Edmund James Melzer

§ 33g GWB: Offenlegung versus Geheimnisschutz

Der Umgang mit vertraulichen Informationen im harmonisierten Kartellschadensersatzverfahren

Berliner
Wissenschafts-Verlag

§ 33g GWB: Offenlegung versus Geheimnisschutz

Edmund James Melzer

§ 33g GWB: Offenlegung versus Geheimnisschutz

Der Umgang mit vertraulichen Informationen im harmonisierten Kartellschadensersatzverfahren

Berliner
Wissenschafts-Verlag

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

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtes ist unzulässig und strafbar.

© 2020 BWV | BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Behaimstr. 25, 10585 Berlin,
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: http://www.bwv-verlag.de

Layout und Herstellung durch den Verlag
Satz: DTP + TEXT Eva Burri, Stuttgart
Druck: docupoint, Magdeburg
Gedruckt auf holzfreiem, chlor- und säurefreiem, alterungsbeständigem Papier.
Printed in Germany.

ISBN Print 978-3-8305-5074-7
ISBN E-Book 978-3-8305-4239-1

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Passau im November 2019 vorgelegt und ist von derselben im Sommersemester 2020 als Dissertation angenommen worden. Literatur und Rechtsprechung konnten bis September 2020 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt zuvörderst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Michael Beurskens LL.M (University of Chicago), LL.M. (Gew. Rechtsschutz), Att. at Law (New York) für seinen fachlichen Überblick und die wertvollen Hilfestellungen während des Entstehungsprozesses. Herrn Professor Dr. Thomas Riehm danke ich für die zügige Erstellung des ausführlichen Zweitgutachtens.

Herrn Rechtsanwalt Dr. Martin Jäger und Herrn Rechtsanwalt Dr. Ben Steinbrück MJur (Oxford) danke ich für die konstruktiven Diskussionen zu Beginn des Vorhabens.

Meiner Freundin Antonia Stoffers danke ich zutiefst für ihr stets offenes Ohr, ihr unermüdliches Verständnis und ihre kontinuierliche und umfassende Unterstützung während der gesamten Anfertigung dieser Arbeit. Ihre hilfsbereite und liebevolle Art sowie ihr positives Gemüt haben mir insbesondere auf steinigen Strecken immer wieder aufgeholfen.

Mein größter Dank gebührt jedoch meinen geliebten Eltern, Dr. rer. oec. Wolfgang Melzer und Dr. phil. Beatrix Wilms-Melzer, welche mir seit jeher bedingungslos in jeder Hinsicht und Lebenslage beigestanden und immer an mich geglaubt haben. Ohne ihre fortwährende Unterstützung, Ermutigung, Inspiration und aufopferungsvolle Förderung, insbesondere während der gesamten Schullaufbahn, wobei ich vor allem für die Ermöglichung meiner mehrjährigen Internatszeit in Kanada immer dankbar sein werde, wäre diese Arbeit nie entstanden. Ihnen ist dieses Werk gewidmet.

Meiner Mutter danke ich darüber hinaus für das liebevolle Lektorat, die wertvollen Ratschläge sowie die unerschöpfliche Geduld und Sorgfalt, mit der sie alle Fragen von Orthographie, Interpunktion, Ausdruck und Stil über Monate diskutiert hat.

Düsseldorf, im Spätsommer 2020 Edmund James Melzer

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung **17**

I. Ausgangslage 17

II. Anlass und Ziel der Untersuchung 22

III. Gang der Darstellung und Themenbegrenzung 23

B. Der neue Auskunfts- und Herausgabeanspruch in §§ 33g, 89b GWB **25**

I. Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU durch die 9. GWB-Novelle 25

1. Anspruchsvoraussetzungen 29

2. Reichweite des Anspruchs 30

3. Bruch zivilprozessualer Grundsätze 32

a) Zivilprozessuale Grundlagen 32

(aa) Grundsatz 32

(bb) Ausnahmen 33

b) Mit der Neuregelung verbundener Paradigmenwechsel 36

4. Annäherung an die Discovery aus dem US-amerikanischen Recht? 37

a) Die „pre-trial Discovery“ im US-amerikanischen Recht 38

b) „Discovery Light“ im deutschen Recht 39

II. Interessenkonflikt 41

1. Beispielfälle zur Veranschaulichung 41

2. Konfliktlage 42

3. Begriffsbestimmung „Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“ 45

a) Bisherige Definition 45

b) Kodifizierung durch die Geheimnisschutzrichtlinie 46

c) Zeitlicher Aspekt 46

d) Keine Anknüpfung an den Rechtswidrigkeitszusammenhang 47

4. Gegenstand des Herausgabeverlangens 48

5. Bedeutung und Funktion von Geschäftsgeheimnissen und deren Schutz im Lichte des Kartellrechts 49

a) Ökonomische Aspekte zur Wahrung des Wettbewerbs 49

b) Bedeutung für Unternehmen 53

III. Bedeutung und Rolle des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen des Herausgabeanspruchs 55

1. Einführung in das Schrankensystem des Herausgabeanspruchs gemäß § 33g GWB 55

2. Keine Möglichkeit der unzulässigen Ausforschung 57

3. Geschäftsgeheimnisse als Grenze 59

a) Existenz von Schutzmaßnahmen als Bedingung der Verhältnismäßigkeit in § 33g Abs. 3 Nr. 6 GWB 59

b) Anknüpfung an prozessuale Schutzmaßnahmen im Freigabeverfahren nach § 89b Abs. 6 und 7 GWB 61

(aa) Der Weg zum Freigabeverfahren 61

(bb) Freigabeverfahren und Geheimnisschutz 62

4. Geheimnisschutzkonstellation im Herausgabeverfahren nach § 33g GWB 63

IV. Konfliktlösung: Interessenabwägung zwischen Offenlegung und Vertraulichkeit 65

1. Abwägungsmethode und Schutzmaßstab 65

2. Weitere Abwägungsparameter 68

a) Abwägung von Nutzen und Nachteil der Auskunft 69

b) Zeitpunkt und Umstand der Geltendmachung 70

c) Aktualität des Geheimnisses 72

d) Personenbezogener Aspekt 72

e) Noch einmal: Rechtswidrigkeitszusammenhang 75

f) Gebot der Einheitlichkeit des Gesetzes 76

3. Abwägungsergebnis und weiterer Verlauf 77

4. Die Frage des „Wie“ 78

V. Zwischenergebnis Teil B 79

C. Prozessualer Geheimnisschutz 81

I. Die Möglichkeiten prozessualen Geheimnisschutzes im Überblick 81

1. Geheimnisschutzmöglichkeiten in der ZPO: *Status quo* 81

a) Schutz über Zeugnisverweigerungsrechte nach §§ 384 ff. ZPO 81

b) Ausschluss der Öffentlichkeit 82

c) Kein Schutz von Geschäftsgeheimnissen gegenüber dem Prozessgegner nach ZPO oder GVG 83

d) Zwischenergebnis zum Schutz im allgemeinen Zivilprozessrecht 84

2. Parallelität zur Entwicklung im Immaterialgüterrecht 85

II. Nähere Betrachtung der Geheimnisschutzmaßnahmen *inter partes* 87

1. Möglichkeiten des vorprozessualen Geheimnisschutzes 88

a) Schwärzungen/Teiloffenlegung von Geheimnissen 88

b) Das „Düsseldorfer Verfahren“: Geheimverfahren auf vorprozessualer Ebene 91

(aa) Der Ablauf des Verfahrens im Patentrecht 92

(1) Die Besichtigung 93

(2) Die Freigabeentscheidung 95

(bb) Geheimnisschutzaspekte im „Düsseldorfer Verfahren“: „confidentiality ring“ 96

(cc) Tauglichkeit für den kartellrechtlichen Anwendungsfall 97

(1) Verfahrenssituation nicht vollständig vergleichbar 97

(2) Andere Interessenlage 98

(3) Begrenzter Anwendungsbereich 100

(dd) Zwischenergebnis 103

(ee) Modifikationsanregung 104

c) Wirtschaftsprüfervorbehalt 106

(aa) Ursprung und rechtliche Einordnung 106

(bb) Ablauf und Ausgestaltung 107

(cc) Grenzen des Wirtschaftsprüfervorbehalts 109

(dd) Bedingte Tauglichkeit bei kartellrechtlichen Streitigkeiten 110

d) Zwischenergebnis zu vorprozessualen Geheimnisschutzmöglichkeiten de lege lata 114

2. Geheimnisschutzmöglichkeiten im Prozess 116
a) Kompensationsleistung/ Hinterlegung einer Sicherheit 116
b) „clean teams“ 118
c) Schwärzungen/Beweismittler 120
d) „In-Camera-Verfahren“ 120
(aa) Konzept und Ausgestaltung 120
(1) Kein strenges Geheimverfahren 121
(2) Partieller Parteiausschluss (der beweisbelasteten Partei) 123
(bb) Tauglichkeit 124
3. Bewertung und Zwischenergebnis 126

D. Rechtliche Zulässigkeit der Maßnahmen – Kein Entgegenstehen nationaler oder europäischer Grundrechte 129

I. Festlegung des Prüfungsmaßstabes: Verhältnis nationaler Grundrechte zu unionsrechtlichen 129
1. Grundlagen zur Feststellung des Prüfungsmaßstabes 129
2. Durchführung des „Rechtes der Union“? 131
3. Verhältnis zur EMRK 132

II. Beschränkung von Justizgrundrechten 133
1. „Fair-Trial-Grundsatz“ aus Art. 47 Abs. 2 Grundrechte-Charta i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK 133
a) Rechtliches Gehör 134
b) Prozessuale Waffengleichheit 136
c) Kontradiktorisches Verfahren 137
2. Eingriff 137

III. Anmerkung 138

IV. Rechtfertigung 139
1. Forschungsbegrenzung 139
2. Beschränkbarkeit 140
a) Art. 103 Abs. 2 GG 140
b) Beschränkbarkeit der Unionsgrundrechte 141
3. Kollidierende Rechtsgüter mit Verfassungsrang 142

a) Effektiver Rechtsschutz 143
b) Schutz vertraulicher Informationen 145
c) Herstellung praktischer Konkordanz 147
d) Im Einklang mit EuGH und BVerfG 148
4. Verhältnismäßigkeit des partiellen Parteiausschlusses 151
a) Legitimes Ziel und Geeignetheit 152
b) Erforderlichkeit 153
(aa) Kein Ausschluss der Partei und ihre Prozessvertreter 153
(bb) Die „Anwaltslösung“ 154
(1) Bedenken: Verlagerung des Problems auf das Anwalts-Mandanten-Verhältnis 155
(2) Stellungnahme 157
(i) Die BGH-Entscheidung „Lichtbogenschnürung“ 157
(ii) Weitere Argumente für die Zulässigkeit der „Anwaltslösung“ 159
(iii) Die notwendige strafbewehrte Verschwiegenheitsverpflichtung 162
(cc) Die „1+1-Lösung“ aus dem Geschäftsgeheimnisgesetz 163
(1) Tauglichkeit 165
(i) Nähere Ausgestaltung 166
(ii) Begrenzter Anwendungsbereich 166
(2) Stellungnahme 168
(3) Anmerkung zur Umsetzung in § 19 GeschGehG 171
(4) Zwischenergebnis 173
c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 173
(aa) Eingriff in Teilrechte des fairen Verfahrens kaum spürbar 174
(1) Ansätze zur Ausgestaltung der „Anwaltslösung“ 174
(2) Stellungnahme 176
(bb) Wichtigkeit des Ziels 177
(cc) Wesensgehalt der Grundrechte gewahrt? 177
d) Zwischenergebnis zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffs 177
V. Übereinstimmung mit Erfahrungen aus dem US-amerikanischen Recht 178
1. Discovery und Geschäftsgeheimnisse 179

2. „protective orders“ im US-amerikanischen Recht 180
3. Bewertung 183
VI. Fazit zur Zulässigkeit 184
E. Rechtliche Verankerung und nähere Ausgestaltung des In-Camera-Verfahrens auf nationaler Ebene 187
I. Möglichkeit des freiwilligen Verzichts 187
1. Kritische Meinungen 188
2. Dispositionsbefugnis 189
3. Rechtsgrundlage für den Verzicht 191
4. Praktisches Hindernis – Unterschied zum „Düsseldorfer Verfahren“ 192
II. Erfordernis einer Rechtsgrundlage für einen Parteiausschluss durch das Gericht 195
1. Kein Parteiausschluss ohne Rechtsgrundlage 195
a) Anforderungen des nationalen Rechts 195
b) Anforderungen des Unionsrechts 196
2. Keine Unterscheidung nach Verteilung der Beweislast 198
3. Zwischenergebnis 199
III. § 89b Abs. 7 GWB als Rechtsgrundlage für einen Parteiausschluss der *beweisbelasteten* Partei 200
1. Hinreichende inhaltliche Bestimmtheit 201
a) Anforderungen an die Bestimmtheit der Rechtsgrundlage 201
(aa) Vergleich zum Verwaltungsrecht: § 99 Abs. 2 VwGO, § 138 TKG 202
(bb) Vergleich zum Immaterialgüterrecht: § 140c PatG, § 101a UrhG 203
b) Subsumption und Bewertung 204
2. Auslegung des § 89b Abs. 7 GWB 208
a) Wortlaut 208
b) Systematik 209
c) Wille des Gesetzgebers 211
d) Telos 212

e) Verfassungskonforme Auslegung 213
f) Richtlinienkonforme Auslegung 214
3. Zwischenergebnis 219
IV. Anmerkung 220
V. Nähere Ausgestaltung 221
VI. Zwischenergebnis 224
F. Kein Entgegenstehen sonstigen Unionsrechts 227
I. Hintergrund 227
II. Kein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz 230
III. Einklang mit sonstigen Richtungsvorgaben des Unionsrechts 232
1. Abweichung von Geheimnisschutzrichtlinie 232
2. Stellungnahme 233
G. Fazit 235
Literaturverzeichnis: 245
Gesetzestexte 269

A. Einleitung

I. Ausgangslage

Die Durchsetzung des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV und § 1 GWB kann sowohl im Wege des „public enforcement" als auch im Wege des „private enforcement" erfolgen.[1] Während in der Vergangenheit dem Kartellschadensersatzrecht ein Schattendasein nachgesagt wurde[2], zeigen jüngste Entwicklungen, dass gerade die private Kartellrechtsdurchsetzung im Wege zivilgerichtlicher Schadensersatzklagen im Anschluss an behördliche Bußgeldverfahren zunehmend an Bedeutung gewinnt und zur wirksamen Kartellbekämpfung beiträgt.[3] Dies mag überraschen, da im deutschen Recht die Zivilprozessrechtsgrundsätze, insbesondere die aus dem Beibringungsgrundsatz resultierende Darlegungs- und Beweislast, sowie die Dispositionsmaxime als größte Schwachstelle der privaten Kartellrechtsdurchsetzung galten[4]:

Im Falle der Geltendmachung von Schäden, die aus Verstößen gegen das Kartellverbot resultieren[5], trägt der Kartellgeschädigte die Darlegungs- und Beweislast für die Kartellbetroffenheit, Schadensentstehung und die Schadenshöhe.[6] Bereits in der Zulässigkeit einer Klage vor deutschen Zivilgerichten muss die Klageschrift gemäß § 253 Abs. 2 ZPO eine „bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag" enthalten. Zum gerichtlichen Obsiegen muss der Kläger in der Klageschrift die für ihn güns-

1 Erwägungsgründe 3, 5 und 6 der Richtlinie 2014/104/EU; *Weitbrecht*, NZKart 2017, 1574 f.; *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 82 Rn. 2.

2 *Dose*, VuR 2017, 297; *Müller-Graff*, ZHR 2015, 691, 692.

3 *Hellmann*/*Steinbrück*, NZKart 2017, 164 f.; *Rother*, NZKart 2017, 1 f.; Schadensersatzklagen sind nicht nur eine Schadenskompensation, sondern aus Sicht der Kartellbehörden „ein (weiteres) probates Mittel zur Prävention und Sanktionierung von Kartellverstößen", vgl. *Oesterreich*, BB 2017, 1865.

4 Da Art. 2 VO Nr. 1/2003 nichts Genaueres zur Verteilung der Darlegungslast oder zum Beweismaß regelt, gelten vorbehaltlich des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes weiterhin die Regeln des nationalen Prozessrechts; *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 653.

5 Die Schäden, die jährlich durch Kartelle entstehen, summieren sich auf mehrere Milliarden Euro*, vgl. Mederer*, EuZW 2013, 847, 848; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 9; *Dose*, VuR 2017, 297.

6 BGH Urt. v. 28.06.2011 – KZR 75/10, GRUR 2012, 291 Rn. 44 und 72 – ORWI; *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 82 Rn. 29.

tigen Tatsachen (den Schaden) gemäß §§ 138 Abs. 1, 139 ZPO schlüssig und substantiiert darlegen und diesen zur Begründetheit des Anspruchs beweisen. Zur Geltendmachung eines Schadens aus unmittelbarer Vermögenseinbuße, beispielsweise wegen kartellbedingter Preisüberhöhung[7] oder aber durch entgangenen Gewinn[8], muss der Schadensersatzkläger zur Begründung seines Anspruchs ein Verhalten nachweisen, welches „typischerweise im Verborgenen stattfindet und an dem er nicht beteiligt war".[9] Das hierfür erforderliche Beweismaterial (wie beispielsweise Preiskalkulationen des Kartellanten) befindet sich jedoch typischerweise in den Händen des Gegners oder Dritter, sodass der Geschädigte nicht darauf zugreifen kann.[10] Im Hinblick auf follow-on-Klagen besteht aus Geschädigtensicht insbesondere ein Informationsbedürfnis bezüglich Fragen der Schadensverursachung und Schadenshöhe, ohne die die Substantiierung der Klage nahezu unmöglich wird.[11]

Die Bezifferung des Schadens dem Grunde wie der Höhe nach stellt für den Kläger die größte Herausforderung dar.[12] Zur Berechnung des Schadens müssen nach der Differenzhypothese vermutete Umsatz- und Kostenpositionen des Klägers ohne Kartellverstoß den tatsächlichen Umsatz- und Kostenpositionen gegenübergestellt werden.[13] Dafür bedarf es zumindest solcher Informationen, welche Rückschlüsse auf die Preisgestaltung (im Fall eines Preiskartells), Mengenbeschränkungen (im Fall eines Mengenkartells) oder sonstige strategische Ausrichtigen zulassen. Hierzu kann die Einsicht in Unterlagen des Kartellanten, welche Aufschlüsse über Umsatzentwicklung, Kalkulationen, Entwicklung des Kundenstammes etc. geben, notwendig sein. Ebenso trägt der Kläger die Beweislast für Kausalitätsfragen, also

7 Zu kartellbedingt überhöhten Preisen für die betroffenen Waren oder Dienstleistungen kommt es regelmäßig durch Hardcore-Kartellabsprachen. Aber auch der Preiserhöhungsmissbrauch und die missbräuchliche Diskriminierung können Ursache des Schadens beim unmittelbaren Abnehmer, oder im Fall der Weitergabe der Preiserhöhung, bei nachfolgenden Marktstufen bzw. dem Endverbraucher sein.

8 *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 185 f.

9 *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 24 Rn. 43.

10 Erwägungsgründe 14 und 15 der Richtlinie 2014/104/EU; ebenso *Müller-Graff*, ZHR 2015, 691, 701; *Kersting/Preuß*, WuW 2016, 394, 400; *Dose*, VuR 2017, 297, 299.

11 *Preuß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht Kommentar, § 33g GWB Rn. 2; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164 f.; *Willems*, WRP 2015, 819; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, § 33g GWB Rn. 1, 25.

12 *Fort*, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, Kap. 11 Rn. 65.

13 Die Berechnung des Schadens erfolgt durch die Multiplizierung der Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem Wettbewerbspreis mit der Menge der vom Kläger erworbenen Produkte. Zur Ermittlung des Wettbewerbspreises haben sich insbesondere die Vergleichsmarktmethode, die Kostenmethode und die Simulationsmethode als tauglich erwiesen, vgl. *Fort*, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, Kap. 11 Rn. 66 f.

inwiefern eine Verbindung zwischen der Handlung des Beklagten und dem Nachteil des Klägers besteht. Der Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität gestaltet sich bereits deswegen kompliziert, weil der wirtschaftliche Erfolg oder Misserfolg eines Unternehmens von einer Vielzahl von Faktoren abhängen kann.[14] Insoweit wird der Beklagte stets einwenden, dass sein Verhalten keine durchschlagende Wirkung auf Umsatz und Gewinn der Klägerin gehabt habe. Auch wenn die Schadenshöhe gemäß § 287 ZPO durch das Gericht geschätzt werden kann, muss der Kläger dafür Sorge tragen, dass dem Gericht eine ausreichende Schätzungsgrundlage zur Verfügung steht, wofür er regelmäßig Anknüpfungstatsachen substantiiert darlegen muss, also dass die überhöhten Preise auf kartellrechtswidrigen Absprachen beruhen.[15] Hierzu gehören die durchschnittlichen Preise der Anbieter des betroffenen Produktes im Kartellzeitraum, wofür es aber der Kenntnis über die Preisgestaltung des Schädigers bedarf.[16] Selbst für die Einholung eines Sachverständigengutachtens durch das Gericht ist es zunächst erforderlich, dass der Kläger ein entsprechendes Beweisangebot unterbreitet hat.[17] Diese Grundsätze gelten gleichermaßen für die Feststellung des entgangenen Gewinns. Zum Nachweis des Absatzrückgangs bedarf es eines zeitlichen Vergleichs der jeweils abgesetzten Mengen vor und nach der Zuwiderhandlung.[18] Somit waren trotz der Erleichterungen in § 287 ZPO die Darlegung und der Beweis der Anknüpfungstatsachen für die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität und die Schätzung der Höhe des Schadens stets die größte Herausforderung für die geschädigte Partei.[19]

Schließt sich die Schadensersatzklage einem vorangegangenen behördlichen Verfahren an, steht den Geschädigten gemäß § 33b GWB regelmäßig die Bindungswirkung der Bußgeldentscheidung zu. Hierbei kann sich der Geschädigte zur Darlegung des Verstoßes auf die Entscheidung einer Behörde stützen.[20] Jedoch folgt aus einem von einer Kartellbehörde festgestellten Kartellverstoß nicht evident,

14 *Fort*, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, Kap. 11 Rn. 68.

15 KG Berlin Urt. v. 01.10.2009 – 2 U 17/03, NJOZ 2010, 536, 541; LG Dortmund, Urt. v. 01.04.2004 – 13 O 55/02 Kart, WuW 2004, 1182, 1184; *Topel*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 50 Rn. 114 f; *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 82 Rn. 29.

16 *Oesterreich*, BB 2017, 1865, 1868.

17 KG Berlin Urt. v. 01.10.2009 – 2 U 17/03, NJOZ 2010, 536, 541.

18 *Topel*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 50 Rn. 118.

19 *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 200; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164 f. sehen kartellrechtliche Schadensersatzklagen als geradezu paradigmatisch für das allgemeine zivilprozessuale Grundproblem an, „dass die beweisbelastete Partei oftmals nicht über die zur prozessualen Wahrnehmung ihrer materiellen Rechte erforderlichen Informationen verfügt".

20 Ausführlich vgl. *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 95 ff.

dass auch ein Schaden entstanden ist.[21] Die Bindungswirkung beschränkt sich auf den Kartellrechtsverstoß und erstreckt sich nicht auf den Schaden der einzelnen Betroffenen.[22] Die Behördenentscheidung enthält keinerlei Anhaltspunkte in Bezug auf die behauptete Kartellbetroffenheit, die Schadensentstehung sowie die Schadenshöhe, bezüglich derer jedoch die Informationsasymmetrien bestehen. Schließlich muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Kartellverstoß und der Preisentwicklung vom Geschädigten nachgewiesen werden.[23] Daneben sind Fälle denkbar, bei denen es sich *nicht* um *follow-on*-Klagen handelt, also kein vom Bundeskartellamt festgestellter Kartellverstoß vorliegt. Hier kommt es zunächst zu der Frage, „ob" überhaupt ein kartellrechtswidriges Verhalten gegeben ist, wofür es regelmäßig – mangels Bindungswirkung – einer aufwändigeren Informationsbeschaffung bedarf. Diese strukturelle Informationsasymmetrie führte zu nicht verschuldeten Beweisschwierigkeiten, welche sich negativ auf die Prozessführung auswirken und im schlimmsten denkbaren Szenario zum Verlust des eigentlich materiell bestehenden Schadensersatzanspruchs führen kann.

Grund der Beweisschwierigkeiten war neben den geltenden Prozessgrundsätzen ebenso der (bisherige) Mangel an rechtlichen Werkzeugen zur Informationsbeschaffung.[24] Bislang standen dem Kartellgeschädigten nur der allgemeine Auskunftsanspruch nach § 242 BGB, sowie ähnliche Instrumente zur Akteneinsichtnahme bei der Behörde nach § 406e StPO i.V.m. § 46 OWiG und § 474 Abs. 1 StPO zu. Neben diesen existierten keine besonderen Regelungen, welche dem Kartellgeschädigten die Beweismittelbeschaffung erleichterten.[25] In Bezug auf etwaige Offenlegungspflichten bestand im deutschen Recht eine Lücke, wodurch der Kläger nicht nur in eine schwächere Prozessposition versetzt wurde, sondern diese auch einer effizienten Rechtsdurchsetzung und somit der Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen im Wege stand.[26] Dabei ist der Zugang zu Informationen, die im Besitz der Kartellbehörden oder Parteien sind, bei der Gel-

21 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 173.

22 *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 126.

23 Keine Annahme eines Ursachenzusammenhangs, nur weil die Preise in zeitlichem Zusammenhang mit dem Verstoß gestiegen sind, vgl. *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 82 Rn. 29.

24 Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2014/104/EU; A.A. *Ritter*, WuW 2008, 762, 768; *Dobler/Ritter*, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, S. 79; wohl auch *Meeßen* (2011), S. 595; für eine umfassende Darstellung der bisherigen Rechtslage vgl. *Westhoff* (2010), S 60 ff.; *Ruster*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, Kap. G Rn. 390 ff.; *Ohlhoff*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 26 Rn. 200 ff.

25 *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863, 1868; *Oesterreich*, BB 2017, 1865, 1867.

26 Ergibt sich aus einer Zusammenschau der Erwägungsgründe der Richtlinie 2014/104/EU sowie aus der Regierungsbegründung BT-Drs. 18/10207, S. 39 f.

tendmachung und Abwehr kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche von herausragender Bedeutung, da sich der individuelle Schaden aus öffentlich zugänglichen Quellen nicht einmal annähernd abschätzen lässt.[27] Dies gilt gleichermaßen für die Fragen, *ob* und wenn ja, *in welcher Höhe* ein Schaden entstanden ist, aber ebenso für den Gegenbeweis, ob dieser Schaden möglicherweise an die nächste Marktstufe weitergeleitet worden ist, also schon gar kein Schaden bestand (sog. „passing-on-defense"). Schließlich dient der Zugang zu Informationen der Erstellung eines belastbaren ökonomischen Gutachtens über die Schadenshöhe durch einen Gerichtsgutachter.[28]

In der Vergangenheit gab es verschiedene Lösungsansätze, die Beweisschwierigkeiten zu beseitigen. Hierfür wurden eine Beweislastumkehr, die Möglichkeit der Beweislastverteilung in Form der sekundären Darlegungslast oder – wie in manchen Sonderfällen –materiell-rechtliche Informationsansprüche für die schwächere, beweisbelastete Partei angedacht. Auch die Einführung des Untersuchungsgrundsatzes, also eine Sachverhaltsermittlung von Amts wegen, wurde diskutiert.[29] Diese ungewisse und defizitäre Ausgangslage war u.a. Grund für den Erlass der Kartellschadensersatzrichtlinie zur Stärkung privater Rechtsdurchsetzung im Kartellschadensrecht.[30] Mit Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU hat sich der deutsche Gesetzgeber für die Schaffung eines materiell-rechtlichen Herausgabe- und Auskunftsanspruchs[31] in § 33g GWB entschieden, wodurch der notorischen Beweisnot des Geschädigten und der Informationsasymmetrie im Kartellschadensersatzprozess Rechnung getragen werden soll.[32] Bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen stellen nämlich die Auskünfte des Anspruchsgegners für den Kläger oft die einzige Möglichkeit dar, um an bestimmte anspruchsbegründende Informationen zu gelangen.[33]

---

27 *Weitbrecht*, NZKart 2019, 70, 73.

28 *Weitbrecht*, NZKart 2019, 70, 73.

29 So etwa *Wissenbach*, Schadensersatzklage gegen Kartellmitglieder (2006), Heft 60, S. 42 ff.; *Kirchhoff*, WuW 2004, 745, 751.

30 EU-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. 2014 L 349 vom 05.12.2014 im Folgenden auch „Kartellschadensersatzrichtlinie" oder „Richtlinie 2014/104/EU".

31 Soweit diese Arbeit überwiegend den Begriff „Herausgabeanspruch" verwendet, gilt das hierzu Gesagte, vorbehaltlich expliziter Abweichungen, für die Erteilung von Auskünften entsprechend. Im Übrigen dienen die Begriffe Informations- und Offenlegungsanspruch als Oberbegriffe zu den Herausgabe- und Auskunftsansprüchen.

32 *Willems*, WRP 2015, 819; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 962; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, § 33g GWB Rn. 1.

33 Erwägungsgrund 14 und 15 der Richtlinie 2014/104/EU; ebenso *Jüntgen* (2007), S. 43; *Westhoff* (2010), S. 64; *Dose*, VuR 2017, 297, 299.

II. Anlass und Ziel der Untersuchung

Die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU durch die 9. GWB-Novelle bringt eine Reihe an Ungenauigkeiten und daraus resultierenden Fragen im Schnittfeld zwischen europarechtlichen Vorgaben zur Durchsetzung des Kartellrechts und deutschem Zivilprozessrecht mit sich, insbesondere die hier zu untersuchende zentrale Frage, welche Rolle Geschäftsgeheimnissen im Verhältnis zu den neu eingeführten Auskunfts- und Herausgabeansprüchen nach § 33g GWB zukommt.[34] Die Arbeit konzentriert sich auf die Fragestellung, wie im deutschen Recht dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen in den verschiedenen Herausgabestadien im Rahmen von § 33g GWB Rechnung getragen werden kann, insbesondere welche Maßnahmen zu deren Schutz im Prozess *inter partes* sich nach der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU für den kartellrechtlichen Anwendungsbereich sowohl als tauglich wie auch als zulässig erweisen.

Dieser Aspekt rückt insbesondere dann stärker in den Fokus, wenn auf der anderen Seite die Informationsinteressen durch die Schaffung von Auskunfts- und Herausgabeansprüchen um ein Vielfaches gestärkt wurden. Dadurch, dass die nicht beweisbelastete Partei ihrem Prozessgegner nunmehr – auch schon vorprozessual – Beweismittel zur Verfügung stellen muss, besteht die Gefahr, dass hierdurch sensible und geheimhaltungsbedürftige Informationen betroffen werden und der Herausgabeanspruch zu Ausforschungen und missbräuchlichen Nutzungen führen kann.[35] Verstärkt wird die Gefahr der Geheimnislüftung durch die an nationale Gerichte übertragene Befugnis, auch „die Offenlegung von Beweismitteln, die vertrauliche Informationen enthalten, anzuordnen, wenn sie diese als sachdienlich für die Schadensersatzklagen erachten".[36]

Das Thema rund um den Geheimnisschutz im Zivilprozess ist ein altbekanntes, oft untersuchtes und doch bislang vom Gesetzgeber stiefmütterlich behandeltes Problem.[37] Durch die Schaffung von Herausgabe- und Auskunftsansprüchen im nationalen Kartellzivilrecht rückt die Geheimnisschutzproblematik nun im Rahmen der

34 Ebenso *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 165; *Bach/Wolf*, NZKart, 2017, 285.

35 *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71; s. Teil B. III.

36 Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie 2014/104/EU.

37 Schon *Joseph Kohler* befasste sich in seinem Werk „Prozessrechtliche Forschungen, Prozessuale Exhibition und Gewerbegeheimnis", Berlin 1889 mit dem Thema Geheimnisschutz im Zivilprozessrecht, indem er damals schon auffällig moderne Thesen vertrat. Rund 100 Jahre später erstarkte erneut eine wilde Debatte um die Geheimnisschutzproblematik im Zivilprozess und ist weiterhin Gegenstand aktueller Untersuchungen, vgl. nur *Stürner* (1976), Die Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess; *ders*., JZ 1985, 453 ff.; *Stadler* (1989), Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren *dies*; NJW 1989, 1202 ff.; *Gottwald*, BB 1979; 1780 ff.; *Leppin* GRUR 1984, 522 ff., 695 ff.; *Kersting* (1995), Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozess; *Ploch-Kumpf* (1996), Der Schutz

privaten Kartellrechtsdurchsetzung ins Rampenlicht und gewinnt nicht zuletzt aufgrund der jüngst erlassenen – und durch das Geschäftsgeheimnisgesetz umgesetzten – Geheimnisschutzrichtlinie[38] erheblich an Bedeutung.

III. Gang der Darstellung und Themenbegrenzung

Zum grundlegenden Verständnis, in welchen Konstellationen es zur Geheimnisschutzproblematik und zum Bedürfnis ausreichender Schutzmaßnahmen im Rahmen der neuen Herausgabe- und Auskunftsansprüche kommt, erfolgt zunächst eine Darstellung der durch die 9. GWB-Novelle vorgenommenen relevanten Änderungen im Kartellzivilrecht. Im Rahmen dessen wird auf die Bedenken, dass es nunmehr zu US-amerikanischen Discovery-Verhältnissen und missbräuchlichen Ausforschungen komme, eingegangen. Anschließend wird die Bedeutung und die Relevanz von Geheimnisschutz im Rahmen des Herausgaberegimes nach §§ 33g, 89b GWB eingeordnet, wobei die gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich des Umgangs mit tangierten Geschäftsgeheimnissen näher untersucht werden. Hierzu müssen die neuen materiell-rechtlich geregelten Auskunfts- und Herausgabeansprüche mit dem Interesse an dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen ins Verhältnis gesetzt werden. Die Kernaufgabe der Arbeit ist die Suche nach prozessualen Geheimnisschutzmöglichkeiten, auf welche die deutschen Gerichte im Rahmen kartellrechtlicher Offenlegungsansprüche zurückgreifen können. Ebenso wie das Herausgabeverlangen sich sowohl auf das vor- als auch innerprozessuale Stadium erstrecken kann, bedarf es auch hinsichtlich der Maßnahmen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen derselben Untergliederung. Hierzu sollen auch Lösungswege aus ähnlich gelagerten Rechtsgebieten aufgegriffen werden. Soweit sich die gefundenen Geheimnisschutzmöglichkeiten für den kartellrechtlichen Anwendungsfall als tauglich erweisen, müssen diese sodann einer kritischen Prüfung unterzogen werden, ob ihnen keine zivilprozessualen oder verfassungsrechtlichen Grundsätze entgegenstehen. Einen weiteren Schwerpunkt der Arbeit stellt die sich daran anschließende Untersuchung dar, ob im Rahmen der 9. GWB-Novelle eine

---

von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung in der Gesamtrechtsordnung; zuletzt *Götz* (2014), Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess.

38 Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. der Europäischen Union L 157/1, im Folgenden abgekürzt als *Geheimnisschutzrichtlinie* oder *Richtlinie 2016/943/EU.*

ausreichende rechtliche Grundlage für etwaige Geheimnisschutzmaßnahmen geschaffen wurde. Umgesetztes nationales Recht ist im Wesentlichen vom Europarecht geprägt und diesem unterworfen, sodass die im nationalen Recht gefundene Lösung letztlich mit dem Unionsrecht und der Rechtsprechung des EuGH vereinbar sein muss. Deshalb stellt die „Europarechtskonformität" einen letzten Filter dar.

Verwandt und womöglich oft Hand in Hand gehend mit dem Herausgabeanspruch des Kartellgeschädigten gegen den Kartellbeteiligten ist der Anspruch auf Akteneinsicht bei der Behörde. Die Ermittlungsakten stellen im Nachgang an ein Bußgeldverfahren eine naheliegende Quelle für Informationen zur Untermauerung eines Kartellschadensersatzanspruchs nach § 33a GWB dar, was im Rahmen des Herausgabeanspruchs nach § 33g GWB Berücksichtigung finden kann. Jedoch unterscheiden sich die Ansprüche und Anspruchsgegner und damit möglicherweise auch die erlangbaren Informationen. Oft wird die Behörde nicht die Informationen haben, die der Kartellgeschädigte benötigt, um die Höhe *seines* Anspruchs konkret geltend zu machen. Die Behörde sammelt nur Informationen, welche sie braucht, um generell einen Kartellverstoß nachweisen zu können. Das Thema rund um die Akteneinsicht bei der Behörde, insbesondere wenn es um die Einsicht in sogenannte Kronzeugen- und Vergleichserklärungen geht, war in der Vergangenheit hochproblematisch und umstritten. Mit § 89c GWB wurde im Rahmen der Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie nunmehr eine konkrete Regelung bezüglich der Einsichtsrechte in die Behördenakte geschaffen.[39] Etwaige Auskunftsansprüche gegenüber der Behörde und dortiger Geheimnisschutz sind ausdrücklich nicht Gegenstand der Untersuchung.

39 Für vertiefte Ausführungen hierzu vgl. *Preuß*, in Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, Kap. 10 Rn. 91 ff.; *Bakowitz* (2018), Informationsherrschaft im Kartellrecht; *Seifert*, NZKart 2017, 512 ff.

B. Der neue Auskunfts- und Herausgabeanspruch in §§ 33g, 89b GWB

I. Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU durch die 9. GWB-Novelle

Seit dem 9. Juni 2017 ist die 9. GWB-Novelle in Kraft.[40] Mit ihr wurde die Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU in nationales Recht umgesetzt. Anlass der Novellierung des GWB war das bestehende Informationsdefizit, welches aus den eingangs erwähnten Schwächen des alten Rechts im Hinblick auf die Nachweisbarkeit des durch das Kartell entstandenen Schadens resultierte. Im Fokus der Umsetzung stand dabei ein sensibler Bereich des Zivilprozessrechts: der Grenzbereich zwischen dem Interesse der Wahrheitsfindung und der Sicherung vor missbräuchlicher Ausforschung.[41] Ziel der Richtlinie 2014/104/EU war es, Kartellgeschädigten den Nachweis der ihnen durch die kartellrechtswidrigen Preisabsprachen entstandenen Schäden und der verzerrten Preisentwicklung zu erleichtern und damit die private Kartellrechtsdurchsetzung zu stärken.[42] Die private Durchsetzung des Unionskartellrechts verfolgt die Zweckrichtung der Kompensation und Abschreckung, wobei die „Abschreckung als Reflex aus einer effektiven Kompensation" folgt.[43] Hierdurch soll der Schutz eines funktionierenden Wettbewerbs gewährleistet werden.[44] Diese Zwecke können jedoch nur erreicht werden,

40 BGBl. Teil 1 Nr. 33 v. 01.06.2017, S. 1416 abrufbar unter https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*%5B@attr_id=%27bgbl117s1416.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s1416.pdf%27%5D__1559637025945 vorausgegangen war der Referentenentwurf des BMWi vom 01.07.2016, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/neunte-gwb-novelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (30.09.2020) und der Regierungsentwurf (RegE, BR-Drs. 606/16).

41 *Preuß,* WUW 2017, 301 f.

42 Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2014/104/EU.

43 *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 24 Rn. 21.

44 Kom., Weißbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts", KOM (2008) 165 endg., 3; *Vollrath,* NZKart 2013, 434, 436; *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 24 Rn. 24; *Meeßen* (2011), S. 60 ff.

wenn sie auch auf privatem Wege wirksam durchsetzbar sind. Zur Effektivierung der privaten Rechtsdurchsetzung durch Kartellschadensersatzklagen[45] führt Art. 5 der Richtlinie 2014/104/EU in einer Mindestharmonisierung allgemeine Offenlegungspflichten und Aufklärungspflichten im kartellrechtlichen Zivilprozess ein[46], welche die dargestellten Nachweisschwierigkeiten beheben und zu Beweiserleichterungen führen sollen.

Mit der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU war der deutsche Gesetzgeber gehalten, zugunsten der Parteien eines Kartellschadensersatzprozesses besondere Regeln für den Zugang zu Beweismitteln schaffen, sodass erstmals seit langer Zeit das Zivilrecht als Mittel für die Kartellrechtsdurchsetzung im Fokus steht.[47] Damit gewinnt die private Kartellrechtsdurchsetzung, gerade im Anschluss an behördliche Bußgeldverfahren, neben der öffentlich rechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung zunehmend an Bedeutung.[48] Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die durch die Kartellabsprachen entstandenen Schäden auf den unterschiedlichsten Marktstufen oft höher ausfallen, als die ohnehin für die betroffenen Kartellanten schmerzhaft hohen – teilweise im dreistelligen Millionenbereich – verhängten Bußgelder.[49]

Das Umsetzungskonzept der 9. GWB-Novelle orientiert sich weitestgehend an dem Muster, welches der Gesetzgeber schon bei der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie[50] 2004/48/EG angewandt hat. Um aus prozessrechtlicher Perspektive keinen Systembruch zu begehen, hat sich der Gesetzgeber gegen eine allgemeingültige Änderung der ZPO entschieden und mit § 33g GWB einen spezialgesetzlichen materiell-rechtlichen Informationsanspruch geschaffen.[51] Die Einführung des Auskunfts- und Herausgabeanspruchs zur Offenlegung von Beweismitteln

45 Zur Bedeutung von Kartellschadensersatzklagen zur Durchsetzung des Kartellrechts vgl. *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 336; Erwägungsgrund 3. der Richtlinie 2014/104/EU.

46 Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 der Richtlinie 2014/104/EU; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164 ff.

47 *Weitbrecht*, NJW 2017, 1574.

48 Zur Entwicklung der kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche in Deutschland mit Beispielen vgl. *Schwietert* (2018), S. 116 ff.

49 Vgl. nur Bußgelder des BKartA zum Wurstkartell 2014 (insg. 338.500.000 Euro/ davon höchstes verhängtes Einzelbußgeld gegen ein Unternehmen 128.050.000 Euro), Bierkartell 2014 (338.000.000 Euro/160.000.000 Euro), Edelstahlkartell 2018 (291.700.000 Euro/118.000.000 Euro) oder Zuckerkartell 2014 (281.700.000 Euro/195.500.000 Euro), abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot_node.html (30.09.2020).

50 Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BT-Drs. 16/5048, S. 27; ABl. L 195/16 vom 02.06.2004.

51 *Dose*, VuR 2017, 297, 299.