

Gordon Dawirs

Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf
Kronzeugenerklärungen im Private Enforcement unter
der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU



Nomos

Schriften der EBS Law School

herausgegeben von
der EBS Universität für Wirtschaft und Recht

Band 10

Gordon Dawirs

Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf
Kronzeugenerklärungen im Private Enforcement unter
der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU



Nomos

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

Zugl.: Wiesbaden, EBS Law School, Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-3574-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-7937-4 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinem Vater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahr 2017 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur fanden bis Januar 2017 Berücksichtigung.

Zuvörderster Dank gilt meinem verehrten Doktorvater Herrn *Prof. Dr. Matthias Weller* für die Heranführung an die hier gegenständliche Thematik und die ihm eigene umsichtige Art der Betreuung. Herrn *Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest* danke ich für die schnelle Erstattung des Zweitgutachtens.

Meine Familie, allen voran meine Frau *Daniela Dawirs*, hat durch ihren bedingungslosen Rückhalt während meines Promotionsvorhabens substantiell zu dem Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Meine Großeltern, Frau *Inge Ortlieb* und Herr *Franz Josef Ortlieb*, haben durch ihre weitreichende Unterstützung bereits während meines Studiums den Grundstein für den nunmehrigen Abschluss meiner akademischen Ausbildung gelegt. Euch allen gebührt tiefer Dank vom Grunde meines Herzens.

Gewidmet ist diese Arbeit dem Andenken meines Vaters.

Koblenz, im Juni 2017

Gordon Dawirs

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
A. Untersuchungsgegenstand	21
I. Problemstellung	21
II. Inhalt und Gang der Untersuchung	25
B. Das private enforcement	27
I. Gegenstand und Entwicklung	27
1. Inhalt des private enforcement	27
a. Defensive Dimension	27
b. Offensive Dimension	29
aa. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche	29
(1) Aktivlegitimation	30
(2) Inhalt	32
bb. Schadensersatzanspruch	34
2. Chronologie und gegenwärtiger Stand	35
a. Rechtliche Historie	35
aa. Unionsrechtliche Historie	36
bb. Nationale Historie	39
b. Status Quo	42
c. Zwischenergebnis	45
II. Allgemeine Systematik und besondere Beweisrechtsproblematik	45
1. Der Schadensersatzanspruch gemäß § 33 Abs. 3 S. 1 GWB	46
a. Kartellrechtsverstoß	46
b. Verschulden	46
c. Passivlegitimation	47
d. Aktivlegitimation	48
e. Schaden	50

2. Die Beweisproblematik privater Kartellschadensersatzklagen	51
a. Beweisrechtliche Ausgangslage	51
aa. Kartellrechtsverstoß	52
(1) stand-alone-Verfahren	52
(2) follow-on-Klagen	54
bb. Schaden	57
(1) Schadenseintritt	57
(2) Schadenshöhe	59
cc. Zwischenergebnis	62
b. Die Bedeutung von Kronzeugenerklärungen	62
aa. Wirkungsweise und Zweck von Kronzeugenerklärungen	63
bb. Regelungen auf unionaler Ebene	65
(1) Voraussetzungen für die Gewährung des Bußgelderlasses	66
(a) Prioritätsprinzip	66
(b) Beweismittel	67
(c) Kooperationspflicht	68
(2) Geheimhaltung der Kronzeugendokumente	69
cc. Regelungen auf nationaler Ebene	70
(1) Voraussetzungen eines Bußgelderlasses	70
(a) Prioritätsprinzip	70
(b) Beweismittel	70
(c) Kooperationspflicht	72
(2) Geheimhaltungszusage	72
dd. Relevanz von Kronzeugenerklärungen für die Beweisführung	72
ee. Spannungsverhältnis zwischen private und public enforcement	78
c. Zusammenfassung	81

C. Rechtliche Mechanismen für den Zugriff auf Kronzeugenerklärungen	83
I. Vorprozessualer Zugriff	84
1. Nationale Ebene	85
a. § 406e Abs. 1 S. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1, 3 S. 4 OWiG	85
aa. Voraussetzungen des Akteneinsichtsrechts	86
(1) Verletzteneigenschaft	86
(a) Bestimmung gemäß § 172 Abs. 1 S. 1 StPO	87
(b) Bestimmung gemäß § 403 StPO i.V.m. § 33 Abs. 3 S. 1 GWB	91
(c) Zwischenergebnis	94
(2) Berechtigtes Interesse	94
(a) Verfolgung von Schadensersatzansprüchen	94
(b) Beweisgewinnung und Ausforschung	95
(3) Zwischenergebnis	103
bb. Versagung der Akteneinsicht gemäß § 406e Abs. 2 S. 1, 2 StPO	103
(1) Schutzwürdige Interessen gemäß § 406e Abs. 2 S. 1 StPO	104
(a) Gerichtlicher bzw. behördlicher Prüfungskanon	104
(b) Interessen des Kronzeugen	106
(aa) Bisheriger Meinungsstand	107
(bb) Stellungnahme	110
(c) Schutz der Effektivität des Bonusprogramms	113
(d) Zwischenergebnis	121
(2) Untersuchungszweckgefährdung gemäß § 406e Abs. 2 S. 2 StPO	122
(a) Die Entscheidung Pfeleiderer	122
(b) Stellungnahme	125
(aa) Effektive Kartellverfolgung als taugliches Schutzgut	125
(bb) Unionsrechtskonformität	128
cc. Ergebnis	129

b.	Akteneinsicht im Kartellverwaltungsverfahren	130
aa.	Akteneinsicht gemäß § 29 Abs. 1 S. 1 VwVfG i.V.m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB	131
bb.	Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung	133
	(1) Inhalt	133
	(2) Erfordernis des berechtigten Interesses	134
	(3) Grenzen der Akteneinsicht	136
cc.	Ergebnis	140
c.	Zugriff gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 IFG	140
aa.	Subsidiarität gemäß § 1 Abs. 3 IFG	141
bb.	Ausschluss des Informationszugangsrechts	144
	(1) Schutz der Wettbewerbsbehörden gemäß § 3 Nr. 1 lit. d) IFG	145
	(2) Schutz vertraulicher Informationen gemäß § 3 Nr. 7 IFG	146
	(3) Vereinbarkeit mit unionalem Primärrecht	147
cc.	Ergebnis	151
d.	Ergebnis	151
2.	Unionale Ebene	152
a.	Zugriff durch Art. 27 Abs. 2 (EG) VO 1/2003	153
b.	Akteneinsichtsrecht des Beschwerdeführers	154
c.	Zugriff gemäß Art. 116 § 2 VerfO-EuG und Art. 93 § 3 VerfO-EuGH	156
d.	Zugriff gemäß Art. 2 Abs. 1 (EG) VO 1049/2001	157
aa.	Anwendbarkeit neben (EG) VO 1/2003	158
bb.	Ausschluss des Zugangs gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2 VO 1049/2001	160
	(1) Schutz der Wirtschaftspolitik	160
	(2) Schutz geschäftlicher Interessen	163
	(3) Schutz des Zwecks von Untersuchungstätigkeiten	166
	(a) Schutz des Kronzeugenprogramms als Untersuchungstätigkeit	167
	(b) Die Darlegungslast nach der Entscheidung EnBW	172
	(aa) Die Ausgangsentscheidung des EuG	175
	(bb) Die Rechtsmittelentscheidung des EuGH	176

(cc) Stellungnahme	179
e. Ergebnis	183
3. Ergebnis	184
II. Innerprozessualer Zugriff auf Kronzeugenerklärungen	185
1. Doppeltürmodell gemäß §§ 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, 474 Abs. 1 StPO	186
a. Gerichtliches Ersuchen gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO	187
b. Behördliche Übermittlung gemäß § 474 Abs. 1 StPO i.V.m. § 49b OWiG	189
aa. Zweck der Rechtspflege als Voraussetzung der Akteneinsicht	190
(1) Erforderlichkeit der Aktensicht im Schadensersatzprozess	190
(2) Prüfung der Erforderlichkeit durch die ersuchende Stelle	193
bb. Versagung der Akteneinsicht durch das Bundeskartellamt	193
(1) Weitergehende Prüfung gemäß § 477 Abs. 4 S. 2 2. HS StPO	194
(2) Versagung gemäß § 477 Abs. 2 S. 1 StPO	196
c. Zwischenergebnis	199
d. Einsichtnahme durch die Parteien	200
aa. Einsicht nur im Falle prozessualer Verwertung	200
bb. Interessen des Bundeskartellamtes	204
e. Ergebnis	208
2. Beweisantritt gemäß § 432 Abs. 1 ZPO	209
a. Voraussetzungen des Beweisantritts	210
aa. Urkunde in der Verfügungsgewalt einer öffentlichen Behörde	210
bb. Keine Umgehung der eigenmächtigen Beweisbeschaffung	212
cc. Beweisantrag	213
b. Behördliche Vorlage nach Beweisbeschluss	215
aa. Rechtlicher Rahmen der Amtshilfe gemäß § 7 Abs. 1 VwVfG	215
bb. Ausschluss der Amtshilfe gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 VwVfG	218

cc. Ausschluss gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 3 VwVfG	220
dd. Zwischenergebnis	222
c. Verwertbarkeit im Rahmen des Schadensersatzprozesses	223
d. Ergebnis	224
III. Ergebnis	225
D. Die Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU	227
I. Entstehung, Struktur und Zielsetzung der Richtlinie	228
1. Historie	228
2. Regelungszweck und Aufbau der Richtlinie	229
a. Zielsetzung	229
b. Struktur	231
II. Beweismittelzugangsregelungen	235
1. Beweisrechtliche Systematik der Richtlinie	236
a. Substantiierte Begründung	237
b. Verhältnismäßigkeit	239
c. Relevanz	242
d. Sonderfall der Offenlegung von wettbewerbsbehördlichen Beweismitteln	244
e. Sanktionierung	247
f. Ergebnis	248
2. Offenlegung und Verwertung von Kronzeugendokumenten	248
a. Absolutes Offenlegungsverbot gemäß Art. 6 Abs. 6 lit. a)	250
aa. Sachlicher Schutzbereich	250
(1) Erstreckung auf nachgelagerte Kronzeugenanträge	251
(2) Erstreckung auf beizufügende Anlagen und Beweismittel	253
(3) Zwischenergebnis	255
bb. Einsichtnahmemöglichkeit gemäß Art. 6 Abs. 7	255
b. Beweisverwertungsverbot gemäß Art. 7 Abs. 1	256
3. Ergebnis	257
III. Umsetzung auf nationaler Ebene	258
1. Voll- oder Teilharmonisierung?	258

2.	Umfang des Anpassungsbedarfs	260
a.	Offenlegungsverbot und in camera-Verfahren	260
b.	Beweisverwertungsverbot	262
3.	Ergebnis	263
IV.	Verfahrensrechtliche oder materiell-rechtliche Implementierung?	264
1.	Umsetzung innerhalb der Zivilprozessordnung	265
2.	Schaffung eines Sonderbeweisrechts innerhalb des GWB	266
3.	Ergebnis	270
V.	Primärrechtswidrigkeit des unbedingten Schutzes von Kronzeugendokumenten	270
1.	Ausgangsproblematik	271
2.	Bisheriger wissenschaftlicher Meinungsstand	272
a.	Annahme der Primärrechtswidrigkeit	273
b.	Gegenauffassung	274
c.	Zwischenergebnis	276
3.	Stellungnahme	276
a.	Vereinbarkeit mit den Entscheidungen Pfeleiderer und Donau Chemie	277
b.	Sekundärrechtliche Beeinflussung des Primärrechts durch die Richtlinie?	285
aa.	Ausformung des Primärrechts durch Sekundärrecht	287
bb.	Sekundärrechtliche Wirkung der Rechtsprechung des EuGH	294
cc.	Zwischenergebnis	297
4.	Ergebnis	297
VI.	Verletzung des unionalen Rechts auf Beweis	298
1.	Das Recht auf Beweis	300
a.	Funktion und Inhalt	300
b.	Dogmatische Grundlage auf nationaler Ebene	304
aa.	Justizgewährungsanspruch	305
bb.	Anspruch auf rechtliches Gehör	306
cc.	Stellungnahme	307

2. Recht auf Beweis und absoluter Kronzeugenschutz	308
a. Primärrechtliches Recht auf Beweis gemäß Art. 47 Abs. 1 und 2 GrCh	308
aa. Normenhierarchische Bedeutung des Art. 47 GrCh	308
bb. Inhalt und Reichweite von Art. 47 Abs. 1 und 2 GrCh	310
cc. Gewährung eines Rechts auf Beweis durch Art. 47 Abs. 1 und 2 GrCh	313
dd. Ergebnis	317
b. Verletzung des Rechts auf Beweis durch Artt. 6 Abs. 6 lit. a), 7 Abs. 1	318
aa. Einschränkung des Beweisrechts	318
bb. Rechtfertigung gemäß Art. 52 Abs. 1 GrCh	319
(1) Gesetzesvorbehalt	320
(2) Legitimes Ziel	321
(3) Wesensgehaltsgarantie	322
(4) Verhältnismäßigkeit	322
(a) Geeignetheit	323
(b) Erforderlichkeit	324
(aa) Privilegierung im Außenverhältnis	326
(bb) Privilegierung im Gesamtschuldnerinnenausgleich	330
(cc) Weitere Modelle	334
(dd) Zwischenergebnis	335
(c) Angemessenheit	336
(5) Zwischenergebnis	338
3. Ergebnis	338
VII. Folgen der Primärrechtswidrigkeit	339
E. Zusammenfassung und Schluss	343
Literaturverzeichnis	349

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	Andere Auffassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft - Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AG	Amtsgericht
Art.	Artikel (Singular)
Artt.	Artikel (Plural)
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar zum Informations- und Medienrecht
InfoMedienR	
BeckOK StPO	Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung
BeckOK VwVfG	Beck'scher Online-Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BB	Betriebsberater
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

Abkürzungsverzeichnis

EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln
FS	Festschrift
GA	Goldammers Archiv für Strafrecht
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs- report
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Hrsg.	Herausgeber
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz)
i.V.m.	in Verbindung mit
KG	Kammergericht Berlin
KK-OWiG	Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz
Kommission	Europäische Kommission
LG	Landgericht
lit.	litera
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZKArt	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
öKartG	österreichisches Kartellgesetz
Reg.-Begr.	Regierungsbegründung
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes
sog.	sogenannte(s)

StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
verb.	verbunden
VerfO-EuG	Konsolidierte Fassung der Verfahrensordnung des Gerichts, ABl. EU Nr. C 177/37 v. 02.07.2010
VerfO-EuGH	Konsolidierte Fassung der Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juni 1991, ABl. EU Nr. C 177/1 v. 02.07.2010
VG	Verwaltungsgericht
Vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VuR	Verbraucher und Recht
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bank- recht
wrp	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb Entscheidungssammlung
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. Untersuchungsgegenstand

I. Problemstellung

Das Bedürfnis privater Kartellschadensersatzkläger, eine ausreichende Beweismittellage für die erfolgreiche Prozessführung sicherstellen zu können, stellt eine Kernproblematik des *private enforcement* dar. Unter dieser Begrifflichkeit wird die privatrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zusammengefasst, die gemeinsam mit der behördlichen Durchsetzungsebene (sog. *public enforcement*) die Erhaltung des freien Wettbewerbs sicherstellen soll. Das *private enforcement* umfasst dabei grundsätzlich sämtliche Formen der privatrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung, insbesondere die Geltendmachung kartellprivatrechtlicher Schadensersatzansprüche, die aus wettbewerbswidrigen Absprachen und Verhaltensweisen folgen, sowie die Nutzbarmachung von Kartellrechtsverstößen als Verteidigungsmittel gegen die vertragliche Inanspruchnahme¹. Das *private enforcement* weist mithin eine Janusköpfigkeit in Gestalt einer defensiven und einer offensiven Ausprägung auf.

Besondere Schwierigkeiten bei der gerichtlichen Geltendmachung kartellprivatrechtlicher Schadensersatzansprüche bereitet die Beweisführung². Der Kläger ist auch im kartellprivatrechtlichen Schadensersatzprozess aufgefordert, bis auf wenige Ausnahmen³ sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und im Bestreitensfall unter Beweis zu stellen. Es entspricht jedoch dem Wesen der Kartelle, dass sie klandestin agieren und sich hierdurch nahezu alle anspruchsbegründenden Umstände gerade nicht in der Sphäre des Klägers, sondern in der des beklagten Kartellanten zutragen. Dies gilt insbesondere für sog. *Hardcore-Kartelle*⁴, die besonders häufig privatrechtliche Schadensersatzklagen nach sich ziehen.

1 *Nietsch*, in: *Nietsch/Weller*, Private Enforcement, 9, 12.

2 Vgl. hierzu unter B.II.2.a.

3 Vgl. insb. zur Feststellungswirkung des behördlichen Bußgeldbescheides unter B.II.2.a.aa.(2).

4 Unter dem Begriff der Hardcore-Kartelle werden besonders schwerwiegende wettbewerbswidrige Absprachen zusammengefasst wie z.B. Vereinbarungen über Preise und Produktionsmengen oder die Aufteilung von Absatzgebieten und Kundengruppen. Vgl. hierzu auch *Wiedemann/Ewald*, § 7 Rn. 94.

A. Untersuchungsgegenstand

Der Kartellgeschädigte findet sich prozessual in der misslichen Situation wieder, dass er zur Substantiierung und zum Beweis seines Begehrens fast ausschließlich auf Informationen angewiesen ist, die sich in der Hand des Beklagten bzw. der Kartellbehörden befinden. Diese dem *private enforcement* immanente Problematik ist in der jüngeren Vergangenheit unter dem Begriff der *Informationsasymmetrie* zusammengefasst worden. Zur Überwindung dieser Informationsasymmetrie legen die Kartellgeschädigten besonderes Augenmerk auf die im Besitz der Wettbewerbsbehörden befindlichen Kronzeugenerklärungen. Sie enthalten detailreiche Erklärungen von Kartellteilnehmern, die den Behörden die Verfolgung und Aufdeckung der Kartelle ermöglichen und die kooperierenden Kartellanten im Gegenzug in den Genuss von Bußgelderlassen oder Bußgeldreduktionen bringen. Von der Habhaftwerdung dieser Dokumente versprechen sich die Kartellgeschädigten eine umfassende Aufklärung über Umfang, Reichweite und Wirkweise des Kartells und damit die Möglichkeit, ihre Schadensersatzklage in ausreichendem Maße substantiieren und durch eine entsprechende Beweisführung stützen zu können. Die nationalen und unionalen Kartellbehörden verhalten sich hinsichtlich der Offenlegung dieser Dokumente jedoch äußerst zurückhaltend bzw. verweigern sie gänzlich. Diese Blockadehaltung wird mit der Feststellung begründet, dass die Offenlegung die Effektivität der Kronzeugenprogramme erheblich gefährden würde, da die kooperierenden Kartellanten fürchten müssten, aufgrund der Offenlegung von den Kartellgeschädigten (vorrangig) in Anspruch genommen zu werden und dadurch den erlangten Vorteil der Bußgeldreduktion (bzw. des Erlasses) einzubüßen⁵. *Private* und *public enforcement* verfolgen damit zwar im Ausgangspunkt dasselbe Ziel, ergänzen sich jedoch nur bedingt. Die Harmonisierung von behördlicher Verfolgungstätigkeit und privatrechtlicher Anspruchsdurchsetzung erscheint insbesondere bei der Frage nach der Offenlegung von Kronzeugenerklärungen wie die Quadratur des Kreises, da die Stärkung des einen Durchsetzungsmechanismus scheinbar zwangsläufig mit der Schwächung des anderen einhergeht.

Die Nutzung des Kartellrechts als offensives Angriffsmittel zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen stellt ein vergleichsweise junges Phänomen dar. Für den Zeitraum von 1958 bis 2004 ermittelte die sog. *Ashurst-Studie* die Erhebung von insgesamt 29 privatrechtlichen Kartellschadensersatzklagen in Deutschland, von denen lediglich 9 von Erfolg

5 *Bundeskartellamt*, Erfolgreiche Kartellverfolgung, 27.

gekrönt waren. Die Studie attestierte dem Regime privater Kartellschadensersatzklagen sowohl auf unionaler als auch auf nationaler Ebene einen erheblichen Effizienzverlust⁶. Auch wenn die empirische Aussagekraft dieser Erhebung im Detail mitunter angezweifelt wird⁷, so steht doch zur überwiegenden Überzeugung fest, dass das *private enforcement* in seiner offensiven Ausprägung in der Vergangenheit auf nationaler Ebene eine vollkommen untergeordnete Rolle eingenommen hat. Ähnliches gilt für die privatrechtliche Durchsetzung im gesamteuropäischen Kontext⁸. Seinen Ursprung hat dieses Defizit des *private enforcement* insbesondere in dem Umstand, dass die Durchsetzung vor Gericht etliche beweisrechtliche Hürden überwinden muss und die Kartellgeschädigten aufgrund dessen oftmals von der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche Abstand nahmen⁹.

Nachdem der *EuGH* mit seinen Entscheidungen *Courage*¹⁰ und *Manfredi*¹¹ auf europäischer Ebene den Grundstein für kartellrechtliche Schadensersatzklagen legte, indem er urteilte, dass *jedermann* Ersatz des ihm durch einen Kartellverstoß entstandenen Schadens verlangen könne, folgte die Kommission durch den Erlass der VO 1/2003¹², die erste Maßnahmen zur Umsetzung der judiziellen Vorgaben des *EuGH* enthielt. In der Folgezeit schlossen sich insbesondere nach Veröffentlichung der *Ashurst-Studie* weitere Maßnahmen der Kommission an, um die dringendsten Problemkreise privatrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung zu erkennen und zu beheben¹³. Den vorläufigen Höhepunkt dieser Bestrebungen bildet die Richt-

6 *Waelbroeck/Slater/Even-Shoshan*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules - Ashurst-Studie, 1, die wörtlich von „astonishing diversity and total underdevelopment“ spricht.

7 *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2004), 5; *Lübbing/le Bell*, wrp 2006, 1209, 1210.

8 *Möschel*, WuW 2007, 483, 485, der von „völliger Bedeutungslosigkeit“ spricht.

9 *Hempel*, WuW 2004, 362, 365.

10 *EuGH*, Urt. v. 20.09.2001 - Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 „*Courage*“.

11 *EuGH*, Urt. v. 13.07.2006 - Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 „*Manfredi*“.

12 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1, 1 vom 04.01.2003.

13 Zur genauen Chronologie vgl. unter B.I.2.a.

linie 2014/104/EU vom 26. November 2014¹⁴. Ihr erklärtes Ziel ist es, die mitgliedstaatlichen Unterschiede bei der gerichtlichen Durchsetzung kartellprivatrechtlicher Schadensersatzansprüche einzuebnen und dadurch die privatrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts effektiv und rechtsicher zu gestalten. Gleichzeitig soll die Richtlinie sicherstellen, dass die Kronzeugenprogramme und das *public enforcement* insgesamt nicht durch die Anspruchshaltung der Kartellgeschädigten beeinträchtigt werden. Aufgrund dessen wird eine Koordinierung bzw. Harmonisierung der behördlichen und privaten Durchsetzungsebene angestrebt¹⁵. Hieran zeigt sich, dass der europäische Gesetzgeber den gordischen Knoten im Bereich der Kartellrechtsdurchsetzung erkannt hat und ihn zu durchtrennen versucht. Insbesondere ist auf unionaler Ebene die das *private enforcement* prägende Informationsasymmetrie und die immense Bedeutung der diese Asymmetrie abmildernden Beweismittel erkannt worden¹⁶. Dementsprechend enthält die Richtlinie zur Harmonisierung des Spannungsfeldes zwischen Wettbewerbsbehörden und Kartellgeschädigten in den Artt. 5, 6 und 7 einen ausdifferenzierten Regelungskomplex zur Frage der Zugänglichmachung von Beweismitteln bzw. deren prozessualer Verwertung. Insbesondere die Kronzeugenerklärungen haben in den Artt. 6 Abs. 6 lit. a) und 7 Abs. 1 eigene Regelungen erfahren, die die Offenlegung und Verwertung dieser Erklärungen gänzlich untersagen. Daraus folgt für die Kartellgeschädigten, dass zukünftig ein Zugriff auf Kronzeugenerklärungen bzw. deren Einführung als Beweismittel in den Schadensersatzprozess nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers zum Schutz der Kronzeugenprogramme nicht mehr möglich sein wird. Privaten Kartellschadensersatzklägern wird damit ein essentielles Beweismittel zur Begründung ihres Schadensersatzbegehrens vorenthalten. Dies wirft die hier gegenständliche Frage auf, ob eine unbedingte Geheimhaltung der Kronzeugendokumente und der hierdurch zum Ausdruck gebrachte Vorrang der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Beweisführung vor Gericht in Einklang zu bringen ist.

14 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, ABl. Nr. L 349, 1 vom 05.12.2014, im Folgenden: „Richtlinie“ oder „Kartellschadensersatzrichtlinie“.

15 Vgl. Begründungserwägung 8, 9 sowie Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie.

16 Vgl. Begründungserwägung 14 und 15 der Richtlinie.

II. Inhalt und Gang der Untersuchung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen im *private enforcement* und dessen Beeinflussung durch die Kartellschadensersatzrichtlinie. Die Arbeit will einen substantiellen Beitrag zu der Frage leisten, welche rechtlichen Möglichkeiten bisher für Kartellgeschädigte bestanden, im vorprozessualen und innerprozessualen Stadium auf die Kronzeugendokumente der Wettbewerbsbehörden zuzugreifen, welche Veränderungen die Richtlinie hinsichtlich dieser bisherigen Zugriffsmechanismen mit sich bringt und auf welchem Wege diese Veränderungen Niederschlag im nationalen Recht finden sollten. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die seit Inkrafttreten der Richtlinie schwelende Frage nach der Vereinbarkeit des unbedingten Schutzes von Kronzeugenerklärungen mit dem europäischen Primärrecht in Gestalt der Artt. 101 und 102 AEUV und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des *EuGH* gelegt. Die wissenschaftliche Diskussion um die mögliche Primärrechtswidrigkeit des unabwägbaren Schutzes von Kronzeugendokumenten wird durch die Untersuchung zudem um die Frage ergänzt, ob und inwieweit die Regelungen der Kartellschadensersatzrichtlinie zur Geheimhaltung der Kronzeugendokumente mit dem durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union gewährleisteten Recht auf Beweis der Kartellgeschädigten konfligieren.

Zunächst wird in Teil B. das Institut des *private enforcement* in seinen dogmatischen Grundzügen dargestellt¹⁷ und seine Entwicklung seit Bestehen des nationalen und unionalen Wettbewerbsrechts skizziert¹⁸. Anschließend zeigt die Untersuchung die Systematik privatrechtlicher Kartellschadensersatzklagen auf und fokussiert dabei auf die besondere Beweisführungsproblematik des *private enforcement* sowie die beweisrechtliche Relevanz der Kronzeugenerklärungen¹⁹. Hierauf aufbauend werden in Teil C. die rechtlichen Mechanismen dargelegt, mit deren Hilfe die Kartellgeschädigten nach bisheriger Rechtslage auf Kronzeugenerklärungen, die sich im Besitz der Kartellbehörden befinden, zugreifen können. Dabei wird zwischen dem Zugriff auf nationaler und unionaler Ebene sowie der Offenlegung im vorprozessualen und innerprozessualen Stadium differenziert. Teil D. der Untersuchung widmet sich sodann der Kartellschadensersatz-

17 Siehe hierzu unter B.I.1.

18 Siehe hierzu unter B.I.2.

19 Siehe hierzu unter B.II.

richtlinie. Einleitend werden die Genese und die Struktur der Richtlinie dargestellt²⁰. Anschließend wird die beweisrechtliche Systematik ausführlich untersucht mit besonderer Fokussierung auf jene Regelungen, die den Schutz der behördlichen Kronzeugendokumente zum Gegenstand haben²¹. Hierauf folgt die Untersuchung der Frage, welchen Umsetzungsbedarf die Richtlinie hinsichtlich der Offenlegung von Beweismitteln auf nationaler Ebene auslösen wird und an welcher Stelle diese Umsetzung vollzogen werden sollte²². Schlussendlich widmet sich die Arbeit ausführlich der Frage nach der möglichen Primärrechtswidrigkeit des absoluten Schutzes von Kronzeugendokumenten. Dabei wird zunächst untersucht, ob und inwieweit ein unbedingter Schutz der Kronzeugendokumente mit dem primärrechtlich verankerten und durch die Rechtsprechung des *EuGH* entwickelten Gebot der Einzelfallabwägung konfligiert²³. Anschließend erfolgt die Gegenüberstellung des durch die Kartellschadensersatzrichtlinie vorgesehenen Schutzes der Kronzeugendokumente mit dem unionalen Recht auf Beweis²⁴. Hierzu werden zunächst der Inhalt und die rechtsstaatliche Bedeutung des Rechts auf Beweis sowie seine dogmatischen Grundlagen auf nationaler Ebene dargestellt. Ausgehend hiervon wird aufgezeigt, dass die rechtsstaatlichen Überlegungen, die dem Recht auf Beweis zugrunde liegen, auch auf primärrechtlicher Ebene in Art. 47 Abs. 1 und 2 GrCh verankert sind und den Kartellgeschädigten aufgrund dessen ein unionsverfassungsrechtliches Recht auf beweisrechtliche Nutzbarmachung der Kronzeugendokumente zur Seite steht. Dieser Genese des unionalen Rechts auf Beweis schließt sich die Darstellung der fehlenden unionsverfassungsrechtlichen Legitimation der Beeinträchtigung des Rechts auf Beweis durch den unbedingten Schutz der Kronzeugendokumente an. Ausführungen zu den praktischen Konsequenzen der Primärrechtswidrigkeit runden die Untersuchung ab²⁵. Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse in Teil E.

20 Hierzu unter D.I.

21 Siehe hierzu unter D.II.

22 Siehe hierzu unter D.III. und IV.

23 Hierzu unter D.V.

24 Hierzu unter D.VI.

25 Hierzu unter D.VII.

B. Das private enforcement

I. Gegenstand und Entwicklung

1. Inhalt des private enforcement

Die Durchsetzung des Kartellverbotes in Deutschland fußt auf zwei unterschiedlichen Regimen. Zentral erfolgt die Durchsetzung durch die hierzu berufenen öffentlichen Institutionen²⁶, namentlich das Bundeskartellamt, das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sowie die Landeskartellbehörden. Die zwischen diesen Stellen zu verteilenden Zuständigkeiten finden ihre Regelung in den §§ 48 ff. GWB, wobei § 48 Abs. 2 S. 1 GWB eine grundsätzliche Zuständigkeit des Bundeskartellamtes statuiert, sofern keine ausdrückliche Zuweisung an eine andere Behörde besteht. Auf europäischer Ebene erfolgt die Überwachung und Umsetzung des Kartellverbotes gemäß Art. 105 Abs. 1 S. 1 AEUV durch die Kommission, unter Zuhilfenahme der mitgliedstaatlichen Kartellbehörden. Diese behördliche Dimension der Kartellrechtsdurchsetzung wird als *public enforcement* bezeichnet²⁷.

Flankiert wird das *public enforcement* durch eine privatrechtliche Dimension, das sog. *private enforcement*. Dieses wiederum besitzt sowohl eine defensive als auch eine offensive Gestalt.

a. Defensive Dimension

In seiner defensiven Ausprägung dient das *private enforcement* dem Kartellanten als Verteidigungsmittel gegen die Inanspruchnahme durch den kartellzugehörigen Vertragspartner. Hierzu kann die Nichtigkeit der ver-

26 Spiegelbildlich hierzu verhält sich die Jurisdiktion der USA: Hier stellen privatrechtliche Schadensersatzklagen das Hauptinstrument zur Durchsetzung des Kartellverbotes dar, vgl. *Meyer-Lindemann*, WuW 2011, 1235, 1241; *Hempel*, WuW 2005, 137, 139; *Berrisch/Burianski*, WuW 2005, 878. Zur Vorrangstellung der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland vgl. *Basedow*, WuW 2008, 270.

27 *Meyer-Lindemann*, WuW 2011, 1235.

traglichen Vereinbarung, die dem Wettbewerbsverstoß zugrunde liegt, der Inanspruchnahme eben hieraus entgegengehalten werden. Die Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vertragsvereinbarungen folgt auf unionsrechtlicher Ebene aus Art. 101 Abs. 2 AEUV, wonach die Nichtigkeitssanktion ihre Wirkung *ex tunc* und *ex lege* entfaltet²⁸.

Auf nationaler Ebene ist die Nichtigkeitssanktion Ausfluss des § 1 GWB. Dabei enthält § 1 GWB selbst lediglich einen Verbotstatbestand, der wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen untersagt wissen will. Eine ausdrückliche Rechtsfolge hinsichtlich der zivilrechtlichen Wirksamkeit der jeweiligen Vereinbarung enthält § 1 GWB indes nicht. Ausweislich der Gesetzesmaterialien soll die Nichtigkeit aus den allgemeinen Vorschriften in Gestalt von § 134 BGB folgen²⁹. Eine starke Meinung im Schrifttum gibt hingegen einer Nichtigkeitsfolge nach Sinn und Zweck von § 1 GWB selbst ohne die „Hebelwirkung“ des § 134 BGB den Vorzug³⁰. Ungeachtet dieses dogmatischen Streitstandes hat ein Verstoß gegen § 1 GWB damit zwingend die Nichtigkeit der verbotswidrigen Vereinbarung zur Folge³¹, welche der Kartellant seinem Vertragspartner im Falle der Inanspruchnahme aus der Kartellvereinbarung entgegengehalten kann. Gegen diesen Einwand kann dabei nicht zu Felde geführt werden, der in Anspruch genommene Kartellant verhalte sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben arglistig, wenn er sich auf die Nichtigkeit der Vereinbarung beruft. Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des unbeschränkten Wettbewerbs überlagert in diesem Fall das für sich genommen treuwidrige Verhalten des Kartellanten³². Unerheblich ist dabei, ob die Nichtigkeit aus § 1 GWB oder aus Art. 101 Abs. 2 AEUV folgt³³.

Nicht von dieser Nichtigkeitssanktion umfasst sind indes Folgeverträge (Leistungsaustauschverträge) mit kartellfremden Dritten, die nicht der Durchführung der Kartellvereinbarung selbst dienen³⁴. Da der Kartellaußenseiter nicht mit der Ungewissheit über die Wirksamkeit der eingegangenen Verträge und damit indirekt mit der Nichtigkeitsfolge des Kar-

28 Immenga/Mestmäcker/Schmidt, AEUV Art. 101 Rn. 13 und 14.

29 BT-Drs. 13/9720, 46.

30 Immenga/Mestmäcker/Zimmer, GWB § 1 Rn. 184 m.w.N.

31 Immenga/Mestmäcker/Zimmer, GWB § 1 Rn. 185.

32 BGH, WuW/E 1972 BGH 1226, 1231 f. „Eiskonfekt“; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 11.12.2007 - 11 U 44/07 (zitiert nach juris).

33 Immenga/Mestmäcker/Schmidt, AEUV Art. 101 Rn. 19.

34 Immenga/Mestmäcker/Zimmer, GWB § 1 Rn. 187.

tellverbotes belastet werden soll, bleiben Vertragsverhältnisse, die Kartellfremde mit den Kartellanten schließen, in ihrer Wirksamkeit unberührt³⁵. Selbiges gilt sodann folgerichtig für jene Verträge, die kartellfremde Dritte wiederum selbst mit Abnehmern oder sonstigen Geschäftspartnern schließen, auch wenn der Vertragsgegenstand durch die ursprüngliche Kartellvereinbarung (bspw. eine Preisabsprache) weiterhin bemakelt bleibt.

b. Offensive Dimension

Insbesondere jenen, die von einem Kartellverstoß betroffen sind, jedoch außerhalb des Kartells selbst stehen, vermittelt das Wettbewerbsrecht keine Verteidigungs-, sondern Angriffsmittel in Gestalt von Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen. Ihre Regelung finden sie in § 33 Abs. 1 und 3 GWB, die im Falle eines Verstoßes gegen die Normen des GWB oder die Artt. 101 und 102 AEUV die Geltendmachung verschiedener Anspruchsarten ermöglichen. Es findet sich dabei eine Differenzierung zwischen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 GWB³⁶ und Schadensersatzansprüchen gemäß § 33 Abs. 3 S. 1 GWB³⁷. Die offensive Gestaltung des *private enforcement* erfährt in § 33 Abs. 1, 3 GWB demnach wiederum selbst eine Verästelung in Angriffsmittel unterschiedlicher Natur.

aa. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche

Nach § 33 Abs. 1 S. 1 GWB ist derjenige, der gegen Vorschriften des GWB, die Artt. 101 oder 102 AEUV oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörden³⁸ verstößt, dem Betroffenen zur Beseitigung und, bei Vorhandensein einer entsprechenden Wiederholungsgefahr, zur Unterlassung verpflichtet. Ergänzt wird dieses Reglement durch § 33 Abs. 1 S. 2 GWB, der

35 BGH, WuW/E 1956 BGH 152 f. „*Spediteurbedingungen*“; OLG Stuttgart, WuW/E 1970 OLG 1083, 1089 f. „*Fahrschulverkauf*“.

36 Hierzu sogleich unter B.I.1.b.aa.

37 Hierzu unter B.I.1.b.bb. sowie ausführlich unter B.II.1.

38 Nennenswert sind hier insbesondere die konstitutiven Verfügungen gemäß §§ 32d und 30 Abs. 3 GWB sowie die deklaratorischen Verfügungen nach §§ 32, 32a und 36 GWB, vgl. hierzu Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Rehbinder, GWB § 33 Rn. 31.

einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch bereits dann gewährt, wenn eine hinreichend konkrete Erstbegehungsgefahr besteht³⁹. Das Instrumentarium der Unterlassungsansprüche gemäß § 33 Abs. 1 S. 1, 2 GWB folgt damit der allgemeinen Dogmatik von Unterlassungsansprüchen, die bereits dann zur Entstehung gelangen, wenn der erstmalige Verstoß ernsthaft zu erwarten ist⁴⁰. § 33 Abs. 1 S. 2 GWB hat aufgrund dessen lediglich deklaratorischen Charakter.

(1) Aktivlegitimation

Die Anspruchsinhaberschaft knüpft gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 GWB an das Merkmal der *Betroffenheit* an⁴¹, das sich in § 33 Abs. 1 S. 3 GWB legaldefiniert findet. Anspruchsberechtigt ist demnach jeder Mitbewerber oder sonstige Marktteilnehmer, der durch den Verstoß beeinträchtigt ist. Grundsätzlich unterliegt das Merkmal der Betroffenheit in § 33 Abs. 1 S. 1 GWB einer weiten Auslegung. Dies liegt in dem Umstand begründet, dass der Gesetzgeber im Rahmen der 7. GWB-Novelle, die u.a. die Anspruchsnorm des § 33 in das GWB einführte, die Vorgaben des *EuGH* aus dem *Courage*-Urteil⁴² in das nationale Recht umgesetzt wissen wollte⁴³. Der *EuGH* hat hierin ausgeurteilt, dass es die volle Wirksamkeit des Kartellverbotes aus Art. 101 Abs. 1 AEUV beeinträchtigte, wenn „*nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist*“⁴⁴. Die Auslegung des Merkmals der Betroffenheit ist daher weit vorzunehmen, um diesem Jedermann-Erfordernis des *EuGH* gerecht zu werden.

Die von § 33 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 GWB genannten Mitbewerber zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit den an dem Kartellverstoß beteiligten Unternehmen auf einem räumlich und sachlich relevanten Markt tatsächlich

39 Immenga/Mestmäcker/Emmerich, GWB § 33 Rn. 42; BGHZ 117, 264.

40 Jauernig/Berger, § 1004 Rn. 11; MüKoBGB/Baldus, § 1004 Rn. 289; BGH, NJW 1951, 843.

41 Auf das frühere Merkmal der Schutzgesetzzeigenschaft, das die Anwendbarkeit von § 823 Abs. 2 BGB ermöglichte, kommt es nicht mehr an, vgl. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Rehbinder, GWB § 33 Rn. 2.

42 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 - Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 „*Courage*“.

43 Immenga/Mestmäcker/Emmerich, GWB § 33 Rn. 11.

44 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 - Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 „*Courage*“ Rn 26.