



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Geschäftsgeheimnisschutz im Kartellschadensersatzprozess. Die Offenlegung von Beweismitteln und der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Kartellschadensersatzrecht nach Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie“

Dissertation vorgelegt von Lena Hornkohl

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Burkard Hess

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Geschäftsgeheimnisschutz im Kartellschadensersatzprozess

Die Offenlegung von Beweismitteln und der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Kartellschadensersatzrecht nach Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie

Zusammenfassung

Im Kartellschadensersatzprozess kommt es zu einem besonderen Spannungsfeld zwischen Offenlegungsinteresse und Geschäftsgeheimnisschutz. Auf der einen Seite entsteht durch die besondere beweisrechtliche Situation eine Informationsasymmetrie zulasten des Beweisbelasteten¹. Dieser ist auf Informationen der Gegenseite angewiesen. In der Kartellschadensersatzrichtlinie² und ihrer Umsetzung durch die 9. GWB-Novelle³ sind deshalb Regeln zur Offenlegung von Beweismitteln vorgesehen.

Auf der anderen Seite enthalten die erforderlichen Informationen nicht selten Geschäftsgeheimnisse. Zu ihrem Schutz gibt Art. 5 Abs. 4 Kartellschadensersatzrichtlinie sowie § 89b Abs. 7 GWB vor, dass vertrauliche Informationen im Rahmen der Offenlegung geschützt werden müssen. Wie dieser Schutz gewährleistet und ausgestaltet werden muss, wird durch die Kartellschadensersatzrichtlinie jedoch kaum vorgegeben. Lediglich Erwägungsgrund 18 Kartellschadensersatzrichtlinie nennt abstrakt einige Mittel, welche die Mitgliedstaaten einsetzen können, ohne jedoch konkrete Ausgestaltungsvorschläge zu machen. Der Schutz wird in das Ermessen der Mitgliedstaaten gelegt, die jedoch weder Erfahrung mit der Offenlegung von Beweismitteln noch mit dem dazugehörigen Schutz von vertraulichen Informationen haben. Mittlerweile wurde immerhin eine unterstützende, jedoch auch nicht bindende Vertraulichkeitsmitteilung⁴ erlassen. Deutschland hat mit § 89b Abs. 7 GWB nur eine Generalklausel geschaffen, die den Vertraulichkeitsschutz ins Ermessen des Gerichts stellt. Genaue Vorgaben schafft die deutsche Umsetzung demnach auch nicht.

Die Dissertation widmet sich dem Spannungsfeld zwischen Informations- und Geheimhaltungsinteresse und schlägt praktisch anwendbare Lösungsmodelle vor.

¹ In der folgenden Zusammenfassung wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit ausschließlich die männliche Form verwendet. Sie bezieht sich auf Personen aller Geschlechter.

² Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union vom 26.11.2014, Abl. EU 2014 C 349/1.

³ Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1.6.2017.

⁴ Mitteilung über den Schutz vertraulicher Informationen durch nationale Gerichte in Verfahren zur privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts, ABI. EU 2020 C 242/1.

1. Das Bedürfnis für eine Offenlegung von Beweismitteln und der Konflikt mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Kartellschadensersatzprozess

Der klagende Geschädigte hat nach der allgemeinen Regel der Beweislastverteilung das Bestehen des Anspruchs aus § 33a GWB, also Aktiv- und Passivlegitimation, Kartellrechtsverstoß, Rechtswidrigkeit, Verschulden, haftungsbegründende Kausalität, Schadensentstehung sowie -umfang und haftungsausfüllende Kausalität, darzulegen und zu beweisen. Der Gegner hingegen hat die den Schadensersatzanspruch ausschließenden oder mindernden Umstände, wie den Weiterwälzungseinwand, darzulegen und zu beweisen.

Gerade der klagende Geschädigte wird durch die Beweislastverteilung besonders belastet, aber auch dem Beklagten wird für die Merkmale, welche er darzulegen und zu beweisen hat, viel abverlangt. Dies ist zwar aufgrund des Beibringungsgrundsatzes für den Zivilprozess typisch. Im Kartellrecht kommen aber erschwerende Umstände hinzu, da Kartelle geheim sind, für den Beweis eines kausalen Schadens in einer bestimmten Höhe umfassendes Material erforderlich ist und undurchsichtige Marktgefüge verstanden werden müssen, welche sich dem Kläger entziehen. Dem beklagten Kartellanten geht es bezüglich des Weiterwälzungseinwandes nicht besser.

Sofern Beweiserleichterungen bestehen, helfen diese nicht zur vollen Zufriedenheit weiter. Die Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen hilft zwar bei „Follow-on“-Klagen für den Kartellrechtsverstoß im Umfang der Entscheidung. Darüber hinausgehende Umstände werden aber nicht erfasst. „Stand-alone“-Klagen sind aufgrund des schwierigen Nachweises des Kartellrechtsverstoßes in der Praxis quasi nicht vorhanden. Für das Verschulden und die Kartellbetroffenheit fehlt es ganz an Beweiserleichterungen. Die Entstehung und der Umfang eines kausalen Schadens – das Herzstück eines Kartellschadensersatzprozesses – sind zwar durch Schadensvermutung und -schätzung erleichtert. Die dafür dennoch erforderlichen Unterlagen entziehen sich dem Kläger, liegen aber in der Hand des Beklagten oder Dritten. Bei mittelbaren Abnehmern liegt die Situation trotz Weiterwälzungsvermutung und -schätzung ähnlich. Kartellschadensersatzklagen führen deshalb ein Schattendasein, was den Kompensationsgedanken der Kartellschadensersatzrichtlinie, die prozessuale Waffengleichheit, die effektive Durchsetzung des Kartell- und damit Unionsrechts und den effektiven Rechtsschutz beeinträchtigt.

Gelöst werden kann dies nur durch die Offenlegung von Beweismitteln, denn die erforderlichen Beweismittel befinden sich gerade in den Händen derjenigen Person, die nicht die Darlegungs- und Beweislast für einen Umstand zu tragen hat oder nicht am Prozess beteiligt ist. Da andernfalls nicht an diese Beweismittel gelangt werden kann und die maßgeblichen Tatsachen ohne diese Beweismittel nicht nachgewiesen werden können, ist eine Offenlegung unumgänglich. Dieses Problem wurde vom europäischen Gesetzgeber gesehen, der mit der Kartellschadensersatzrichtlinie reagiert hat.

Diese Offenlegungsregeln können in Konflikt mit Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen treten. Nach dem deutschen und europäischen

Verständnis ist ein Geschäftsgeheimnis eine Information, welche sich aus den folgenden Bestandteilen zusammensetzt: Unternehmensbezug, Nichtoffenkundigkeit, Geheimhaltungswille und Geheimhaltungsinteresse. Geschäftsgeheimnisse genießen Schutz, weil sie zum einen den maßgeblichen Vermögenswert eines Unternehmens darstellen können. Außerdem resultieren Geschäftsgeheimnisse oft aus Arbeitsanstrengungen, was sie ebenfalls schutzwürdig erscheinen lässt. Hauptsächlich führen sie aber aufgrund ihrer Innovationsanreize zur Verbesserung des Wettbewerbs und den damit einhergehenden Vorteilen. Sowohl im europäischen Primärrecht als auch im deutschen Verfassungsrecht ist das Geschäftsgeheimnis verankert. Darüber hinaus schaffen zahlreiche sekundärrechtliche Normen auf europäischer Ebene, aber auch einfachgesetzliche deutsche Regelungen ein breit zersplittertes Netz des Geschäftsgeheimnisschutzes.

Nach dem neutralen Geheimnisbegriff sind Informationen, die für sich selbst genommen keinen Geheimniswert haben, sondern nur deshalb geheim gehalten werden, weil sie einen Kartellrechtsverstoß offenbaren, keine Geschäftsgeheimnisse. Geschäftsgeheimnisse können im Kartellschadensersatzprozess dennoch an vielen Stellen relevant werden. Alle anderen Informationen, die zwar mit dem gesetzeswidrigen Kartellrechtsverstoß zu tun haben können, aber auch für sich genommen einen Geheimniswert haben, sind trotz Berührung mit dem Kartellrechtsverstoß schützenswert. Im Kartellschadensersatzprozess enthalten insbesondere Unterlagen, die zum Ermitteln eines kausalen Schadens notwendig werden, Marktanteile, Preiskalkulationen, Absatzstrategien usw., welche Geschäftsgeheimnisse darstellen.

Geschäftsgeheimnisse können allen Akteuren im Kartellschadensersatzprozess zufallen: Kläger, Beklagter, Dritter und Kartellbehörden. Obwohl aufgrund freiwilliger Kooperation bei Kronzeugenanträgen gegebenenfalls mehr Beweismittel in die Hände von Kartellbehörden gelangen, sind in Kronzeugenakten nicht überproportional viele Geschäftsgeheimnisse enthalten. Vergleichsausführungen beinhalten ebenfalls nicht besonders viele Geschäftsgeheimnisse. Zeitlich sind Geschäftsgeheimnisse jedoch begrenzt.

Der Konflikt zwischen Offenlegungsinteresse und Geschäftsgeheimnisschutz im Kartellschadensersatzprozess besteht, auch wenn beide Seiten im Endeffekt den Schutz des Wettbewerbs im Hinterkopf haben. Für eine effektive private Durchsetzung des Kartellrechts ist eine Offenlegung von Beweismitteln auf der einen Seite unumgänglich. Die dort erforderlichen Beweismittel enthalten aber auf der anderen Seite oftmals Geschäftsgeheimnisse. Diese Interessen stehen sich im Kartellschadensersatzprozess gegenüber.

2. Konzeptionelle Auflösung des Konflikts zwischen der Offenlegung von Beweismitteln und dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Kartellschadensersatzprozess

Die Offenlegung von Beweismitteln im Kartellschadensersatzrecht muss eine Ausnahme zur generellen Situation im Zivilprozess darstellen, der keine Offenlegung vorsieht. Auszugehen ist demnach von dem Grundsatz, dass die Offenlegung von notwendigen Beweismitteln im Kartellschadensersatzprozess für die effektive

Durchsetzung des Kartellrechts unentbehrlich ist. Grundsätzlich muss deshalb die Offenlegung von notwendigen Beweismitteln im Kartellschadensersatzrecht, die nicht anderweitig zu beschaffen sind, unter bestimmten Voraussetzungen bestehen oder eingesetzt werden, damit Kartellschadensersatzansprüche praktisch durchsetzbar sind.

Geschäftsgeheimnisse als gegenläufiges Interesse sind nur dann relevant, wenn sie überhaupt konkret von der Offenlegung betroffen sind. In diesem Ausnahmefall muss deshalb grundsätzlich eine Abwägungsentscheidung zwischen beiden Interessen gefällt werden. Beide Seiten müssen derart miteinander in Ausgleich gebracht werden, dass beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können. Dieser Ausgleich kann dadurch erreicht werden, dass die jeweiligen Beweismittel nur mit bestimmten Schutzmaßnahmen für Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden können. Die Schutzmaßnahmen sollen sowohl eine Offenlegung der Information zulassen als auch den Geschäftsgeheimnisschutz wahren. Eine gesetzliche Regelung der Offenlegung im Kartellschadensersatzrecht muss vorsehen, dass im Falle von Geschäftsgeheimnissen diese nur mit Schutzmaßnahmen offengelegt werden können, um beiden Interessen im hinreichenden Maße gerecht zu werden.

Nur in Ultima-Ratio-Situationen kann eine Offenlegung ohne Schutzmaßnahmen oder umgekehrt ein Ausschluss der Offenlegung stattfinden. Diese Entscheidung hat im Einzelfall anhand einer Verhältnismäßigkeitsprüfung für jeden einzelnen Beweisgegenstand zu erfolgen. Bei der Frage einer Offenlegung ohne Schutzmaßnahmen kommt es vor allem darauf an, ob und welche Schutzmaßnahmen für Geschäftsgeheimnisse vorliegen. Vor dem Hintergrund, dass die Offenlegung von entscheidungserheblichen Beweismitteln den Regelfall darstellt, ist ein absoluter Schutz von Geschäftsgeheimnissen nur dann zu gewähren, wenn das Geheimhaltungsinteresse deutlich überwiegt.

3. Die Offenlegung von Beweismitteln de lege lata nach Erlass der Kartellschadensersatzrichtlinie und der 9. GWB-Novelle und der dort vorgesehene Schutz von Geschäftsgeheimnissen

a. Die Kartellschadensersatzrichtlinie

Die Kartellschadensersatzrichtlinie schafft Offenlegungsansprüche für Kläger und Beklagte und begegnet damit dem deutlich gewordenen Offenlegungsbedürfnis im Kartellschadensersatzprozess. Der Kläger kann Offenlegung vom Beklagten oder von einem Dritten verlangen (Art. 5 Abs. 1 Kartellschadensersatzrichtlinie). Ist der Kläger mittelbarer Abnehmer, stellt Art. 14. Abs. 1 letzter Hs. Kartellschadensersatzrichtlinie dies noch einmal klar. Auch der Beklagte kann Offenlegung vom Kläger und vom Dritten verlangen (Art. 5 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie). Für den Weiterwälzungseinwand stellt Art. 13 S. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie dies klar. Dritter können je nach Fallkonstellation Co-Kartellanten, Mitbewerber, unmittelbare Abnehmer oder mittelbare Abnehmer sein.

Alle Offenlegungsmöglichkeiten der Richtlinie haben im Kern dieselben Voraussetzungen. Die vielen auslegungsbedürftigen Begriffe sorgen für die nötige Flexibilität im Einzelfall. Es muss ein substantiiertes Antrag an das Gericht vorliegen,

der plausible Gründe für das Bestehen des Schadensersatzanspruchs enthält, und die benannten Beweismittel müssen relevant für die Substantiierung eines Kartellschadensersatzanspruchs sein. Sodann dient eine Verhältnismäßigkeitsprüfung des Gerichts dazu, die maßgeblichen Belange abzuwägen und Einzelfallgerechtigkeit zu schaffen.

Ein wichtiger Dritter im Sinne der Kartellschadensersatzrichtlinie ist die Wettbewerbsbehörde (Art. 6 Kartellschadensersatzrichtlinie). In wessen Händen sich die Unterlagen aus den Akten befinden, kann dahinstehen. Die Akteneinsicht bei den Wettbewerbsbehörden ist subsidiär. Art. 6 Abs. 5 Kartellschadensersatzrichtlinie schafft eine graue Liste von Unterlagen, die nur nach Abschluss eines behördlichen Verfahrens offenzulegen sind. Art. 6 Abs. 6 Kartellschadensersatzrichtlinie regelt für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen, dass diese niemals offenzulegen sind. Umfasst werden alle Dokumente und Unterlagen, welche die Erklärungen enthalten. Umfasst sind nicht sonstige Beweismittel, die zusammen mit der Unternehmenserklärung an die Wettbewerbsbehörde im Rahmen der Kooperationspflicht der Kronzeugenprogramme offeriert werden. Diese existieren unabhängig vom Kronzeugenprogramm und fallen demnach unter die „bereits vorhandenen Informationen“, welche offengelegt werden dürfen. Hinzu kommt Art. 7 Kartellschadensersatzrichtlinie, der dafür sorgt, dass diese Bestimmungen nicht unterlaufen werden, besonders wenn Akteneinsicht nach einer anderen Vorschrift gewährt wird. Eine versteckte Ausnahme von der Offenlegungspflicht schafft Art. 6 Abs. 3 Kartellschadensersatzrichtlinie, durch die die Offenlegung von internen Unterlagen der Wettbewerbsbehörden verboten wird. Dies können Korrespondenzen mit anderen Wettbewerbsbehörden, Entwürfe, Stellungnahmen oder dienstliche Vermerke sein. Sofern aber Art. 6 Kartellschadensersatzrichtlinie keine Sonderregelung schafft, können Unterlagen aus den Akten von Wettbewerbsbehörden offengelegt werden. Dies sind insbesondere sonstige Beweismittel und Bußgeldbescheide. Für diese gelten die besonderen Verhältnismäßigkeitsaspekte aus Art. 6 Abs. 4 Kartellschadensersatzrichtlinie. Akteneinsichtsmöglichkeiten nach der Transparenzverordnung⁵ und andere Akteneinsichtsrechte, zum Beispiel nach Art. 27 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003⁶, werden von der Kartellschadensersatzrichtlinie nicht ausgeschlossen. Es gelten die jeweiligen Voraussetzungen, allerdings können Verwendungsbeschränkungen nach Art. 7 Kartellschadensersatzrichtlinie greifen.

Das Problem des Geschäftsgeheimnisschutzes wird von der Richtlinie gesehen. Schon die allgemeinen Voraussetzungen, welche Art. 5 Kartellschadensersatzrichtlinie für die jeweiligen Offenlegungsbegehren aufstellt, dienen mittelbar dem Geschäftsgeheimnisschutz, denn sie beschränken den ungehinderten Zugriff auf unternehmensinterne Informationen. Außerdem schafft Art. 5 Abs. 7 Kartellschadensersatzrichtlinie eine Anhörungsmöglichkeit, in der

⁵ Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. EU 2001 L 145/43.

⁶ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EU 2003 L 1/1.

Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht werden können. In Art. 8 Abs. 1 lit. c) Kartellschadensersatzrichtlinie werden Sanktionen für die Missachtung des Geschäftsgeheimnisschutzes vorgesehen.

Maßgeblich spielen Geschäftsgeheimnisse aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 5 Abs. 3 lit. c), Abs. 4 S. 1 Kartellschadensersatzrichtlinie eine Rolle, bei der sie von Amts wegen zu prüfen sind. Unterlagen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten, sind danach nicht per se von der Offenlegung ausgenommen. Sie müssen aber relevant für die Substantiierung der Klage oder ihrer Verteidigung sein. Sowohl das „Ob“ als auch das „Wie“ der Offenlegung müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein. Dabei sind alle Belange im Wege einer praktischen Konkordanz abzuwägen. Sowohl eine Beschränkung als auch eine Offenlegung hat nur so weit zu erfolgen, wie es notwendig ist, dass auf der einen Seite der Schutz der Geschäftsgeheimnisse sichergestellt ist, aber auch der Schadensersatzanspruch effektiv durchgesetzt werden kann. Ein absoluter Schutz von Geschäftsgeheimnissen in dem Sinne, dass die Offenlegung von Beweismittel aufgrund der in ihnen enthaltenen Geschäftsgeheimnisse versagt wird, ist Ultima Ratio für den Fall, wenn das Geheimhaltungsinteresse deutlich überwiegt und vor allem kein anderweitiger prozessualer Schutz möglich ist. Die Mitgliedstaaten sollen nach Art. 5 Abs. 4 S. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie konkrete Schutzmaßnahmen für Geschäftsgeheimnisse bei ihrer Offenlegung schaffen. Worin diese Schutzmaßnahmen bestehen, wird im Richtlinien text nicht genannt und auch in Erwägungsgrund 18 Kartellschadensersatzrichtlinie nur angedeutet. Die Kommission hat mittlerweile immerhin eine Mitteilung über den Schutz vertraulicher Informationen im Rahmen der privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch nationale Gerichte erlassen, der einige Vorgaben macht. Eine Offenlegung ohne jedwede Schutzmaßnahme wird nur den absoluten Ultima-Ratio-Fall darstellen.

Zum Teil sind die Geschäftsgeheimnismaßnahmen der Richtlinie gelungen. Insbesondere die Vorgabe der Einzelfallabwägung spiegelt das in Kapitel 3 gefundene Ergebnis wider. Unzureichend ist aber, dass keine Definition der Geschäftsgeheimnisse vorliegt und in dem Zusammenhang auch keine Abstimmung mit der Geschäftsgeheimnisrichtlinie⁷. Außerdem fehlt es an einem Zwischenverfahren nach dem Vorbild des Art. 6 Abs. 7 Kartellschadensersatzrichtlinie.

Unbefriedigend ist, dass die konkreten Geheimnisschutzmaßnahmen durch Art. 5 Abs. 4 S. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie den Mitgliedstaaten überlassen wurden. Da die meisten keine Erfahrungen mit Offenlegungspflichten und damit auch nicht mit dem dazugehörigen Geheimnisschutz haben, werden sie allein gelassen, was nicht nur die Ausforschung von Geschäftsgeheimnissen, sondern auch ein „forum shopping“ bedeuten kann. Eine reine Aufzählung von möglichen Maßnahmen im Erwägungsgrund 18 ist nicht ausreichend. Ein ausdifferenziertes System, das einen Ausgleich zwischen Informations- und Geheimhaltungsinteresse schafft, wird so durch die Richtlinie nicht vorgegeben. Zu begrüßen ist jedoch die Mitteilung der Kommission

7

für eine nicht bindende Mitteilung über den Schutz vertraulicher Informationen im Rahmen der privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch nationale Gerichte.

b. Die 9. GWB-Novelle

Die 9. GWB-Novelle hat die Kartellschadensersatzrichtlinie in zweierlei Weise umgesetzt. Sie schafft einen außerprozessual oder isoliert gerichtlich geltend zu machenden materiell-rechtlichen Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln oder Auskunftserteilung (§ 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB). Daneben wird eine innerprozessuale Offenlegungsmöglichkeit für den Kartellschadensersatz in §§ 89b Abs. 1, Abs. 2, 89d Abs. 4 i.V.m. § 142 ZPO geschaffen.

Der materiell-rechtliche Anspruch aus § 33g GWB kann für den potentiell Geschädigten isoliert geltend gemacht werden. Die Voraussetzungen decken sich zum Großteil mit denen aus der Kartartellschadensersatzrichtlinie: Der potentielle Inhaber eines Kartellschadensersatzanspruchs kann von jedem Inhaber des Beweismittels oder der Information die Herausgabe verlangen, wenn er den Schadensersatzanspruch glaubhaft macht, also darlegt, dass dieser hinreichend wahrscheinlich ist, die Beweismittel erforderlich sind und er diese so genau wie möglich bezeichnet. Zur Verteidigung ist ein materiell-rechtlicher Anspruch nur möglich, wenn eine Schadensersatzklage bereits anhängig ist oder wenn der potentielle Schädiger eine negative Feststellungsklage erhebt, bei der aber der Kartellrechtsverstoß nicht bestritten wird. Ansonsten gelten auch dort die entsprechenden Voraussetzungen wie beim Anspruch des potentiell Geschädigten.

Ausschlussgründe sind die schwarze und graue Liste im Sinne der Richtlinie sowie die Unverhältnismäßigkeit. Zudem werden Herausgabeverweigerungsrechte geschaffen, die aber im Falle von Geschäftsgeheimnissen im Sinne von § 384 Nr. 3 ZPO auch im Rahmen eines Freigabeverfahrens nach §§ 33g Abs. 6 S. 2, 3, 89b Abs. 6 GWB mit Vornahme einer Einzelfallabwägung herausgegeben werden können.

Die innerprozessuale Offenlegung in §§ 89b Abs. 1, Abs. 2, 89d Abs. 4 i.V.m. § 142 ZPO überträgt die Voraussetzungen von § 33g GWB in die innerprozessuale Offenlegung. Diese Möglichkeit wird trotz des Bedürfnisses der isolierten Geltendmachung gegenüber der materiell-rechtlichen Offenlegungsregelung den Vorzug genießen, da mit ihr Kostenvorteile einhergehen. Die Kosten der Offenlegung sind bei der innerprozessualen Offenlegung Teil der Prozesskosten. Ansonsten ist mit einem komplizierten Aufwendungsersatzanspruch vorzugehen, der nicht gelungen ist. Zudem wird sich ein Schädiger ohnehin an diese innerprozessuale Möglichkeit halten, da er ohnehin nicht ohne eine Form der gerichtlichen Geltendmachung des Kartellschadensersatzrechts auskommen wird, damit § 33g Abs. 2 GWB eingreift.

Für die Offenlegung der Wettbewerbsbehörde schafft die 9. GWB-Novelle in § 89c GWB Sonderregelungen. Diese sehr komplizierte Vorschrift regelt ein zweistufiges Verfahren. Zunächst ist ein Vorlageersuchen an das Gericht zu stellen, welchem unter ähnlichen Voraussetzungen wie § 33g GWB stattgegeben wird. Dann sind die fraglichen Unterlagen in einem zweiten Schritt zugänglich zu machen.

Für den Geschäftsgeheimnisschutz hält sich die 9. GWB-Novelle hauptsächlich an die Richtlinienvorgaben. Geschäftsgeheimnisse sind aber auch schon bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten. Die Ultima-Ratio-Regel gilt auch hier. Es wird durch das Freigabeverfahren aber ein Zwischenverfahren geschaffen, wobei überprüft werden kann, ob Geschäftsgeheimnisse vorliegen. Die Regelung ist jedoch sehr umständlich normiert und schwer zu verstehen. Es fehlt an wirksamen Sanktionsregelungen.

Die 9. GWB-Novelle schafft keine ausdifferenzierte Regelung zum Geschäftsgeheimnisschutz bei gleichzeitiger Offenlegung, sondern ordnet in § 89b Abs. 7 GWB nur an, dass die „erforderlichen und gebotenen Maßnahmen“ zu treffen sind. Diese Regelung gilt für die isolierte sowie innerprozessuale Offenlegung. Normiert wird damit nur eine Generalklausel, die allenfalls ein Fundament für einen Ausgleich zwischen Informations- und Geheimhaltungsinteresse legen kann. Weder der Gesetzestext noch die Gesetzesbegründung macht detaillierte Vorschläge, wie diese Maßnahmen auszusehen haben. Dies ist besonders vor dem Hintergrund problematisch, dass die deutschen Gerichte weder mit der Offenlegung noch mit einem damit einhergehenden Geschäftsgeheimnisschutz Erfahrungen haben.

4. Die konkrete Ausgestaltung des Geschäftsgeheimnisschutzes im Kartellschadensersatzrecht

Es sind daher Maßnahmen zum Geschäftsgeheimnisschutz bei gleichzeitiger Gewährung der Offenlegung vorzuschlagen. Diese sollen entsprechend § 89b Abs. 7 GWB vom Gericht angeordnet werden. Dabei sind in Betracht kommende Maßnahmen sowohl für isolierte Offenlegungsprozesse als auch für die innerprozessuale Offenlegung anwendbar. Bei der isolierten Offenlegung muss das Gericht dann im Tenor des Offenlegungsurteils die Personenbeschränkungen anordnen. Um ein (teilweises) Unterliegen zu vermeiden, sollte dies bereits beantragt werden. Allgemein sind die Maßnahmen nicht nur für die Offenlegung an sich, sondern auch in anderen Verfahrensstadien, die das Geschäftsgeheimnis betreffen, anwendbar.

Liegen entscheidungserhebliche Geschäftsgeheimnisse vor, bei denen sich das offenzulegende Beweismittel teilen lässt und auch ohne das Geschäftsgeheimnis noch einen Sinn ergibt, bietet sich insbesondere die Unkenntlichmachung der Geschäftsgeheimnisse an. Bei entscheidungserheblichen Geschäftsgeheimnissen kommt das Schwärzen nicht in Betracht, weil dies nur unter denselben Voraussetzungen geschehen kann, wie wenn eine Offenlegung ganz verweigert wird. Das ist nur in Ausnahmefällen (Ultima Ratio) nach Einzelfallabwägung möglich.

Eine Offenlegung gegen Sicherheitsleistungen oder Kompensationszahlungen scheidet als brauchbare Maßnahme aus, weil dadurch keinen Ausgleich zwischen beiden Interessen hergestellt werden kann, sondern das Geschäftsgeheimnis im Endeffekt aufgegeben werden muss.

Die zentrale Maßnahme bei entscheidungserheblichen Geschäftsgeheimnissen stellt die Beschränkung des einsichtnehmenden Personenkreises dar. Bekannt aus dem Verwaltungsrecht, dem Immaterialgüterrecht und durch ausländische Rechtsinstitute

kann so ein Ausgleich zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteresse geschaffen werden. Dabei stellt die favorisierte Maßnahme der sogenannte Anwaltsvorbehalt dar. Beim Anwaltsvorbehalt werden während der Offenlegung, aber auch bezüglich aller weiteren Verfahrensschritte, die das Geschäftsgeheimnis betreffen, die Offenlegung verlangende Partei und sonstige Prozessbeteiligte ausgeschlossen. Einsicht nehmen in die Geschäftsgeheimnisse dürfen nur das Gericht und die Prozessvertreter der ausgeschlossenen Partei, die dieser und der Öffentlichkeit gegenüber aber zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Das Anwalt-Mandanten-Verhältnis wird dadurch belastet, jedoch ist dem Anwalt vor dem Hintergrund seiner Stellung als Organ der Rechtspflege und straf- und standesrechtlicher Konsequenzen ein solches Verhalten zuzumuten. Diese Maßnahme ist mit dem rechtlichen Gehör vor dem Hintergrund deutscher und europäischer Rechtsprechung deshalb vereinbar, weil es durch Herstellung von praktischer Konkordanz dazu führt, dass effektiver Rechtsschutz und Geschäftsgeheimnisschutz gesichert werden. Dadurch, dass ein Parteivertreter die Geschäftsgeheimnisse zu Gesicht bekommt und die Partei auch ohne Verrat dieser Geschäftsgeheimnisse unterrichten darf, wird nicht nur das rechtliche Gehör in größtmöglicher Weise gewährt, sondern auch der kartellrechtliche Zivilprozess vor dem Hintergrund des Beibringungsgrundsatzes praktisch durchführbar. Weitere Maßnahmen, wie der Einsatz von Beweismittlern oder reine „In-camera“-Verfahren, lassen sich mit diesen Grundsätzen nicht vereinbaren. Maßnahmen, wie der Einsatz von Clean Teams, greifen zu sehr in die Geschäftsgeheimnisse ein. Auch das in der Literatur oft angesprochene Düsseldorfer Verfahren eignet sich in seiner ursprünglichen Ausprägung nicht für den Kartellzivilprozess, da dies nur für den einstweiligen Rechtsschutz geschaffen wurde, der im Kartellzivilrecht im Hintergrund steht. Der Anwaltsvorbehalt lässt sich unter § 89b Abs. 7 GWB i.V.m. Art. 5 Abs. 4 S. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie subsumieren. In verfassungs- und europarechtlicher Auslegung und unter Wahrung des Gesetzesvorbehalts waren solche Personenbeschränkungen vor allem vom europäischen Gesetzgeber angedacht.

Zu Personenbeschränkungen müssen weitere Maßnahmen hinzukommen. Ein Ausschluss der Gerichtsöffentlichkeit bei Geschäftsgeheimnissen ist in § 172 Nr. 2 GVG bereits vorgesehen. Die Öffentlichkeit soll für alle Verfahrensschritte, die das Geschäftsgeheimnis betrifft, ausgeschlossen werden. Dies kann auch die Urteilsverkündung sein.

Verschwiegenheitsverpflichtungen und Verwendungsbeschränkungen für Personen, denen die Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden, ergeben sich zum Teil bereits aus vorher existierenden Normen, können im Übrigen aber auch unter § 89b Abs. 7 GWB subsumiert werden. Straf- und standesrechtliche Sanktionen werden davon aber nicht erfasst, da das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot eine Anwendung der Generalklausel aus § 89b Abs. 7 GWB dafür verbietet. Zum Teil existieren aber straf- und standesrechtliche Sanktionsmöglichkeiten, zum Beispiel § 203 StGB, für den Anwalt. Im Übrigen kommt auch ein Schadensersatzanspruch über §§ 823, 826 BGB bei Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht in Betracht.

Gerichtsakten sind unter Verschluss zu halten. Akteneinsichtsgesuche der Parteien, aber auch von Dritten, sind über § 299 ZPO bei Beachtung von § 89b Abs. 7 GWB

abzulehnen. Gerichtsentscheidungen, die den Parteien nach Erlass des Urteils zugestellt, aber die auch veröffentlicht werden müssen, sind so zu modifizieren, dass Geschäftsgeheimnisse nicht erkennbar sind. Nur den Prozessvertretern, die Teil des Anwaltsvorbehalts waren, wird eine vertrauliche Fassung zugesendet. So können sie entscheiden und unter Wahrung ihrer Verschwiegenheitspflicht mit den Parteien bestimmen, ob Rechtsmittel eingelegt werden können.

Die genannten Maßnahmen sind im Kartellzivilrecht bei der isolierten Offenlegung und der innerprozessualen Offenlegung anzuwenden und in den meisten Fällen zu kombinieren. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert eine Abwägung und eine Auswahl der geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mittel in jedem Einzelfall. Bei der Auswahl einer verhältnismäßigen Maßnahme sind insbesondere die Art des Beweismittels, die Natur der darin enthaltenen Information, die wettbewerbliche Stellung der Parteien, der Umfang der erwarteten Offenlegung, der Gebrauch der Unterlagen und der Umstand zu beachten, ob es sich um eigene oder fremde Geheimnisse handelt. So kann das Gericht für jede beweisrechtliche Situation die notwendigen Maßnahmen wählen.

Wollen Parteien nicht die Unsicherheiten eingehen, die durch die Generalklausel § 89b Abs. 7 GWB entstanden sind, und abwarten, bis sich eine Rechtsprechungspraxis entwickelt hat, können sie den Geschäftsgeheimnisschutz in der Offenlegung auch selbstständig regeln. Dies geht vor allem durch Prozessvereinbarungen, in denen der Personenkreis der einsichtnehmenden beschränkt werden kann, und weitere Maßnahmen, wie Verschwiegenheitsverpflichtungen mit Vertragsstrafen, geregelt werden können. Durch solche Prozessvereinbarungen behalten die Parteien die Herrschaft über den Prozess, können den Geschäftsgeheimnisschutz mitbestimmen und müssen sich nicht in eine durch § 89b Abs. 7 GWB vorgegebene Herrschaft des Gerichts begeben.

Außerdem können Parteien durch privatautonome Maßnahmen die gesetzlichen Offenlegungsregeln der 9. GWB-Novelle trotz Beachtung des Kompensationsinteresses umgehen. Eine Offenlegung ist nur so lange notwendig, wie die Beweismittel erforderlich zum Nachweis eines Tatbestandsmerkmals des § 33a GWB sind. Beim Einsatz von pauschalisierenden Schadensersatzklauseln kann sogar durch AGB dieser Erforderlichkeit der Beweismittel entgangen werden, auch wenn die genaue Ausgestaltung dieser Klauseln höchstrichterlich noch ungeklärt ist. Dadurch kann die Höhe des Schadens aus § 33a GWB vorgegeben werden, wodurch sich eine sonst so schwierige Beweisaufnahme und damit auch Offenlegung über diesen Punkt erübrigt. Die sonst dafür erforderlichen Geschäftsgeheimnisse müssen nicht offengelegt werden, da für sie kein Bedürfnis besteht.

Des Weiteren erlaubt der Gang über die alternative Streitbeilegung und dabei insbesondere der Vergleich und das Schiedsverfahren die Nichtanwendung der gesetzlichen Offenlegungsregeln der 9. GWB-Novelle. Sofern zum Beispiel Schiedsstatute die Offenlegung vorsehen, ist aufgrund der allgemeinen Vertraulichkeit ein größerer Geschäftsgeheimnisschutz gegeben. Außerdem können Parteien auf den Geschäftsgeheimnisschutz hier mehr Einfluss nehmen und die Schiedsgerichte haben mehr Erfahrung mit Offenlegungsangelegenheiten. Ob auch hier die

Schiedsgerichtsbarkeit eine vorherrschende Stellung einnehmen wird, bleibt abzuwarten.