dem Begriff der Unternehmenserklärung i.S.d. der europäischen Kronzeugenmitteilung (2006).

b) Der Offenlegungsschutz gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU

Nach Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass die nationalen Gerichte für die Zwecke von Schadensersatzklagen zu keinem Zeitpunkt die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen durch eine Partei oder einen Dritten anordnen können. Die Vorschrift führt zu einem umfassenden Offenlegungsschutz für Kronzeugenerklärungen. Eine Abwägung im Einzelfall findet nicht statt. Aus dem Wortlaut der Norm („durch eine Partei“) folgt, dass das Offenlegungsverbot nicht nur für Offenlegungsverfahren gegenüber Wettbewerbsbehörden gilt, sondern allgemein für Offenlegungsverfahren nach Art. 5 ff. RL 2014/104/EU. Geschützt werden nicht nur Kronzeugenerklärungen, die gegenüber der Europäischen Kommission abgegeben wurden, sondern auch gegenüber nationalen Wettbewerbsbehörden. Dies ergibt sich aus der Legaldefinition der Kronzeugenerklärung i.V.m. Art. 2 Nr. 8 RL 2014/104/EU, wonach unter Wettbewerbsbehörde sowohl die Europäische Kommission als auch die nationalen Behörden zu verstehen sind. Zudem folgt aus Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2014/104/EU, dass das Offenlegungsverbot auch wörtliche Zitate aus Kronzeugenerklärungen erfasst. Ferner schützt die Vorschrift des Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU alle Kronzeugenerklärungen, unabhän-

481 *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 445; Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), S. 23.

482 Ähnlich *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 445.

gig davon, ob sie von dem ersten oder einem nachrangigen Kronzeugen stammen.⁴⁸³ Dies ergibt sich schon aus der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU, wonach Kronzeugenerklärungen abgegeben werden, um „[...] den Erlass oder die Ermäßigung einer Geldbuße [...]“ zu erwirken.

c) Das Verwendungsverbot gem. Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU

Das Offenlegungsverbot des Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU wird durch Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU ergänzt. Diese Vorschrift bestimmt, dass die Einbringung von Kronzeugenerklärungen als Beweismittel in den Zivilprozess unzulässig ist, soweit die Informationen durch Akteneinsicht erlangt wurden. Artikel 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU stellt dadurch sicher, dass das Offenlegungsverbot gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU nicht umgegangen wird.

In der Literatur wurde teilweise die Auffassung vertreten, das Zusammenspiel von Art. 6 Abs. 6 und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU führe zu einer sog. „black list“ von Informationen, die von Schadensersatzprozessen in jedem Fall auszunehmen seien.⁴⁸⁴

Die Annahme einer sog. „black list“ ist aber zweifelhaft, da Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU nicht zu einer umfassenden Verwendungsbeschränkung führt. Die Vorschrift des Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU bezieht sich nur auf Informationen, die „allein durch die Einsicht in die Akten der Wettbewerbsbehörde erlangt wurden“. Durch diesen Wortlaut bietet sich den Geschädigten die Möglichkeit, Kronzeugenerklärungen in Zivilprozesse einzubringen, wenn diese aus anderen Quellen stammen.⁴⁸⁵ Von der „Einsicht in die Akten“ ist z.B. der Zugang zu Dokumenten nach der VO 1049/2001 zu unterscheiden. Hierbei handelt es sich um eine bewusste sprachliche Differenzierung des Richtliniengebers, wie die Formulierung des Art. 6 Abs. 2 RL 2014/104/EU („[...] Zugangs der Öffentlichkeit zu Dokumenten [...]“) zeigt.⁴⁸⁶ Aus dieser Differenzierung folgt, dass Parteien

483 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 251 ff.

484 Vgl. *Lundqvist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016), S. 165, 178; *Gamble*, E.C.L.R. 2014, 469, 477 in Bezug auf Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU.

485 Wohl anders *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 256 f.

486 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.B.ii.b.

Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen, die sie unter den Voraussetzungen der VO 1049/2001 erhalten haben, in Zivilprozesse einbringen können. Darüber hinaus ist es weiterhin möglich, Informationen als Beweismittel einzubringen, wenn diese den Klägern von Kronzeugen freiwillig überlassen wurden.

2. Bewertung des Kronzeugenschutzes

Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, ob die Einführung eines Schutzes von Kronzeugenerklärungen aus Gründen der Effizienz gerechtfertigt ist (1.) und ob die Bestimmungen der Richtlinie mit dem europäischen Primärrecht vereinbar sind (2.).

a) Absoluter Schutz von Kronzeugenerklärungen aus Gründen der Effizienz

Sowohl die Europäische Kommission⁴⁸⁷, die nationalen Ministerien und das Bundeskartellamt⁴⁸⁸ als auch Teile der Literatur⁴⁸⁹ haben vor der Richtlinie 2014/104/EU die Notwendigkeit betont, Kronzeugen vor einer Offenlegung der von ihnen übermittelten Informationen zu schützen, um die Effektivität von Kronzeugenprogrammen zu wahren. Auch der EuGH geht in den Entscheidungen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* von der Annahme

487 Vgl. Komm., Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, v. 11.6.2013, COM(2013) 404 final, Art. 6 Abs. 1 und Begründung, S. 16; Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 12; Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 271-273.

488 Im deutschen Recht BMWi, Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, S. 50; BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, v. 30.11.2011, S. 14 f.; BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, vom 22.6.2012, S. 16 f.

489 *Diemer*, E.C.L.R. 2006, 309, 316; *Böge/Ost*, E.C.L.R. 2006, 197, 198; *Eilmansberger*, CMLR (2007), 431, 436 f.; *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2009, 885, 893 ff.; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 463 f.

aus, dass die Offenlegung von Kronzeugeninformationen zu negativen Auswirkungen auf das Kronzeugenprogramm führt.⁴⁹⁰

In der Literatur wurde die Einführung eines absoluten Offenlegungsschutzes von Kronzeugenerklärungen durch die Richtlinie 2014/104/EU unterschiedlich aufgenommen. Teile der Literatur begrüßen die Übernahme des absoluten Offenlegungsschutzes von Kronzeugenerklärungen aus dem Richtlinienentwurf (2013) in die Richtlinie 2014/104/EU aus Effektivitätsgründen.⁴⁹¹ Nach dieser Ansicht sei der absolute Offenlegungsschutz von Kronzeugenerklärungen angesichts der großen Bedeutung der Kronzeugenprogramme für die Kartellrechtsdurchsetzung erforderlich.⁴⁹² Der absolute Kronzeugenschutz führe zu einer klaren Rechtslage und verhindere, dass Kronzeugen mit einer divergierenden Gerichtspraxis konfrontiert werden; die so geschaffene Rechtssicherheit trage zur Wahrung der Effektivität bei.⁴⁹³

Andere Vertreter in der Literatur stehen hingegen der Erforderlichkeit eines absoluten Offenlegungsschutzes grundsätzlich kritisch gegenüber.⁴⁹⁴ Sie berufen sich neben dem Argument der fehlenden Nachweisbarkeit einer Gefährdung⁴⁹⁵ darauf, dass ein absoluter Ausschluss von Kronzeugeninformationen durch die Einführung der zivilrechtlichen Haftungsprin-

490 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 27 – Pfeleiderer; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 42 – Donau Chemie.

491 Fiedler, BB 2013, 2179, 2183 f.; für einen Offenlegungsschutz vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU: Wils, Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement (2008), S. 147 Fn. 185; Milde, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 152; Soltész/Marquier/Wendenburg, EWS 2006, 102, 106; Mäger/Zimmer/Milde, WuW 2009, 885, 886; Meyer-Lindemann, WuW 2011, 1235, 1244; Seitz, EuZW 2011, 598, 601; Palzer, EuR 2012, 583, 602; differenzierend: Jüntgen, WuW 2007, 128, 137 nur, wenn mehr Kronzeugeninformationen offengelegt werden als bisher.

492 Fiedler, BB 2013, 2179, 2183.

493 Fiedler, BB 2013, 2179, 2183.

494 Vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU: Schwalbe/Höft, in: FS Möschel (2011), S. 597, 600; Lampert/Weidenbach, WRP 2007, 152, 161; Hempel, E.C.L.R. 2012, 195, 201; Gussone/Maritzen, EWS 2013, 292, 293 f.; Singh, E.C.L.R. 2014, 110, 118; vgl. Klooz, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 201, die aber von negativen Auswirkungen auf das Kronzeugenprogramm ausgeht; US Chamber Institute for Legal Reform, Response of the U.S. Chamber Institute for Legal Reform to the Consultation on Private Actions in Competition Law, S. 34, wonach die negativen Auswirkungen einer Einzelfallabwägung, wie sie der EuGH in den Urteilen Pfeleiderer und Donau Chemie forderte, nicht überschätzt werden dürften.

495 Hempel, E.C.L.R. 2012, 195, 201; vgl. Gussone/Maritzen, EWS 2013, 292, 293 f.

vilegien des Art. 11 RL 2014/104/EU nicht mehr erforderlich sei.⁴⁹⁶ Zudem müsse neben dem Schutz der Kronzeugenprogramme auch berücksichtigt werden, dass Geschädigte zur Substantiierung von Schadensersatzklagen selten auf Zeugen zurückgreifen können und ihnen kein anderes Mittel für die Beweisführung hinsichtlich der Schadenshöhe zur Verfügung steht, wenn Kartellbehörden nicht rechtzeitig ihre Entscheidungen mit detaillierten Begründungen veröffentlichen.⁴⁹⁷ Nach dieser Ansicht besteht zudem die Gefahr, dass das Offenlegungsverbot nicht nur zugunsten des Kronzeugen, sondern auch zugunsten aller anderen Kartellmitglieder wirke.⁴⁹⁸

Wiederum andere Teile der Literatur sind sogar der Auffassung, dass ein Zugang zu Kronzeugeninformationen die Effektivität der Kronzeugenprogramme erhöhe, wenn zivilrechtliche Haftungsprivilegien für Kronzeugen bestehen.⁴⁹⁹

Auch die Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten der EU im Anschluss an das Urteil *Pfleiderer* des EuGH divergiert. Im englischen Recht führte der *High Court of England and Wales* in der Entscheidung *National Grid* im Jahr 2012 z.B. aus, der Erlass oder die Ermäßigung der Geldbuße stelle auch weiterhin einen nicht zu unterschätzenden Kooperationsanreiz für Kartellanten dar.⁵⁰⁰ Die deutschen Gerichte haben hingegen eine eher restriktive Haltung angenommen. Sowohl das OLG Düsseldorf als auch das AG Bonn verwiesen in ihren Entscheidungen darauf, dass eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen zu einer Gefährdung der Effektivität der Kronzeugenprogramme führe.⁵⁰¹

Betrachtet man die verschiedenen Auffassungen insgesamt, lassen sie sich grob in zwei Lager teilen. Das eine geht von einer konkreten Gefährdung der Kronzeugeninformation aus und befürwortet einen abstrakten Schutz von Kronzeugeninformationen, während das andere nur eine abstrakte Gefahr annimmt und eine Abwägung im Einzelfall befürwortet. Den verschiedenen Auffassungen ist es aber gemeinsam, dass sie – auch die

496 *Krüger*, NZKart 2013, 483, 486; *Kersting*, WuW 2014, 564, 569.

497 *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 343.

498 *Krüger*, NZKart 2013, 483, 486; *Stauber/Schaper*, NZKart 2014, 347, 352.

499 *Marvão/Spagnolo*, in: Gugler/Schumacher (2015), S. 55 ff.; *Buccrossi/Marvão/Spagnolo* (2015), S. 25 f.

500 Vgl. *National Grid Electricity Transmission PIX v. ABB Ltd.* [2012] EWHC 869 (Ch), [2012] U.K.C.R. 220, 37.

501 OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 36 ff. – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); AG Bonn 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 16 ff. – *Pfleiderer II*.

kritischen Stimmen⁵⁰² – davon ausgehen, dass die Offenlegung von Kronzeugeninformationen und die Einbringung dieser Informationen in Schadensersatzprozesse als Beweismittel grundsätzlich negative Auswirkungen auf die Kronzeugenprogramme haben können.⁵⁰³

Statistisch sind die Auswirkungen der Diskussion über die Offenlegung der Kronzeugendokumente aber nur schwer zu greifen. Die Anzahl der Kronzeugenanträge ist auf europäischer Ebene nach Angaben der Europäischen Kommission relativ konstant geblieben.⁵⁰⁴ Ähnliches gilt auch für die Zahl der Kronzeugenanträge beim Bundeskartellamt, wobei hier die Zahl der Anträge seit dem Richtlinienentwurf – mit Ausnahme des Jahres 2016 – sogar grundsätzlich weiter gestiegen ist.⁵⁰⁵ Auf erste negative Auswirkungen auf die Kronzeugenprogramme könnte jedoch die Zahl der abgeschlossenen Verfahren deuten. Während sich die Zahl der Anträge einige Jahre nach der Einführung der Kronzeugenregelung im Jahr 1996 von im Durchschnitt 10 Verfahren im Jahr auf durchschnittlich ca. 30 Verfahren verdreifachte, brach die Zahl nach Veröffentlichung der Richtlinie 2014/104/EU um ungefähr die Hälfte auf durchschnittlich 18 Verfahren pro Jahr in den Jahren 2015 bis 2017 ein.⁵⁰⁶

502 *Klooz*, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 204; *Bucchirossi/Marváo/Spagnolo*, Leniency and Damages (2015), S. 2; *Singh*, E.C.L.R. 2014, 110, 112.

503 Vgl. zum sog. *chilling effect* die Ausführungen in der Einleitung dieser Arbeit.

504 Die Europäische Kommission gab in ihren Tätigkeitsberichten 2013 und 2014 an, dass sie regelmäßig 2 Kronzeugenanträge im Monat erhalte. Die Gesamtzahl der Anträge im Jahr 2013 sei zwar gesunken, allerdings habe es sich bei den Jahren 2011 und 2012 um außergewöhnliche Jahre gehandelt, vgl. Komm., 2013 Annual Activity Report DG Competition, S. 12 und Fn. 53; Komm., 2014 Annual Activity Report DG Competition, S. 28. Nach dem Arbeitspapier zum Tätigkeitsbericht 2015 gingen laufend Kronzeugenanträge in erheblicher Anzahl bei der Europäischen Kommission ein, vgl. Komm., Begleitunterlage v. 15.6.2016 zum Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Wettbewerbspolitik 2015, SWD(2016) 198 final, S. 29.

505 41 Bonusanträge wurden im Jahr 2011, 51 Bonusanträge im Jahr 2012, 56 Bonusanträge im Jahr 2013, 72 Bonusanträge im Jahr 2014 und 76 Bonusanträge im Jahr 2015 gestellt. Im Jahr 2016 betrug die Zahl der Bonusanträge hingegen nur 59, http://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/Bonusregelung/bonusregelung_node.html; BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drs. 18/5210, S. 24 sowie der Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12716, Tz. 48 gehen davon aus, dass die Zahl konstant geblieben ist.

506 Komm., Cartel Statistics, abrufbar unter ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf

Gründe für Konstanz der Kronzeugenanträge bis zum Inkrafttreten der Richtlinie können z.B. darin zu sehen sein, dass die Europäische Kommission konsequent die Offenlegung der Kronzeugendokumente abgelehnt hat und die Antragsteller die Offenlegung dadurch als eher abstrakte Gefahr wahrgenommen haben könnten oder dass die geringe Zahl der Schadensersatzklagen keine Bedrohung für Kronzeugenunternehmen darstelle.⁵⁰⁷ Es bleibt daher letztlich ungewiss, wie sich die Offenlegung von Kronzeugeninformationen auf die Praxis auswirkt. Die statistischen Angaben der Europäischen Kommission bestärken jedoch eher die Annahme, dass eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen negative Auswirkungen auf Kronzeugenprogrammen haben kann.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein *chilling effect* nicht durch die Haftungsprivilegierung des ersten Kronzeugen gem. Art. 11 Abs. 4 RL 2014/104/EU⁵⁰⁸ auf Dauer abgefedert wird. Hierfür spricht, dass sich die Diskussion über die Offenlegung von Kronzeugeninformationen stets auch auf die zivilrechtliche Haftung bezog. Zudem ist grundsätzlich davon auszugehen, dass eine Harmonisierung zwischen dem Informationsbedürfnis der Geschädigten und dem Schutz der Kronzeugenprogramme erreicht werden kann, wenn Kronzeugen zivilrechtlich für den Kartellverstoß nicht haften,⁵⁰⁹ da Unternehmen das höhere Haftungs- und Prozessrisiko als ökonomische Erwägungen bei der Entscheidung für bzw. gegen die Kooperation „einpreisen“.⁵¹⁰ Bekräftigt wird diese These durch eine ökonomische Studie, die davon ausgeht, dass die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme durch die Offenlegung von Informationen

507 Vgl. *Eilmansberger*, CMLR (2007), 431, 436.

508 Art. 11 Abs. 4 RL 2014/104/EU lautet: „Abweichend von Absatz 1 gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass ein Kronzeuge gesamtschuldnerisch haftbar ist a) gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten und b) gegenüber anderen Geschädigten nur dann, wenn von den anderen Unternehmen, die an derselben Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beteiligt waren, kein vollständiger Schadensersatz erlangt werden kann. Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die auf Fälle im Rahmen dieses Absatzes anwendbaren Verjährungsfristen angemessen und ausreichend sind, damit die Geschädigten die entsprechenden Klagen erheben können.“

509 Vgl. *Buccirossi/Marváo/Spagnolo*, *Leniency and Damages* (2015), S. 26.

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

nicht beeinträchtigt wird, wenn der erste Kronzeuge umfassend von einer zivilrechtlichen Haftung befreit wird.⁵¹¹ Vielmehr steigere ein System, in dem demjenigen Kronzeugen, dem das Bußgeld erlassen wurde, auch die Haftung so weit wie möglich erlassen wird, die Effektivität sowohl der behördlichen als auch der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, auch wenn zugleich der Zugang zu Kronzeugeninformationen gewährt wird.⁵¹²

Überträgt man diese Erkenntnisse als Beispiel auf Deutschland und vergleicht die Rechtslage vor und nach der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU, hat sich das Haftungsrisiko des ersten Kronzeugen im Vergleich zu der in Deutschland vor der 9. GWB-Novelle geltenden Rechtslage verringert, da dieser nur noch seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer gegenüber unmittelbar und anderen Geschädigten nur noch nachrangig haftet. Es ist daher davon auszugehen, dass eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen nicht mehr einen vergleichbar negativen Effekt auf die Kooperationsbereitschaft des ersten Kronzeugen entfalten kann wie vor der Richtlinie 2014/104/EU. Für die anderen Kronzeugen hat sich die Haftungslage durch die Richtlinie 2014/104/EU jedoch nicht verändert.⁵¹³ Da zumindest in Deutschland, den Niederlanden und Großbritannien die Wahrscheinlichkeit, auf Schadensersatz verklagt zu werden, in jüngerer Zeit gestiegen ist, besteht somit auch nach Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU das Risiko eines *chilling effect* fort.

Die haftungsrechtlichen Regelungen der Richtlinie 2014/104/EU mildern somit das Spannungsverhältnis zwischen dem Informationsbedürfnis der Geschädigten und dem Interesse an effektiven Kronzeugenprogrammen, sie lösen dieses aber nicht gänzlich auf. Es stellt sich daher auch nach Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU – wenn auch in einem begrenzteren Umfang – weiterhin die Frage nach der Beeinträchtigung der Kronzeugenprogramme. Im Vergleich zu der Rechtslage vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU erscheint die Kombination aus beschränktem Offenlegungsverbot und beschränkter Haftungsprivilegierung jedoch das Risiko des Attraktivitätsverlusts der Kronzeugenprogramme reduziert zu haben. Die Regelungen sind daher vertretbar, soweit ausschließlich auf die Effizienz der Kronzeugenprogramme der Europäischen Kommission und der Mitgliedstaaten abgestellt wird.

511 *Buccirossi/Marváo/Spagnolo*, *Leniency and Damages* (2015), S. 25 f.

512 *Marváo/Spagnolo*, in: Gugler/Schumacher, *Schadensersatz bei Kartellverstößen* (2015), S. 55, 60; *Buccirossi/Marváo/Spagnolo*, *Leniency and Damages* (2015), S. 13 f.

513 *Swaak/Wesseling*, *E.C.L.R.* 2015, 346, 353.

b) Vereinbarkeit mit dem Primärrecht

Aufgrund des absoluten Offenlegungsschutzes für Kronzeugenerklärungen scheint die Richtlinie 2014/104/EU von der Rechtsprechung des EuGH in den Urteilen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* abzuweichen.⁵¹⁴ In diesen Urteilen hat der EuGH aus dem unionsrechtlichen Primärrecht, insbesondere dem Effektivitätsgrundsatz, das Erfordernis einer einzelfallbezogenen Abwägung der betroffenen Interessen der Geschädigten und der Kronzeugen sowie der Kartellrechtsdurchsetzung entwickelt.⁵¹⁵

aa) Diskussionstand

Die Europäische Kommission⁵¹⁶ und Teile der Literatur sprechen sich für eine Vereinbarkeit der Vorschriften mit dem Primärrecht aus.⁵¹⁷ Als Begründung wird ins Feld geführt, die Rechtsprechung des EuGH entfalte nur solange eine Bindungswirkung bis eine unionsrechtliche Regelung in Kraft getreten ist; dies sei durch die Richtlinie 2014/104/EU geschehen.⁵¹⁸ Zudem seien die Regelungen der Richtlinie mit dem Unionsrecht, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, vereinbar, da sie sich nur auf die Kronzeugenerklärungen und nicht auf sämtliche durch die Kronzeu-

514 Vgl. zu den Entscheidungen § 3.

515 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 25 f. – *Pfleiderer*; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 31 ff. – *Donau Chemie*; siehe dazu oben § 3.

516 *Italianer*, Director-General for Competition, Competition Law within a framework of rights and the commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions, 12th Annual conference of the Association of the European Competition Law Judges (AECLJ), Luxembourg, 14 June 2013, S. 4: „[...] We believe these provisions are reasonable and fully in line with ECJ's judgements in the *Pfleiderer* and the *Donau Chemie* cases. [...]“

517 *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 271; *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2183 f.; für eine Vereinbarkeit eines generellen Offenlegungsschutzes mit der Rechtsprechung des EuGH vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 467; die Richtlinie 2014/104/EU begrüßend BR, Beschluss zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 final, v. 20.9.2013, BR-Drs. 514/13, Tz. 9.

518 *Steinhardt*, Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes (2018), S. 113 f.; *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2184; vgl. *Bentley/Henry*, World Competition 27 (2014), 271, 281, Fn. 42.

gen übermittelten Dokumente beziehen würden.⁵¹⁹ Die Geschädigten seien ferner nicht mehr auf die Kronzeugenerklärungen angewiesen, weil in der Richtlinie Erleichterungen geregelt seien, wie etwa das Offenlegungsverfahren oder die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen (Art. 9 Abs. 1 RL 2014/104/EU).⁵²⁰

Die Einführung einer absoluten Regelung ist jedoch sowohl vom Europäischen Parlament⁵²¹ als auch dem Bundesrat⁵²² sowie durch andere Stellen⁵²³, aber auch in der Literatur⁵²⁴ im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH und ihre Vereinbarkeit mit dem Primärrecht kritisiert worden. Nach dieser Ansicht verstößt Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU gegen das Gebot der Einzelfallabwägung und dadurch gegen die vom EuGH entwickelten primärrechtlichen Grundsätze.⁵²⁵

bb) Stellungnahme

Die Befürwortung eines absoluten Schutzes von Kronzeugenerklärungen ist von dem Gedanken getragen, die Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung zu gewährleisten. Dies ist zwar zum Schutz der Effizienz der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung und aufgrund der herausragenden Bedeutung der Kronzeugenprogramme nachvollziehbar, vermag

519 *Mederer*, EuZW 2013, 847, 850; *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 446; *Makatsch*, CCZ 2015, 127, 130.

520 Vgl. *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350, 354; *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2184; *Palzer*, NZKart 2013, 324, 326; *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 446; *Makatsch*, CCZ 2015, 127, 130.

521 Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Entwurf eines Berichts, 3.10.2013, 2013/0185(COD), S. 27.

522 BR, Stellungnahme v. 20.9.2013, BR-Drs. 514/13, Tz. 13.

523 Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Tz. 947; vgl. BReg, Stellungnahme zum Hauptgutachten XX, BT-Drs. 18/4721, Tz. 69.

524 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 270 ff.; *Lundqvist/Anderson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016), S. 165, 178; *Dschworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 839; *Hempel*, EuZW 2013, 586, 590; *Gussone/Maritzen*, EWS 2013, 292, 293; *Seitz*, EuZW 2013, 561, 562; *Gamble*, E.C.L.R. 2014, 469, 479; *Kersting*, WuW 2014, 564, 566 f.; *Schwab*, JECLaP 2014, 65, 66; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 342 f.; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 9; *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.B.ii.c.

525 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 335; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 343; *Kersting*, WuW 2014, 564, 567.

aber für sich genommen keine Vereinbarkeit des Offenlegungsschutzes mit dem Primärrecht zu begründen. Es sollen daher nachfolgend die Argumente für eine Vereinbarkeit mit dem Primärrecht näher untersucht werden ((1) und (2)) und auf die Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 47 GRCh ((3)) eingegangen werden.

(1) Argument: Die Rechtsprechung des EuGH sei nur bis zum Inkrafttreten der Richtlinie maßgeblich

Hinsichtlich des Arguments, die Rechtsprechung des EuGH entfalte nur solange eine Bindungswirkung bis eine unionsrechtliche Regelung in Kraft getreten ist,⁵²⁶ ist die Frage von Bedeutung, ob der europäische Gesetzgeber die Kompetenz besitzt sich über Grundsätze, die der EuGH aus dem Primärrecht entwickelt hat, durch sekundärrechtliche Regelungen hinwegzusetzen.

Normenhierarchisch an oberster Stelle steht im europäischen Recht das Primärrecht. Es besteht aus dem EU-Vertrag, dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, der Grundrechte-Charta sowie ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen und bildet eine von den Mitgliedstaaten „abgeleitete Grundordnung“^{527,528} Auf nachfolgender Stufe ist das sog. Sekundärrecht angesiedelt, das aus den Handlungsformen des Art. 288 AEUV (Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen) besteht.⁵²⁹ Aus Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV⁵³⁰ folgt, dass die Unionsorgane nur in den Grenzen und unter Berücksichtigung des Primärrechts handeln dürfen.⁵³¹ Das gilt auch für den europäischen Gesetzgeber; er darf kein „primärrechtswidriges Sekundärrecht“ schaffen.⁵³²

526 Fiedler, BB 2013, 2179, 2184; vgl. Bentley/Henry, World Competition 27 (2014), 271, 281, Fn. 42.

527 BVerfG 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 u.a. = BVerfGE 123, 267, Rn. 231 – Lissabon Vertrag (juris).

528 Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 27; Köndgen, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2015), § 6 Rn. 8, 10.

529 Köndgen, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2015), § 6 Rn. 10.

530 Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV lautet: „Jedes Organ handelt nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse nach den Verfahren, Bedingungen und Zielen, die in den Verträgen festgelegt sind.“

531 Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 27; Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 8.

532 Köndgen, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2015), § 6 Rn. 24.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Inhalt des Primärrechts nicht durch den europäischen Gesetzgeber bestimmt wird.⁵³³ Zwar konkretisiert der europäische Gesetzgeber durch die Rechtsakte des Art. 288 AEUV die primärrechtlichen Vorschriften, zur Wahrung des Rechts sichert aber der EuGH die Auslegung und die Anwendung der Verträge (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 2 AEUV). Der Gerichtshof ist daher berechtigt, die Bestimmungen des Primärrechts durch seine Rechtsprechung auszulegen.⁵³⁴ Dazu kann sich der EuGH nicht nur an den Zielen des Primärrechts, sondern auch an der Funktion der jeweiligen Norm orientieren.⁵³⁵ Nach Auffassung des Gerichtshofs soll dem Zweck der Norm durch Auslegung zur vollen Wirksamkeit verholfen werden.⁵³⁶ Eine entsprechende Auslegung des Art. 101 AEUV hat der EuGH in dem Urteil *Donau Chemie* vorgenommen, indem er entschied,

„[...] insbesondere im Wettbewerbsrecht [könne] jede starre Regel – sei es im Sinne einer völligen Verweigerung eines Zugangs zu den betreffenden Dokumenten oder im Sinne eines allgemein gewährten Zugangs zu diesen – die wirksame Anwendung insbesondere des Art. 101 AEUV und der Rechte, die diese Bestimmung den Einzelnen verleiht, beeinträchtigen [...]“⁵³⁷

Diese Auslegung hat der europäische Gesetzgeber bei der Schaffung von sekundärrechtlichen Rechtsakten, wie der Richtlinie 2014/104/EU, zu beachten, da es sich bei Art. 101 AEUV um Primärrecht, mithin um höherrangiges Recht, handelt.⁵³⁸ Der gesetzgeberische Spielraum für die Schaffung einer Richtlinie ist daher beschränkt. Dem Argument, die Rechtsprechung des EuGH entfalte nur bis zum Inkrafttreten der Richtlinie Wirkung, kann daher nicht gefolgt werden.

533 *Nettesheim*, EuR 2007, 737, 753 f.

534 *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 EUV Rn. 30.

535 *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2015), § 7 Rn. 30.

536 *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (2015), Europäische Methodenlehre § 7 Rn. 30; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 19 EUV Rn. 45.

537 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 31 – *Donau Chemie*; eckige Klammern durch Verf. gesetzt.

538 Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Tz. 947; *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 290 f.; *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 839; *Kapp*, BB 2013, 1551, 1556; *Kersting*, JZ 2013, 737, 739; *ders.*, WuW 2014, 564, 566 f.; *Schweitzer*, NZ-Kart 2014, 335, 343; *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.B.ii.c.

Aus der Rechtsprechung des EuGH folgt zudem, dass eine abstrakte Abwägung der Interessen, die auf einen absoluten Schutz des Kronzeugenprogramms oder die einseitige Förderung von Schadensersatzklagen hinausläuft, durch den europäischen Gesetzgeber nicht mehr möglich ist.⁵³⁹ Der europäische Gesetzgeber kann daher nur Abwägungskriterien, Regelbeispiele und widerlegbare Vermutungen bestimmen.⁵⁴⁰ Dabei ist zu bedenken, dass – je nach Ausgestaltung der Normen – auch auf diesem Weg ein hohes Maß an Rechtssicherheit und ein großer Schutz von Kronzeugeninformationen geschaffen werden kann, sofern dabei sichergestellt wird, dass eine Offenlegung von Kronzeugenerklärungen nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommt.⁵⁴¹

- (2) Argument: Der partielle Offenlegungsschutz sei aufgrund besserer Rahmenbedingungen mit dem Unionsrecht vereinbar

An dieser Stelle soll zu zwei Argumenten Stellung genommen werden, die für eine Vereinbarkeit des Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU mit dem Primärrecht vorgebracht werden. Zum einen soll für die Vereinbarkeit der Vorschriften aus Sicht der Befürworter der Regelungen sprechen, dass sie sich nur auf die Kronzeugenerklärungen und nicht auf sämtliche durch die Kronzeugen übermittelten Dokumente beziehen (partieller Offenlegungsschutz). Zum anderen sehen die Befürworter der Regelungen einen derartigen Offenlegungsschutz aufgrund der verbesserten Rahmenbedingungen als gerechtfertigt an.

Zunächst ist festzustellen, dass Gegenstand der Entscheidung *Donau Chemie* der absolute Ausschluss des Informationszugangs und nicht der partielle Ausschluss bestimmter Kronzeugeninformationen war.⁵⁴² Der EuGH führte in seinen Entscheidungsgründen in der Rechtssache *Donau Chemie* aus, dass eine umfassende Zugangsverweigerung nicht mit dem Recht des Einzelnen auf Schadensersatz aus Art. 101 AEUV vereinbar sein könne, wenn es den Geschädigten ausschließlich durch die Einsichtnahme

539 Kersting, JZ 2013, 737, 738; ders., WuW 2014, 564, 566; Schweitzer, NZKart 2014, 335, 343; a.A. Fiedler/Huttenlauch, NZKart 2013, 350, 354; Fornasier/Sanner, WuW 2011, 1067, 1070; Palzer/Preisendanz, EWS 2011, 365, 369; in diese Richtung auch Palzer, NZKart 2013, 324, 326.

540 Vgl. Gussone/Maritzen, EWS 2013, 292, 293; Kersting, JZ 2013, 737, 738; Maritzen/Pauer, WRP 2013, 1151, 1160; Schweitzer, NZKart 2014, 335, 343.

541 Vgl. Schwab, JELaP 2014, 65, 66.

542 Vollrath, NZKart 2013, 434, 446.

möglich sei, über die für ihre Schadensersatzklage notwendigen Beweise zu verfügen.⁵⁴³ Nur in diesem Fall entfalle die „praktische Wirksamkeit des Rechts auf Schadensersatz“.⁵⁴⁴

Durch die Begrenzung des Offenlegungsschutzes auf die Kronzeugenerklärungen erscheint die Richtlinie 2014/2014/EU auf den ersten Blick mit den primärrechtlichen Vorgaben vereinbar. Eine Primärrechtswidrigkeit kommt somit nur in Betracht, wenn der Offenlegungsschutz gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU qualitativ einer umfassenden Zugangsverweigerung gleichkommt.

Für eine qualitative Gleichwertigkeit des Offenlegungsschutzes gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU spricht, dass sich wesentliche Informationen für Schadensersatzklagen in den Kronzeugenerklärungen befinden können.⁵⁴⁵ Zwar haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für Geschädigte durch die Richtlinie 2014/104/EU, insbesondere das Offenlegungsverfahren gem. Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU, geändert,⁵⁴⁶ dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich Kartellanten während der aktiven Zeit des Kartells darum bemühen, keine Beweise zu hinterlassen, und dass das verfügbare Beweismittel bei fortschreitendem Zeitablauf schrumpft. Daraus folgt, dass je länger der Kartellrechtsverstoß in der Vergangenheit zurückliegt, es desto wahrscheinlicher ist, dass Schadensersatzkläger mangels anderer Beweismittel auf die Informationen aus Kronzeugenerklärungen als Beweismittel zur Substantiierung ihrer Klage angewiesen sind. Hält man sich vor Augen, dass – einer empirischen Untersuchung zufolge – die Teilnahme von Unternehmen an Kartellen im Durchschnitt 7,81 Jahre⁵⁴⁷ und die Verfahrensdauer bei der Europäischen Kommission in den Jahren 2000 bis 2011 durchschnittlich 4,2 Jahre⁵⁴⁸ ab Eröffnung des Kartellverfahrens dauerte, müssen Geschädigte von *Follow-on*-Klagen Vorgänge nachweisen, die ca. 10 Jahre zurückliegen. Vor diesem Hintergrund kommt es in Betracht, dass Personen, denen ein aus Art. 101 AEUV abgeleiteter Anspruch auf Schadensersatz zusteht, durch Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU die einzige Möglich-

543 EuGH 6.6.2011 – C-536/11, Tz. 32 – Donau Chemie.

544 EuGH 6.6.2011 – C-536/11, Tz. 32 – Donau Chemie.

545 Vgl. § 2 B.

546 In diese Richtung auch Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), S. 22.

547 *Hüschelrath*, in: Hüschelrath/Schweitzer, Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe (2014), S. 9, 26.

548 *Hüschelrath*, in: Hüschelrath/Schweitzer, Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe (2014), S. 9, 31.

keit versagt wird, sich die notwendigen Beweise zu verschaffen.⁵⁴⁹ In diesem Fall kommt der partielle Offenlegungsschutz einem umfassenden Offenlegungsverbot gleich und es besteht die Gefahr, dass eine Versagung des Informationszugriffs dem Effektivitätsgrundsatz zuwiderläuft.⁵⁵⁰ Diese Konstellation ähnelt dann der Konstellation, die der Rechtssache *Donau Chemie* zugrunde lag und die formal betrachtet ebenfalls eine Offenlegung nicht absolut ausschloss.⁵⁵¹ Die Entscheidung des EuGH in der Sache *Donau Chemie*, dass jeder Antrag einer Einzelfallabwägung bedarf und eine Versagung des Informationszugangs zu bestimmten Kronzeugendokumenten auf zwingenden Gründen beruhen muss,⁵⁵² ist daher auf die Richtlinie 2014/104/EU übertragbar. Ein abstrakt-genereller Schutz für Kronzeugenerklärungen, wie ihn die Richtlinie 2014/104/EU vorsieht, ist folglich nicht mit dem Primärrecht vereinbar.⁵⁵³

(3) Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 47 GRCh

Sowohl GA Mazák als auch GA Jääskinen haben in ihren Schlussanträgen in den Sachen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* darauf hingewiesen, dass ihrer Ansicht zufolge „eine begrenzte Verfügbarkeit entscheidenden Beweismaterials“⁵⁵⁴ grundsätzlich eine Einschränkung des effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 47 GRCh darstelle, weil das zuständige Gericht nicht alle relevanten Tatsachen- und Rechtsfragen entscheiden könne.⁵⁵⁵ Dies gelte auch, wenn das Gericht gehindert ist, entscheidungserhebliche Unterlagen aus Kartellverfahrensakten zu beziehen.⁵⁵⁶ In Anlehnung an die Ausführungen der Generalanwälte stellt sich daher die Frage, inwieweit Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU einen gerechtfertigten Eingriff in das Recht der Geschädigten auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 47 GRCh darstellen.

549 Vgl. EuGH 6.6.2011 – C-536/11, Tz. 39 – *Donau Chemie*.

550 Vgl. EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 39 – *Donau Chemie*.

551 Vgl. oben § 3 B. I.

552 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 43, 47 – *Donau Chemie*

553 Vgl. *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 292 f.; *Gussone/Maritzen*, EWS 2013, 292, 293; *Kersting*, JZ 2013, 737, 738.

554 GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 53 – *Donau Chemie*.

555 GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – 360/09, Rn. 37 – *Pfleiderer*; GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 52 f. – *Donau Chemie*.

556 GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 52 – *Donau Chemie*.

Das Recht auf effektiven Rechtsschutz ist in Art. 47 Abs. 1 und Abs. 2 GRCh als einheitliches Grundrecht ausgestaltet.⁵⁵⁷ Dabei gewährt Art. 47 Abs. 1 GRCh das Recht auf einen gerichtlichen Rechtsschutz, während Art. 47 Abs. 2 GRCh das Recht auf ein faires Verfahren gewährleistet.⁵⁵⁸ Nach dem Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz gem. Art. 47 Abs. 1 GRCh muss ein Gericht auch über die Befugnis verfügen, in einem Rechtsstreit über die Rechten und Pflichten aus dem Unionsrecht über alle relevanten Tatsachen- und Rechtssachen zu entscheiden und dazu auf entscheidendes Beweismaterial zuzugreifen.⁵⁵⁹

In kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen, die auf Verstößen gegen Art. 101 AEUV beruhen und in denen außer den Kronzeugenerklärungen keine anderen Beweismittel zur Rekonstruktion des Marktpreises mehr bestehen, ist dem Gericht die Verwertung entscheidenden Beweismaterials zur Schätzung der Schadenshöhe durch den absoluten Schutz von Kronzeugenerklärungen gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU verwehrt. Dies gilt auch, wenn der Eintritt eines Schadens gem. Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL 2014/104/EU vermutet wird und das Gericht die Höhe des Schadens gem. Art. 17 Abs. 1 S. 2 RL 2014/104/EU schätzen kann, da der Kläger weiterhin eine Schätzungsgrundlage für die Bezifferung des Schadens vorzutragen hat. Wie an anderer Stelle gezeigt, stellt dies Kläger vor erhebliche Schwierigkeiten.⁵⁶⁰ Für den Fall, dass die Kronzeugenerklärungen die einzigen Angaben über die Wirkungsweise des Kartells darstellen, liegt daher ein Eingriff in das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz gem. Art. 47 Abs. 1 GRCh vor.

Das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz gem. Art. 47 GRCh kann durch Gesetz gem. Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh eingeschränkt werden, wenn die Beschränkungen nicht den Wesensgehalt des Rechts ändern. Zudem muss der Eingriff verhältnismäßig sein (vgl. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh). Da die Richtlinie 2014/104/EU ein Rechtsakt i.S.d. Art. 288 AEUV ist, der durch das Europäische Parlament – gestützt auf Art. 103 AEUV und Art. 114 AEUV – erlassen wurde, wird an dieser Stelle das Augenmerk auf die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs gerichtet. Ähnlich wie im deutschen

557 *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 2; *Jarass*, in: Jarass, Art. 47 GRCh Tz. 2.

558 *Jarass*, in: Jarass, Art. 47 GRCh Rn. 2; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, Art. 47 GRCh Rn. 2 f.

559 EuGH 6.11.2012 – C-199/11, Rn. 49 – Otis; GA Jääskinen, Schlussanträge 7.2.2013 – C-536/11, Tz. 52 – Donau Chemie.

560 Vgl. § 1 B.

Recht erfordert dies, dass die Beschränkungen ein legitimes Ziel verfolgen und die angewendeten Mittel geeignet, erforderlich und angemessen sind.⁵⁶¹

Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU sollen der Effektivität der Kronzeugenprogramme und damit letztlich der Wirksamkeit des Kartellverbots gem. Art. 101 AEUV dienen.⁵⁶² Der Schutz des Wettbewerbs als ein Interesse der Allgemeinheit, das durch die Verträge der Europäischen Union geschützt wird, stellt eine „von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ i.S.d. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh dar.⁵⁶³ Inwieweit der Offenlegungsschutz gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU jedoch ein rechtlich geeignetes Mittel im Sinne eines Beitrags zur Zweckerreichung darstellen kann, ist schon vor dem Hintergrund, dass die Vorschriften gegen das Primärrecht verstoßen, zweifelhaft.⁵⁶⁴ Selbst wenn man von einer Geeignetheit der Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU zur Harmonisierung der öffentlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung ausgeht, ist die Erforderlichkeit der Maßnahme fragwürdig. In diesem Zusammenhang kommt es – wie im deutschen Recht – darauf an, ob ein milderes Mittel zur Zweckerreichung besteht.⁵⁶⁵

In der Literatur wird die Einführung einer allgemeinen Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis als milderer Mittel zum Offenlegungsschutz gem. Art. 6 Abs. 6 lit. a) und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU erwogen.⁵⁶⁶ Schon vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU wurde eine Haftungsprivilegierung von Kronzeugen im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs von verschiedenen Stimmen in der Literatur in unterschiedlicher Ausformung als Lösung für das Spannungsverhältnis zwischen der priva-

561 *Borowsky*, in: Meyer (2014), Art. 52 GRCh Rn. 31; *Kindgreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 52 GRCh Rn. 66.

562 Erwägungsgrund Nr. 26 RL 2014/104/EU.

563 Vgl. *Borowsky*, in: Meyer (2014), Art. 52 GRCh Rn. 31; *Kindgreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 52 GRCh Rn. 67; *Jarass*, in: Jarass, Art. 52 GRCh Rn. 31.

564 A.A. *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 324.

565 EuGH 11.7.1989 – C- 265/87, Slg. 1989, 2237 Rn. 21 – Schröder; EuGH 12.9.1996 – C-254/94, Slg. 1996, I-4235 Rn. 55 – Fattoria autonoma tabachi; *Jarass*, in: Jarass, Art. 52 GRCh Rn. 39.

566 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 330 ff.; a.A. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 273.

ten und der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung vorgeschlagen.⁵⁶⁷ Als Begründung dafür, dass eine Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis ein milderer Mittel im Vergleich zum Offenlegungsschutz von Kronzeugenerklärungen darstellt, wird vorgebracht, dass eine Privilegierung im Innenverhältnis im Gegensatz zu einer Haftungsprivilegierung im Außenverhältnis die Rechte der Geschädigten nicht beschneide und zugleich die Anreizwirkung der Kronzeugenprogramme aufrechterhalte.⁵⁶⁸ Zudem führe sie anders als ein Offenlegungsschutz nicht zu einer mittelbaren Begünstigung anderer Kartellanten, da die Privilegierung sich im Vergleich zum Offenlegungsschutz nicht auf den Beweismittelzugang in Schadensersatzklagen auswirke.⁵⁶⁹ Ferner destabilisiere der relative Anstieg des Haftungsanteils der nicht privilegierten Kartellanten im Innenverhältnis das Kartell und führe zu einer Verstärkung des Gefangenendilemmas, das die theoretische Grundlage für die Kronzeugenprogramme bildet.⁵⁷⁰

Eine Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis ist zwar im Hinblick auf die Rechte des Geschädigten vorteilhaft, könnte aber dazu führen, dass Kronzeugen zunächst im Verhältnis zum Geschädigten durch den verbesserten Beweismittelzugang (stärker) dem *first-mover-disadvantage* ausgesetzt sind und im Verhältnis zu den anderen Kartellanten deren Insolvenzrisiko tragen. Eine Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis führt aber bei einer Gesamtbetrachtung zu keiner schlechteren Ausgangsposition für

567 Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht (2010), S. 422 ff.; Meessen, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 558 ff.; Milde, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 255; Kersting, ZWeR 2008, 252, 265 ff.; ders., JZ 2013, 737, 739; Dworschak/Maritzen, WuW 2013, 829, 841; Koch, JZ 2013, 390, 393; Krüger, WuW 2012, 6, 13; ders. NZKart 2013, 483, 485f.; nach Inkrafttreten der Richtlinie Dawirs, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 330 ff.; vgl. Hösch, Der schadensrechtliche Innenausgleich zwischen Kartellrechtsverletzern (2015), S. 416 f., Steinhardt, Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes (2018), S. 114.

568 Meessen, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 560 f.; Dawirs, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 333; Dworschak/Maritzen, WuW 2013, 829, 841; Kersting, JZ 2013, 737, 739.

569 Dawirs, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 333; Krüger NZKart 2013, 483, 485 f.; Glöckner, WRP 2015, 410, 415.

570 Meessen, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2010), S. 581; Dawirs, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 334.

Kronzeugen. Zum einen realisiert sich in der zivilrechtlichen Haftung nur ein Risiko, das Kartellen immanent ist und die Kartellanten von Anfang an bewusst eingehen.⁵⁷¹ Zum anderen ist es allgemein anerkannt, dass grundsätzlich alle Kronzeugen zusammen mit den anderen Kartellanten als Gesamtschuldner haften. Erst durch die Richtlinie 2014/104/EU ist eine Haftungsprivilegierung für den ersten Kronzeugen als einheitliche Regelung auf Ebene der Mitgliedstaaten vorgesehen. Die Aussicht auf einen Ausgleich im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs ist daher ein nicht zu unterschätzender Faktor, um mögliche „Nachteile“ einer potentiellen Offenlegung von Kronzeugeninformationen in Form von Schadensersatzzahlungen auszugleichen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass eine Abwägung im Einzelfall nicht in jedem Fall zu einer Offenlegung von Kronzeugenerklärungen führt. Die Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis kann daher ebenso zur Harmonisierung der behördlichen und der privaten Kartellrechtsdurchsetzung beitragen wie ein partieller Offenlegungsschutz von Kronzeugenerklärungen. Im Gegensatz zum partiellen Offenlegungsschutz belastet die Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis aber nicht die Geschädigten, da weder der Zugang zu Beweismitteln noch das Recht auf Schadensersatz beschränkt wird. Im Ergebnis ist somit davon auszugehen, dass die Haftungsprivilegierung sämtlicher Kronzeugen im Innenverhältnis ein milderes Mittel darstellt. Der Eingriff in das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz ist folglich nicht gerechtfertigt.

cc) Ergebnis: Zweifel an der Vereinbarkeit des Art. 6 Abs. 6 und des Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU mit dem Primärrecht

Die Vereinbarkeit des partiellen Offenlegungsschutzes gem. Art. 6 Abs. 6 und Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU mit dem unionsrechtlichen Primärrecht ist zweifelhaft. Der europäische Gesetzgeber kann sich nicht mittels der Richtlinie 2014/104/EU über das vom EuGH aus Art. 101 AEUV abgeleitete Gebot der Einzelfallabwägung hinwegsetzen, sondern ist an dieses gebunden. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die hier geäußerten Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Primärrecht auch Auswirkungen auf die Anwendung der Vorschriften auf mitgliedstaatlicher Ebene haben können. So kommt es grundsätzlich in Betracht, dass die Vorschriften, die der Umsetzung des partiellen Offenlegungsschutzes gem. Art. 6 Abs. 6 und

⁵⁷¹ *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 332.

Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU dienen, im Rahmen einer primärrechtskonformen Auslegung durch die nationalen Gerichte nicht angewendet werden. Um eine einheitliche Auslegung der Vorschriften zu gewährleisten, sind die mitgliedstaatlichen Gerichte aber verpflichtet, die Frage über die Primärrechtswidrigkeit dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV vorzulegen, bevor sie von einer Anwendung der Vorschriften absehen.⁵⁷²

III. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen

Bereits bestehende Kronzeugeninformationen werden nicht vom Offenlegungsschutz des Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU erfasst.⁵⁷³ Aus Art. 2 Nr. 16 a.E. RL 2014/104/EU ergibt sich, dass unter bereits bestehenden Kronzeugeninformationen Informationen zu verstehen sind, die von Kronzeugen freiwillig im Rahmen ihrer Kooperationsleistung an die Wettbewerbsbehörde übermittelt werden, die jedoch auch schon vor bzw. unabhängig von dem Kronzeugenantrag bestanden. Dabei handelt es sich z.B. um E-Mails, Gesprächsnotizen, Preislisten etc., die aus der Zeit des Kartells stammen. Diese Informationen sind wie nicht privilegierte Beweismittel zu behandeln. Der nachfolgende Abschnitt erörtert, inwieweit die Richtlinie 2014/104/EU eine Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen ermöglicht, wenn sie sich in den Händen einer gegnerischen Partei oder eines Dritten (1.) oder sich in den Verfahrensakten der Kartellbehörden befinden (2.).

572 Vgl. EuGH 22.10.1987 – 314/85, Tz. 15 ff. – Foto Frost; *Herdegen*, *Europarecht* (2017), § 9 Rn. 31; *Streinz*, *Europarecht* (2016), Rn. 718. Ein Gebot zu einer unionsrechtskonformen Auslegung besteht, wenn eine nationale Norm, die mit dem Unionsrecht kollidiert, in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie mit dem Unionsrecht vereinbar ist und der nationale Gesetzgeber durch diese Auslegung im Vergleich zu einer Neuregelung geschont wird; vgl. *Leible/Domröse*, in: *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre* (2010), § 9 Rdnr. 46 ff.; *Kruis*, *Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis* (2013), S. 158. Zur Aussetzung von Vollzugsmaßnahmen, *Wegener*, in: *Callies/Ruffert*, Art. 267 AEUV Rn. 32.

573 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 28 RL 2014/104/EU.

1. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen im Zivilprozess gem. Art. 5 RL 2014/104/EU

In anhängigen Schadensersatzprozessen wegen Verstößen gegen Art. 101 und Art. 102 AEUV richtet sich der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen grundsätzlich nach dem Offenlegungsverfahren des Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU.

a) Bereits bestehende Kronzeugeninformationen als Gegenstand des Offenlegungsverfahrens nach Art. 5 RL 2014/104/EU

Bereits bestehende Kronzeugeninformationen werden vom Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU⁵⁷⁴ erfasst, soweit es sich um relevante Beweismittel handelt. Der Begriff des Beweismittels erfasst nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 13 RL 2014/104/EU

„alle vor dem befassen nationalen Gericht zulässigen Arten von Beweismitteln, insbesondere Urkunden und alle sonstigen Gegenstände, die Informationen enthalten, unabhängig von dem Medium, auf dem die Informationen gespeichert sind“.

Wann ein Beweismittel relevant ist, wird dagegen nicht legaldefiniert.⁵⁷⁵ Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU („[...] in Verfahren

574 Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU lautet: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass in Verfahren über Schadensersatzklagen in der Union auf Antrag eines Klägers, der eine substantiierte Begründung vorgelegt hat, die mit zumutbarem Aufwand zugängliche Tatsachen und Beweismittel enthält, die die Plausibilität seines Schadensersatzanspruchs ausreichend stützen, die nationalen Gerichte unter den Voraussetzungen dieses Kapitels die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch den Beklagten oder einen Dritten, die sich in deren Verfügungsgewalt befinden, anordnen können.“; vgl. ABl. 2014 L 349/1, S. 12.

Erwägungsgrund Nr. 13 S. 1 RL 2014/104/EU lautet: „Das Recht auf Schadensersatz ist für jede natürliche oder juristische Person – Verbraucher, Unternehmen wie Behörden – anerkannt, ohne Rücksicht darauf, ob eine unmittelbare vertragliche Beziehung zu dem zuwiderhandelnden Unternehmen besteht, und unabhängig von einer vorherigen Feststellung der Zuwiderhandlung durch eine Wettbewerbsbehörde. Mit dieser Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet werden, Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes für die Durchsetzung der Artikel 101 und 102 AEUV einzuführen.“; vgl. ABl. 2014 L 349/1, S. 3.

575 *Wagner-von Papp*, *Access to Evidence and Leniency Materials* (2016), IV.A.ii.

über Schadensersatzklagen [...]“) stellt aber einen unmittelbaren Bezug zum Schadensersatzverfahren her. Dies spricht dafür, dass mit „relevanten“ Beweismitteln nur diejenigen Beweismittel gemeint sind, die zur Substantiierung der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des Schadensersatzanspruchs im konkreten Fall erforderlich sind.⁵⁷⁶ „Relevante Beweismittel“ können daher nur diejenigen Beweismittel sein, für die der Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast trägt, die für ihn nicht zugänglich sind und für die keine Vermutungsregelung greift bzw. diese bestritten wurde. Aufgrund der Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen gem. Art. 9 RL 2014/104/EU als auch der Schadensvermutung gem. Art. 17 RL 2014/104/EU trifft dies bei Offenlegungsbegehren von Schadensersatzklägern meist nur auf diejenigen Beweismittel zu, die zur Schätzung der Schadenshöhe herangezogen werden.

Des Weiteren werden vom Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU nur Informationen erfasst, die sich in der Verfügungsgewalt des Offenlegungsgegners befinden. Dies kommt im Hinblick auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen z.B. nach Beendigung des Kartellverfahrens in Betracht, wenn Beweismittel nach Verfahrensbeendigung von den Kartellbehörden den jeweiligen Berechtigten zurückgeben werden. Der Begriff Verfügungsgewalt wird nicht legaldefiniert. In sprachlicher Hinsicht deutet der Begriff aber darauf hin, dass das Tatbestandsmerkmal über das Rechtsinstitut des unmittelbaren Besitzes hinausgeht. Dieses Verständnis wird durch die sprachlichen Fassungen anderer Mitgliedstaaten grundsätzlich bestätigt (z.B. englisch „control“; niederländisch „zeggenschap“; hingegen französisch „possession“).

b) Antragsteller und Antragsgegner

Kläger einer Schadensersatzklage und somit Antragsteller gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU können originär Geschädigte⁵⁷⁷ (vgl. Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 3 Abs. 1 RL 2014/104/EU), Zessionare und Prozessstandschaftler (vgl. Art. 2 Nr. 4 RL 2014/104/EU) sein.⁵⁷⁸ Adressat der ge-

576 Ähnlich *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 268.

577 Dies gilt unabhängig davon, ob es sich bei dem Geschädigten um einen unmittelbaren Abnehmer oder einen anderweitig Geschädigten handelt, vgl. Erwägungsgrund Nr. 13 S. 1 RL 2014/104/EU.

578 *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Tz. 24 ff. und Tz. 192 f.

richtlichen Offenlegungsanordnung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU sind entweder der Beklagte oder ein Dritter. Wer Beklagter im konkreten Prozess und damit potentieller Offenlegungsadressat ist, wird grundsätzlich nach dem formalen Parteibegriff anhand der Klageschrift bestimmt.⁵⁷⁹ Dritte können andere Marktteilnehmer, nicht verklagte Kartellmitglieder, Rechtsanwälte⁵⁸⁰ und Behörden⁵⁸¹ sein. Bei Schadensersatzklagen von indirekten Abnehmern kommen insbesondere unmittelbare Abnehmer als Dritte in Betracht, da die mittelbaren Abnehmer die Darlegung und Beweislast für die Schadensabwälzung (vgl. Art. 14 Abs. 1 RL 2014/104/EU) und den Preisaufschlag beim unmittelbaren Abnehmer (vgl. Art. 14 Abs. 2 lit. b) RL 2014/104/EU) tragen. Für den Fall, dass die Offenlegung von Dokumenten begehrt wird, die sich in der Verfügungsgewalt von Wettbewerbsbehörden befinden, sind zudem die zusätzlichen Voraussetzungen der Art. 6 und Art. 7 RL 2014/104/EU zu beachten, auf die noch gesondert eingegangen wird.⁵⁸²

c) Voraussetzungen

Voraussetzungen für die Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU in einem Schadensersatzverfahren sind (aa) ein hinreichend bestimmter Antrag, (bb) eine substantiierte Begründung, welche die Plausibilität der Schadensersatzklage

579 Vgl. für das deutsche Zivilprozessrecht *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, ZPO, Vor § 50 Rn. 3 f. Von der formalen Parteistellung ist die in der Literatur zum europäischen Recht umstrittene Frage zu unterscheiden, wer bei Klagen auf kartellrechtlichen Schadensersatz passivlegitimiert i.S.d. Richtlinie 2014/014/EU ist. Für eine Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs und eine Haftungserweiterung Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rn. 951; *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Tz. 16 ff.; *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 438; *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2884; *Kersting*, WuW 2014, 564, 565 f.; *Lettl*, WRP 2015, 537, 538; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 f.; *Roth*, GWR 2015, 73, 73; *Thiede*, ELTE L.J. 2015, 147, 153; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 964 ff.; a. A. *von Hülsen/Kasten*, NZKart 2015, 296, 299, 300 f.; *Mäger*, NZKart 2015, 329 f.; *Thomas/Legner*, NZKart 2016, 155-160.

580 Bei Offenlegungsanordnungen gegenüber Angehörigen von Rechtsberufen ordnet Art. 5 Abs. 6 RL 2014/104/EU die uneingeschränkte Wirkung der nach Unionsrecht und nach nationalem Recht geltenden Privilegien an.

581 Vgl. Erwägungsgrund 15, Satz 4; *Bentley/Henry*, World Competition 37 (2014), 271, 279.

582 Vgl. unten § 4 B. III. 2.

mit zugänglichen Tatsachen und Beweismitteln stützt, und (cc) die Verhältnismäßigkeit der Offenlegung.

aa) Hinreichende Bestimmtheit des Offenlegungsantrags

Der Offenlegungspetent muss die bereits bestehenden Kronzeugeninformationen, deren Offenlegung er begehrt, so genau wie möglich anhand der ihm mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen und Beweismitteln bestimmen (vgl. Art. 5 Abs. 2 RL 2014/104/EU). Während bei der Offenlegung einzelner Kronzeugendokumente höhere Anforderungen an den Grad der Bestimmtheit zu stellen sind, kommt einem Antrag auf Offenlegung einer Beweismittelkategorie⁵⁸³ eine Art Auffangfunktion zu. Ein solcher Antrag ist erst zulässig, wenn die Begründung des Offenlegungsantrags für die Offenlegung eines einzelnen Beweismittels nicht ausreicht.⁵⁸⁴ Die Richtlinie 2014/104/EU trägt dadurch dem Umstand Rechnung, dass es für den Offenlegungspetenten häufig schwierig ist, Beweismittel genau zu bezeichnen, da sich diese in der Verfügungsgewalt des Offenlegungsgegners befinden und dem Kläger nicht hinreichend bekannt und zugänglich sind.⁵⁸⁵ Eine präzise Bezeichnung der begehrten Dokumente ist jedoch dann zu verlangen, wenn dem Offenlegungspetent eine solche Bezeichnung in der Offenlegungsbegründung möglich ist.⁵⁸⁶ Zudem sind – ähn-

583 Kritisch zum Begriff der „Beweismittelkategorie“ im Zusammenhang mit dem Weißbuch aus dem Jahr 2008 *Wilhemi*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch Schadensersatzklagen? (2010), S. 99, 131; *Herrlinger*, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder (2010), S. 65, 67 ff.

584 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.A.i.

585 Vgl. Erwägungsgrund 14: „Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen nationales Wettbewerbsrecht oder das Wettbewerbsrecht der Union erfordern in der Regel eine komplexe Analyse der zugrunde liegenden Tatsachen und wirtschaftlichen Zusammenhänge. Die für die Begründung eines Schadensersatzanspruchs erforderlichen Beweismittel befinden sich häufig ausschließlich im Besitz der gegnerischen Partei oder Dritter und sind dem Kläger nicht hinreichend bekannt und zugänglich. Das strenge rechtliche Erfordernis, dass der Kläger zu Beginn des Verfahrens im Detail alle für seinen Fall relevanten Tatsachen behaupten und dafür genau bezeichnete einzelne Beweismittel anbieten muss, kann daher die wirksame Geltendmachung des durch den AEUV garantierten Schadensersatzanspruchs übermäßig erschweren.“ ABL L 2014 349/1, S. 3; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 10.

586 Erwägungsgrund Nr. 16 RL 2014/104/EU a.E.

lich wie im deutschen Zivilprozessrecht – Ausforschungsmaßnahmen nicht zulässig (vgl. Erwägungsgrund Nr. 23 RL 2014/104/EU).⁵⁸⁷

bb) Darlegung der Plausibilität des Schadensersatzanspruchs mit zugänglichen Tatsachen und Beweismitteln

Eine weitere Voraussetzung für eine Offenlegungsanordnung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU ist eine substantiierte Begründung des Antrags, welche die Plausibilität des Schadensersatzanspruchs mit zugänglichen Tatsachen und Beweismitteln stützt. Die Richtlinie 2014/104/EU definiert den Begriff der Plausibilität nicht. Im Vorfeld der Richtlinie führte aber das begleitende Arbeitspapier zum Weißbuch aus, dass der Kläger ausreichend Tatsachen darlegen soll, um zu zeigen, dass „*plausible grounds*“ für das Entstehen eines Schadens aufgrund des Kartellverstoßes des Beklagten bestehen.⁵⁸⁸ Dies soll nach dem Arbeitspapier zum Weißbuch u.a. dann der Fall sein, wenn der Kläger Belege vorlegen kann, aus welchen hervorgeht, dass er kartellbefangene Produkte von dem beklagten Kartellmitglied bezogen hat.⁵⁸⁹ Die Europäische Kommission wies in dem Arbeitspapier zum Weißbuch zudem darauf hin, dass die Plausibilität gerade nicht die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer begründeten Klage erfordere.⁵⁹⁰

Dass die Anforderungen an die Plausibilität des Schadensersatzanspruchs nicht zu hoch sein dürfen, folgt auch aus Erwägungsgrund Nr. 14 S. 3 RL 2014/104/EU, der gerade darauf hinweist, dass

„das strenge Erfordernis, dass der Kläger zu Beginn des Verfahrens im Detail alle für seinen Fall relevanten Tatsachen behaupten und dafür genau bezeichnete Beweismittel anbieten muss, [...] die wirksame Geltendmachung des [...] Schadensersatzanspruchs übermäßig erschweren [kann]“.

587 Weidt, E.C.L.R. 2014, 438, 444; *Lundquist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand (2016), 165, 167 f.

588 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 100.

589 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 102.

590 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 100, Tz. 102; vgl. auch das Urteil des U.S. *Supreme Court Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 556 (2007).

In der Literatur wird in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass eine Bezeichnung von konkreten Beweismitteln für Kläger schwierig ist, insbesondere wenn ihnen der Inhalt der Kartellakte unbekannt ist.⁵⁹¹ Für das deutsche Recht wurde deshalb von Teilen der Literatur gefolgert, dass geringere Anforderungen an die Plausibilität zu stellen sind als an die Schlüssigkeit einer Klage nach § 138 Abs. 1 ZPO.⁵⁹²

Ein gewisses Maß an Tatsachenvortrag und Wahrscheinlichkeit bleibt aber unverzichtbar,⁵⁹³ um einerseits unbegründete Klagen herauszufiltern und andererseits die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der beantragten Offenlegung zu beurteilen. Die bloße Behauptung eines Schadensersatzanspruchs oder Ausführungen zur Rechtsverletzung allein sind somit nicht ausreichend, um eine gerichtliche Offenlegungsanordnung zu bewirken.⁵⁹⁴ Um den Kläger aber nicht unangemessen zu belasten, sollten ihm auch im Rahmen des Offenlegungsantrags bei der Darlegung der Plausibilität des Schadensersatzanspruchs die Vermutungsregeln und die Beweiserleichterungen zugutekommen, die in der Richtlinie 2014/104/EU geregelt sind.⁵⁹⁵

Bei *Follow-on*-Klagen von unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern sollte folglich von einer Plausibilität des Schadensersatzanspruch ausgegangen werden, wenn die kartellrechtliche Zuwiderhandlung aufgrund der Bindungswirkung gem. Art. 9 Abs. 1 RL 2014/104/EU durch die Vorlage von kartellrechtlichen Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden, nationaler Gerichte oder der Europäischen Kommission vorgetragen wird und der Bezug kartellbefangener Produkte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen wird.

591 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 238; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 10.

592 *Kersting/Preuß* (2015), Tz. 198; *Kreße*, WRP 2016, 567, 572.

593 Vgl. *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 237; *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Tz. 197 f.; von einer Glaubhaftmachung ausgehend *Topel*, in: Wiedemann (2016) § 50, Tz. 134.

594 *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Tz. 198; *Weidt*, E.C.L.R. 2014, 438, 438 f.

595 *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Tz. 198; *Weidt*, E.C.L.R. 2014, S. 438, 438 f.

cc) Verhältnismäßigkeit der Offenlegung gem. Art. 5 Abs. 3
RL 2014/104/EU

Eine Offenlegungsanordnung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU erfordert als weitere Voraussetzung die Verhältnismäßigkeit des Antrags gem. Art. 5 Abs. 3 RL 2014/104/EU. Dabei sind vom entscheidenden Gericht nicht nur die berechtigten Interessen der Parteien und der betroffenen Dritten zu berücksichtigen, sondern auch verschiedene Regelbeispiele. Durch diese Regelbeispiele ist ein unionsweiter Mindeststandard für die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingeführt und die vom EuGH geforderte Einzelfallabwägung normiert worden.⁵⁹⁶

(1) Rechtfertigung der Offenlegung gem.
Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. a) RL 2014/104/EU

Nach Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. a) RL 2014/104/EU ist zu berücksichtigen, „inwieweit die Klage oder die Klageerwiderung durch zugängliche Tatsachen und Beweismittel gestützt wird, die den Antrag auf Offenlegung von Beweismitteln rechtfertigen“⁵⁹⁷. Das Regelbeispiel ist dahin zu verstehen, dass einem Offenlegungsantrag eher stattgegeben wird, wenn der Antragsteller die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs konkret darlegen und nachweisen kann, als wenn er nur in der Lage ist, dies grob zu umreißen.⁵⁹⁸ Die Berücksichtigung des Substantiierungsgrades der Klage sowie von Verteidigungsmitteln schützt vor unzulässigen Ausforschungen einerseits und ermöglicht dem Gericht eine Abwägung der kollidierenden Interessen andererseits. Auch an dieser Stelle zeigt sich, dass nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers pauschale Behauptungen nicht ausreichen sollen, um die Offenlegung von Beweismitteln zu erreichen bzw. zu verhindern. Im Hinblick auf die Klage sollte das Regelbeispiel mit Bedacht angewendet werden, da die Offenlegung nach Art. 5 RL 2014/104/EU dazu dient, Informationslücken zu schließen und die Beweisnot des Klägers zu mindern.

596 Vgl. *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 240.

597 Wortlaut Art. 5 Abs. 1 lit. a) RL 2014/104/EU.

598 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 240; *Kreße*, WRP 2016, 567, 573.

(2) Umfang und Kosten der Offenlegung gem.
Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. b) RL 2014/104/EU

Nach Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. b) RL 2014/104/EU sind sowohl der Umfang als auch die Kosten der Offenlegung, insbesondere für betroffene Dritte, in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Das Regelbeispiel stellt eine Reaktion des europäischen Gesetzgebers auf die Kritik an der Einführung eines Offenlegungsverfahrens dar,⁵⁹⁹ welche seit Veröffentlichung des Grünbuchs im Jahr 2005 in der Literatur unter Hinweis auf die Erfahrungen im amerikanischen Recht und die hohen Kosten des *discovery*-Verfahrens erfolgte.⁶⁰⁰

Auch wenn das Zivilverfahrensrecht der meisten EU-Mitgliedstaaten durch die Kostentragungspflicht der unterliegenden Partei insgesamt weniger missbrauchsanfällig erscheint als das amerikanische Zivilverfahrensrecht,⁶⁰¹ in dem die Parteien grundsätzlich Kosten selbst tragen,⁶⁰² schärft das Regelbeispiel das Bewusstsein, dass kartellrechtliche Schadensersatzklagen sehr kostenintensiv sein können, und ist daher zu begrüßen. Für die Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen bedeutet dieses Regelbeispiel, dass Offenlegungsverfahren, die sich konkret auf bestimmte Kronzeugeninformationen beziehen, eher als verhältnismäßig angesehen werden als pauschale Offenlegungsbegehren, die umfangreiche Prüfungen nach sich ziehen und dadurch grundsätzlich zu einer höheren Arbeitsbelastung führen. Eine Unverhältnismäßigkeit sollte aber auch in diesem Zusammenhang nur mit Bedacht angenommen werden, da kartellrechtliche Schadensersatzklagen und damit auch die verbundenen Offenlegungsverfahren grundsätzlich sehr umfangreich sind.⁶⁰³

599 Weidt, E.C.L.R. 2014, 438, 439.

600 *Wilhelmi*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 99, 125 f. und 131; kritisch gegenüber einem Offenlegungsverfahren auch *Howard*, E.C.L.R. 2014, 51, 53; *Steinle*, EuZW 2014, 481, 482; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 963.

601 Vgl. Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, S. 34, Rn. 252; *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 49 ff. und S. 67.

602 *Böhm*, Amerikanisches Zivilprozessrecht (2005), Rn. 418; zu den Kosten des *discovery*-Verfahrens *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), III.A.ii, wonach der Adressat der *discovery*-Maßnahme die für die Informationsbeschaffung anfallenden Kosten zu tragen hat.

603 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 241.

(3) Vertraulichkeit der begehrten Informationen gem. Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. c) RL 2014/104

Das Regelbeispiel des Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. c) RL 2014/104/EU stellt klar, dass es sowohl bei der Umsetzung als auch bei der Anwendung der Richtlinie 2014/104/EU für eine Versagung der Offenlegung nicht allein ausreicht, dass die begehrten Informationen als vertraulich anzusehen sind. Im Zusammenspiel mit Art. 5 Abs. 4 RL 2014/104/EU zeigt dieses Regelbeispiel, dass allein der Umstand, dass Informationen als Geschäftsgeheimnisse einzuordnen sind, nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers nicht zu einer Unverhältnismäßigkeit der Offenlegung führt. Die Position des Offenlegungspetenten wird dadurch gestärkt.⁶⁰⁴ Eine Benachteiligung der Offenlegungsadressaten ist durch diese weitreichende Offenlegungsbefugnis nicht zu befürchten, da im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die kollidierenden Interessen im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden müssen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine Offenlegung von vertraulichen Interessen nach der Richtlinie 2014/104/EU grundsätzlich nur dann möglich ist, wenn ihr Schutz gewährleistet ist (vgl. Art. 5 Abs. 4 S. 2 RL 2014/104/EU). Es kommt daher weder dem Offenlegungsinteresse noch dem Geheimhaltungsinteresse ein grundsätzlicher Vorrang zu.

In der Literatur wird vereinzelt in Frage gestellt, ob auch Geschäftsgeheimnisse von Kartellunternehmen im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sind.⁶⁰⁵ Zur Begründung wird angeführt, dass diese aufgrund des Bezugs zum Kartellverstoß grundsätzlich nicht als schutzwürdig anzusehen seien und Kartellanten sich nur deshalb auf den Schutz des Geschäftsgeheimnisses berufen würden, um Schadensersatzansprüche abzuwehren.⁶⁰⁶

Der Ausschluss von Geschäftsgeheimnissen von Kartellunternehmen ist jedoch im Ergebnis kritisch zu betrachten. Zwar stellt Art. 5 Abs. 5 RL 2014/104/EU klar, dass die Vermeidung von Schadensersatz kein schutzwürdiges Interesse darstellt. Es ergibt sich aber nicht ausdrücklich aus der Richtlinie 2014/104/EU, dass Kartellanten versagt wird, sich auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu berufen. Weder Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. c) noch Art. 5 Abs. 4 RL 2014/104/EU, der ebenfalls

604 Vgl. auch *Groussot/Pierce*, in: Bergström/Iacovides/Strand, *Harmonising EU competition litigation* (2016), S. 143, 163.

605 *Dawirs*, *Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen* (2017), S. 241 f.

606 *Dawirs*, *Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen* (2017), S. 241 f.

dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen dient, differenzieren zwischen Geschäftsgeheimnissen von Dritten und Geschäftsgeheimnissen von Kartellanten. Eine entsprechende Differenzierung kann auch nicht auf die Rechtsprechung der europäischen Gerichte gestützt werden, nach der Geschäftsgeheimnisse

„Informationen [sind], durch deren Preisgabe die Interessen des Auskunftsgewählers nicht nur dann, wenn sie an die Öffentlichkeit erfolgt, sondern auch bei bloßer Weitergabe an einen Dritten schwer beeinträchtigt werden können“⁶⁰⁷.

Grundsätzlich sind daher auch Geschäftsgeheimnisse von Kartellmitgliedern als entgegenstehende Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.

dd) Anhörung der Betroffenen

Die Offenlegungsanordnung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU setzt des Weiteren die vorangehende Anhörung der Betroffenen voraus (vgl. Art. 5 Abs. 7 RL 2014/104/EU). Durch das Anhörungserfordernis wird das Recht auf ein faires Verfahren gewahrt und es ermöglicht dem Gericht, eine umfangreiche Tatsachengrundlage für die Abwägungsentscheidung zu schaffen.

d) Besondere Anordnungen zum Schutz von Kronzeugendokumenten

Eine besondere Bedeutung für die Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen könnte Art. 5 Abs. 4 RL 2014/104/EU entfalten. Danach kommt die Offenlegung vertraulicher Informationen und von Geschäftsgeheimnissen nur dann in Betracht, wenn die jeweiligen Informationen als sachdienlich für die Schadensersatzklage zu erachten sind. Einen abstrakt-generellen Offenlegungsschutz von vertraulichen Informationen sowie von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sieht die Richtlinie 2014/104/EU nicht vor. Vielmehr ist es Aufgabe des zuständigen Gerichts, einen sachgerechten Ausgleich der kollidierenden Interessen durch die Anordnung verschiedener Schutzmaßnahmen zu schaffen, wie etwa

607 *EuG* 18.9.1996 – T-353/94, Slg. 1996 II-926, Tz. 87 – Postbank; vgl. *Barthelmeß/Rudolf*, in: Loewenheim et al., Art. 28 VO 1/2003 Rn. 25.

durch die Unkenntlichmachung sensibler Passagen oder den Ausschluss der Öffentlichkeit.

Für den Fall, dass Kronzeugeninformationen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse darstellen, sind die nationalen Gerichte gem. Art. 5 Abs. 4 S. 2 RL 2014/104/EU zudem befugt, Schutzanordnungen zu erlassen und die Offenlegung bzw. die Verwendung der Informationen außerhalb des Schadensersatzprozesses zu begrenzen.⁶⁰⁸ Dadurch wird nicht-reversiblen Beeinträchtigungen, wie dem Verlust des Geheimnischarakters, vorgebeugt. Als Schutzmaßnahmen kommen z.B. Unkenntlichmachung sensibler Passagen von Dokumenten, die Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit, die Beschränkung des zur Kenntnisnahme der Beweismittel berechtigten Personenkreises und die Anweisung an Sachverständige, eine Zusammenfassung von Informationen in aggregierter oder sonstiger nichtvertraulicher Form vorzulegen“ in Betracht.⁶⁰⁹ Die Vorschrift des Art. 5 Abs. 4 S. 2 RL 2014/104/EU weist dadurch Ähnlichkeiten zu dem amerikanischen *discovery*-Verfahren auf, in dem u.a. durch die Anordnung von *protective orders* ein flexibler Schutz von vertraulichen Informationen erreicht werden kann.⁶¹⁰ Im deutschen Recht könnten die Vorschriften allerdings ein neues Feld für Rechtsstreitigkeiten eröffnen.⁶¹¹

e) Rechtsfolge: Offenlegung im Ermessen nationaler Gerichte

Liegen die dargestellten Voraussetzungen vor, sieht die Richtlinie 2014/104/EU vor, dass die nationalen Gerichte die Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen als relevante Beweismittel anordnen können (Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU). Der Offenlegungsgegner ist bei Erlass der Anordnung zur Offenlegung verpflichtet. Durch die Ausgestaltung der Rechtsfolge des Art. 5 RL 2014/104/EU als Ermessensentscheidung unterscheidet sich die finale Fassung der Richtlinie 2014/104/EU wesentlich von dem Richtlinienvorschlag (2013).⁶¹² Der Richtlinienvorschlag (2013) sah in Art. 5 Abs. 2 noch eine gebundene Entscheidung und damit

608 Art. 5 Abs. 4 S. 2 RL 2014/104/EU lautet: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die nationalen Gerichte bei der Anordnung der Offenlegung solcher Informationen über wirksame Maßnahmen für deren Schutz verfügen.“ vgl. ABl. 2014 L 349/1, S. 12.

609 Erwägungsgrund Nr. 18 RL 2014/104/EU.

610 *Truli*, JECLaP 2016, 299, 303.

611 *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2886; *Roth*, GWR 2015, 73, 75.

612 Vgl. *Klooz*, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 158.

einen Anspruch des Geschädigten auf Offenlegung vor. Die Richtlinie 2014/104/EU geht hingegen nur noch von einem Offenlegungsrecht aus.⁶¹³ Die Einführung einer Ermessensprüfung auf Rechtsfolgenseite etabliert zusammen mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Tatbestandsseite eine doppelte richterliche Prüfung. Die Entscheidung, den nationalen Gerichten bei dem Erlass von Offenlegungsanordnungen Ermessen einzuräumen, spiegelt somit die Bemühungen des europäischen Gesetzgebers wider, missbräuchliche Ausforschungsanträge zu verhindern. Jedoch besteht das Risiko, dass die Wahl dieser Rechtsfolge restriktive Offenlegungstendenzen begünstigt. Denn in kontinental-europäischen Rechtssystemen, wie dem deutschen Recht, sind weitreichende prozessuale Ausforschungsmöglichkeiten traditionell nicht verankert und können dem Selbstverständnis von Richtern zu widerlaufen.⁶¹⁴

f) Gerichtliche Sanktionen i.S.d. Art. 8 RL 2014/104/EU

Nach Art. 8 Abs. 1 RL 2014/104/EU sollen die nationalen Gerichte Sanktionen gegen die Parteien, Dritte oder ihre rechtlichen Vertreter verhängen können, wenn diese die Anordnungen des Gerichts missachten, „relevante“ Beweise vernichten oder gegen die Beschränkungen der Beweisverwertung verstoßen. Art. 8 Abs. 2 S. 1 RL 2014/104/EU bestimmt, dass die Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein sollten. Eine ähnliche Generalklausel befand sich schon im Richtlinienentwurf (2013) der Europäischen Kommission.⁶¹⁵ Im Zusammenhang mit den Sanktionen des Art. 8 RL 2014/104/EU stellt sich insbesondere die Frage, ab wann eine Aufbewahrungspflicht für Dokumente greift. Die in der Literatur vertretene Ansicht, dass die Richtlinie keine Anhaltspunkte für eine vorprozessua-

613 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 15.

614 *Howard*, E.C.L.R. 2014, 51, 53; *Steinle*, EuZW 2014, 481, 482; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 963; a.A. *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 398; *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 37, 59.

615 Art. 8 Abs. 2 S. 1 RLV (2013) lautet: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die Sanktionen, die von den einzelstaatlichen Gerichten verhängt werden können, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind.“; Komm., Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, v. 11.6.2013, COM(2013) 404 final; *Weidt*, E.C.L.R. 2014, 438, 440.

le Aufbewahrungspflicht gebe,⁶¹⁶ ist kritisch zu betrachten. In Erwägungsgrund Nr. 33 RL 2014/104/EU heißt es, dass die Gefahr einer Beweisvernachtung bestehe,

„wenn ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird oder eine Wettbewerbsbehörde eine Untersuchung einleitet (...)“.

Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass ab Einleitung des kartellbehördlichen Verfahrens eine Aufbewahrungspflicht für die Betroffenen gelten soll. Für bereits bestehende Kronzeugeninformationen, die sich nach Abschluss des Kartellverfahrens wieder in der Verfügungsgewalt des beklagten Kronzeugen befinden, besteht daher erst recht eine Aufbewahrungspflicht, da nach Abschluss des Kartellverfahrens mit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu rechnen ist.

2. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen bei Wettbewerbsbehörden

Kläger können die Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen durch die Wettbewerbsbehörde beantragen, solange sich diese in den Kartellverfahrensakten befinden (vgl. Art. 6 Abs. 1 RL 2014/104/EU). Bei derartigen Offenlegungsanordnungen sind nicht nur die Vorgaben des Art. 5 RL 2014/104/EU, sondern auch die Vorschriften der Art. 6 und 7 RL 2014/104/EU zu berücksichtigen. Diese werden nachfolgend betrachtet.

a) Anwendbarkeit des Offenlegungsverfahrens

Antragsgegner i.S.d. Art. 6 RL 2014/104/EU sind Wettbewerbsbehörden. Darunter sind nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 8 RL 2014/104/EU die Europäische Kommission und bzw. oder die nationalen Wettbewerbsbehörden zu verstehen.⁶¹⁷ Der europäische Gesetzgeber hat durch diesen Anwendungsbereich anerkannt, dass sich Informationen, die zur Substantiierung von Schadensersatzklagen nützlich sein können, in Kartellverfahrensakten befinden können, und ist mit der Einbeziehung der Europä-

616 Vgl. *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2890; *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.C.

617 *Krefse*, WRP 2016, 567, 572.

ischen Kommission dem Umstand gerecht geworden, dass die Europäische Kommission Kartellverfahren wegen Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV gem. Art. 11 VO 1/2003 an sich ziehen kann.

Eine Offenlegungsanordnung gegenüber Wettbewerbsbehörden nach Art. 5 f. RL 2014/104/EU kann nur dann von nationalen Gerichten angeordnet werden, wenn die begehrten Beweismittel nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder einem Dritten verlangt werden können (vgl. Art. 6 Abs. 10 RL 2014/104/EU). Durch dieses Subsidiaritätsgebot hält der europäische Gesetzgeber an der Trennung zwischen öffentlicher und privatrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung fest. Die in der Literatur vertretenen Ansätze, denen zufolge die bisherige Trennung zwischen privater und öffentlicher Kartellrechtsdurchsetzung aufgegeben und ein neues, einheitliches Kartellverfahren eingeführt werden sollte,⁶¹⁸ konnten sich nicht durchsetzen. Im Zusammenhang mit der Subsidiarität wird in der Literatur zudem unter Berufung auf die Förderung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung als Zweck der Richtlinie 2014/104/EU vereinzelt die Ansicht vertreten, dass im Rahmen von Art. 6 Abs. 10 RL 2014/104/EU grundsätzlich nur eine summarische Prüfung des Gerichts zu erfolgen habe und der Antragsteller nicht erfolglos einen Offenlegungsantrag stellen müsse.⁶¹⁹

Die Ansicht, die eine Verbindung der privaten und öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung befürwortet, übersieht, dass die Richtlinie 2014/104/EU nicht nur der Förderung von Schadensersatzklagen, sondern auch der Harmonisierung von privater und behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung dient.⁶²⁰ Die Regelung des Art. 6 Abs. 10 RL 2014/104/EU trägt diesem Umstand Rechnung und berücksichtigt, dass in der Rechtspraxis die öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung den Schwerpunkt der Kartellverfolgung in der Europäischen Union bildet. Es würde verfahrensökonomischen Gründen widersprechen, wesentliche Ressourcen

618 Ansätze zur Vereinheitlichung der privaten und der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung wurden vertreten von *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 279 ff.; *Canenbly/Steinworth*, FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 156 ff.; *Kapp*, FS Möschel (2011), S. 319, 331 ff.; *ders.*, WuW 2012, 474, 485 ff.; *Canenbly/Steinworth*, JECLaP 2011, 315, 324 ff.; *Meyer-Lindemann*, WuW 2011, 1235, 1246 f.; für eine Anrechnung der Schadensersatzzahlungen bei der Bußgeldbestimmung *Lever* (2007), S. 13, Tz. 34; *Niemeyer*, WuW 2008, 927.

619 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 247.

620 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 6.

der nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission zur Bearbeitung von Akteneinsichtsgesuchen potentiell Geschädigter zu binden, anstatt sie zur Verfolgung neuer Kartelle einzusetzen.⁶²¹ Die Interessen geschädigter Personen werden hinreichend dadurch gewahrt, dass neben dem Offenlegungsverfahren gem. Art. 5 RL 2014/104/EU subsidiär der Zugang zu Informationen der Wettbewerbsbehörden möglich ist.⁶²² Ein Verzicht auf die Durchführung eines Offenlegungsverfahrens *inter partes* kommt daher nur in Betracht, wenn die Informationen offensichtlich nicht auf anderem Wege zugänglich sind.

b) Besonderheiten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Nach Art. 6 Abs. 4 RL 2014/104/EU sind neben den Regelbeispielen des Art. 5 Abs. 3 RL 2014/104/EU weitere Regelbeispiele in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen, soweit die Offenlegung von Informationen aus Kartellverfahrensakten begehrt wird. Dies gilt auch für die Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen.

aa) Hinreichende Bestimmtheit gem. Art. 6 Abs. 4 lit. a) RL 2014/104/EU

Nach Art. 6 Abs. 4 lit. a) RL 2014/104/EU ist zunächst zu berücksichtigen, ob der Antrag hinsichtlich Art, Gegenstand oder Inhalt der Unterlagen hinreichend bestimmt und nicht lediglich unspezifisch in Bezug auf die der Wettbewerbsbehörde übermittelten Unterlagen gestellt wurde. Bei der von Amts wegen durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung sollen keine Ausforschungsanträge ermöglicht werden.⁶²³ Die Richtlinie 2014/104/EU geht in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH davon aus, dass es unwahrscheinlich ist, dass eine Schadensersatzklage auf sämtli-

621 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 22.

622 A.A. *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 247.

623 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 23; Komm., Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, v. 11.6.2013, COM(2013) 404 final, Begründung S. 18; *Wessing/Hieramente*, WuW 2015, 220, 232.

che Beweismittel, die in der Akte enthalten sind, gestützt werden muss.⁶²⁴ Auch wenn diese These zutreffend ist, besteht das Risiko, dass Art. 6 Abs. 4 lit. a) RL 2014/104/EU zu einem restriktiven Zugang zu Kartellverfahrensakten führt und dadurch der Nutzen der Akteneinsicht für die Schadensersatzkläger entfällt. Aufgrund der kartellrechtlichen Informationsasymmetrie ist es Klägern kaum möglich, Beweismittel genau zu bezeichnen. Die Bestimmtheit des Antrags sollte unter einen Vorbehalt des Möglichen gestellt werden.⁶²⁵ Eine Unverhältnismäßigkeit eines weiten Offenlegungsantrags käme dann nur in Betracht, wenn eine weitere Spezifikation möglich oder zumutbar wäre. Ob dazu verlangt werden kann, dass der Antragsteller darlegt, dass er vergeblich versucht hat, Beweismittel oder genaue Hinweise auf Beweismittel durch Anträge auf Dokumentenzugang nach der VO 1049/2001 zu erlangen, erscheint fraglich. Denn schon das Arbeitspapier zum Weißbuch wies darauf hin, das nicht verlangt werden könne, das Informationsrecht nach Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 geltend zu machen, da dieses nicht zur Beschaffung von Beweismitteln in Schadensersatzklagen diene.⁶²⁶

bb) Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage gem.
Art. 6 Abs. 4 lit. b) RL 2014/104/EU

Nach Art. 6 Abs. 4 lit. b) RL 2014/104/EU ist als weiterer Gesichtspunkt in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, ob der Antrag im Rahmen einer Schadensersatzklage vor einem nationalen Gericht gestellt wurde. Geht man vom Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU („[...] in Verfahren über Schadensersatzklagen [...]“) aus, sollen Offenlegungsanordnungen nur in rechtshängigen Schadensersatzverfahren möglich sein. Dem Gericht steht daher in Schadensersatzprozessen kein Abwägungsspielraum zwischen Informationsbegehren rechtshängiger Klagen und vorprozessualen Informationsbegehren zu.⁶²⁷ Der Sinn und Zweck des Art. 6 Abs. 4 lit. b) RL 2014/104/EU erscheint daher auf den ersten Blick

624 Erwägungsgrund Nr. 22 RL 2014/104/EU.

625 Vgl. zur VO 1049/2001 *Kreße*, WRP 2016, 567, 571.

626 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 104.

627 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 245.

fragwürdig.⁶²⁸ Ein anderes Bild ergibt sich aber, wenn man berücksichtigt, dass es den Mitgliedstaaten gem. Art. 5 Abs. 8 RL 2014/104/EU möglich ist, Vorschriften einzuführen oder beizubehalten, die zu einer umfassenderen Offenlegung von Beweismitteln führen, soweit Art. 5 Abs. 4 und Abs. 7 RL 2014/104/EU und Art. 6 RL 2014/104/EU unbeschadet bleiben. Vor diesem Hintergrund soll die Vorschrift sicherstellen, dass die Gerichte die Rechtshängigkeit der Schadensersatzklage als Abwägungskriterium auch bei Informationenzugriffen außerhalb von Schadensersatzklagen berücksichtigen. In diesem Fall kann die Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage ein erhöhtes Bedürfnis für eine Offenlegung der begehrten Informationen testieren, da die Kläger ansonsten mit einer Klageabweisung konfrontiert und die Vortragsmöglichkeiten in der folgenden Instanz gegebenenfalls beschränkt sein könnten.⁶²⁹

cc) Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts gem. Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU

Nach Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU ist darüber hinaus in der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob im Zusammenhang mit Art. 5, 10 oder 11 RL 2014/104/EU die Notwendigkeit besteht, die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu wahren. Durch dieses Abwägungskriterium wird die EuGH-Rechtsprechung – wonach kartellrechtliche Schadensersatzklagen der vollen Wirksamkeit des Art. 101 AEUV dienen – in die Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgenommen.⁶³⁰ An dieser Stelle kommt es in Betracht, die Funktion der bereits bestehenden Kronzeugeninformationen im behördlichen Verfahren zu berücksichtigen. Die Kartellbehörden sind neben der Unternehmenserklärung auch auf bereits existierende Beweismittel angewiesen, um den Kartellverstoß nachzuweisen.⁶³¹ Insbesondere Informationen nachrangiger Kronzeugen müssen einen wesentlichen Mehrwert für die Beweisführung

628 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 245.

629 Im deutschen Recht ist z.B. das Berufungsgericht in Zivilverfahren grundsätzlich an die Tatsachenfeststellung der ersten Instanz gebunden, vgl. § 513 Abs. 1 ZPO.

630 *Krefse*, WRP 2016, 567, 573; vgl. *Lundquist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016), S. 165, 167 f.

631 Vgl. § 2 B. II. 2.

darstellen.⁶³² Den Informationen nachrangiger Kronzeugen kommt somit ein beachtlicher Wert für die Ahndung von Kartellen zu. Im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU genießen die nachrangigen Kronzeugen jedoch keine Haftungsprivilegierung. Es besteht daher bei der Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen nachrangiger Kronzeugen weiterhin die Gefahr eines *chilling effects* und dadurch das Risiko einer Beeinträchtigung der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Diese potentielle Beeinträchtigung ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gegen das Offenlegungsinteresse abzuwägen und kann im Einzelfall zu einer Versagung der Offenlegung führen.

Ein weiterer Aspekt, der gem. Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU in der Abwägung zu berücksichtigen ist, ist die Ressourcenbindung durch Offenlegungsanträge. Die Offenlegungsanträge dürfen letztlich nicht dazu führen, dass große Teile der Arbeitskraft der Wettbewerbsbehörden gebunden werden und sie ihrer primären Aufgabe – der Aufdeckung und Verfolgung von Kartellen – nicht mehr gerecht werden können. Um dies umzusetzen, wird teilweise in der Literatur – in Anlehnung an die Rechtsprechung zur VO 1049/2001 – vorgeschlagen, der Offenlegungspetent müsse ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Offenlegung nachweisen.⁶³³

Es ist jedoch zweifelhaft, ob die Anlehnung an die Rechtsprechung des *EuGH* zur Verordnung 1049/2001 sachgerecht ist. Weder der Wortlaut des Art. 5 noch der des Art. 6 RL 2014/104/EU deuten auf ein entsprechendes Erfordernis hin. Vielmehr besteht die Gefahr, dass durch die Übertragung der Rechtsprechung zur VO 1049/2001 die für den Kläger günstigeren Darlegungslasten der Richtlinie 2014/104/EU unterlaufen werden. Denn der *EuGH* hat in dem Urteil *EnBW* strengere Anforderungen an den Vortrag des Klägers gestellt als Art. 5 ff. RL 2014/104/EU.⁶³⁴ Diese strengeren Darlegungslasten sind im Rahmen der Transparenzverordnung 1049/2001 gerechtfertigt, da die Verordnung nicht der Förderung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen dient. Dies gilt aber gerade nicht für die Richtlinie 2014/104/EU. Im Ergebnis ist es daher im Hinblick auf die Zielsetzung der Richtlinie vorzugswürdig, auf eine Übertragung der Rechtsprechung des *EuGH* zur VO 1049/2001 auf Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU zu verzichten.

632 Vgl. § 2 B. II. 2 sowie § 2 B. III. 2.

633 *Lundquist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016), S. 165, 167 f.

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

c) Schutz vor Offenlegung und Verwendung in Schadensersatzprozessen

Bereits bestehende Kronzeugeninformationen werden nicht durch besondere Vorschriften der Richtlinie 2014/104/EU vor einer Offenlegung geschützt. Der Offenlegungsschutz des Art. 6 Abs. 5 RL 2014/104/EU erfasst nur Informationen, die eigens für die Wettbewerbsbehörde (Art. 6 Abs. 5 lit. a)) oder von der Wettbewerbsbehörde (Art. 6 Abs. 5 lit. b)) erstellt wurden, sowie für Vergleichsausführungen, die zurückgezogen wurden (Art. 6 Abs. 5 lit. c)). Bereits bestehende Kronzeugeninformationen als Informationen, die unabhängig vom behördlichen Kartellverfahren existieren, sind dagegen jederzeit einer Offenlegung zugänglich.⁶³⁵ Sie sind höchstens mittelbar durch die Verwendungsverbote des Art. 7 Abs. 2 und Abs. 3 RL 2014/104/EU geschützt. Nach Art. 7 Abs. 2 RL 2014/104/EU ist es unzulässig, Informationen aus Kartellverfahrensakten aus laufenden Verfahren in den Zivilprozess als Beweismittel einzubringen, wenn diese ausschließlich durch Einsichtnahme in die Kartellverfahrensakte erlangt wurden. Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei den meisten Schadensersatzklagen um sog. *Follow-on*-Klagen handelt, die erst nach Erlass der kartellbehördlichen Entscheidung erhoben werden, kann somit für bereits bestehende Kronzeugeninformationen aus Art. 7 Abs. 2 RL 2014/104/EU ein nur sehr geringer Schutz abgeleitet werden. Dies gilt auch für Art. 7 Abs. 3 RL 2014/104/EU. Danach dürfen alle Beweismittel, die nicht von Art. 7 Abs. 1 oder Abs. 2 RL 2014/104/EU erfasst werden, nur von der Person in den Schadensersatzprozess eingebracht werden, die die Informationen im Wege der Akteneinsicht erlangt hat. Nach Erwägungsgrund Nr. 32 dient diese Vorschrift dazu, einen Handel mit Beweismitteln zu unterbinden. Ein grundsätzliches Verwendungsverbot für bereits bestehende Kronzeugeninformationen in *Follow-on*-Klagen folgt aus dieser Bestimmung jedoch nicht.

IV. Bewertung

Der Vorstoß des europäischen Gesetzgebers, die private Kartellrechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten zu fördern und einen Ausgleich zwischen privater und behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung zu schaffen, ist grundsätzlich zu begrüßen. In den zehn Jahren vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU konnte nur in wenigen Mitgliedstaaten ein Fortschritt

635 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 28 RL 2014/104/EU.

in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung festgestellt werden. Dazu gehörten Deutschland, die Niederlande und Großbritannien.⁶³⁶ Ob das in Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU geregelte Offenlegungsverfahren zu einer Überwindung der kartellrechtlichen Informationsasymmetrie führt, ist aber fraglich. In kontinental-europäischen Rechtssystemen sind weitreichende prozessuale Offenlegungsanordnungen traditionell nicht verankert und können dem Selbstverständnis von Richtern zu widerlaufen.⁶³⁷ Zudem enthält Art. 5 RL 2014/104/EU verschiedene unbestimmte Rechtsgriffe, die den Mitgliedstaaten einen weiten Gestaltungsspielraum einräumen und dadurch zu rechtlichen Unterschieden in den Mitgliedstaaten führen können.⁶³⁸

Nichtsdestotrotz markiert die Richtlinie 2014/104/EU im Hinblick auf Kronzeugeninformationen einen Wandel, da zuvor keine Regelungen für das Verhältnis zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung im europäischen Recht bestanden. Die Richtlinie 2014/104/EU schießt aber zum Schutz der Effektivität von Kronzeugenprogrammen über das Ziel hinaus, indem sie Kronzeugenerklärungen absolut vor einer Offenlegung und einer Verwendung in Schadensersatzklagen schützt. Dies widerspricht dem aus Art. 101 AEUV entwickelten Gebot der Einzelfallabwägung und ist daher mit Blick auf das Primärrecht zweifelhaft. Dies gilt auch, wenn die Richtlinie 2014/104/EU die Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen unter einen Abwägungsvorbehalt stellt, da Kartellbeteiligte grundsätzlich darauf bedacht sind, keine Beweismittel zu hinterlassen.⁶³⁹

Selbst für den Fall, dass Kronzeugen bereits bestehende Beweismittel an die Wettbewerbsbehörden übermittelt haben, folgt hieraus nicht in jedem Fall deren Offenlegung. In diesem Zusammenhang ist – solange sich die Beweismittel in den Händen der Wettbewerbsbehörde befinden – insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit ihre Offenlegung die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung beeinträchtigt. Vor diesem Hin-

636 Komm., Impact Assessment Report (2013), Tz. 52. Zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland, den Niederlanden und Großbritannien siehe auch *Kuijpers et al.*, JECLaP 2017, 47 ff.

637 *Howard*, E.C.L.R. 2014, 51, 53; *Steinle*, EuZW 2014, 481, 482; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 963; a.A. *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 398; *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 37, 59.

638 *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2886.

639 *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 84.

tergrund hat die Richtlinie 2014/104/EU zwar die rechtlichen Rahmenbedingungen für Geschädigte verbessert, die kartellrechtliche Informationsasymmetrie und das Spannungsverhältnis zwischen behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung aber nicht vollständig gelöst.

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

Für die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU ins deutsche Recht hat der Gesetzgeber eine Reihe von Vorschriften im GWB⁶⁴⁰ neugefasst. Die Vorschriften zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung sind nunmehr in §§ 33 bis 33h GWB und §§ 87 ff. GWB normiert, darunter der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch (§ 33a), die Bindungswirkung von kartellrechtlichen Entscheidungen (§ 33b) oder der Zugang zu Beweismitteln (§§ 33g, 89b ff.). Für den Zugang zu Beweismittel sind die (neuen) Bestimmungen des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB sowie des Auskunftsersuchens gem. § 89c GWB von zentraler Bedeutung. Der Schutz von Kronzeugenerklärungen ist in diesen Vorschriften als Ausschlussstatbestand oder Verweigerungsrecht integriert. Im Folgenden wird nach einem Überblick über die neu eingeführten Vorschriften – der Schutz der Kronzeugen im Kontext des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB und des Offenlegungsverfahrens nach § 89 GWB betrachtet.

I. Neuregelungen im Überblick

Im Zuge der 9. GWB-Novelle wurden im GWB ein spezieller Herausgabe- und Auskunftsanspruch (§ 33g) sowie prozessuale Sondervorschriften (§ 87 ff.) geschaffen. Wie in Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU wird auch in § 33g GWB zwischen dem Offenlegungsbegehren des Klägers und dem Offenlegungsbegehren des Beklagten unterschieden, wobei nachfolgend nur auf den Anspruch des Geschädigten bzw. des Klägers eingegangen wird.

Über die Regelungsinhalte der Richtlinie 2014/104/EU hinaus werden der Herausgabeanspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB und der Auskunftsanspruch gem. § 33g Abs. 1 i.V.m. Abs. 10 GWB durch weitere materiell-recht-

640 I.d.F. der Bekanntmachung vom 15.7.2005 (BGBl. I S. 2114, ber. 2009 S. 3850), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.7.2017 (BGBl. I 2739) m.W.v. 29.7.2017.

liche Ansprüche ergänzt. So wird z.B. die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben durch § 33g Abs. 8 GWB geschützt, während die Interessenwahrung des Anspruchsgegners der Zweck des § 33g Abs. 7 GWB ist.

Die Besonderheiten bei der Durchsetzung der Herausgabe- und Auskunftsansprüche des § 33g GWB werden durch ein Freigabeverfahren nach § 33g Abs. 6, ein Prüfverfahren nach § 33g Abs. 8 und durch die prozessualen Vorschriften des §§ 87 ff. GWB geregelt, welche die allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften der ZPO modifizieren.

Neben der Offenlegung *inter partes* ist durch die 9. GWB-Novelle ferner geregelt worden, dass die Gerichte in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen oder in Klagen auf Herausgabe von Beweismitteln gem. § 33g GWB die Kartellbehörden um Offenlegung von Gegenständen und Beweismitteln ersuchen können (vgl. § 89c GWB). Bestimmte Informationen aus Kartellverfahrensakten, wie Kronzeugeninformationen, unterliegen jedoch nur eingeschränkt einer Offenlegung. Zudem finden die Akteneinsichts- und Auskunftsrechte gem. §§ 406e, 475 StPO nur noch begrenzt im Kartellrecht Anwendung.

II. Das Kombinationsmodell des deutschen Gesetzgebers

Wie der europäische Gesetzgeber in der Richtlinie 2014/104/EU differenziert auch der deutsche Gesetzgeber zwischen der Offenlegung von Informationen im Allgemeinen (§ 33g und § 89b GWB) und der Offenlegung von Informationen durch eine Wettbewerbsbehörde (§ 89c GWB).⁶⁴¹ Anders als in der Richtlinie 2014/104/EU hat sich der deutsche Gesetzgeber aber von dem rein prozessualen Konzept der Richtlinie 2014/104/EU durch die Einführung materiell-rechtlicher Ansprüche gelöst.⁶⁴² Durch die Einführung materiell-rechtlicher Ansprüche (§ 33g GWB) und eines besonderen prozessualen Offenlegungsersuchens für kartellbehördliche Informationen (§ 89c GWB) hat er sich für ein kombiniertes, zweigliedriges Umsetzungskonzept entschieden. Auch wenn eine derartige Umsetzung unionsrechtlich zulässig ist, da die nationalen Regelungen über die Regelungen

641 Kritisch hierzu *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 290.

642 Anders wohl *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 4, die in Anlehnung an den immaterialgüterrechtlichen Anspruch gem. Art. 8 2004/48/EG davon ausgehen, dass die Schadensersatzrichtlinie nicht nur prozessuale Rechte begründet.

der Richtlinie hinausgehen können (vgl. Art. 5 Abs. 8 RL 2014/104/EU),⁶⁴³ stellt sich die Frage, inwieweit sich dieses Kombinationsmodell in das deutsche Recht einfügt.

1. Die Einführung eines materiell-rechtlichen Anspruchs zur Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU

Im Hinblick auf den prozessualen Charakter des Offenlegungsverfahrens gem. Art. 5 RL 2014/104/EU wurde während des Gesetzgebungsverfahrens durch die Monopolkommission⁶⁴⁴ und in der Literatur⁶⁴⁵ darauf hingewiesen, dass eine prozessuale Umsetzung auch für das deutsche Recht naheliegender gewesen wäre. Zur Begründung wurde in der Literatur teilweise auf das österreichische Recht verwiesen, das eine prozessuale Offenlegungspflicht zur Umsetzung der Richtlinie eingeführt hat.⁶⁴⁶

Die Kritik an der Einführung eines materiellen Anspruchs ist aber zweifelhaft. Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit der Einführung des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB erneut gegen die Einführung einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht⁶⁴⁷ gestellt und seinen materiell-rechtlich geprägten Ansatz bekräftigt. Wie schon ein Blick auf das BGB und das Immaterialgüterrecht zeigt, entspricht die Umsetzung des Art. 5 RL 2014/104/EU als materiell-rechtlicher Anspruch der Eigenart des deutschen Rechts, Informationsdefizite durch die Einführung materiell-rechtlicher Ansprüche zu lösen.⁶⁴⁸ So ergeben sich im BGB z.B. Auskunftsansprüche aus §§ 809, 810 sowie § 242 BGB. Aber auch das Im-

643 Monopolkommission, Stellungnahme zur Neunten GWB-Novelle (2017), S. 21.

644 Monopolkommission, Stellungnahme zur Neunten GWB-Novelle (2017), S. 21.

645 Hellmann/Steinbrück, NZKart 2016, 164, 169 und 171; Klumpe/Thiede, BB 2016, 3011, 3014; Podszun/Kreifels, GWR 2017, 67, 69.

646 Klumpe/Thiede, BB 2016, 3011, 3014; Podszun/Kreifels, GWR 2017, 67, 69.

647 Vgl. zur allgemeinen Aufklärungspflicht grundlegend Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976), S. 15 f. und 378 ff.; ders., ZZZ 98 (1985), 237 ff.; ders., ZZZ 104 (1991), 208 ff.; zustimmend Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, § 138 Rn. 11; Katzenmeier, JZ 2002, 533 ff.; Waterstraat, ZZZ 118 (2005), 459, 478 ff.; a.A. BGH 7.2.2008 – IX ZB 137/07, Tz. 9 (juris); BGH 26.10.2006 – III ZB 2/0, NJW 2007, 155, 156; BGH 12.11.1991 – KZR 18/90, Tz. 28 (juris) = BGHZ 116, 47, 56; BGH 11.6.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151, 3151; Prütting, in: MüKo ZPO, § 286 Rn. 130; Arens, ZZZ 96 (1983), 1, 16 ff.; Lüke, JuS 1985, 2, 3.

648 Schlosser, JZ 1991, 599, 606; Preuß, WuW 2017, 301.

materialgüterrecht normiert mit § 140b PatG, § 101a UrhG oder § 24b GebrMG verschiedene Auskunftsansprüche.⁶⁴⁹

Besonderheit des § 33g GWB ist jedoch, dass die Vorschrift prozessual eingefärbt ist. So bezieht sich der Anspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB z.B. auf Beweismittel und fordert im Gegensatz zu anderen Ansprüchen im deutschen Recht, wie etwa § 140b PatG, § 101a UrhG oder § 24b GebrMG, nicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Rechtsverletzung, sondern die Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB.⁶⁵⁰ Diese Rückgriffe auf prozessuale Begrifflichkeiten in einem materiell-rechtlichen Anspruch führen zwar zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht. Sie basieren jedoch auf der Richtlinie 2014/104/EU und sind als unionsrechtliche Ausprägungen zu würdigen. Sie stellen die materiell-rechtliche Ausgestaltung nicht in Frage und kennzeichnen vielmehr die Eigenart des § 33g GWB als „prozessbezogenen“⁶⁵¹ Anspruch.⁶⁵² Ein weiterer Vorteil des vom deutschen Gesetzgeber gewählten Ansatzes ist es, dass die Einführung einer bereichsspezifischen Verfahrensordnung für die private Kartellrechtsdurchsetzung im Keim erstickt wurde.

Auch der Verweis auf das österreichische Recht kann bezüglich einer prozessualen Lösung für das deutsche Recht letztlich nicht überzeugen, da im österreichischen Recht kein zivilprozessuales Ausforschungsverbot besteht und somit andere Gegebenheiten als im deutschen Recht vorliegen.⁶⁵³ An dieser Stelle ist folglich festzuhalten, dass der deutsche Gesetzgeber mit der materiell-rechtlichen Umsetzung grundsätzlich einen Ansatz gewählt hat, der sich in das bestehende deutsche Recht einfügt.

649 Vgl. *Schlosser*, JZ 1991, 599, 606; *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), S. 28 ff. und Rn. 177; *Klumpe/Thiede*, NZ-Kart 2016, 471, 472.

650 *Preuß*, in: *Kersting/Podszun*, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 251 f.

651 *Preuß*, WuW 2017, 301.

652 *Preuß*, in: *Kersting/Podszun*, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 252; vgl. auch *Bornkamm/Tolkmitt*, in: *Langen/Bunte*, GWB, § 33g Rn. 1, die von einem Paradigmenwechsel sprechen.

653 *Schlosser*, JZ 1991, 599, 603.

2. Prozessualer Ansatz für Offenlegungsersuchen bei Wettbewerbsbehörden

Für den Zugriff auf Informationen aus Kartellverfahrensakten bei Wettbewerbsbehörden hat sich der deutsche Gesetzgeber für die Übernahme des prozessualen Ansatzes der Richtlinie 2014/104/EU entschieden. Geschädigten steht dementsprechend kein Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln bzw. auf Auskunftserteilung gem. § 33g GWB gegen Wettbewerbsbehörden zu (vgl. § 89b Abs. 5 S. 3 GWB). Vielmehr ist die Offenlegung von Beweismitteln durch Wettbewerbsbehörden gem. § 89c GWB als Sondervorschrift zu den zivilprozessualen Akteneinsichtsgesuchen gem. § 273 ZPO und § 299 ZPO gestaltet.⁶⁵⁴

III. Der Schutz von Kronzeugenerklärungen im deutschen Recht

Durch die 9. GWB-Novelle ist ein besonderer Offenlegungsschutz für Kronzeugenerklärungen (1.) in das deutsche Recht eingeführt worden. Nach dem vorstehend erläuterten kombinierten Regelungsansatz des deutschen Gesetzgebers ist zwischen den materiell-rechtlichen Regelungen zum Schutz von Kronzeugenerklärungen im Rahmen von § 33g GWB (2.) und den Regelungen zum Schutz von Kronzeugenerklärungen bei Offenlegungsersuchen nach § 89c GWB (3.) zu unterscheiden.

1. Der Begriff der „Kronzeugenerklärung“ im deutschen Recht

Wie im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU sind auch im deutschen Recht nicht alle Informationen, die von Kronzeugen an Wettbewerbsbehörden übermittelt werden, besonders vor einer Offenlegung geschützt, sondern nur Kronzeugenerklärungen. Darunter sind nach der Legaldefinition des § 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB Dokumente oder Aufzeichnungen zu verstehen,

„[...] auch über den Inhalt einer Vernehmung im wettbewerbsbehördlichen Verfahren, , wenn und soweit darin eine freiwillige Erklärung

654 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 102; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 252; vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89c Rn. 4; *Denzel/Holm-Hadulla*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess (2017), § 29 Rn. 52.

seitens oder im Namen eines Unternehmens oder einer natürlichen Person gegenüber einer Wettbewerbshörde enthalten ist, in der das Unternehmen oder die natürliche Person die Kenntnis von einem Kartell und seine beziehungsweise ihre Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder die Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken [...]“.

Die Begriffsbestimmung des § 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB entspricht überwiegend wortwörtlich der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU.⁶⁵⁵ Insoweit kann die Umsetzung der sekundärrechtlichen Vorgaben durch den deutschen Gesetzgeber als konsequent angesehen werden.⁶⁵⁶ Dies gilt auch trotz der vorgebrachten Zweifel an der Vereinbarkeit der Regelungen mit dem Primärrecht,⁶⁵⁷ da der nationale Gesetzgeber zur Umsetzung des Offenlegungsverbots gem. Art. 6 Abs. 4 RL 2014/104/EU bis zu dessen Nichtigkeitserklärung durch den EuGH verpflichtet ist.⁶⁵⁸

Über die Anforderungen der Richtlinie 2014/104/EU hinaus und zu einer Verschlechterung der Position des Offenlegungspetenten im Vergleich zur bisherigen Rechtslage führt aber, dass auch der Inhalt von Vernehmungen im behördlichen Verfahren nach dem Wortlaut des § 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB zu den absolut geschützten Dokumenten gehört.⁶⁵⁹ Dies verstärkt die ohnehin bestehenden Zweifel an der Unionsrechtskonformität des § 33g Abs. 4 GWB.⁶⁶⁰ Diese Regelung ist zudem zu kritisieren, weil Zeugen in Kartellordnungswidrigkeitsverfahren gem.

655 Art. 2 Nr. 16 RL 2014/104/EU lautet: „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck [...] „Kronzeugenerklärung“ eine freiwillige mündliche oder schriftliche Darlegung seitens oder im Namen eines Unternehmens oder einer natürlichen Person gegenüber einer Wettbewerbsbehörde, in der das Unternehmen oder die natürliche Person seine bzw. ihre Kenntnis von einem Kartell und seine bzw. ihre Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken, oder eine Aufzeichnung dieser Darlegung; dies umfasst nicht bereits vorhandene Informationen“.

656 Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf (2017), S. 26; *Petrasincu*, WuW 2016, 330, 333.

657 Siehe § 4 B. II. 2.

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

659 *Petrasincu*, WuW 2016, 330, 333; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3015; *Gussone*, WuW 2016, 393; vgl. *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 249.

660 Vgl. oben § 4 B II.

§§ 52 ff. StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG nicht dazu berechtigt sind, die Herausgabe bzw. Auskunft zu verweigern, soweit ihnen kein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht zusteht. Es fehlt dadurch schon an der für die Kronzeugenerklärung erforderlichen Freiwilligkeit.⁶⁶¹

Nicht vom Begriff der Kronzeugenerklärung umfasst sind solche Beweismittel, die zwar von Kronzeugen an die Wettbewerbsbehörden im Zuge ihrer Kooperation übermittelt, aber nicht eigens für die Teilnahme am Kronzeugenprogramm geschaffen werden, d.h. unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen (vgl. § 33g Abs. 4 S. 2 GWB). Dies gilt unabhängig davon, ob diese Informationen in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind oder nicht. Es handelt sich hierbei um Beweismittel, die aus der Zeit des Kartells stammen, wie z.B. E-Mails, Notizen, Preislisten etc. Diese Informationen werden nachfolgend als „bereits bestehende Kronzeugeninformationen“ bezeichnet. Auf diese können Kläger unter Umständen im Schadensersatzprozess zugreifen.

Bei einer Gesamtbetrachtung verdeutlicht der Ausnahmetatbestand des § 33g Abs. 4 GWB jedenfalls, dass der deutsche Gesetzgeber dem Schutz des behördlichen Verfahrens große Bedeutung beigemessen hat und einer Offenlegung von behördlichen Informationen gegenüber Geschädigten restriktiv steht.

2. Der Ausschluss des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g Abs. 4 GWB

Nach § 33g Abs. 4 S. 1 GWB sind Kronzeugenerklärungen (§ 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 1) und Vergleichsausführungen (§ 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 2) als besonders geschützte Beweismittel vom Herausgabe- bzw. Auskunftsanspruch gem. § 33g Abs. 1, 10 GWB ausgeschlossen. Die Norm dient der Umsetzung von Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU, der eine Offenlegung von Kronzeugenerklärungen ausschließt. Sie stellt ein Novum im deutschen Recht dar. Vor der 9. GWB-Novelle bestanden keine besonderen gesetzlichen Regelungen über Kronzeugen und die von ihnen übermittelten Informationen.

Die Einordnung als Kronzeugenerklärung ist gerichtlich überprüfbar (§ 33g Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB⁶⁶²). Das Prüfverfahren nach

661 *Petrasincu*, WuW 2016, 330, 333.

662 § 33g Abs. 4 S. 3 GWB lautet: „Behauptet ein Verpflichteter, ein Beweismittel oder Teile davon seien nach Satz 1 von der Herausgabe ausgeschlossen, kann der

§ 33g Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB ist erst nach Rechtshängigkeit einer Klage nach § 33a oder § 33g GWB anwendbar.⁶⁶³ Dies stellt für die vorgerichtliche Informationsbeschaffung und Prüfung von Schadensersatzansprüchen eine Hürde dar. Um einer missbräuchlichen „Flucht in die Kronzeugenerklärung“ vorzubeugen, wäre es begrüßenswert gewesen, die gerichtliche Überprüfung nicht an die Rechtshängigkeit einer Klage nach § 33a bzw. § 33g GWB zu binden. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass durch eine Überprüfung vor Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB ein Gleichlauf zum Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB hätte geschaffen werden können.

Nach § 33g Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB findet die Überprüfung „im Geheimen“, d.h. *in camera*, statt. Im deutschen Recht ist ein *in-camera*-Verfahren im Verwaltungsrecht gem. § 99 VwGO als Zwischenverfahren zur Überprüfung vertraulicher Informationen bekannt. Zwar wurde von Teilen der Literatur ein derartiges Verfahren für das Zivilprozessrecht schon seit den 1980er Jahren gefordert,⁶⁶⁴ aber von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur abgelehnt.⁶⁶⁵ Das Prüfverfahren gem. § 33g Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB stellt somit ebenfalls eine Neuregelung im deutschen Zivilprozessrecht dar. Inwieweit dieses Verfahren Modellcharakter für ein allgemeines *in-camera*-Verfahren hat, ist aber fraglich, da der Anwendungsbereich des Verfahrens auf eine spezielle Frage des Kartellrechts begrenzt ist und der deutsche Gesetzgeber zur Einführung des Verfahrens aufgrund der Richtlinie 2014/104/EU verpflichtet war.

Nach Prüfung der Dokumente legt das Gericht die Beweismittel den Parteien (§ 89b Abs. 8 S. 3 GWB) vor, soweit die begehrten Informationen nach Auffassung des Gerichts nicht als Teil der Kronzeugenerklärung anzusehen sind und der Herausgabeanspruch gem. § 33g GWB besteht. Das Gericht entscheidet hierüber durch Beschluss (vgl. § 89b Abs. 8 S. 3 GWB).

Anspruchsteller insoweit die Herausgabe an das zuständige Gericht nach § 89b Absatz 8 allein zum Zweck der Prüfung verlangen.“

663 Preuß, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 261; vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89b Rn. 55, gehen von einer Anwendbarkeit ab Anhängigkeit eines Verfahrens über den Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB oder des Herausgabeanspruchs gem. § 33g GWB aus.

664 *Stadler*, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses (1989), S. 231 ff.; *Stürner*, JZ 1985, 453, 457 ff.; *Wagner*, JZ 2007, 706, 717; vgl. *Stadler*, in: FS Leipold (2009), S. 201, 214.

665 OLG Köln 3.5.1995 – 19 U 153/93, NJW-RR 1996, 1277; *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 285 Rn. 10 ff.; *Heinrich*, in: MüKo ZPO, § 357 Rn. 9; *Prütting/Weth*, NJW 1993, 576 f.

Gegen diesen können die Parteien sofortige Beschwerde erheben (vgl. § 89b Abs. 8 S. 6 GWB). Die Vorlage der begehrten Beweismittel führt im Herausgabeverfahren zudem zur Erledigung des Rechtsstreits.⁶⁶⁶

3. Ablehnungsrecht der Wettbewerbsbehörde bei Offenlegersuchen gem. § 89c Abs. 4 GWB

Bei gerichtlichen Offenlegersuchen gem. § 89c Abs. 4 Nr. 1 GWB steht der ersuchten Wettbewerbsbehörde ein Ablehnungsrecht zu, wenn die begehrten Informationen Kronzeugenerklärungen betreffen. Die Norm setzt Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU um. Die Ablehnungsentscheidung ist – ähnlich wie bei Herausgabe- und Auskunftsansprüchen nach § 33g GWB – gerichtlich überprüfbar (vgl. § 89c Abs. 4 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB). Im Gesetzgebungsverfahren wurde vom Bundeskartellamt kritisiert, dass nicht das AG Bonn für die Überprüfung des Vorliegens und der Reichweite der Kronzeugenerklärung ausschließlich zuständig ist. Durch die Zuständigkeit verschiedener Gerichte bestehe das Risiko divergierender Entscheidungen und nachteiliger Auswirkungen auf die Kooperationsbereitschaft von Kartellunternehmen.⁶⁶⁷

Die Kritik des Bundeskartellamts ist jedoch fraglich. Die dezentralisierte Zuständigkeit für die Prüfung der Kronzeugenerklärung ist der grundlegenden Zuständigkeitsverschiebung vom Bundeskartellamt zu den Zivilgerichten geschuldet (vgl. § 87 GWB⁶⁶⁸). Vor der 9. GWB-Novelle war das AG Bonn bei Akteneinsichtsgesuchen beim Bundeskartellamt gem. §§ 406e, 475 StPO i.V.m. §§ 46, 62, 68 OWiG das für Rechtsbehelfe zuständige Gericht. Die in der Praxis ausschließliche Zuständigkeit des AG Bonn für kartellrechtliche Akteneinsichtsverfahren folgte aus dem Umstand, dass der

666 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 263.

667 BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, S. 26 f.

668 § 87 GWB lautet: „Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die die Anwendung von Vorschriften des Teils 1, des Artikels 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder des Artikels 53 oder 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum betreffen, sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstands die Landgerichte ausschließlich zuständig. Satz 1 gilt auch, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits ganz oder teilweise von einer Entscheidung, die nach diesem Gesetz zu treffen ist, oder von der Anwendbarkeit des Artikels 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder des Artikels 53 oder 54 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum abhängt.“

Sitz des Bundeskartellamts in den Zuständigkeitsbereich des AG Bonn fiel, und war nicht gesetzlich vorgesehen. Die Richtlinie 2014/104/EU und die 9. GWB-Novelle sehen dagegen eine zentrale Funktion des Gerichts vor, das für die Schadensersatzklage zuständig ist. In dieses System fügt sich ein, dass dem für die Schadensersatzklage zuständigen Zivilgericht auch die Zuständigkeit für die Frage zusteht, ob die Einordnung als Kronzeugeninformationen rechtmäßig erfolgt ist. Für die örtliche Zuständigkeit ist daher maßgeblich auf die allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen der §§ 12 ff. ZPO abzustellen und nicht auf den Sitz des Bundeskartellamts.

4. Flankierende Regelungen

Der Schutz von Kronzeugenerklärungen wird durch verschiedene Regelungen flankiert. Nach § 89d Abs. 2 GWB können Kronzeugenerklärungen, die allein durch Einsicht in die Akten einer Behörde oder eines Gerichts oder nach § 89c GWB erlangt worden sind, keinen Beweis für Tatsachen in einem Rechtsstreit über einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 33a Abs. 1 GWB erbringen. Zudem bestimmt § 89d Abs. 4 GWB, dass die zivilprozessualen Vorschriften über die Vorlage von Beweismitteln, wie etwa §§ 142, 144 ZPO, in einem Rechtsstreit über einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 33a GWB oder über einen Anspruch nach § 33g GWB nur Anwendung finden, soweit in Bezug auf das vorzulegende Beweismittel auch ein Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g GWB gegen den zur Vorlage Verpflichteten besteht, es sei denn, es besteht ein vertraglicher Anspruch auf Vorlage gegen den Verpflichteten. Ferner beschränkt § 89c Abs. 5 GWB die Akteneinsichts- und Auskunftsrechte gem. §§ 406e, 475 StPO auf die Einsichtnahme in Bußgeldbescheide. Bei einer Gesamtbetrachtung stellen diese Vorschriften sicher, dass der Schutz von Kronzeugenerklärungen sich nicht bereichsspezifisch auf die durch die 9. GWB-Novelle geschaffenen Vorschriften bezieht, sondern umfassend wirkt.⁶⁶⁹

669 Vgl. zur Richtlinie 2014/104/EU *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 269.

IV. Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen

Die Vorschriften zum Beweismittelzugang gem. Art. 5 ff. RL 2014/104/EU wurden im deutschen Recht durch die Einführung des speziellen Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB und besonderer verfahrensrechtlicher Vorschriften in § 89b ff. GWB umgesetzt. Nachfolgend wird betrachtet, inwieweit diese Rechtsgrundlagen Geschädigten einen Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen ermöglichen.

1. Der Anspruch auf Herausgabe und Auskunftserteilung gem. § 33g Abs. 1 und Abs. 10 GWB

§ 33g Abs. 1 GWB gewährt einen Herausgabeanspruch und in Verbindung mit § 33g Abs. 10 GWB einen Anspruch auf Auskunftserteilung. An letzteren Anspruch werden durch die Verweisung gem. § 33g Abs. 10 GWB dieselben Anforderungen gestellt wie an den Herausgabeanspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB. Die nachfolgende Darstellung bezieht sich vorrangig auf den Herausgabeanspruch, da sich die Vorschriften der § 33g Abs. 1 bis Abs. 9 GWB unmittelbar auf die Herausgabe von Beweismitteln beziehen.

a) Anwendungsbereich des § 33g Abs. 1 GWB

Der Herausgabeanspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB dient der Umsetzung des Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 RL 2014/104/EU sowie des Art. 14 Abs. 1 RL 2014/104/EU ins deutsche Recht.⁶⁷⁰ Die Vorschrift umfasst Beweismittel, die zur Erhebung einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB erforderlich sind. Der Begriff des Beweismittels i.S.d. § 33g GWB ist entsprechend der Zielsetzung der Richtlinie 2014/104/EU, Schadensersatzklagen zu fördern, nicht auf die Strengbeweismittel der ZPO beschränkt, sondern kann auch sonstige Beweismittel umfassen.⁶⁷¹ So kommen auch Anknüpfungstatsachen für die Schadensschätzung gem. § 287 ZPO als Beweismittel i.S.d. § 33g GWB in Betracht.⁶⁷² Zudem ist im Hinblick auf den Auskunftsanspruch gem. § 33g Abs. 1 i.V.m. § 33g Abs. 10 GWB ein weiter Anwen-

670 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 61.

671 Preuß, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 254; vgl. Fezer, MarkenG, § 19a Rn. 25.

672 Vgl. Preuß, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 255.

dungsbereich bedeutsam. Dies ist z.B. der Fall, wenn lediglich Informationen begehrt werden und es nicht auf die Herausgabe von Dokumenten ankommt, wie etwa bei der Datengenerierung aus IT-Systemen oder der Benennung von Zeugen.⁶⁷³ Dennoch zeigt sich an der Anknüpfung des Begriffs des Beweismittels der prozessbezogene Charakter des § 33g GWB.

Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind nur Beweismittel, die sich im Besitz von Wettbewerbsbehörden befinden (vgl. § 89c Abs. 5 S. 3 GWB). Die Offenlegung derartiger Beweismittel kann nur über ein gerichtliches Offenlegungsersuchen gem. § 89c GWB erfolgen. Vom Anwendungsbereich erfasst werden dagegen Informationen aus Kartellverfahren, die sich (auch) in Händen anderer Personen befinden. Bereits bestehende Kronzeugeninformationen werden somit vom Anwendungsbereich des § 33g GWB erfasst, soweit diese von den Kartellbehörden an den jeweils Berechtigten zurückgegeben wurden (vgl. §§ 94 Abs. 4, 111n, 111o StPO i.V.m. § 46 OWiG).⁶⁷⁴

Der Herausgabe- und Auskunftsanspruch des § 33g GWB entsteht zudem unabhängig von der Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB und ist nicht auf *Follow-on*-Klagen begrenzt.⁶⁷⁵ Der deutsche Gesetzgeber bezweckt durch diesen weiten Anwendungsbereich – insbesondere durch die Einführung eines Offenlegungsanspruchs vor Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage – die Vergleichsbereitschaft der Parteien in drohenden Schadensersatzprozessen zu erhöhen.⁶⁷⁶ Dennoch wird zum Teil bezweifelt, dass dieses Ziel durch die Herausgabe- und Auskunftsansprüche gem. § 33g GWB erreicht werden kann, da es die Anspruchsgegner auf ein gerichtliches Verfahren ankommen ließen, um sich auf den *passing-on*-Einwand zu berufen.⁶⁷⁷

Diese Kritik ist jedoch zweifelhaft. Die Möglichkeit der *passing-on-defense* bestand auch schon vor der 9. GWB-Novelle im deutschen Recht. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass durch den weiten Anwendungsbereich des Offenlegungsanspruchs die Verhandlungsposition der Geschädigten im Vergleich zur vorherigen Rechtslage gestärkt wurde und damit die Vergleichsbereitschaft der Anspruchsgegner aufgrund des höheren Prozessrisikos grundsätzlich steigt.

673 *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 286.

674 Kronzeugenerklärungen sind dagegen gem. § 33g Abs. 4 GWB vom Anspruch ausgeschlossen, vgl. oben § 4 C. III. 2.

675 *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 287.

676 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 61.

677 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 69 f.

Der intertemporale Anwendungsbereich des § 33g GWB wird durch § 186 Abs. 4 GWB normiert. Nach § 186 Abs. 4 GWB sind die Vorschriften der §§ 33g, 89b bis 89e GWB nur in Rechtsstreitigkeiten anwendbar, die nach dem 26. Dezember 2016 anhängig sind. § 186 Abs. 4 GWB dient der Umsetzung des Art. 22 Abs. 2 RL 2014/104/EU, wonach prozessuale Vorschriften nicht für Schadensersatzklagen gelten sollen, die vor dem 26. Dezember 2014 erhoben wurden. Trotz dieser Regelung wird die Auffassung vertreten, dass der Anspruch gem. § 33g GWB nur auf Ansprüche Anwendung finden solle, die nach dem 26. Dezember 2016 entstanden seien.⁶⁷⁸ Als materiell-rechtliche Vorschriften könne § 33g GWB nicht rückwirkend gelten.⁶⁷⁹ Zudem beziehe sich der Wortlaut des § 33g GWB nur auf den Wortlaut des § 33a GWB, der erst durch die am 9. Juli 2018 in Kraft getretene 9. GWB-Novelle eingeführt wurde.⁶⁸⁰

Bei der Beurteilung des Anwendungsbereichs des § 33g GWB ist aber zu beachten, dass Art. 5 ff. RL 2014/104/EU als prozessuale Vorschriften ausgestaltet sind.⁶⁸¹ Die Umsetzung dieser Vorschriften als materiell-rechtliche Ansprüche und nicht als verfahrensrechtliche Vorschriften ist eine deutsche Besonderheit. Sie ändert aber nicht den prozessualen Charakter der umzusetzenden Vorschriften.⁶⁸²

b) Voraussetzungen

Der Anspruch auf Herausgabe- bzw. Auskunftserteilung gem. § 33g Abs. 1 GWB (i.V.m. § 33g Abs. 10 GWB) setzt voraus, dass der Anspruchsteller den Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB glaubhaft macht, der Anspruchsgegner im Besitz der erforderlichen Beweismittel bzw. Informationen ist und der Anspruchsteller die Beweismittel so genau wie möglich bezeichnet.

678 OLG Düsseldorf 3.4.2018 – VI-W (Kart) 2/18, NZKart 2018, 228, 229 – Herausgabe von Beweismitteln; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3014; vgl. *Scherzinger*, NZKart 2016, 513, 515.

679 OLG Düsseldorf 3.4.2018 – VI-W (Kart) 2/18, NZKart 2018, 228, 229 – Herausgabe von Beweismitteln; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3014; *Scherzinger*, NZKart 2016, 513, 515.

680 OLG Düsseldorf 3.4.2018 – VI-W (Kart) 2/18, NZKart 2018, 228, 229 – Herausgabe von Beweismitteln.

681 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 253.

682 Vgl. *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 251.

aa) Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs

Der Herausgabeanspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB steht demjenigen zu, der einen Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB⁶⁸³ glaubhaft macht.⁶⁸⁴ Nachfolgend werden die „Glaubhaftmachung“ als materiell-rechtliches Tatbestandsmerkmal (1) und die glaubhaft zu machenden Tatsachen betrachtet (2).

(1) Glaubhaftmachung i.S.d. § 33g GWB

Im deutschen Recht ist der Begriff der Glaubhaftmachung grundsätzlich ein prozessual geprägter Terminus.⁶⁸⁵ Er bezeichnet gem. § 294 ZPO die Begründung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines Geschehensablaufs und stellt eine Herabsetzung des Beweismaßes im Zivilprozess dar.⁶⁸⁶ Inwieweit die Glaubhaftmachung i.S.d. § 33g GWB aufgrund ihres prozessualen Charakters als materielle Tatbestandsvoraussetzung anzusehen ist oder eine zusätzliche Voraussetzung darstellt, ist bisher nicht abschließend geklärt.⁶⁸⁷ Weder der Referenten- noch der Regierungsentwurf konkretisieren den Begriff im Hinblick auf den materiell-rechtlichen Herausgabeanspruch des § 33g GWB.⁶⁸⁸

Die Verwendung des Begriffs „Glaubhaftmachung“ als materiell-rechtliches Tatbestandsmerkmal ist zu Recht von Sachverständigen während des Gesetzgebungsverfahrens und in der Literatur aufgrund von zu befürch-

683 Nach § 33a Abs. 1 GWB i.V.m. § 33 Abs. 1 GWB ist derjenige schadensersatzpflichtig, der vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift „dieses Teils“ oder gegen Art. 101 oder 102 AEUV verstößt.

684 *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 518; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 168.

685 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71.

686 *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 294 Rn. 1 ff.; *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 294 Rn. 1 ff.; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 169; *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 249.

687 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 256. Gegen die Glaubhaftmachung als materiell-rechtliche Voraussetzung *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3014; *dies.*, NZKart 2016, 471, 471; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 170.

688 *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 249.

tenden Abgrenzungsschwierigkeiten kritisiert worden.⁶⁸⁹ Gerade an diesem Tatbestandsmerkmal verdeutlichen sich die Umsetzungsschwierigkeiten des prozessual gestalteten Offenlegungsverfahrens nach Art. 5 ff. RL 2014/104/EU als materiell-rechtlichen Anspruch. Bei der Einführung des § 33g Abs. 1 GWB hat der deutsche Gesetzgeber zwar versucht, den Anforderungen der Richtlinie 2014/104/EU gerecht zu werden, indem die Vorschrift des § 33g GWB – wie von Erwägungsgrund Nr. 14 RL 2014/104/EU⁶⁹⁰ gefordert – einen geringeren Beweismaßstab als bei Erhebung der Klage regelt. Die Verwendung des Begriffs der Glaubhaftmachung wäre jedoch aufgrund der verfahrensrechtlichen Begriffsprägung bei einer prozessrechtlichen Umsetzung des Art. 5 RL 2014/104/EU geeigneter gewesen.⁶⁹¹

Als materielle Voraussetzung wirft der Begriff der Glaubhaftmachung in Bezug auf die außergerichtliche Geltendmachung des § 33g GWB indes Verständnisfragen auf.⁶⁹² In diesem Zusammenhang fehlt es schon an dem zuständigen Gericht, das über die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Tatsachen entscheidet. Aufgrund dieser terminologischen Abgrenzungsschwierigkeiten hätte es sich daher angeboten, die materiell-rechtlichen und prozessualen Anforderungen konsequenter zu trennen. Dazu wäre z.B. möglich gewesen, sich an den Begrifflichkeiten der bestehenden Auskunftsansprüchen im Immaterialgüterrecht zu orientieren und eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung im Rahmen des § 33g GWB zu fordern.⁶⁹³ Der Gesetzgeber hat sich jedoch für den Begriff der Glaubhaftmachung entschieden, obwohl er sich mit den Vorschriften des Immaterialgüterrechts während des Gesetzgebungsverfahrens befasst

689 *Podszun*, Stellungnahme 9. GWB-Novelle (2017), S. 23; *Klumpe/Tiede*, NZKart 2016, 471, 471; *dies.*, BB 2016, 3011, 3016; *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 169.

690 Erwägungsgrund Nr. 14 Satz 2 RL 2014/104/EU: „Das strenge rechtliche Erfordernis, dass der Kläger zu Beginn des Verfahrens im Detail alle für seinen Fall relevanten Tatsachen behaupten und dafür genau bezeichnete einzelne Beweismittel anbieten muss, kann daher die wirksame Geltendmachung des durch den AEUV garantierten Schadensersatzanspruchs übermäßig erschweren.“

691 *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 288; vgl. *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3014. Vor der 9. GWB-Novelle *Topel*, in: Wiedemann, § 50 Tz. 134.

692 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 169; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), 245, 251; für eine richtlinienkonforme Auslegung *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 288.

693 *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU), (2015), S. 28 § 14 (1); *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 251.

hat.⁶⁹⁴ Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber den Begriff der Glaubhaftmachung in § 33g GWB bewusst gewählt hat und dieser wie in § 294 ZPO zu verstehen ist.⁶⁹⁵ Die Wahl des Terminus „Glaubhaftmachung“ entspricht zudem den Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU, aus denen sich ein deutlicher Bezug zum Zivilprozess und insbesondere zu der Situation einer drohenden Beweisnot des Schadensersatzklägers ergibt.⁶⁹⁶ Die Vermischung prozessualer und materiell-rechtlicher Elemente ist vor diesem Hintergrund zu würdigen und beruht auf dem Regelungszweck der Vorschrift. Dieses Verständnis ist mit Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU vereinbar, da dieser lediglich eine substantiierte Begründung und die Plausibilität des Schadensersatzanspruchs fordert und durch den unbestimmten Rechtsbegriff der Plausibilität dem nationalen Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum einräumt.

(2) Vorzutragende Tatsachen

Der Anspruchsteller hat gem. § 33g Abs. 1 S. 1 GWB einen Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB glaubhaft zu machen. Die dazu vorzutragenden Tatsachen bestimmen sich nach der Darlegungs- und Beweislast gem. § 33a GWB. Der Kläger trägt somit grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für alle anspruchsbegründenden Tatsachen, u.a. für den vorsätzlichen oder fahrlässigen Kartellverstoß, die Entstehung und die Höhe des Schadens.⁶⁹⁷ Dabei kommen ihm verschiedene Beweiserleichterungen zugute, wie etwa die Bindungswirkung gem. § 33b GWB oder die Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB. Aufgrund dieser Beweiserleichterungen sollte derjenige, der nach § 33g GWB Auskunft oder Herausgabe begehrt, in der Regel lediglich „glaubhaft“ machen, dass er kartellbefangene Produkte abgenommen oder geliefert hat.⁶⁹⁸ Im Übrigen sollten in der Rechtspraxis nicht allzu hohe Anforderungen an den Vortrag des Klägers gestellt wer-

694 Im Zusammenhang mit § 89b Abs. 7 GWB, vgl. BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 101.

695 *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 280; für eine Auslegung entsprechend der immaterialgüterrechtlichen Beseitigungsansprüche *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 9.

696 *Preuß*, WuW 2017, 301.

697 Vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g GWB Rn. 11.

698 Vgl. BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 54.

den, da § 33g GWB gerade dazu dient, bestehende Informationslücken im Hinblick auf den Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB zu füllen.⁶⁹⁹

bb) Erforderlichkeit der begehrten Beweismittel

Eine weitere Voraussetzung des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB ist, dass die begehrten Beweismittel für die Erhebung eines Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB erforderlich sind. Das Merkmal der Erforderlichkeit⁷⁰⁰ beruht auf Art. 5 RL 2014/104/EU. Ausgehend von dem Begriffsverständnis, das an anderer Stelle zum „relevanten Beweismittel“ i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU entwickelt wurde,⁷⁰¹ sind erforderliche Beweismittel zunächst diejenigen Beweismittel, für die der jeweilige Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast trägt, die für ihn nicht zugänglich sind, für die keine Vermutungsregelung greift und die bestritten wurden. In Anlehnung an die immaterialgüterrechtlichen Auskunfts- und Besichtigungsansprüche entfällt die Erforderlichkeit, wenn das begehrte Beweismittel auf eine einfachere, zumutbare Art und Weise erlangt werden kann.⁷⁰² Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit sollte zudem berücksichtigt werden, dass zur Schadensschätzung viele verschiedene Informationen benötigt werden.⁷⁰³ Der Begriff der Erforderlichkeit sollte daher grundsätzlich nicht eng ausgelegt werden.⁷⁰⁴

Eine Bewertung der Erforderlichkeit ist folglich nur im Einzelfall und im Hinblick auf die jeweilige Beweiswürdigung bzw. Schadensschätzung möglich. Als grundsätzlich erforderlich erachtet werden können aber die Herausgabe von Bußgeldbescheiden⁷⁰⁵ und die Auskunft über die konkrete Kartellbetroffenheit des Geschädigten.⁷⁰⁶ In der Literatur wird allerdings

699 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 12; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 257, wonach die Anforderungen an eine hinreichende Substantiierung nicht überspannt werden dürfen. Nach Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), Rn. 64 ist sogar kein substantiierter Vortrag im Rahmen des § 33g GWB erforderlich.

700 Schon der Umsetzungsvorschlag von *Kersting/Preuß* verwendete den Begriff der Erforderlichkeit, siehe *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), S. 28 ff. und Rn. 199.

701 Siehe oben § 4 B. III. 1 a).

702 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 254.

703 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 254.

704 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 23.

705 *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 286.

706 *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 287.

zu Recht darauf hingewiesen, dass das Merkmal der Erforderlichkeit in vielen Fällen nur schwer von den Parteien selbst einzuschätzen ist und zu Rechtsstreitigkeiten führen kann.⁷⁰⁷ Für Gerichte bietet das Merkmal allerdings die Möglichkeit, den Informationszugriff auf das im Einzelfall notwendige Maß zu begrenzen und dadurch unzulässige „Fischzüge“ zu verhindern, die auf die Ausforschung der Gegenpartei zielen.

cc) Besitz des Anspruchsgegners

Der Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB setzt des Weiteren den Besitz des Anspruchsgegners an den Beweismitteln voraus. Dadurch unterscheidet sich § 33g GWB von Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU und dem in der Literatur von *Kersting/Preuß* vertretenen Umsetzungsvorschlag,⁷⁰⁸ der auf die Verfügungsgewalt des Offenlegungsgegners über die Beweismittel abstellt.

Die Regel des § 33g GWB erstaunt auf den ersten Blick, weil der Begriff der Verfügungsgewalt im deutschen Wettbewerbsrecht bekannt ist (z.B. § 19a Abs. 1 MarkenG, § 24c Abs. 1 GebrMG, § 140c Abs. 1 PatG). Dennoch ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber auf das im Vergleich zur Verfügungsgewalt allgemeinere Institut des Besitzes abgestellt hat. Nach dem hier vertretenen Verständnis stellt der Begriff der Verfügungsgewalt i.S.d. Art. 5 RL 2014/104/EU lediglich klar, dass nicht nur der unmittelbare Besitz, sondern auch der mittelbare Besitz vom Anwendungsbereich des Offenlegungsverfahrens nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2014/104/EU erfasst wird.⁷⁰⁹ Dieses Ziel wird auch durch den Begriff „Besitz“ im deutschen Recht erreicht.

Soweit in der Literatur zum Teil kritisiert wird, dass die Anknüpfung an den Besitz es ermögele, von allen Marktteilnehmern Informationen zu bestimmten Tatsachen zu fordern,⁷¹⁰ ist dem entgegenzuhalten, dass es dem weiten Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/104/EU und dem daraus folgenden Zweck des § 33g GWB entspricht, eine umfassende Beweisbeschaffung zu ermöglichen. Folglich können Geschädigte die Herausgabe

707 *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519.

708 *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), S. 28 und Rn. 194.

709 Siehe oben § 4 B. III. 1 a); *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 17.

710 Kritisch *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519.

bereits bestehender Kronzeugeninformationen von jeder Person verlangen, in dessen Besitz sie sich befinden. Die Interessen unbeteiligter Dritter werden hinreichend durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. § 33g Abs. 3 GWB geschützt.

dd) Größtmögliche Bestimmtheit des Herausgabeverlangens

Der Herausgabeanspruch gem. § 33g Abs. 1 GWB und der Auskunftsanspruch gem. § 33g Abs. 10 i.V.m. § 33g Abs. 1 GWB setzen ihrem Wortlaut nach des Weiteren voraus, dass die begehrten Beweismittel so genau wie möglich bezeichnet werden. Zwar stellt § 33g Abs. 1 GWB durch diesen Möglichkeitsvorbehalt im Vergleich zu § 142 ZPO geringere Bestimmtheitsanforderungen,⁷¹¹ dennoch bleibt die Vorschrift des § 33g GWB hinter den Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU zurück, da sie den Begriff der Beweismittelkategorie nicht ausdrücklich aufnimmt.⁷¹² Die Vorschrift ist aber richtlinienkonform dahin auszulegen, dass auch Beweismittelkategorien von der Vorschrift erfasst sind.⁷¹³ Zwar muss sich nach der Regierungsbegründung aus dem Antrag eindeutig ergeben, welche Beweismittel herauszugeben sind.⁷¹⁴ Diese Ausführungen sind aber als Hinweis auf das zwangsvollstreckungsrechtliche Bestimmtheitsgebot zu verstehen, welches auch bei der Durchsetzung von Herausgabeklagen gem. § 33g GWB zu beachten ist.⁷¹⁵ Eine Benachteiligung des Klägers ist durch die Anforderungen nicht zu befürchten, da ihm für den Fall, dass er die Bestimmtheitsanforderungen nicht erfüllen kann, die Möglichkeit bleibt, sich auf den Auskunftsanspruch gem. § 33g Abs. 10 GWB zu berufen.

Wie der deutsche Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzesentwurfes ausführt, soll die Auskunftserteilung entsprechend des Substantierungsgrades erfolgen.⁷¹⁶ Bei wenig substantiierten Vorträgen habe wenigstens

711 Vgl. *Kreße*, WRP 2016, 567, 572 f.; *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 249.

712 *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), S. 28, hingegen haben den Begriff der Beweismittelkategorie in ihren Vorschlag aufgenommen.

713 So *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 289; vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 25.

714 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 62.

715 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 258; *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Rn. 211.

716 Vgl. BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 62.

eine Art „Grundauskunft“⁷¹⁷ zu erfolgen. Was unter einer derartigen Auskunft zu verstehen ist, wird nicht ausgeführt. Da die Auskunft ein Minus zur Herausgabe der Beweismittel darstellt, kann sie inhaltlich nicht der Herausgabe der Beweismittel entsprechen.

ee) Kein Ausschluss gem. § 33g Abs. 3 und Abs. 5 GWB

Im Gegensatz zu Kronzeugenerklärungen werden bereits bestehende Kronzeugeninformationen nicht absolut vor einer Herausgabe oder Auskunftserteilung gem. § 33g Abs. 4 GWB geschützt. Ein Schutz dieser Informationen kommt allein bei Vorliegen der Ausschlussstatbestände des § 33g Abs. 3 und Abs. 5 GWB in Betracht, die nachfolgend dargestellt werden.

(1) Ausschluss wegen Unverhältnismäßigkeit gem. § 33g Abs. 3 GWB

Der Anspruch auf Herausgabe der Beweismittel gem. § 33g Abs. 1 GWB ist ausgeschlossen, wenn die Herausgabe der Beweismittel bzw. die Auskunftserteilung unverhältnismäßig i.S.d. § 33g Abs. 3 S. 1 GWB ist. Wie der Wortlaut des § 33g Abs. 3 S. 1 GWB und ein Vergleich mit der Regelungssystematik der immaterialgüterrechtlichen Ansprüche⁷¹⁸ zeigen, ist im Regelfall von der Verhältnismäßigkeit des Herausgabe- bzw. Auskunftsbegehrens auszugehen.⁷¹⁹ Die Verhältnismäßigkeitsprüfung richtet sich nach der Generalklausel des § 33g Abs. 3 S. 1 GWB sowie den Regelbeispielen des § 33g Abs. 3 S. 2 GWB, die nachfolgend näher betrachtet werden. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass die Auskunftserteilung gegenüber der Herausgabe der Beweismittel unter Umständen das mildere Mittel darstellen kann.⁷²⁰ § 33g Abs. 3 S. 3 GWB stellt des Weiteren klar, dass das Interesse, Schadensersatzforderungen zu vermeiden bzw. zu verhindern, nicht schützenswert ist. Auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zeigt sich der prozessbezogene Charakter des

717 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 174.

718 Wie § 19a Abs. 2 MarkenG oder § 140c Abs. 2 PatentG verwendet § 33g GWB den Wortlaut „[...] ausgeschlossen, wenn [...] unverhältnismäßig ist.“

719 *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), Rn. 200.

720 Vgl. BDI, Stellungnahme zur neunten GWB-Novelle (2017), S. 27.

§ 33g GWB anhand der vom Gesetzgeber gewählten Abwägungskriterien, die auf prozessuale Aspekte abstellen.

- (a) Substantiierung des Antrags mit zugänglichen Beweismitteln gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB

Nach § 33g Abs. 3 Nr. 1 GWB ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, in welchem Umfang der Antrag auf zugängliche Informationen und Beweismittel gestützt wird. Das Regelbeispiel dient der Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 lit. a) RL 2014/104/EU.⁷²¹ Nach der Gesetzesbegründung soll das Regelbeispiel des § 33g Abs. 3 Nr. 1 GWB gewährleisten, dass die Herausgabe von Beweismitteln bzw. die Erteilung von Auskünften nicht über das Maß hinausgeht, „das zur Erforschung des Verstoßes und der Ermittlung des Schadens zwingend“⁷²² notwendig ist. Zumindest in den Fällen, in denen eine Bußgeldentscheidung oder ein kartellgerichtliches Urteil ergangen ist und der Anspruchsteller seine eigene Betroffenheit nachweisen kann, soll der „Umfang und der Detailgrad der Auskunft oder der herauszugebenden Beweismittel größer“⁷²³ sein als in solchen Fällen, in denen die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB nur grob glaubhaft gemacht werden können. Der Anspruchsumfang ist dadurch umso geringer, desto weniger substantiiert der Vortrag des Anspruchsinhabers ist.⁷²⁴

Für das deutsche Recht birgt dieses Abwägungskriterium folglich das Risiko, dass zu hohe Anforderungen an den Antrag des Offenlegungspetenten gestellt werden. Das gesetzlich vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis der Verhältnismäßigkeit könnte dadurch unterlaufen und der Informationszugang übermäßig erschwert werden.

- (b) Umfang der begehrten Beweismittel und der entstehenden Kosten gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB

Nach § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Umfang der Beweismittel und die Kosten der Herausgabe zu be-

721 Vgl. § 4 B. III. 1. c) cc).

722 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 62.

723 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 62.

724 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 36.

rücksichtigen. Das Regelbeispiel dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 S. 3 lit. b) RL 2014/104/EU, der bereits an anderer Stelle erläutert wurde. An dieser Stelle soll nur darauf hingewiesen werden, dass durch die exemplarische Nennung im Wortlaut des § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB („insbesondere“) dem Kostenaspekt eine besondere Bedeutung zukommen soll, wenn die Herausgabe von Beweismitteln von Dritten begehrt wird. Dies entspricht allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen, da der Dritte als Unbeteiligter grundsätzlich schutzwürdiger ist als die beklagten Kartellmitglieder als Delinquenten. In der Literatur wird das Regelbeispiel vereinzelt als widersinnig angesehen, da § 33g Abs. 7 GWB dem zur Offenlegung Verpflichteten einen Aufwendungsersatzanspruch gewähre.⁷²⁵

Dagegen spricht aber zum einen, dass das Regelbeispiel der Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 S. 2 lit. b) RL 2014/104/EU dient, während der Aufwendungsersatzanspruch über die Vorgaben der Richtlinie 2014/104/EU hinausgeht.⁷²⁶ Zum anderen stellt der Gesichtspunkt der Kosten einen grundsätzlich relevanten Aspekt im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Schadensersatzklagen dar, der grundsätzlich zu berücksichtigen ist, unabhängig davon, ob der Aufwendungsersatz gem. § 33g Abs. 7 GWB geltend gemacht wird oder nicht.

(c) Berücksichtigung des zivilprozessualen Ausforschungsverbots gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB

Das Regelbeispiel des § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB beschränkt den Umfang der Herausgabe bzw. der Auskunft, indem die Ausforschung von Tatsachen ausgeschlossen wird, die nicht zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB bzw. für eine Verteidigung gegen einen solchen Schadensersatzanspruch erforderlich sind. An diesem Regelbeispiel werden ebenfalls die Schwierigkeiten der materiell-rechtlichen Ausgestaltung der Richtlinie 2014/104/EU im deutschen Recht sichtbar. Auch hier werden prozessrechtliche und materiell-rechtliche Elemente vermischt. Die Berücksichtigung des prozessualen Ausforschungsverbots im Rahmen der materiell-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt somit grundsätzlich nur bei prozessualer Geltendmachung des Anspruchs gem. § 33g GWB in Betracht.

725 Petrasincu, WuW 2016, 330, 333.

726 Vgl. Bornkamm/Tolkmitt, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 40.

- (d) Bindungswirkung von Entscheidungen gem.
§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GWB

Gemäß § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GWB ist bei der Abwägung als weiteres Kriterium die Bindungswirkung gem. § 33b GWB zu berücksichtigen. Nach der Gesetzesbegründung soll dieses Regelbeispiel gewährleisten, dass nach einer kartellbehördlichen oder kartellgerichtlichen Feststellung die Herausgabe von Beweismitteln bzw. die Erteilung von Auskünften, die ausschließlich dem Nachweis des Kartellrechtsverstößes dienen, grundsätzlich nicht mehr möglich ist.⁷²⁷ Das Regelbeispiel beruht nicht auf der Richtlinie 2014/104/EU und hat einen klarstellenden Charakter. Schon aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip folgt, dass der Anspruchsteller nicht die Herausgabe von Beweismitteln bzw. die Erteilung von Auskünften verlangen kann, die er schon besitzt oder die auf einem milderen, gleich effektiven Weg verfügbar sind. Die Vorschrift soll somit nicht gerechtfertigte Herausgabeverlangen verhindern und dient der Verfahrensökonomie. In diesem Zusammenhang ist aber zu berücksichtigen, dass sich aus der kartellrechtlichen Entscheidung grundsätzlich keine Informationen zum Umfang des konkreten, individuellen Schadens entnehmen lässt und der Zugriff auf weitere Beweismittel für den Anspruchsteller in der Regel erforderlich sein wird.⁷²⁸

- (e) Wirksamkeit der öffentlichen Kartellverfolgung gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB

Nach § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung insbesondere die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung zu berücksichtigen. Die Vorschrift geht über die Regelbeispiele des Art. 5 Abs. 3 S. 2 RL 2014/104/EU hinaus. Die Richtlinie 2014/104/EU sieht eine grundsätzliche Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an einer wirksamen Kartellverfolgung nur bei Offenlegungsanordnungen gegenüber Wettbewerbsbehörden vor, aber nicht im Rahmen des Offenlegungsverfahrens zwischen Privatpersonen (vgl. Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU).⁷²⁹

Die Gesetzesbegründung stützt die Einführung des § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB darauf, dass erhöhte Anforderungen an den Vortrag des An-

727 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 62.

728 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 35.

729 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB § 33g Rn. 46.

spruchstellers zu stellen seien, wenn die Herausgabe oder die Auskunft Informationen bzw. Dokumente betreffe, die in einem besonderen sachlichen Zusammenhang zu einer Kronzeugenerklärung stehen.⁷³⁰ In diesem Fall müsse der Anspruchsteller konkret darlegen, dass die Informationen zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gem. § 33a GWB erforderlich seien.⁷³¹ Diese Ausführungen entsprechen den Forderungen des Bundeskartellamts, einen weitreichenden Schutz auch für Beweismittel zu gewährleisten, die nicht nach § 33g Abs. 4 und Abs. 5 GWB von der Herausgabe bzw. einer Auskunft ausgeschlossen sind, aber im engen zeitlichen Zusammenhang mit den Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen eingereicht werden und als besonders schutzwürdig anzusehen seien. Zur Begründung führt das Bundeskartellamt aus, dass dies dem Schutz der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung diene, da es hierfür auf „aussagekräftige“ Beweismittel angewiesen sei.⁷³²

Das Regelbeispiel wird aber als deplatziert angesehen.⁷³³ Die Vorschrift erschwert den Beweismittelzugang und ist dadurch im Hinblick auf die Mindestanforderungen der Richtlinie 2014/104/EU zweifelhaft.⁷³⁴ Darüber hinaus ist die Erforderlichkeit des Kriteriums fraglich, da die Kronzeugenerklärungen sämtlicher Kronzeugen geschützt sind und zumindest der erste Kronzeuge im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung privilegiert wird.⁷³⁵ Der Kronzeugenschutz sollte nicht zu Lasten von Geschädigten durch die Hintertür der Verhältnismäßigkeit erweitert werden. Vor diesem Hintergrund ist das Regelbeispiel des § 33 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB bedenklich.⁷³⁶

730 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 63 und S. 64.

731 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 64; BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf (2017), S. 25.

732 BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf (2017), S. 25.

733 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71.

734 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71; *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 287; vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), S. 23.

735 Monopolkommission, Hauptgutachten XXI (2016), S. 23.

736 Vgl. *Bakowitz*, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 281; *Bornkamm/Tolkmitt*, Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 46, weisen darauf hin, dass das Regelbeispiel „mit äußerster Zurückhaltung“ angewendet werden sollte.

(f) Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und vertraulichen Informationen gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB

Als weiteres Kriterium ist gem. § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, inwieweit die begehrten Informationen oder Beweismittel Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse oder sonstige vertrauliche Informationen darstellen und ob Vorkehrungen zum Schutz dieser Informationen bzw. Beweismittel bestehen. Wie Art. 5 Abs. 3 S. 2 lit. c) RL 2014/104/EU, dessen Umsetzung das Regelbeispiel anstrebt, dient auch § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB einem sachgerechten Interessenausgleich zwischen dem Informationsinteresse des Anspruchstellers und den schutzwürdigen Interessen des Anspruchsgegners.

In diesem Zusammenhang weist die Begründung des Gesetzesentwurfs in ihren Ausführungen zu § 89b Abs. 6 GWB darauf hin, dass Informationen, die älter als 5 Jahre sind, in der Regel nicht schutzwürdig seien.⁷³⁷ Dies ist bei *Follow-on*-Klagen zumindest für bereits bestehende Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission aufgrund der langen Verfahrensdauer in der Regel der Fall.⁷³⁸ Es ist daher in der Regel davon auszugehen, dass ihre Offenlegung in der Regel verhältnismäßig ist. Aber auch die Offenlegung von Kronzeugeninformationen, die als Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse anzusehen sind, ist nicht in jedem Fall unverhältnismäßig. Dies ergibt sich aus einer systematischen Betrachtung des § 33g und § 89b GWB. Nach § 89b Abs. 6⁷³⁹ und Abs. 7 GWB⁷⁴⁰ kann das zuständige Gericht die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen an-

737 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 101.

738 Vgl. *Hüschelrath*, in: *Hüschelrath/Schweitzer, Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe* (2014), S. 9, 31, der von einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von 4,2 Jahren für die Jahre 2000-2011 ausgeht.

739 § 89b Abs. 6 GWB lautet:

„Auf Antrag kann das Gericht nach Anhörung der Betroffenen durch Beschluss die Offenlegung von Beweismitteln oder die Erteilung von Auskünften anordnen, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen verlangt wird oder deren Offenlegung beziehungsweise Erteilung nach § 33g Absatz 6 verweigert wird, soweit

1. es diese für die Durchsetzung eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder die Verteidigung gegen diesen Anspruch als sachdienlich erachtet und
2. nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das Interesse des Anspruchstellers an der Offenlegung das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt.

Der Beschluss ist zu begründen. Gegen den Beschluss findet sofortige Beschwerde statt.“

ordnen, wenn ihre Offenlegung sachdienlich und ihr Schutz gewährleistet ist. Eine Unverhältnismäßigkeit ist daher letztlich nur dann anzunehmen, wenn der Geheimnischarakter durch die Schutzanordnungen nicht mehr oder nur mit sehr großem Aufwand aufrechterhalten werden kann.⁷⁴¹

Sonstige vertrauliche Informationen liegen vor, wenn die Informationen von Personen stammen, die gesetzlich zur Geheimhaltung von Geheimnissen verpflichtet sind (insbesondere Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater) oder denen als Geistliche oder Journalisten ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 ZPO) zusteht.⁷⁴²

(2) Ausschluss von Informationen und Dokumenten aus laufenden Verfahren gem. § 33g Abs. 5 GWB

Einen weiteren Ausschlussbestand regelt § 33g Abs. 5 GWB. Danach ist der Anspruch auf Herausgabe bzw. Auskunftserteilung bis zum Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens gegen alle Beteiligten in Bezug auf bestimmte Informationen und Dokumente ausgeschlossen, die eigens für die oder von der Wettbewerbsbehörde erstellt wurden. Die Vorschrift des § 33g Abs. 5 GWB setzt Art. 6 Abs. 5 RL 2014/104/EU um und entspricht diesem bis auf wenige Änderungen. Anders als Art. 6 Abs. 5 RL 2014/104/EU nennt § 33g Abs. 5 GWB den Erlass der wettbehördlichen Entscheidung nicht exemplarisch als Beendigung des Kartellverfahrens. Der Gesetzesbegründung zufolge ist das wettbewerbsbehördliche Verfahren im deutschen Recht bei Einstellung des Verfahrens, durch Erlass eines Bußgeldbescheides oder bei Erlass einer anderen verfahrensbeendenden Entscheidung abgeschlossen.⁷⁴³ Ein weiterer Unterschied zur Richtli-

740 § 89b Abs. 7 GWB lautet:

„Das Gericht trifft die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen zu gewährleisten.“

741 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 64 f.; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 265 f.

742 Vgl. BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 63.

743 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 63; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33g GWB stellen hingegen auf die Rechtskraft bzw. die Bestandskraft der Entscheidung oder die vollständige Einstellung des Verfahrens ab.

nie 2014/104/EU ist, dass § 33g Abs. 5 GWB solange gilt, bis das Kartellverfahren gegen alle Beteiligten beendet ist.⁷⁴⁴

c) Rechtsfolge: Herausgabe der erforderlichen Beweismittel bzw. Auskunftserteilung

Liegen die vorstehend genannten Voraussetzungen vor, besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Herausgabe der Beweismittel, die „für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 33a Absatz 1 erforderlich sind“ (vgl. § 33g Abs. 1 GWB). Die Herausgabe von Beweismitteln an den Anspruchsgegner stellt im deutschen Recht eine Besonderheit dar. Andere Informationsbeschaffungsansprüche, wie etwa §§ 809, 810 BGB oder § 87c HGB, sehen grundsätzlich nur die Einsichtnahme vor.⁷⁴⁵ Die Begründung zum Gesetzesentwurf relativiert jedoch den Umfang des Anspruchs dahingehend, dass der Herausgabeanspruch in der Regel durch die Übergabe von Abschriften oder elektronischen Kopien erfüllt werde.⁷⁴⁶ Soweit im Rechtsstreit die Vorlage von Originalurkunden erforderlich ist, kann das Gericht aber die Vorlage der entsprechenden Beweismittel anordnen.⁷⁴⁷ Dies gilt auch für bereits bestehende Kronzeugeninformationen.

d) Verweigerungsrecht gem. § 33g Abs. 6 GWB und Freigabeverfahren nach § 89b Abs. 6 und Abs. 7 GWB

Wenn der Anspruch auf Herausgabe- und Auskunftserteilung gem. § 33g GWB vorliegt, besteht für den Anspruchsgegner die Möglichkeit, sich auf ein Verweigerungsrecht aus § 33g Abs. 6 GWB zu berufen.⁷⁴⁸ Diese Verweigerungsrechte schützen jedoch nicht absolut vor einer Offenlegung. Nach § 89b Abs. 6 GWB kann das Gericht die Freigabe der Beweismittel durch verweigerungsberechtigte Personen anordnen. In diesem Zusammenhang ist auch der Erlass gerichtlicher Schutzanordnungen gem. § 89b Abs. 7 GWB möglich. Das Zusammenspiel von Verweigerungsrecht

744 Gussone, WuW 2016, 393; für die Richtlinie 2014/104/EU Wagner-von Papp, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.B.iii.

745 Klumpe/Thiede, NZKart 2016, 471, 472.

746 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 62; Bach/Wolf, NZKart 2017, 285, 286.

747 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 62.

748 Preuß, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 265.

und gerichtlicher Offenlegungsanordnung, das nachfolgend betrachtet wird, bietet die Möglichkeit, einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem Informationsinteresse und den Geheimhaltungsinteressen zu schaffen.⁷⁴⁹

aa) Verweigerungsrechte gem. § 33g Abs. 6 GWB

§ 33g Abs. 6 GWB differenziert zwischen Verweigerungsrechten aus persönlichen Gründen und aus sachlichen Gründen. Aus sachlichen Gründen sieht § 33g Abs. 6 GWB nur den Schutz von Kunst- und Gewerbegeheimnissen i.S.d. § 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO vor, der auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse umfasst.⁷⁵⁰ Soweit bereits bestehende Kronzeugeninformationen wirtschaftliche Informationen darstellen, kommt daher die Anwendung eines Verweigerungsrechts in Betracht. Die Verweigerungsrechte aus persönlichen Gründen richten sich nach § 383 Abs. 1 Nr. 4 bis 6 GWB. Das Verweigerungsrecht von Rechtsanwältinnen gem. § 33g Abs. 6 GWB i.V.m. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO ist für die Rechtspraxis von besonderer Bedeutung, da insbesondere bei *Follow-on*-Klagen häufig Rechtsanwältinnen und Syndikusanwältinnen auf Seiten der Kartellbeteiligten tätig sind, sowohl in den vorgelagerten Kartellverfahren als auch in den nachgelagerten Schadensersatzverfahren.⁷⁵¹

Die Verweigerungsrechte gem. § 33g Abs. 6 GWB führen jedoch nicht zu einem umfassenden Offenlegungsschutz. Nach § 89b Abs. 6 S. 1 GWB kann das Gericht auf Antrag einer Partei durch Beschluss die Offenlegung von Beweismitteln oder die Erteilung von Auskünften anordnen, wenn die Freigabe der Informationen sachdienlich ist (Nr. 1) und das Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse überwiegt (Nr. 2). Gegenstand des Freigabeverfahrens gem. § 89b GWB ist somit nicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Verweigerungsrechts nach § 33g Abs. 6 GWB, sondern inwieweit das Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse und das bestehende Verweigerungsrecht überwiegt.⁷⁵² Die Verweigerungsrechte aus persönlichen Gründen wurden im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens vom Anwendungsbereich des § 89b Abs. 6 GWB ausgenommen (vgl. § 33g

749 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 65; vgl. *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 249.

750 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 58; *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 70.

751 Vgl. *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 266.

752 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 268.

Abs. 6 S. 3 und S. 4 GWB).⁷⁵³ Das Freigabeverfahren findet somit letztlich nur Anwendung, wenn das Verweigerungsrecht auf § 384 Nr. 3 ZPO beruht, d.h. auf einem Kunst- und Gewerbegeheimnis.⁷⁵⁴

In zeitlicher Hinsicht wird der Anwendungsbereich des Freigabeverfahrens gem. § 89b Abs. 6 GWB im Gegensatz zum Prüfverfahren gem. § 33g Abs. 4 GWB nicht ausdrücklich durch die Rechtshängigkeit begrenzt. Dennoch ist die Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB oder auf Herausgabe bzw. Auskunftserteilung gem. § 33g GWB als Voraussetzung zu fordern. Hierfür spricht vor allem der prozessbezogene Wortlaut („sachdienlich“).⁷⁵⁵ Durch die Verpflichtung zur Freigabe darf zudem nicht die prozessuale Durchsetzung des Herausgabeanspruchs gem. § 33g GWB unterlaufen werden. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass § 89b GWB prozessuale Sondervorschriften für die Durchsetzung des § 33g GWB bestimmt. Folglich ist ein Freigabeverfahren gem. § 89b Abs. 6 GWB nur bei Rechtshängigkeit einer kartellrechtlichen Schadensersatz- oder Herausgabeklage möglich.⁷⁵⁶

bb) Der Schutz vertraulicher Informationen gem. § 89b Abs. 7 GWB

Für den Fall, dass dem Offenlegungsgegner ein Verweigerungsrecht gem. § 33g Abs. 6 GWB zusteht, kann das zuständige Gericht gem. § 89b Abs. 7 GWB im Einzelfall besondere Anordnungen zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie anderer vertraulicher Informationen treffen. Nach der Begründung zum Gesetzesentwurf sollen sich die Schutzmaßnahmen an der zum Immaterialgüterrecht etablierten Rechtspraxis orientieren, welche die Weitergabe der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse auf einen beschränkten Personenkreis begrenzt.⁷⁵⁷

Im Immaterialgüterrecht haben sich insbesondere bei der Durchsetzung des Auskunftsanspruchs gem. § 101a UrhG und für die Sicherung von immaterialgüterrechtlichen Ansprüchen im Wege des einstweiligen Rechts-

753 Ausschuss für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/11446, S. 28 f.; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 268; *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 250; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33g Rn. 59, gehen auch von einer Anwendung auf das Bankgeheimnis aus.

754 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 268.

755 A.A. hinsichtlich des Wortlauts *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 273.

756 I.E. auch *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 273 f.

757 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 102.

schutzes besondere Vorgehensweisen entwickelt, um das in diesem Zusammenhang bestehende Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz und Informationsinteresse aufzulösen.⁷⁵⁸ Nach § 101a Abs. 1 S. 1 UrhG⁷⁵⁹ steht dem Inhaber eines Urheberrechts zur Prüfung von Schadensersatzansprüchen ein Auskunftsanspruch gegen denjenigen zu, der vermeintlich sein Urheberrecht verletzt. Zum Schutz von vertraulichen Informationen kann das Gericht gem. § 101a Abs. 1 S. 3 UrhG erforderliche Maßnahmen treffen. In der Rechtspraxis hat sich daraus entwickelt, dass nur Rechts- oder Patentanwälte oder andere Dritte, die gegenüber den Parteien und anderen Personen zur Verschwiegenheit verpflichtet werden, Einsicht in die relevanten Unterlagen nehmen dürfen.⁷⁶⁰ Dies erscheint auch für kartellrechtliche Schadensersatzverfahren als eine umsetzbare Vorgehensweise. Bereits bestehende Kronzeugeninformationen, die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse darstellen, könnten daher in Zukunft unter ähnlichen Voraussetzungen in Prozessen offenzulegen sein.⁷⁶¹

Etwas anderes sollte jedoch für den einstweiligen Rechtsschutz gelten. Zwar hat die Rechtsprechung mit dem sog. „Düsseldorfer Verfahren“ eine besondere Vorgehensweise im Immaterialgüterrecht entwickelt, nach welcher der Geheimnischarakter sensibler Informationen im einstweiligen Rechtsschutz dadurch gewährleistet wird, dass zunächst eine Offenlegung gegenüber einem Sachverständigen erfolgt und in einem weiteren Schritt – ggf. unter Auflagen – das Sachverständigengutachten an den Antragsteller und seine Anwälte übermittelt wird.⁷⁶² Die kartellrechtliche Interessenlage unterscheidet sich aber von der Interessenlage im Immaterialgüterrecht

758 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 174.

759 § 101a Abs. 1 UrhG lautet: „Wer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache in Anspruch genommen werden, die sich in seiner Verfügungsgewalt befindet, wenn dies zur Begründung von dessen Ansprüchen erforderlich ist. Besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung, erstreckt sich der Anspruch auch auf die Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen. Soweit der vermeintliche Verletzte geltend macht, dass es sich um vertrauliche Informationen handelt, trifft das Gericht die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten.“

760 BGH 2.5.2002 – I ZR 45/01, GRUR 2002, 1046, 1049; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 174.

761 Vgl. *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 289 f.

762 *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 289ff.; grundlegend zur Vorgehensweise *Kühne*, GRUR 2005, 185, 187 ff.

deutlich. Insbesondere besteht kein vergleichbares Sicherungsbedürfnis.⁷⁶³ Anders als im Immaterialgüterrecht liegt das schädigende Ereignis bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen in der Vergangenheit, so dass kein weiterer (zukünftiger) Schaden mehr zu befürchten ist. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes nur entbehrlich ist, wenn die Herausgabe von Bußgeldbescheiden begehrt wird (vgl. § 89b Abs. 5 GWB). Diese gesetzgeberische Wertung darf nicht unterlaufen werden. Im Ergebnis ist daher die Praxis aus dem Immaterialgüterrecht nicht unmittelbar auf das Kartellrecht übertragbar.⁷⁶⁴

e) Modifikation zivilprozessualer Vorschriften durch § 89b GWB

Die Vorschriften der §§ 87 ff. GWB treffen besondere verfahrensrechtliche Bestimmungen für „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“⁷⁶⁵ und modifizieren die allgemeinen Vorschriften des Zivilprozessrechts. Im Hinblick auf den Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen erlangt insbesondere § 89b GWB Bedeutung, wenn der Anspruch auf Herausgabe bzw. Auskunftserteilung gem. § 33g GWB gerichtlich durchgesetzt wird.

aa) Anordnung der Urkundenvorlage im Schadensersatzprozess gem. § 89b Abs. 1 und Abs. 2 GWB i.V.m. § 142 ZPO

§ 89b Abs. 1 GWB erweitert den Anwendungsbereich des § 142 ZPO⁷⁶⁶ auf Auskunftserteilung gem. § 33g Abs. 1 i.V.m. Abs. 10 GWB. § 89b Abs. 2 GWB regelt ergänzend, dass sich die Zumutbarkeitsprüfung i.S.d. § 142 Abs. 2 ZPO⁷⁶⁷ nach den Vorschriften der § 33g Abs. 3 bis 6 GWB richtet. Zudem ist gem. § 89d Abs. 4 GWB eine Vorlageanordnung gem. § 142 ZPO nur möglich, soweit in Bezug auf die vorzulegende Urkunde oder den vorzulegenden Gegenstand gleichzeitig

763 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89b Rn. 52; vgl. *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 295 f.

764 Vgl. *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 289 f.

765 Die Überschrift des dritten Teils, Kapitel 4 des GWB lautet: „Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“.

766 § 142 ZPO erfasst seinem Wortlaut zufolge nur die Herausgabe von Urkunden.

767 Bei einer Anordnung gegenüber einem Dritten ist dieser gem. § 142 Abs. 2 ZPO nicht zur Vorlage verpflichtet, wenn ihm die Vorlage nicht zumutbar ist oder er zur Zeugnisverweigerung gemäß den §§ 383 bis 385 ZPO berechtigt ist.

auch ein Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g GWB oder ein vertraglicher Anspruch gegen den zur Vorlage Verpflichteten besteht.

Die Vorschrift des § 89b GWB hat in der Literatur zum Teil zu „Stirnrunzeln“⁷⁶⁸ geführt und wurde als redaktionelles Versehen erachtet.⁷⁶⁹ Dieser Ansicht zufolge hätte sich eher eine Vorlage von Urkunden gem. §§ 422 ff. ZPO für die Durchsetzung des Herausgabe- und Auskunftsanspruchs gem. § 33g GWB angeboten, da § 422 ZPO im Gegensatz zu § 142 ZPO das Bestehen eines materiell-rechtlichen Anspruchs erfordert.⁷⁷⁰

Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob eine Verweisung auf § 422 ZPO zur Durchsetzung des § 33g GWB geeigneter gewesen wäre als die Verweisung des § 89b GWB auf § 142 ZPO. Nach seinem Wortlaut gilt nämlich § 422 ZPO⁷⁷¹ nur für Herausgabe- und Besichtigungsansprüche, nicht jedoch für Ansprüche auf Auskunftserteilung. Zudem ist § 89b GWB vor dem Hintergrund der Richtlinie 2014/104/EU und des prozessbezogenen Charakters des § 33g GWB zu würdigen.⁷⁷² Als prozessuale Herausgabe- und Auskunftspflicht im materiell-rechtlichen Gewand steht § 33g GWB dem Verfahrensrecht deutlich näher als dem materiellen Recht. Diese Besonderheit kommt auch in der Wahl des § 142 ZPO als verfahrensrechtliche Anknüpfung für den Herausgabe- und Auskunftsanspruch zum Ausdruck. Ein Vorteil der Anknüpfung an § 142 ZPO ist zudem, dass die Zumutbarkeitsprüfung gem. § 142 Abs. 2 ZPO eine Möglichkeit bietet, die Ausschlussstatbestände des § 33g Abs. 3 bis 5 GWB in das gerichtliche Verfahren zu integrieren. Wie die Begründung zum Gesetzesentwurf ausführt, soll der Verweis auf § 142 Abs. 2 ZPO gesonderte Rechtsstreitigkeiten über den Anspruch gem. § 33g ZPO vermeiden.⁷⁷³ Dies entlastet insbesondere Dritte, da es ihr Kostenrisiko verringert.⁷⁷⁴

768 So Klumpe/Thiede, NZKart 2016, 471, 472.

769 Klumpe/Thiede, NZKart 2016, 471, 472.

770 Klumpe/Thiede, NZKart 2016, 471, 472; Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 171.

771 § 422 ZPO lautet: „Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann.“

772 Vgl. auch Bornkamm/Tolkmitt, in: Langen/Bunte, GWB, § 89b Rn. 5.

773 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 101.

774 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 101.

bb) Zwischenurteil gem. § 89b Abs. 3 GWB

Nach § 89b Abs. 3 S. 1 GWB kann das Gericht durch ein Zwischenurteil über den Anspruch gem. § 33g GWB entscheiden, wenn dieser in einem Prozess über einen Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB erhoben wird. In der Literatur wird an dieser Vorschrift kritisiert, dass sie nicht der dogmatischen Natur eines Zwischenurteils entspricht.⁷⁷⁵ Diese Ansicht weist darauf hin, dass ein Zwischenurteil gem. § 303 ZPO seiner Natur nach ein Feststellungsurteil sei. Es entscheide über einzelne prozessuale Fragen, nicht jedoch über materielle Ansprüche.⁷⁷⁶ Auch ein Zwischenurteil i.S.d. § 304 ZPO komme nicht in Betracht, da es sich bei § 33g GWB im Verhältnis zu § 33a GWB um einen selbstständigen Anspruch handle und nicht um eine anspruchsbegründende Tatsache.⁷⁷⁷

Der Kritik ist zuzustimmen. Dies gilt auch, wenn anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber mit § 89b Abs. 3 GWB einen Gleichlauf zu den Vorschriften der §§ 142, 422, 423 ZPO schaffen wollte, die bei Streit über die Vorlagepflicht ein Zwischenurteil vorsehen.⁷⁷⁸ Diese Beweggründe lösen jedoch nicht die durch die Vorschrift des § 89b Abs. 3 GWB verursachten Widersprüche. Sie zeigen vielmehr, dass eine prozessual-materiell-rechtliche Mischform, wie der Herausgabe- und Auskunftsanspruch des § 33g GWB, dem deutschen Recht (bisher) fremd ist.

cc) Aussetzung des Verfahrens gem. § 89b Abs. 4 GWB

Auch die Befugnis des Gerichts, das Verfahren gem. § 89b Abs. 4 GWB auszusetzen, wirft Fragen auf. Die Begründung des Gesetzesentwurfs führt zu § 89b Abs. 4 GWB aus, die Vorschrift stelle sicher, dass „nicht über den Rechtsstreit entschieden wird, bevor die Auskunft, die den Rechtsstreit beeinflussen soll, erteilt bzw. das Beweismittel herausgegeben ist.“⁷⁷⁹ Einem derartigen Zweck dient jedoch nicht die Verfahrensaussetzung gem.

775 Klumpe/Thiede, NZKart 2016, 471, 472; Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 171.

776 Klumpe/Thiede, NZKart 2016, 471, 472; vgl. Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 303 Rn. 1.

777 Klumpe/Thiede, NZKart 2016, 471, 472.

778 Musielak, in: MüKo ZPO, § 303 Rn. 3; Preuß, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 288.

779 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 101.

§ 148 ZPO⁷⁸⁰, die eine Vorgreiflichkeit des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses voraussetzt.⁷⁸¹ Um das in der Begründung zum Gesetzesentwurf angestrebte Ziel zu erreichen, wäre es vorzugswürdig gewesen, sich auf das Ruhen des Verfahrens gem. § 251 ZPO zu beziehen.⁷⁸²

dd) Anordnung einer einstweiligen Verfügung gem. § 89b Abs. 5 GWB

Die Vorschrift des § 89b Abs. 5 GWB erhielt in den letzten Zügen des Gesetzgebungsverfahrens ihre jetzige Fassung.⁷⁸³ Zuvor war der Regierungsentwurf, der noch die Herausgabe aller von § 33g GWB-E erfassten Beweismittel bzw. die Auskunftserteilung ohne Darlegung und Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes vorsah,⁷⁸⁴ durch Sachverständige und in der Literatur zu Recht stark kritisiert worden. Während der Regierungsentwurf mit der Einführung eines *discovery*-Verfahrens teilweise gleichgesetzt wurde,⁷⁸⁵ sahen andere in dem Regelungsvorschlag einen Widerspruch zu den Grundsätzen des einstweiligen Rechtsschutzes.⁷⁸⁶ Des Weiteren wurde kritisiert, die Vorschrift verletze den Grundsatz der Waffengleichheit, indem die Erleichterungen nur für den Anspruchsteller gem. § 33g GWB gelten, nicht jedoch für den Anspruchsgegner.⁷⁸⁷

780 § 148 ZPO lautet: „Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei.“

781 Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, § 148 Rn. 5; Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 172; Rosenfeld/Brand, WuW 2017, 247, 251.

782 Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 172.

783 Vgl. Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Beschlussempfehlung, BT-Drs. 11446, S. 10 und 32.

784 Vgl. dazu BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 31 und S. 101.

785 Podszun, Stellungnahme 9. GWB-Novelle (2017), S. 23; Klumpe/Thiede, BB 2016, 3011, 3016; Podszun/Kreifels, GWR 2017, 67, 69.

786 BDI, Stellungnahme zur neunten GWB-Novelle (2017), S. 28 f.; Bakowitz, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 286 f.; Klumpe/Thiede, NZKart 2016, 471, 473; dies., BB 2016, 3011, 3016; Mallmann/Lübbig, NZKart 2016, 518, 520.

787 Podszun/Kreifels, GWR 2017, 67, 70; Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 172.

Der Kritik an § 89b GWB-E ist zuzustimmen. Der einstweilige Rechtsschutz dient grundsätzlich der Sicherung von Ansprüchen und nicht der schnellen Schaffung von vollstreckbaren Titeln in der Hauptsache.⁷⁸⁸ Auch wenn für besondere Konstellationen auf die Glaubhaftmachung der Dringlichkeit gesetzlich verzichtet wird (z.B. § 12 UWG), muss dies aufgrund des Ausnahmekarakters der Vorwegnahme der Hauptsache auf Konstellationen beschränkt bleiben, in denen selbst die Darlegung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit zu nicht reversiblen Schäden führt.⁷⁸⁹ Dies ist bei kartellrechtlichen Begehren nicht der Fall. Zwar droht mit weiterem Zeitablauf auch bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen der weitere Beweismittelverlust, jedoch ist dies kein ausschließlich kartellrechtliches Problem, sondern eher ein allgemeines.⁷⁹⁰ Es vermag daher nicht den Verzicht auf die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes zu begründen.

Vor diesem Hintergrund ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber auf die Kritik reagiert und den Anwendungsbereich des § 89b Abs. 5 GWB in seiner finalen Fassung restriktiver gestaltet hat. Nach der geltenden Fassung des § 89b Abs. 5 GWB kann die Herausgabe der bindenden behördlichen Entscheidung, d.h. des Bußgeldbescheides, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen den Adressaten der Entscheidung bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 33g GWB ohne Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 ZPO erforderlichen Voraussetzungen durchgesetzt werden. Der Antragsteller ist nur in diesem Umfang davon befreit, die Dringlichkeit der einstweiligen Verfügung darlegen. Im Übrigen muss der Antragsteller sowohl den Verfügungsanspruch als auch den Verfügungsgrund darlegen. Im Hinblick auf die Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen ist daher davon auszugehen, dass die allgemeinen Anforderungen an eine einstweilige Verfügung erfüllt sein müssen. Ein besonderes Sicherheitsbedürfnis wird nur in wenigen Fällen gegeben sein, da auch hier eine Konkretisierung der gefährdeten Beweismittel erforderlich ist. Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist somit im Gegensatz zum Regierungsentwurf nicht zu befürchten.

788 Seiler, in: Thomas/Putzo, ZPO, Vor § 916 Rn. 2.

789 vgl. Podszun/Kreifels, GWR 2017, 67, 70; Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 172 f.

790 Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 172.

f) Vorbildcharakter der §§ 33g, 89b GWB

Wie vorstehend festgestellt, unterscheidet sich der Anspruch des § 33g GWB durch seinen prozessbezogenen Charakter von den bisher bekannten Herausgabeansprüchen im deutschen Recht.⁷⁹¹ In der Literatur wurde daher zum Teil in Erwägung gezogen, dass diesem (neuen) prozessbezogenen Anspruch Vorbildcharakter für die Lösung von Informationsasymmetrien zukomme.⁷⁹²

Der Modellcharakter der Vorschrift ist derzeit noch schwer zu beurteilen und hängt stark davon ab, inwieweit Rechtsprechung und Rechtspraxis mit den vorstehend erörterten Abgrenzungsschwierigkeiten umgehen. Die Erfahrungen mit den Vorlageanordnungen gem. §§ 142, 144 ZPO haben eine grundsätzliche restriktive Haltung der Rechtsprechung gegenüber Offenlegungsanordnungen gezeigt.⁷⁹³ Zudem ist zu bedenken, dass es sich bei § 33g GWB und § 89b GWB um bereichsspezifische Regelungen handelt, die nicht auf einer genuinen Entwicklung des deutschen Rechts beruhen, sondern auf der Entwicklung des europäischen Kartellprivatrechts. Ein allgemeiner Vorbildcharakter der Norm erscheint daher zweifelhaft.

g) Zusammenfassung

Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen ist durch die 9. GWB-Novelle differenziert geregelt worden. Informationen, die als Kronzeugenerklärungen gem. § 33g Abs. 4 Nr. 1 GWB anzusehen sind, sind vor einer Herausgabe bzw. Auskunftserteilung gem. § 33g GWB umfassend geschützt. In Bezug auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen ist dagegen in der Regel von einer Herausgabepflicht bzw. Auskunftserteilungspflicht auszugehen, soweit ein Anspruch gem. § 33g GWB besteht. Ein Schutz bereits bestehender Kronzeugeninformationen ist nur in Ausnahmefällen möglich. Zwar kommt eine Berücksichtigung ihrer Funktion im behördlichen Verfahren in Betracht, diese darf aber nicht die Wertung der Richtlinie 2014/104/EU unterlaufen, dass nur Kronzeugenerklärungen absolut geschützt sind. Ein Offenlegungsschutz besteht auch dann nicht, wenn die begehrten Informationen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse darstellen, da der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen einer Offenlegung

791 Vgl. § 4 C. II. 1.

792 So *Preuß*, WuW 2017, 301.

793 Vgl. § 1 C.

nur entgegensteht, soweit keine ausreichenden Schutzmaßnahmen getroffen werden können. Eine Offenlegungsanordnung im einstweiligen Rechtsschutz ist im Hinblick auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen nicht zu befürchten. In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass regelmäßig kein Verfügungsgrund besteht.

2. Der Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen bei Behörden und Gerichten

Die Richtlinie 2014/104/EU und ihre Umsetzung haben nicht nur im Zusammenhang mit dem Beweismittelzugang *inter partes*, sondern auch im Hinblick auf den Beweismittelzugang bei Wettbewerbsbehörden und Gerichten zu maßgeblichen Neuregelungen geführt. Diese werden nachfolgend in Bezug auf die Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen näher betrachtet.

a) Regelungen im Überblick

Geschädigte können Informationen aus Kartellverfahrensakten nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle auf unterschiedliche Weise erhalten. Wesentliche Angaben zum Kartellverfahrensverstoß und zu dessen Beteiligten müssen durch das Bundeskartellamt in Mitteilungen gem. § 53 Abs. 5 GWB veröffentlicht werden. Darüber hinaus können Geschädigte gem. § 89c Abs. 5 S. 2 GWB i.V.m. §§ 406e, 475 StPO auf Bußgeldbescheide zugreifen. Ferner kommt in Betracht, dass Geschädigte in einem anhängigen Schadensersatz- oder Herausgabeprozess beantragen, dass das Zivilgericht eine Wettbewerbsbehörde um Vorlage gem. § 89c GWB ersucht.

Die ersten beiden Informationsmöglichkeiten sollen zwar den Geschädigten dienen, beschränken sich aber auf die Darstellung des Verfahrens in aggregierter Form. Eine Vielzahl einzelner Informationen, die für die Schadensschätzung hilfreich sind, ist daher weder in den Mitteilungen gem. § 53 Abs. 5 GWB noch in den Bußgeldbescheiden enthalten.⁷⁹⁴ Dies gilt auch für bereits bestehende Kronzeugeninformationen. Um Zugang zu diesen zu erhalten, verbleibt Geschädigten nach der 9. GWB-Novelle letztlich nur ein Weg: Sie müssen ein gerichtliches Vorlageersuchen nach § 89c GWB beantragen.

794 Seifert, NZKart 2017, 512, 512.

b) Die Offenlegung von Informationen aus der Verfahrensakte gem. § 89c
GWB

Das Vorlageverfahren gem. § 89c GWB regelt für die Offenlegung von Informationen aus Kartellverfahrensakten ein dezidiertes, mehrstufiges Verfahren.⁷⁹⁵ Nach diesem Verfahren können Kläger erst nach Rechtshängigkeit einer Herausgabe- oder Schadensersatzklage ein Vorlageersuchen bei Gericht beantragen. Wenn das Gericht dem Antrag stattgibt (aa bis cc), die Wettbewerbsbehörde die Übermittlung der Akte nicht ablehnt (dd) und keine Beweisverwertungsverbote bestehen (ee), steht es im Ermessen des Gerichts, inwieweit es dem Kläger die vorgelegten Beweismittel zugänglich macht oder ihm Auskunft erteilt (ff).

aa) Anwendungsbereich

Das Vorlageverfahren gem. § 89c GWB kann durch eine Partei im Rahmen eines Rechtsstreits wegen Schadensersatz gem. § 33a GWB oder auf Herausgabe bzw. Auskunftserteilung gem. § 33g GWB bei Gericht beantragt werden. Der Anwendungsbereich des § 89c GWB ist folglich auf rechtshängige Klagen gem. § 33a oder § 33g GWB beschränkt.⁷⁹⁶ Kläger können somit im Gegensatz zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle nicht im Vorfeld eines Schadensersatzprozesses auf Informationen aus Kartellverfahrensakten zugreifen und anhand der Informationen erwägen, ob sich das Eingehen des Prozesskostenrisikos lohnt.⁷⁹⁷ Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass der Anwendungsbereich der §§ 406e, 475 StPO seit der 9. GWB-Novelle im Zusammenhang mit Schadensersatzklagen auf die Einsicht in Bußgeldbescheide beschränkt ist und damit ein unmittelbarer Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach diesen Vorschriften nicht mehr möglich ist (vgl. § 89c Abs. 5 GWB).

Adressat des Vorlageersuchens sind entweder Wettbewerbsbehörden (vgl. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB) oder andere Behörden und die Gerichte (vgl. § 89c Abs. 6 GWB). Unter einer Wettbewerbsbehörde sind nach der Legaldefinition des § 89e Abs. 1 GWB das Bundeskartellamt (Nr. 1), die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden (Nr. 2), die Europäi-

795 So auch *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89c Rn. 2.

796 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89c Rn. 1 stellen hingegen auf die Anhängigkeit der Klage ab.

797 *Seifert*, NZKart 2017, 512, 513; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332, 338.

sche Kommission (Nr. 3) und die Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Nr. 4) zu verstehen. Anders als im Rahmen von §§ 406e, 475 StPO ist somit der Informationszugriff von Geschädigten nicht mehr auf die Kartellverfahrensakten des Bundeskartellamts beschränkt.

Gegenstand des Ersuchens ist die Vorlage von Urkunden und Gegenständen, die sich in den behördlichen Akten zu einem Verfahren befinden oder die amtlich verwahrt werden (vgl. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB). Vom Anwendungsbereich erfasst werden sowohl Urkunden und Gegenstände, die im Rahmen eines behördlichen Verfahrens erstellt wurden (z.B. Sachverständigengutachten oder Tonaufnahmen), als auch Urkunden und Gegenstände, die bei Durchsuchungen beschlagnahmt oder durch Kronzeugen übermittelt wurden und sich in amtlicher Verwahrung befinden.

Darüber hinaus ist die Erteilung von Auskünften ebenfalls Gegenstand von § 89c GWB. Dies ergibt sich zum einen aus § 89c Abs. 3 GWB, der zwischen „Ersuchen nach Abs. 1“ und „Ersuchen auf amtliche Auskünfte“ differenziert.⁷⁹⁸ Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Erteilung von Auskünften gegenüber der Vorlage von Gegenständen und Beweismitteln das mildere Mittel darstellen kann. Ferner ist auch der Gesetzgeber von der Möglichkeit einer Auskunftserteilung ausgegangen.⁷⁹⁹

bb) Besondere Voraussetzungen des Offenlegungsgesuchs gem. § 89c GWB

Ähnlich wie der Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB erfordert das Offenlegungsgesuchen nach § 89c GWB einen Antrag einer Partei, in dem der Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB und das Fehlen alternativer Informationsmöglichkeiten glaubhaft gemacht werden. Des Weiteren darf das Ersuchen gem. § 89c Abs. 3 GWB nicht wegen Unverhältnismäßigkeit des Antrags ausgeschlossen sein.

(1) Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs

Anders als beim Beweismittelzugang *inter partes* und bei sonstigen Dritten hat sich der deutsche Gesetzgeber für den Beweismittelzugang bei Wettbe-

798 Seifert, NZKart 2017, 512, 513.

799 BReg, Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/10207, S. 101; Seifert, NZKart 2017, 512, 513.

werbsbehörden dafür entschieden, die prozessrechtliche Ausgestaltung der Richtlinie 2014/104/EU beizubehalten. Das Erfordernis des § 89c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GWB, den Schadensersatzanspruch gem. § 33a GWB glaubhaft zu machen, führt daher – anders als im Zusammenhang mit dem Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB – zu keinen Abgrenzungsschwierigkeiten, sondern fügt sich als prozessrechtlicher Begriff in die verfahrensrechtliche Umsetzung ein. Der Begriff der Glaubhaftmachung richtet sich auch in diesem Zusammenhang nach § 294 ZPO und senkt somit das Beweismaß für den Schadensersatzanspruch auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit herab.

(2) Keine zumutbare alternative Informationsbeschaffung

Neben der Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs ist eine weitere Voraussetzung für ein Offenlegungsersuchen, dass der Antragsteller glaubhaft macht, die in der Akte vermuteten Informationen nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder einem Dritten erlangen zu können (§ 89c Abs. 1 Nr. 2 GWB). Diese Voraussetzung dient der Umsetzung des von der Richtlinie vorgegebenen Subsidiaritätsgebots (Art. 6 Abs. 10 RL 2014/104/EU) und sichert die Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung.⁸⁰⁰

Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Unverhältnismäßigkeit müssen zwar noch durch die Rechtsprechung konkretisiert werden, es kann aber angenommen werden, dass die bloße Behauptung, der Antragsteller sei auf Angaben aus Kartellverfahrensakten zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs angewiesen, nicht ausreicht, um eine Unzumutbarkeit i.S.d. § 89c Abs. 1 S. 2 GWB zu begründen.⁸⁰¹ Vielmehr ist zu erwarten, dass der Geschädigte darlegen muss, dass die begehrten Informationen weder in der Mitteilung des Bundeskartellamts gem. § 53 Abs. 5 GWB noch im Bußgeldbescheid enthalten sind und dass vergeblich ein Herausgabeanspruch gem. § 33g GWB geltend gemacht wurde.

800 *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 250; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 278.

801 *Seifert*, NZKart 2017, 512, 514.

(3) Keine Unverhältnismäßigkeit der Vorlageanordnung

Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne sieht § 89c Abs. 3 S. 2 GWB neben den Kriterien des § 33g Abs. 3 GWB weitere Abwägungskriterien als Regelbeispiele vor. Diese Kriterien setzen die Vorgaben des Art. 6 RL 2014/104/EU um.⁸⁰² Ähnlich wie beim Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB darf das Offenlegungsbegehren nicht unverhältnismäßig sein (vgl. § 89c Abs. 3 S. 1 GWB). Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich wie im Rahmen von § 33g Abs. 3 GWB, dass der Gesetzgeber im Regelfall von der Verhältnismäßigkeit des Ersuchens ausgeht. Es ist daher grundsätzlich von der Erforderlichkeit der Vorlage der Urkunden und Gegenstände auszugehen.⁸⁰³ Dies gilt insbesondere, wenn der Antragsteller gem. § 89c Abs. 1 Nr. 2 GWB glaubhaft gemacht hat, dass ihm keine alternativen Möglichkeiten zur Beweismittelbeschaffung zur Verfügung stehen. Die Abwägungskriterien des § 89c Abs. 3 S. 2 GWB werden nachfolgend näher betrachtet.

(a) Bestimmtheit des Antrags gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB

Nach § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB ist bei der Entscheidung über das Vorlageersuchen die Bestimmtheit des Antrags zu berücksichtigen und dabei hinsichtlich der in der Akte der Wettbewerbsbehörde erwarteten Beweismittel nach deren Art, Gegenstand und Inhalt zu differenzieren. Nach der Gesetzesbegründung dient § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB dazu, das zivilprozessuale Ausforschungsverbot zu wahren und eine Umgehung dieses Prinzips durch die Einsicht in Kartellverfahrensakten zu verhindern.⁸⁰⁴ Zugleich modifiziert die Vorschrift jedoch das zivilprozessuale Ausforschungsverbot, da nach diesem grundsätzlich Anträge unzulässig sind, die darauf zielen, Tatsachen zu erfahren, und § 89c GWB gerade die Offenlegung von erwarteten Beweismitteln gestattet (vgl. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB).⁸⁰⁵

Bei Anwendung des § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB ist in richtlinienkonformer Auslegung zu berücksichtigen, dass die begehrten Beweismittel so ge-

802 Zu Art. 6 RL 2014/104/EU siehe § 4 B. III. 2. b).

803 Seifert, NZKart 2017, 512, 514.

804 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 103.

805 Vgl. Prütting, in: MüKo ZPO, § 284 Rn. 79; Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess (2013), S. 162.

nau wie möglich bezeichnet werden. Für den Fall, dass eine konkrete Bezeichnung nicht gelingt und der Antrag zu allgemein gehalten ist, ist nach der Begründung des Gesetzesentwurfs keine Akteneinsicht zu gewähren, sondern nur Aktenauskunft.⁸⁰⁶ Diese Auskunft soll den Antragsteller befähigen, einen hinreichend bestimmten Antrag zu stellen.⁸⁰⁷ Als mögliches Beispiel wäre aber eine Auskunft über die zum Kartellverfahren bestehenden Asservate denkbar. In diesem Fall wäre es dem Antragsteller nach Aktenauskunft möglich, einen spezifischeren Offenlegungsantrag zu stellen. Nach der Gesetzesbegründung wird folglich ein Vorlageantrag gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB nur abgewiesen, wenn er jeglicher Konkretisierung entbehrt. In der Praxis wird aber ein gewisses Maß an Bestimmtheit zu fordern sein, um das Gericht in die Lage zu versetzen, über den Antrag zu entscheiden.⁸⁰⁸

(b) Anhängigkeit einer Schadensersatzklage gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB

Nach § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB ist zu berücksichtigen, ob eine Schadensersatzklage gem. § 33a GWB rechtshängig ist (vgl. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB: „In einem Rechtsstreit [...]“). Die Rechtshängigkeit einer derartigen Klage spricht grundsätzlich für eine größere Dringlichkeit der Offenlegung als bei einer Herausgabeklage gem. § 33g GWB, da die Parteien im Falle einer Schadensersatzklage im Zweifel mit einem höheren Prozesskostenrisiko belastet sind und das Verfahren bis zur Erteilung der Auskunft ausgesetzt werden kann.

(c) Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB

Nach § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB⁸⁰⁹ ist die Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung ein weiteres Abwägungskriterium. Nach der Be-

806 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 103; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89c Rn. 17.

807 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 103.

808 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 278 f.

809 § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB lautet: „Bei der Entscheidung über das Ersuchen nach Absatz 1, über das Ersuchen um die Erteilung amtlicher Auskünfte von der Wettbewerbsbehörde sowie über die Zugänglichmachung oder Auskunftser-

gründung des Gesetzesentwurfes soll durch diesen Aspekt berücksichtigt werden, ob die begehrten Informationen im Zusammenhang mit dem Kronzeugenprogramm stehen.⁸¹⁰ Im Gegensatz zur Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. § 33g Abs. 3 GWB wirft dieses Kriterium bei Offenlegungsersuchen gem. § 89c GWB keine Fragen auf und ist gem. Art. 6 Abs. 4 lit. c) RL 2014/104/EU vorgesehen. Im Gegensatz zum Informationszugriff *inter partes* ist es daher in diesem Zusammenhang gerechtfertigt, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, dass auch die Beweismittel, die im engen zeitlichen Zusammenhang mit den Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen eingereicht wurden, von besonderer Bedeutung für die Kartellrechtsdurchsetzung sind, da das Bundeskartellamt auf „aussagekräftige“ Beweismittel angewiesen ist.⁸¹¹ Dies gilt insbesondere für bereits bestehende Kronzeugeninformationen. Durch diese können Kartellbehörden Ressourcen zur Überprüfung der Angaben in Kronzeugenanträgen (wie z.B. Durchsuchungen) sparen und zur Aufdeckung neuer Kartellrechtsverstöße einsetzen. Die Berücksichtigung der Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit entspricht zudem dem Abwägungsgebot des EuGH.⁸¹²

cc) Ermessen

Die Ausgestaltung als Ermessensentscheidung des § 89c Abs. 1 GWB entspricht den Vorgaben der Art. 5 und Art. 6 RL 2014/104/EU, die keinen Anspruch auf Beweismittelzugang voraussetzen. Es besteht dadurch ein größerer Anreiz, die Offenlegung zunächst *inter partes* zu betreiben, da dem Kläger in diesem Verhältnis ein Anspruch auf Offenlegung zusteht. Wenn aber die Voraussetzungen des § 89c Abs. 1 S. 1 und § 89c Abs. 3 GWB vorliegen, ist anzunehmen, dass das Gericht die Wettbewerbsbehörde um Vorlage ersuchen wird.

teilung nach Absatz 2 berücksichtigt das Gericht neben § 33g Absatz 3 insbesondere auch [...]

die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts, insbesondere den Einfluss der Offenlegung auf laufende Verfahren und auf die Funktionsfähigkeit von Kronzeugenprogrammen und Vergleichsverfahren.“

810 BKartA, Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle, S. 25.

811 BKartA, Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle, S. 25.

812 Vgl. oben § 3.

dd) Ablehnungsrechte gem. § 89c Abs. 4 GWB

Der ersuchten Wettbewerbsbehörde stehen verschiedene Ablehnungsrechte gem. § 89c Abs. 4 GWB zu. Ein derartiges Ablehnungsrecht kommt in Betracht, wenn die begehrten Informationen Kronzeugenerklärungen (Nr. 1), Vergleichsausführungen, die nicht zurückgezogen wurden (Nr. 2), interne Behördenvermerke (Nr. 3) oder die Kommunikation verschiedener Wettbewerbsbehörden untereinander bzw. mit dem Generalstaatsanwalt bzw. Generalbundesanwalt (Nr. 4) betreffen. Zudem sind Dokumente aus laufenden Verfahren gem. § 89c Abs. 3 i.V.m. § 33g Abs. 5 GWB von Offenlegungsersuchen ausgeschlossen. Die Ablehnungsentscheidung ist – ähnlich wie bei dem Ausschlussstatbestand § 33g Abs. 4 GWB – gerichtlich überprüfbar (vgl. § 89c Abs. 4 i.V.m. § 89b Abs. 8 GWB). Über die ausdrücklich genannten Ablehnungsrechte hinaus, kann die ersuchte Wettbewerbsbehörde eine Vorlage nicht ablehnen.⁸¹³ Bereits bestehende Kronzeugeninformationen sind daher in der Regel vorzulegen, soweit sie sich nach Beendigung des Verfahrens noch in der Kartellverfahrensakte befinden.

ee) Beweisverwertung

§ 89d GWB regelt, inwieweit Dokumente o.ä., die durch Akteneinsicht bei der Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, als Beweismittel in den Schadenersatzprozess eingeführt werden können. Nach § 89d Abs. 1 GWB, welcher der Umsetzung des Art. 7 Abs. 3 RL 2014/104/EU⁸¹⁴ dient, dürfen die Beweismittel, die ausschließlich durch Akteneinsicht bei den Wettbewerbsbehörden erlangt wurden, nur in kartellrechtlichen Schadenersatzklagen als Beweismittel geführt werden. Kronzeugen können daher sicher sein, dass auch bereits bestehende Beweismittel, die sie im Rahmen ihrer Kooperation an die Wettbewerbsbehörde geleitet haben, nur in einem begrenzten Umfang verwendet werden.⁸¹⁵

Neben dem absoluten Beweisverwertungsverbot für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen (§ 89d Abs. 2 GWB) wurde mit § 89d Abs. 3 GWB ein Beweisverwertungsverbot für Dokumente aus laufenden Verfahren ins deutsche Recht eingeführt. Es dient der Umsetzung

813 Seifert, NZKart 2017, 512, 515.

814 Siehe zu Art. 7 Abs. 3 RL 2014/104/EU: § 4 B. III. 2. c).

815 Zu Recht weisen *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, GWB, § 89e GWB Rn. 6, darauf hin, dass nur in diesem Fall das Verwertungsverbot gilt.

des Art. 7 Abs. 2 RL 2014/104/EU. Vor dem Hintergrund, dass die meisten Schadensersatzklagen als *Follow-on*-Klagen nach Abschluss des Kartellbußgeldverfahrens erhoben werden, ist aber davon auszugehen, dass dem Beweisverwertungsverbot gem. § 89d Abs. 3 GWB keine große praktische Relevanz zukommen wird.

ff) Offenlegung gegenüber dem Antragsteller

Wenn das Gericht die Wettbewerbsbehörde um eine Beweismittelvorlage ersucht hat und die Behörde dem Ersuchen nachgekommen ist, kann das Gericht dem Antragssteller die Beweismittel in den Grenzen des § 89c Abs. 2 S. 1 GWB zugänglich machen oder Auskunft erteilen. Das Gericht hat bei seiner Ermessensentscheidung gem. § 89c Abs. 2 GWB verschiedene Kriterien zu berücksichtigen. So sollen z.B. dem Antragsteller gem. § 89c Abs. 2 Nr. 1 GWB nur so weit Beweismittel zugänglich gemacht oder Auskünfte erteilt werden, soweit dies seinem Antrag entspricht. Dies trägt dem im Zivilrecht allgemein geltenden Grundsatz „ne ultra petita“⁸¹⁶ sowie dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung. Dabei ist auch in diesem Zusammenhang in richtlinienkonformer Auslegung der Vorbehalt des Möglichen zu berücksichtigen. Dies darf aber nicht dazu führen, dass eine unzulässige Ausforschung stattfindet. Eine konkrete Bezeichnung der Beweismittel sollte allerdings nicht erforderlich sein, wie sich aus den Formulierungen „vermutete Informationen“ in § 89c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GWB und „erwartete Beweismittel“ in § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB ergibt. Bei zu pauschal gestellten Anträgen ist auch hier die Auskunftserteilung zu bedenken, die dem Antragssteller eine Möglichkeit bietet, sein Begehren weiter zu konkretisieren.

Des Weiteren werden die Belange der Wettbewerbsbehörde und der Betroffenen dadurch geschützt, dass vor einer Offenlegung sowohl die Betroffenen als auch die Wettbewerbsbehörde durch das Gericht anzuhören sind (vgl. § 89c Abs. 2 S. 2 GWB) und eine Offenlegung bei einem wichtigen entgegenstehenden Grund ausgeschlossen ist (vgl. § 89c Abs. 2 S. 3 GWB).

Die Unterscheidung zwischen dem Ersuchen des Gerichts bei der Behörde und der Zugänglichmachung der übermittelten Beweismittel gegenüber dem Geschädigten gem. § 89c Abs. 2 GWB führt zu einer Zweistufig-

816 Der Grundsatz „ne eat iudex ultra petita partium“ bedeutet, dass der Richter nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen soll, vgl. *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprüche (2007), S. 142, N 15.

keit des Informationszugangs, welche die Richtlinie 2014/104/EU nicht vorsieht. Anders als nach den Art. 5 ff. Richtlinie 2014/104/EU gelten nunmehr nicht nur eine Verhältnismäßigkeitsprüfung und Ermessensentscheidung für den Zugang zu Kartellverfahrensakte im Verhältnis Gericht, Behörde und Geschädigten, sondern eine weitere Verhältnismäßigkeitsprüfung und Ermessensentscheidung zwischen Gericht und Geschädigten. Diese Ausgestaltung weist Ähnlichkeiten zur Beziehung von Kartellverfahrensakten vor der 9. GWB-Novelle auf. Es liegt daher nahe, dass der Gesetzgeber mit dem zweistufigen Informationszugang gem. § 89c Abs. 1 und 2 ZPO an die bereits erwähnte Rechtsprechung des OLG Hamm und des BVerfG anknüpft.⁸¹⁷ Hierfür spricht auch, dass der Gesetzgeber verschiedene Kriterien festgelegt hat, die das Gericht bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen hat. Für die Rechtspraxis ist jedoch davon auszugehen, dass sich das Ermessen des Gerichts auf Null reduziert, soweit die Voraussetzungen des § 89c Abs. 1 und 2 GWB vorliegen und die Ausschluss- bzw. Versagungsgründe der § 89c Abs. 3 und 4 GWB nicht gegeben sind.⁸¹⁸

c) Bewertung

Geschädigte können nach der 9. GWB-Novelle in der Regel nur noch im Rahmen von anhängigen Schadensersatzklagen gem. § 33a GWB oder Herausgabeklagen gem. § 33g GWB auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen bei Wettbewerbsbehörden zugreifen. Für einen Zugriff müssen mehrere Verhältnismäßigkeits- und Abwägungsprüfungen durchlaufen werden. Im Zusammenspiel mit der Subsidiarität des § 89c GWB verdeutlicht dies, dass der Gesetzgeber den Zugriff auf Kartellverfahrensakten auf ein notwendiges Minimum reduzieren wollte. Inwieweit es Geschädigten nach der 9. GWB-Novelle möglich sein wird, auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen zuzugreifen, ist davon abhängig, welche Position die Rechtsprechung einnimmt. Die Erfahrungen hinsichtlich der §§ 142 ff. ZPO deuten auf eine eher restriktive Haltung der Gerichte gegenüber Vorlageanordnungen und Vorlageersuchen hin. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob § 89c GWB ein Mittel darstellt, mit dem Geschädigte ihre Schadensschätzung wesentlich verbessern können.

817 Vgl. § 4 A. II. 4. b) aa) (3).

818 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: *Langen/Bunte, GWB*, § 89c Rn. 13.

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

Im Folgenden werden die Auswirkungen der 9. GWB-Novelle durch eine vergleichende Gesamtbetrachtung der Rechtslage vor und nach der Novelle eruiert. Dabei wird zwischen dem Informationszugriff *inter partes* und dem Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden unterschieden.

I. Informationszugriff *inter partes*

Für kartellrechtliche Schadensersatzklagen wurde der Beweismittelzugang durch die 9. GWB-Novelle umfassend geregelt. Während im deutschen Recht vor der 9. GWB-Novelle weder ein spezieller Informationsanspruch noch eine zivilprozessuale Aufklärungspflicht bestand, wurden mit § 33g GWB und § 89b GWB spezielle Vorschriften in das deutsche Kartellrecht eingeführt, die den Zugang zu Beweismitteln im Allgemeinen regeln.

Der Umstand, dass dem (potentiellen) Schadensersatzkläger gem. § 33g GWB ein Anspruch zur Beweisbeschaffung zur Verfügung steht, hat die Ausgangsposition für Geschädigte im Vergleich zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle im deutschen Recht verbessert.⁸¹⁹ Er ist dadurch nicht mehr von der Ermessensentscheidung des Gerichts abhängig. Ein weiterer Vorteil für Geschädigte ist, dass der Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB nicht auf eine bestimmte Art von Beweismitteln (z.B. Urkunden) beschränkt ist.⁸²⁰ Dies stellt im Vergleich zu den bisherigen prozessualen Instrumentarien zur Informationsbeschaffung, wie etwa § 422 ZPO und § 142 ZPO, eine Erweiterung des Informationszugriffs dar.⁸²¹ Ein weiterer Unterschied ist, dass der Anspruchsinhaber gem. § 33g GWB die Herausgabe der Beweismittel an sich verlangen kann und nicht nur die Vorlage an das Gericht.⁸²² Die Bestimmtheitsanforderungen des Antrags stehen dabei unter dem Vorbehalt des Möglichen. Im Vergleich zu den prozessualen Anordnungen des allgemeinen Zivilprozessrechts stellen die geringen Bestimmtheitsanforderungen in Verbindung mit den weitrei-

819 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 175.

820 Vgl. § 4. C. IV. 1.

821 Siehe oben § 1. C.

822 *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472.

chenden Rechtsfolgen des Herausgabe- bzw. Auskunftsanspruchs eine erhebliche Erleichterung für Geschädigte dar.⁸²³

Die Rechte des Herausgabeverpflichteten werden auf materiell-rechtlicher Ebene insbesondere durch die Verweigerungsrechte des § 33g Abs. 6 GWB und die ausdrücklich angeordnete Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. § 33g Abs. 4 GWB gewahrt. Diese sind – anders als die in § 142 Abs. 2 ZPO geregelte Zumutbarkeitsprüfung – nicht auf Dritte beschränkt. Ein wesentlicher Unterschied zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle ist zudem, dass der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nicht grundsätzlich einer Herausgabe entgegensteht.⁸²⁴ Zwar kann ein Herausgabeverpflichteter die Herausgabe unter Berufung auf den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen zunächst gem. § 33g Abs. 6 GWB verweigern, nach gerichtlicher Freigabe und ggf. gerichtlichen Anordnungen zum Schutz der Informationen ist er aber zur Herausgabe verpflichtet.

Ein weiterer zentraler Unterschied im Vergleich zu der Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle ist, dass durch § 33g Abs. 4 GWB ein partieller Offenlegungsschutz für Kronzeugeninformationen ins materielle (Zivil-) Recht eingeführt wurde.⁸²⁵ Kronzeugen haben dadurch die Rechtssicherheit, dass diejenigen Dokumente, die sie eigens für die Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde erstellt und freiwillig übermittelt haben, vor einer Offenlegung geschützt sind. Geschädigten wird im Gegenzug gewissermaßen ein Ausgleich dadurch gewährt, dass bereits bestehende Kronzeugeninformationen, wie andere Beweismittel auch, vom Anspruch des § 33g GWB erfasst werden.

Ob dieses Regelungssystem auf tatsächlicher Ebene zu einem merklichen Unterschied im Vergleich zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle führt wird, ist allerdings fraglich. Kronzeugeninformationen, die nunmehr unter den Begriff Kronzeugenerklärung fallen, waren auch schon vor der 9. GWB-Novelle – faktisch betrachtet – einem Zugriff durch Geschädigte entzogen. Für Kronzeugen und Geschädigte hat sich die Rechtslage somit im Hinblick auf diese Informationen nicht verändert. Die 9. GWB-Novelle hat aber in Bezug auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen zu einer Veränderung geführt. Diese waren, wie die Kronzeugenerklärungen, vor der 9. GWB-Novelle faktisch vor einem zivilprozessualen Informationszugriff geschützt. Dieser „Offenlegungsschutz“ ist seit der 9. GWB-Novelle

823 Vgl. *Krefse*, WRP 2016, 567, 573.

824 Vgl. § 4 C. IV. 1. b) ee) (1) (f).

825 Vgl. § 4 C. III.

entfallen, da sich die rechtlichen Rahmenbedingungen zugunsten der Geschädigten geändert haben.

Inwieweit sich diese gesetzgeberische Wertung in der Rechtspraxis durchsetzt, bleibt abzuwarten. Auch im Rahmen von § 406e Abs. 2 S. 1 StPO war vor der 9. GWB-Novelle im Grundsatz von einem Akteneinsichtsrecht des Geschädigten auszugehen.⁸²⁶ Dennoch lehnte die Rechtsprechung die Offenlegung von Kronzeugeninformationen vor der 9. GWB-Novelle unter Berufung auf verschiedene Ausnahmetatbestände des § 406e StPO ab. Für eine Änderung in der Rechtspraxis ist daher erforderlich, dass sich die Zivilgerichte von der Rechtsprechung zur Akteneinsicht gem. § 406e StPO lösen und die durch die 9. GWB-Novelle eingeführten Vorschriften als Neuregelung des Zugriffs auf Kronzeugeninformationen wahrnehmen. Dass eine offenere Haltung gegenüber einem Zugriff auf Kronzeugeninformationen möglich ist, hat schon das OLG Hamm vor der 9. GWB-Novelle gezeigt, indem es zumindest für gerichtliche Auskunftersuchen die Auffassung vertreten hat, dass eine Beiziehung von Kronzeugeninformationen nicht zu einer Gefährdung des Untersuchungszwecks führt.⁸²⁷

II. Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden

Während sich der Zugang zu Informationen aus Kartellverfahrensakten des Bundeskartellamts vor der 9. GWB-Novelle nach strafprozessualen Vorschriften richtete, ist für die Beweismittelbeschaffung bei Wettbewerbsbehörden nach der 9. GWB-Novelle das Offenlegungsersuchen gem. § 89c GWB maßgeblich. Diese Vorschrift stellt eine zivilprozessuale Sondervorschrift zu dem Vorlageersuchen gem. § 273 ZPO und dem Akteneinsichtsrecht gem. § 299 ZPO dar.⁸²⁸ Der Anwendungsbereich der strafprozessualen Vorschriften ist hingegen durch die 9. GWB-Novelle auf ein Minimum reduziert worden. Über sie ist nur noch die Herausgabe von Bußgeldbescheiden möglich (vgl. § 89c Abs. 5 GWB). Im Gegensatz zu der Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle ist dadurch ein Zugriff auf Kartellverfahrensakten erst ab Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB oder einer Herausgabeklage gem. § 33g GWB möglich. Dadurch wird der Zusammenhang des Informationszugangs mit der gericht-

826 Vgl. § 4 A. II. 4. b).

827 Vgl. § 4 A. II. 4. b) aa) (3).

828 BReg, Gesetzesentwurf zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, S. 102.

lichen Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen betont und das zivilprozessuale Ausforschungsverbot gewährt. Im Zusammenspiel mit der Glaubhaftmachung gem. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB führt dies allerdings dazu, dass der Zugriff auf Kartellverfahrensakten im Vergleich zu der Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle für Geschädigte erschwert wird. Zwar wurde auch vor 9. GWB-Novelle von der Rechtsprechung verlangt, dass ein berechtigtes Interesse durch den Nachweis des Bezugs kartellbefangener Produkte dargelegt wird. Die Glaubhaftmachung des gesamten Schadensersatzanspruchs war jedoch nicht Voraussetzung. Bei *Follow-on*-Klagen sollte sich dieser Unterschied aufgrund der Schadensvermutung und der Bindungswirkung des Bußgeldbescheides aber nur graduell auswirken.

Eine weitere Veränderung ist, dass das Bundeskartellamt nicht mehr erste Anlaufstelle für den Zugriff auf Kartellverfahrensakten ist. Das Vorlageverfahren gem. § 89c GWB ist grundsätzlich subsidiär gegenüber dem Beweismittelzugang *inter partes*. Nur für den Fall, dass dieser nicht erfolgreich war, ist ein Vorlageverfahren gem. § 89c GWB möglich. In diesem Fall ist das für die Schadensersatzklage zuständige Zivilgericht auch für die Vorlageersuchen gem. § 89c GWB zuständig. An dieser Zuständigkeitsverschiebung zeigt sich die Verlagerung der Beweismittelbeschaffung zum Privatrecht. Sie ist aufgrund der größeren Sachnähe des Zivilgerichts zur Schadensersatzklage zu begrüßen.

Die 9. GWB-Novelle hat des Weiteren zu einer Gleichstellung von Zessionaren mit originären Anspruchsinhabern geführt. Nach § 406e StPO waren nur originär Geschädigte zur Akteneinsicht und Aktenauskunft berechtigt. Zessionaren stand dagegen nur das Recht auf Aktenauskunft gem. § 475 StPO zu. Dieses eignete sich aber aufgrund der strengen Ausnahmetatbestände nicht zur Informationsbeschaffung. Nach der 9. GWB-Novelle ist nunmehr jede Partei einer Schadensersatzklage gem. § 33a GWB oder Herausgabeklage gem. § 33g GWB berechtigt, ein Vorlageersuchen zu beantragen. Die Unterscheidung zwischen originär Geschädigten und Zessionaren existiert somit nicht mehr. Die daraus folgende Gleichbehandlung des originären und derivativen Anspruchserwerbs entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts und ist daher zu begrüßen.

Seit der 9. GWB-Novelle können Geschädigte weder die Parteien noch Dritte noch die Wettbewerbsbehörde zur Offenlegung von Kronzeugenerklärungen verpflichtet (vgl. § 33g Abs. 4 GWB und § 89c Abs. 4 GWB). Für Kronzeugen führen diese Regelungen als geschriebenes Recht zu mehr Rechtssicherheit als vor der 9. GWB-Novelle. Für Geschädigte führt der partielle Offenlegungsschutz für Kronzeugen dagegen auf den ersten Blick zu einer schlechteren Informationslage. Vor der 9. GWB-Novelle bestand

zumindest nach einer Abwägung im Einzelfall die Möglichkeit, Einsicht in Kronzeugenerklärungen zu erhalten. In der Rechtspraxis war jedoch die Wahrscheinlichkeit einer solchen Einsichtnahme als sehr gering zu erachten, da freiwillig übermittelte Informationen von Kronzeugen grundsätzlich einem Informationszugriff entzogen waren. Durch dieses strenge Offenlegungsregime bestand im deutschen Recht schon vor der 9. GWB-Novelle faktisch ein umfassender Offenlegungsschutz für Kronzeugenerklärungen.⁸²⁹

Im Gegensatz zu Kronzeugenerklärungen sind bereits bestehende Kronzeugeninformationen seit der 9. GWB-Novelle nicht mehr von einer Offenlegung geschützt. Während der Zugriff auf diese Informationen vor der 9. GWB-Novelle grundsätzlich gem. § 406e Abs. 2 StPO aufgrund überwiegender Interessen oder Gefährdung des Untersuchungszwecks abgelehnt wurde, ist der Zugriff auf diese Informationen nach der gesetzgeberischen Wertung der 9. GWB-Novelle im Wege eines Offenlegungersuchens möglich. Nur ausnahmsweise soll er aufgrund von Unverhältnismäßigkeit versagt werden. Für die Rechtspraxis ist aber davon auszugehen, dass eine Offenlegung von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen in der Regel nicht stattfinden wird, da das Vorlageersuchen gem. § 89c GWB gegenüber anderen Informationsmöglichkeiten subsidiär und die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gem. § 89c Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB zu berücksichtigen ist.

Ein weiterer Aspekt, der sich durch die 9. GWB-Novelle nicht verändert hat, ist, dass keine unmittelbare Herausgabe der Beweismittel durch das Bundeskartellamt an die Geschädigten stattfindet. Während vor der 9. GWB-Novelle der Rechtsanwalt oder Gerichte als Organe der Rechtspflege zwischengeschaltet waren, ist durch § 89c Abs. 2 GWB nach der 9. GWB-Novelle eine dezidierte Prüfung im Einzelfall durch das zuständige Zivilgericht gem. § 89c Abs. 2 GWB vorgesehen. Die Übertragung der Akteneinsicht auf das Zivilgericht schützt Rechtsanwälte im Vergleich vor der 9. GWB-Novelle stärker vor möglichen Interessenkonflikten und gewährleistet ein hohes Niveau des Geheimnisschutzes. Zudem zeigt die Freigabeprüfung des § 89c Abs. 2 GWB, dass der deutsche Gesetzgeber auch die Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung, wie die Rechtsprechung des OLG Hamm, in der 9. GWB-Novelle aufgegriffen und kodifiziert hat.

829 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 239.

III. Bewertung

Bei einer Gesamtbetrachtung ist festzustellen, dass die 9. GWB-Novelle zu einer Harmonisierung des Kartellprivatrechts im deutschen Recht geführt hat, indem sie den Beweismittelzugang dem Zivilrecht und dem Zivilverfahrensrecht zuordnet. Sie stellt zudem einen weiteren Schritt des Kartellprivatrechts in Richtung eines zivilrechtlichen Sondergebiets dar, dessen Anfang in der Einführung eines speziellen Schadensersatzanspruchs (§ 33 Abs. 3 GWB a.F.) im Rahmen der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 und der Loslösung vom allgemeinen Deliktsrecht zu sehen ist. Darüber hinaus wurde das Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung durch die 9. GWB-Novelle dahin geklärt, dass der Schwerpunkt der behördlichen Tätigkeit die Aufdeckung und Ahndung von Kartellen ist und die Wettbewerbsbehörden nur eine unterstützende Rolle im Kartellprivatrecht einnehmen. Die neu eingeführten Vorschriften stellen klar, dass die Durchsetzung von Schadensersatzklagen und damit auch die Beweismittelbeschaffung als Teil des Privatrechts im Wesentlichen zwischen den Parteien zu erfolgen hat.

Ferner können Kronzeugen seit der 9. GWB-Novelle sicher sein, dass Dokumente, die eigens für die Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde geschaffen und freiwillig übermittelt wurden, umfassend vor einer Offenlegung geschützt sind. Zwar war auch vor der Novelle von der überwiegenden Rechtsprechung anerkannt, dass Informationen, die freiwillig übermittelt wurden, nicht offenzulegen waren, jedoch führen die Vorschriften des § 33g Abs. 4 GWB und des § 89c GWB durch die Normierung des Offenlegungsschutzes zu einem höheren Maß an Rechtssicherheit. Dokumente, die aus der Zeit des Kartells stammen, sind hingegen nicht absolut vor einer Offenlegung geschützt. Im Hinblick auf diese Dokumente geht die Richtlinie 2014/104/EU grundsätzlich von einer Offenlegung aus. Der deutsche Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang eine eher konservative Haltung eingenommen und die Berücksichtigung der Effektivität der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung für diese Dokumente angeordnet. Dies könnte in der Rechtspraxis dazu führen, dass der restriktive Umgang mit bereits bestehenden Kronzeugeninformationen auch nach der 9. GWB-Novelle beibehalten wird. Zudem ist fraglich, ob ein Zugriff auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen ausreicht, um das Informationsbedürfnis der Geschädigten zu befriedigen, da Kartellanten versuchen, so wenig Beweismittel wie möglich zu hinterlassen. Die 9. GWB-Novelle hat somit nicht sämtliche Spannungsfelder gelöst. Die Position der Schadensersatzkläger ist aller-

dings durch die 9. GWB-Novelle gestärkt worden.⁸³⁰ Ob private Marktteilnehmer in Zukunft Funktionen im deutschen Recht einnehmen werden, die „eine ähnliche Prägekraft entfalten wie die spezialisierten Kartellbehörden und -senate“⁸³¹, ist aber vor dem Hintergrund, dass es sich bei den meisten kartellrechtlichen Schadensersatzklagen um *Follow-on*-Klagen handelt, zweifelhaft.

E. Fazit: Grundsätzlich kein Zugriff auf Kronzeugeninformationen

Der Zugang zu Beweismitteln in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen hat durch die 9. GWB-Novelle einen großen Wandel erfahren. Davon sind auch Kronzeugeninformationen durch die Einführung eines umfassenden Offenlegungsschutzes für Kronzeugenerklärungen ins deutsche Recht betroffen. Dadurch werden Dokumente etc., die eigens für die Kooperation geschaffen wurden, von einer Offenlegung ausgenommen. Im Übrigen sind Kronzeugeninformationen im Gegensatz zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle nicht vor einer Offenlegung geschützt. Allerdings haben die Gerichte im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Offenlegung auch die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung zu beachten. Dies könnte in der Rechtspraxis dazu führen, dass die restriktive Offenlegungspraxis in Bezug auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen auch nach der 9. GWB-Novelle aufrechterhalten wird. Es ist folglich davon auszugehen, dass ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen auch in Zukunft im Grundsatz ausgeschlossen ist.

830 Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf (2017), S. 25; Podszun, Stellungnahme 9. GWB-Novelle (2017), S. 16; Preuß, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 245.

831 Vgl. Podszun, Stellungnahme 9. GWB-Novelle (2017), S. 16.