

Dr. Jens Steger, RA

Zugang durch die Hintertüre? – zur Akteneinsicht in Kronzeugenanträge von Kartellanten

Der Beitrag befasst sich in einem kurzen Überblick mit den Möglichkeiten der Akteneinsicht in Kronzeugenanträge im Rahmen eines bereits laufenden Zivilprozesses, die bisher – soweit ersichtlich – im Kontext von Kartellschadenersatzprozessen noch nicht intensiv diskutiert wurden. Eine solche Konstellation hatte das OLG Hamm jedoch kürzlich zu entscheiden (Beschluss vom 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13). Nach dessen Entscheidung war der Aufschrei bei Klägern und Beklagten gleichermaßen groß. Das OLG hat es einem Zivilgericht, das gerade die Schadenersatzklage gegen frühere Kartellanten verhandelte, gestattet, in die Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft Einblick zu nehmen. Die Ermittlungsakten enthielten unter anderem auch die Kronzeugenanträge der in diesem Prozess beklagten Kartellanten. Doch was bedeutet die Entscheidung für die Praxis kartellrechtlicher Schadenersatzprozesse in Deutschland? Steht Klägern künftig ein Weg offen, an die vertraulichen Informationen aus den begehrten Kronzeugenanträgen der Kartellanten zu gelangen, um ihren Schaden nachweisen zu können und müssen Beklagte im Umkehrschluss zukünftig fürchten, im Falle eines Kronzeugenantrages zivilrechtlichen Follow-on-Klagen (schutzlos) ausgeliefert zu sein? Die Entscheidung des OLG Hamm wurde jedenfalls kürzlich vom Bundesverfassungsgericht vollumfänglich bestätigt. Sie ist also auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht für kartellrechtliche Follow-on-Prozesse als wasserdicht einzustufen.

I. Einleitung

In Rechtsstreitigkeiten, bei denen es um die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vermeintlicher Kartellgeschädigter gegen Kartellanten geht, zählt die Frage der Zulässigkeit eines Akteneinsichtsgesuchs in Kronzeugenakten seit jeher zu den Kernfragen einer jeden Prozessstrategie.¹ Obwohl das Vorliegen einer kartellbehördlichen Entscheidung gem. § 33 Abs. 4 GWB Tatbestandswirkung für ein Zivilgericht entfaltet, wenn es sich um eine Schadenersatzklage auf Grundlage von § 33 Abs. 2 S. 1 GWB handelt, besteht in der täglichen Praxis eine sehr große Beweisasymmetrie zu Lasten der klägerischen Parteien. Dies zeigt sich bereits daran, dass die Tatbestandswirkung einer kartellbehördlichen Entscheidung nur für die eigentliche Feststellung des Kartellrechtsverstößes gilt und nicht etwa auch für die Schadenkausalität oder die Schadenbeziehung.² Diese sollen vielmehr der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen.³ Das ist der Grund dafür, warum Akteneinsichtsgesuche für Kartellgeschädigte von besonderer Wichtigkeit sind.

II. Bisherige Gerichtspraxis auf Grundlage von § 406e StPO

Bevor auf die eigentlichen Neuerungen von Akteneinsichtsmöglichkeiten eingegangen wird, soll zunächst in einem kurzen Aufriss die

bisherige Praxis nationaler Akteneinsichtsgesuche aufgezeigt werden. Bislang wurden Akteneinsichtsgesuche von (potentiell) Kartellgeschädigten im Vorfeld eines Follow-on-Prozesses in erster Linie auf § 406e StPO gestützt, wobei die Kartellgeschädigten jeweils selbst bzw. durch ihre Rechtsanwälte gegenüber der Behörde aufgetreten sind und dort unmittelbar um Akteneinsicht nachgesucht haben. Die gerichtliche Handhabung von § 406e StPO erfolgt in der Praxis jedoch sehr restriktiv und grundsätzlich mit dem Ergebnis, dass die begehrte Akteneinsicht in die Bonusanträge der Kartellanten versagt wird. Dies ergibt sich exemplarisch aus den beiden nachfolgenden Entscheidungen des AG Bonn sowie des OLG Düsseldorf:

1. AG Bonn

Ein Akteneinsichtsgesuch in Bonusanträge beim Bundeskartellamt kann auf Grundlage von § 406e Abs. 2 S. 2 StPO wegen der Vereitelung des Untersuchungszwecks versagt werden, auch wenn damit eine erst in Zukunft liegende mögliche Aufdeckung und Verfolgung von Wettbewerbsverstößen gefährdet würde.⁴ Nach der Entscheidung des AG Bonn sind davon also gerade auch vorstellbare – zukünftige – Kartellverfahren erfasst.⁵ Das Gericht ging in der Entscheidung im Rahmen einer Interessenabwägung davon aus, dass das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen, die freiwillig Angaben im Rahmen eines Bonusantrages machten, schutzwürdiger sei, als das Informationsinteresse der Antragstellerin auf Einsicht in diese Unterlagen.⁶ Zudem sei zu berücksichtigen, so das Gericht, „dass dem Bonusantragsteller vom Bundeskartellamt Vertraulichkeit zugesichert worden [sei] und der Bonusantrag in der Erwartung der Erfüllung dieses Vertrauens gestellt [worden sei]“.⁷

2. OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf hat in einem anderen Fall, in dem es ebenfalls auf Grundlage von § 406e Abs. 2 S. 2 StPO um Akteneinsicht in die Bonusanträge beim Bundeskartellamt ging, nach einer Abwägung aller ihm maßgeblich erscheinender Umstände entschieden, dass eine Akteneinsicht in die Bonusanträge zu versagen sei.⁸ Sein Ergebnis stützte das Gericht auch in erster Linie darauf, dass die Interessen derjenigen, die beim Bundeskartellamt einen Bonusantrag nach der Kronzeugenregelung gestellt hätten, aufgrund des vom Amt gewährten Vertrauensschutzes in die Geheimhaltung der Angaben aus dem

1 Vgl. auch Makatsch/Abele, WuW 2014, 164; Steger, CCZ 2014, 95.

2 Vgl. Bechtold, GWB, 7. Aufl. 2013, § 33, Rn. 41 f.

3 Bechtold, GWB, 7. Aufl. 2013, § 33, Rn. 41 f. m. w. N.

4 So das AG Bonn, 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Rn. 17 ff., juris – Pfeiderer II.

5 Vgl. AG Bonn, 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Rn. 17 ff., juris – Pfeiderer II. In der Entscheidung Pfeiderer I hatte das AG Bonn noch zu Gunsten der Akteneinsicht Kartellgeschädigter entschieden, AG Bonn, 4.8.2009 – 51 Gs 53/09, juris.

6 AG Bonn, 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Rn. 23, juris – Pfeiderer II.

7 AG Bonn, 18.1.2012 – 51 Gs 53/09, Rn. 23 a. E., juris – Pfeiderer II.

8 OLG Düsseldorf, 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWI) u. a., Rn. 30 ff., juris – Kaffeeröster, BB 2012, 2459 m. BB-Komm. Kapp/Hummel.

Bonusantrag den Interessen der Antragsteller auf Akteneinsicht über-
wäge.⁹ Der BGH hat die Beschwerden gegen den Beschluss des OLG
Düsseldorf jüngst zurückgewiesen.¹⁰

III. Beschluss des OLG Hamm

Eine von der Akteneinsichtsmöglichkeit des § 406e StPO abweichende
Möglichkeit hatte indes kürzlich das OLG Hamm zu behandeln.¹¹

1. Besonderheit des Beschlusses

Das Gericht hatte sich mit einer Konstellation zu befassen, die – so-
weit ersichtlich – in einem kartellrechtlichen Kontext bislang nirgend-
wo sonst zur gerichtlichen Entscheidung vorgelegen hat. Die Ent-
scheidung gilt manch einem gar als „juristische Meisterleistung“.¹²
Die Besonderheit des vom OLG entschiedenen Falls liegt darin, dass
keine Partei – unmittelbar selbst – Akteneinsicht begehrt, sondern ein
Zivilgericht in seiner Funktion als Justizbehörde und zwar während
eines bereits laufenden Rechtsstreits bei einer anderen Behörde, näm-
lich der Staatsanwaltschaft. Es ging damit im Kern um die Frage der
Gewährung von Akteneinsicht in Ermittlungsakten (inklusive dort
enthaltener Bonusakten) an ein ordentliches Gericht, die sich nach
§§ 474 ff. StPO richtet.¹³ Sowohl die Europäische Kommission¹⁴ als
auch das Bundeskartellamt¹⁵ sichern in ihren Kronzeugenregelungen
die Vertraulichkeit von Angaben zu, die im Rahmen von Kronzeugen-
anträgen gemacht werden. Aus den Bonusregelungen von Bundeskar-
tellamt und Kommission ergibt sich ferner, dass Kartellanten, die ei-
nen Bonusantrag stellen, gehalten sind, „ununterbrochen und unein-
geschränkt“ mit der Behörde zusammenzuarbeiten.¹⁶ Aus den Bonus-
regelungen ergibt sich zudem, dass die Kartellanten, die einen Bonus-
antrag gestellt haben, sämtliche ihnen bekannte Details des kartell-
rechtswidrigen Verhaltens gegenüber der Behörde offenbaren müssen,
um in die Vorzüge der Bonusregelung zu kommen. Die Bonusanträge
enthalten somit regelmäßig sämtliche den Unternehmen bekannte
kartellrechtswidrige Handlungen nebst Handlungsbeteiligte, Zeit-
räume etc. Die inhaltliche Kenntnis des Kronzeugenantrags könnte
einen Schadenersatzkläger daher grundsätzlich in die komfortable
Ausgangslage versetzen, seinen ihm durch das Kartell (vermeintlich)
entstandenen Schaden gegenüber den beklagten Kartellanten im Pro-
zess deutlich besser nachweisen zu können.

2. Hintergrund zum Beschluss

Der Hintergrund der hier in Rede stehenden Entscheidung ist ein
beim LG Berlin geführter Schadenersatzprozess gegen die beklagten
Kartellanten, der auf das Kartell „Aufzüge- und Fahrtreppen“ zu-
rückzuführen ist.¹⁷ In den Jahren 2003 und 2006 stellte ein Her-
steller von Aufzügen und Fahrtreppen bei Kommission bzw. Bundes-
kartellamt Kronzeugenanträge. Die Kommission eröffnete daraufhin
ein Kartellverfahren, das mit der Verhängung von Bußgeldern gegen
verschiedene Aufzugshersteller endete.¹⁸ Wegen der Zuständigkeit
der Kommission eröffnete das Bundeskartellamt kein Verfahren,
sondern übersandte die Akten wegen des Verdachts auf das Vorlie-
gen von Straftatbeständen an die Staatsanwaltschaft Düsseldorf.
Diese eröffnete ein Ermittlungsverfahren, das jedoch eingestellt wur-
de. Gegen die anschließend vor dem LG Berlin erhobene Klage hat-
ten sich die beklagten Kartellanten u. a. mit dem Einwand verteidigt,
dass die Kläger nichtmals dargelegt hätten, welcher Unternehmens-
vertreter für welches Projekt (für das Schadenersatz begehrt wird)

gehandelt haben soll. Dies sei jedoch im Rahmen der Darlegungs-
und Beweislast gefordert. Die Kläger sahen sich außer Stande, ihrer
Beweislast substantiiert nachzukommen, da ihnen die hierzu erfor-
derlichen Detailinformationen fehlten. Diese ergäben sich jedoch
aus den Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft, die auch die Bo-
nusanträge der Beklagten enthielten.¹⁹ Das LG bat daraufhin die
Staatsanwaltschaft (auf Antrag der Kläger) zur weiteren Aufklärung
um Übersendung der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten. Die
aktenführende Staatsanwaltschaft Düsseldorf wollte die Aktenein-
sicht gewähren. Dies ist bereits deshalb bemerkenswert, da die
Staatsanwaltschaft vorherige – unmittelbare – Akteneinsichtsgesuche
durch die Parteien selbst stets ablehnte.²⁰ Die im Zivilprozess Be-
klagten stellten daraufhin gem. § 23 EGGVG Antrag auf gerichtliche
Entscheidung durch das OLG Hamm. Sowohl die Beklagten als auch
das Bundeskartellamt widersprachen der Herausgabe der Akten an
das LG Berlin ausdrücklich.²¹

3. Kein Rechtsmittel gegen OLG-Beschluss

Das OLG Hamm hat die Rechtsbeschwerde zum BGH nicht zugelas-
sen, woran der BGH gem. § 29 Abs. 2 S. 2 EGGVG gebunden ist.²²
Die Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen der Rechtsbeschwerde
liegt damit allein beim OLG und kann vom BGH nicht anders beur-
teilt werden.²³ Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde steht
kein Rechtsmittel zur Verfügung,²⁴ was dem Beschluss für die Praxis
eine wichtige Bedeutung beimisst.²⁵

4. Keine verfassungsmäßigen Bedenken des Bundesverfassungsgerichts gegen den Beschluss des OLG

Die praktische Bedeutung des OLG-Beschlusses für Kartellschaden-
ersatzkläger und Beklagte ist durch die aktuelle Entscheidung des
Bundesverfassungsgerichts²⁶ noch brisanter geworden. Denn das
BVerfG hat die Verfassungsbeschwerden der beklagten Kartellanten
gegen den Beschluss des OLG nicht zur Entscheidung angenommen.
Die durch die Verfassungsbeschwerden aufgeworfenen Fragen seien in
grundsätzlicher Hinsicht bereits geklärt und die Verfassungsbeschwer-
den nach diesen Maßstäben unbegründet.²⁷

9 Vgl. OLG Düsseldorf, 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi) u. a., Rn. 36, juris – *Kaffee Röster*, BB 2012, 2459 m. BB-Komm. *Kapp/Hummel*.

10 BGH, 18.2.2014 – KRB 12/13, juris – *Kaffee Röster*.

11 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, BB 2014, 526.

12 *Gussone*, BB 2014, 533.

13 S. auch *Steger*, CCZ 2014, 95 f.

14 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kar-
tellsachen v. 8.12.2006, 2006/C 298/11, Rn. 33.

15 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen
in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7.3.2006, Rn. 22.

16 Vgl. BKartA, Bonusregelung (Fn. 15), Rn. 3 ff.

17 Kommission, Entscheidung vom 21.2.2007, K(2007) 512 endg.

18 Vgl. Kommission, Entscheidung vom 21.2.2007, COMP/E-1/38.823; EuG, 13.7.2011 – T-
144/07 u. a., Slg 2011, II-5129, sowie vom 13.7.2011 – T-141/07 u. a., Slg 2011, II-4977,
und schließlich EuGH, 15.6.2012 – C-494/11 P.

19 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13.

20 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, Rn. 9.

21 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, Rn. 18 ff.

22 Vgl. *Pabst*, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 29 EGGVG, Rn. 6.

23 *Pabst*, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 29 EGGVG, Rn. 6.

24 *Pabst*, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 29 EGGVG, Rn. 6.

25 Die einzig verbleibende Möglichkeit für die konkret Betroffenen ist eine Verfassungs-
beschwerde gegen die Gerichtsentscheidung. Hiervon haben die Betroffenen Gebrauch ge-
macht. Beim BVerfG war unter dem Az. 1 BvR 3600/13 ein Verfassungsbeschwerdever-
fahren anhängig.

26 BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a., veröffentlicht am 3.4.2014, abrufbar unter
www.bverfg.de/entscheidungen/rk20140306_1bvr354113.html und BB-Online BBL2014-
897-5 (Abruf: 11.4.2014).

27 BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a. (Fn. 26), Rn. 16.

IV. Wesentliche Voraussetzungen für eine Akteneinsicht des Klägers

Mit der Entscheidung des OLG Hamm ist aus der klägerischen Perspektive zwar ein erster gewichtiger Schritt in Richtung Akteneinsicht gemacht worden. Dies gilt erst recht für die Bestätigung der Entscheidung durch das BVerfG. Doch muss der entschiedene Fall nicht zwingend auf jeden Sachverhalt anwendbar sein, bei dem es um eine zivilprozessuale Follow-on-Klage wegen Kartellrechtsverletzungen geht. Deshalb soll nachfolgend aufgezeigt werden, welche Voraussetzungen generell vorliegen und welche weiteren Schritte gegangen werden müssen, um mit Erfolg das Recht auf Akteneinsicht geltend machen zu können oder aber sich hiergegen zu verteidigen.

1. Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft

Grundvoraussetzung ist zum einen, dass es überhaupt zu einem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren kommt. Gem. § 41 OWiG gibt das Bundeskartellamt die Sache an die Staatsanwaltschaft ab, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass die Tat eine Straftat ist. Dies ist nicht bei allen Kartellabsprachen der Fall, sondern nur bei solchen, bei denen gleichzeitig eine Strafbarkeit wegen Betruges gem. § 263 StGB und/oder Submissionsbetruges gem. § 298 StGB im Raum steht.²⁸ Denkbar ist zwar auch eine Akteneinsicht des Zivilgerichts unmittelbar beim Bundeskartellamt.²⁹ Bei näherem Hinsehen muss aber davon ausgegangen werden, dass das Amt wegen des verwaltungsrechtlichen Grundsatzes der Selbstbindung der Verwaltung³⁰ einen Sperrvermerk auf der Akte anbringen würde, der es dem ersuchenden Gericht konsequent verwehren würde, den Akteninhalt überhaupt zum Gegenstand der Verhandlung zu machen.³¹ Außerhalb des Bereichs gesetzlich strikt determinierter Entscheidungen, d.h. insb. bei Ermessen oder Beurteilungsspielraum, ist ein Verwaltungsträger durch den verfassungsrechtlich gewährleisteten Gleichheitssatz aus Art. 3 GG grundsätzlich an die einmal begonnene Praxis gebunden.³² Ist er beim ersten Herr, ist er beim zweiten Knecht.³³ In der in diesem Zusammenhang zu lesenden Bonusregelung des Amtes heißt es: „Das Bundeskartellamt wird Anträge privater Dritter auf Akteneinsicht bzw. Auskunftserteilung im Rahmen des gesetzlich eingeräumten Ermessens grundsätzlich insoweit ablehnen, als es sich um den Antrag auf Erlass oder Reduktion der Geldbuße und die dazu übermittelten Beweismittel handelt.“³⁴ Aber selbst dann, wenn es sich um ein Zivilgericht als Justizbehörde handeln sollte, das Akteneinsicht begehrt, könnte das über seine Akten verfügungsberechtigte Amt einen Sperrvermerk auf der Akte anbringen.³⁵ Die Akte wäre damit für das Zivilgericht praktisch nutzlos.³⁶ Anders verhält es sich aber bei der Staatsanwaltschaft, die über ihre eigenen Akten verfügen darf, ohne hierbei eine mögliche Selbstbindung des Bundeskartellamtes berücksichtigen zu müssen.³⁷ Denn nur das Amt hat sich gegenüber den Kronzeugen in seiner Bonusmitteilung verpflichtet, keinem Dritten Einsicht in die Akten zu gewähren. Dies gilt für die Staatsanwaltschaft gerade nicht. Das Amt weist in seiner Bonusmitteilung zudem – ausdrücklich – darauf hin, dass die Akten an die Staatsanwaltschaft versandt werden können.³⁸

2. Anforderung der Akten durch das Zivilgericht

Auch dann, wenn ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren eingeleitet und abgeschlossen wurde, bedeutet dies noch nicht auto-

matisch, dass die Kläger eines zivilrechtlichen Follow-on-Schadenersatzprozesses auch an den Inhalt der Ermittlungsakten nebst Bonusakten etc. gelangen. Hierzu bedarf es weiterer Schritte:

a) Beweisantrag gem. § 432 ZPO

Zunächst muss die beweisbelastete Partei einen Beweisantrag gem. § 432 Abs. 1 ZPO beim Zivilgericht stellen, bei dem die Klage verhandelt wird. Der Beweisantrag muss die Tatsachen enthalten, die durch die Urkunde bewiesen werden sollen sowie Anhaltspunkte für den Besitz der Behörde liefern.³⁹ Die Urkunde muss dabei so bezeichnet werden, dass die ersuchte Behörde sie auffinden kann.⁴⁰ Dazu reicht die inhaltliche Bezeichnung aus, da die Angabe von Blattzahlen etc. dem Beweisführer i. d. R. unmöglich sein dürfte.⁴¹ Ein Antrag auf Beiziehung ganzer Akten genügt allerdings nicht den Erfordernissen eines Beweisantrags und dürfte darüber hinaus als – unzulässiger – Ausforschungsbeweis zu qualifizieren sein.⁴² Die konkrete Urkunde muss also bezeichnet werden.⁴³ Erst dann, wenn das Gericht die zu beweisende Tatsache für erheblich hält, ordnet es durch Beweisbeschluss das Ersuchen an die Staatsanwaltschaft an.⁴⁴ Für den Fall, dass das Gericht durch Beschluss oder unmittelbar in den Urteilsgründen die Beweiserhebung ablehnt, könnte die Ablehnung nur zusammen mit dem Urteil angefochten werden.⁴⁵ Entspricht das Gericht allerdings dem Beweisantrag der Partei, dann ordnet es durch Beweisbeschluss das Ersuchen an die Behörde an.⁴⁶

b) Anregung einer Anordnung gem. § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO

Eine Anordnung des Gerichts könnte gem. § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO aber auch bereits im Rahmen der Terminvorbereitung erfolgen.⁴⁷ § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erlaubt es nämlich dem Gericht, zur Vorbereitung jedes Termins Behörden um Mitteilung von Urkunden oder Erteilung amtlicher Auskünfte zu ersuchen.⁴⁸ Um jeden Eindruck der Voreingenommenheit zu vermeiden, sollten auch vorbereitende Maßnahmen nur insoweit getroffen werden, als sie durch den Vortrag der Parteien nahegelegt werden.⁴⁹ Das BVerfG hat im vorliegenden Zusammenhang einer kartellrechtlichen Follow-on-Schadenersatzklage nochmals – und ausdrücklich – bestätigt, dass ohne zur Amtsermittlung zu ermächtigen, die Beiziehung von Akten zulässig ist, wenn

28 Vgl. Nickel, wistra 2014, 7 ff.

29 So bspw. Gussone, BB 2014, 526, 533.

30 Vgl. hierzu bspw. Kischel, in: BeckOK-GG, Stand: 1.11.2013, Art. 3, Rn. 112 f.

31 Vgl. hierzu die Ausführungen unten, unter Pkt. IV. 5. dd).

32 Kischel, in: BeckOK-GG, Stand: 1.11.2013, Art. 3, Rn. 112 f.

33 Kischel, in: BeckOK-GG, Stand: 1.11.2013, Art. 3, Rn. 112 f.

34 BKartA, Bonusregelung (Fn. 15), Rn. 22.

35 Siehe auch unten, Pkt. IV.7.

36 Vgl. auch unten, Pkt. IV. 5. d).

37 Vgl. zur Beachtlichkeit des Gleichheitssatzes bei unterschiedlicher Kompetenzverteilung:

Kischel, in: BeckOK-GG, Stand: 1.11.2013, Art. 3, Rn. 103 ff.

38 BKartA, Bonusmitteilung (Fn. 15), Rn. 24.

39 Vgl. Schreiber, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 432, Rn. 6.

40 Schreiber, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 432, Rn. 6.

41 Schreiber, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 432, Rn. 6.

42 Vgl. auch Schreiber, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 432, Rn. 6.

43 Vgl. auch Schreiber, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 432, Rn. 6.

44 Vgl. auch Schreiber, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 432, Rn. 7.

45 Vgl. Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 34. Aufl. 2013, § 432, Rn. 5.

46 Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 34. Aufl. 2013, § 432, Rn. 4.

47 Genauso BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a. (Fn. 26), Rn. 17 f.; vgl. auch Dreher, ZWeR 2008, 325, 337, der sich jedoch auf § 273 Abs. 2 Nr. 5 ZPO stützt und darauf verweist, dass der Beklagte dem Klageanspruch bereits widersprochen habe müsse.

48 BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a. (Fn. 26), Rn. 17 f.

49 Bacher, in: BeckOK-ZPO, Stand: 15.3.2014, § 273, Rn. 9.

und soweit sich eine Partei unter Angabe der erheblichen Aktenteile auf diese Akten bezogen hat.⁵⁰

3. Übermittlung durch die betroffene Behörde

Nach Eingang des gerichtlichen Ersuchens um Übersendung der Ermittlungsakte(n) zum Zwecke der Akteneinsicht richtet sich das weitere Vorgehen der Staatsanwaltschaft nach §§ 474 ff. StPO. Gem. § 474 Abs. 1 StPO erhalten Gerichte, Staatsanwaltschaften und andere Justizbehörden Akteneinsicht, wenn dies für Zwecke der Rechtspflege erforderlich ist. Eine Besonderheit der vorliegenden Konstellation – im Vergleich zu einem Akteneinsichtsgesuch der Parteien direkt bei der jeweiligen Behörde⁵¹ – ist es, dass die Prüfungskompetenz der „Erforderlichkeit“ einer Akteneinsicht gem. § 477 Abs. 4 S. 1 StPO bei der anfordernden Stelle, hier also dem Zivilgericht liegt und nicht bei der übermittelnden Behörde.⁵² Die übermittelnde Behörde prüft nur, ob das Übermittlungsersuchen im Rahmen der Aufgaben des Empfängers liegt, womit es sich (lediglich) um eine abstrakte Zuständigkeitsprüfung handelt.⁵³ Des Weiteren prüft sie das Vorliegen gesetzlich normierter Versagungsgründe in §§ 477 Abs. 2, Abs. 4 und § 478 Abs. 2 StPO.⁵⁴ Für die Akteneinsicht ersuchende Stelle ergibt sich darüber hinaus keine nähere Darlegungspflicht der Erforderlichkeit.⁵⁵ Die ersuchte Stelle muss daher von der Erforderlichkeit der Aktenüberlassung ausgehen, wenn eine entsprechende Anforderung vorliegt.⁵⁶ Ihr steht kein Ermessen zu.⁵⁷ Es wird von vornherein und als Regelfall Akteneinsicht gewährt.⁵⁸

a) Keine „ungewöhnliche Art von Daten“

Eine weitergehende Prüfungspflicht der ersuchten Stelle wird z. B. nur dann angenommen, wenn es sich um eine „ungewöhnliche Art von Daten“ handelt.⁵⁹ Das OLG Hamm hat die Bonusanträge nicht als eine solche Art von Daten qualifiziert.⁶⁰ Die in Bonusanträgen enthaltenen freiwillig herausgegebenen Informationen stellten letztlich nichts anderes als eine „selbstbelastende Einlassung von an Ordnungswidrigkeiten Beteiligten“ dar.⁶¹

b) Keine Gefährdung des Untersuchungszwecks

Gem. § 477 Abs. 2 S. 1 StPO ist die Akteneinsicht ferner zu versagen, wenn ihr Zwecke des Strafverfahrens, insbesondere die Gefährdung des Untersuchungszwecks in einem anderen Strafverfahren entgegenstehen. Bestätigt vom OLG Hamm hat die Staatsanwaltschaft diamentral zum AG Bonn⁶² entschieden, indem es feststellte, dass „die rein theoretische und abstrakte Möglichkeit, [einer] Übermittlung des Kronzeugenantrags (oder des Teils der vertraulichen Fassung des Bescheids der Kommission), die zukünftige Kooperationsbereitschaft potentieller Kartellanten herabsetzen würde [...], keine Gefährdung des Untersuchungszwecks“ bedeute.⁶³

c) Keine entgegenstehende gesetzliche Regelung

Ferner dürfen der Akteneinsicht keine bundesgesetzlichen oder landesgesetzlichen Verwendungsregelungen entgegenstehen.⁶⁴ Die Bonusregelung des BKartA gilt jedenfalls als bloße Verwaltungsanweisung und hat keine Gesetzeskraft.⁶⁵ Der Gesetzgeber hat die Frage der Akteneinsicht durch Justizbehörden im Rahmen der 8. GWB-Novelle nicht geregelt, obwohl im Referentenentwurf (noch) eine eindeutige Regelung enthalten war. Dort hieß es unter der Überschrift „Vertraulichkeit von Aufklärungsbeiträgen“ zu § 81b Abs. 1 S. 3 GWB-E: „Akteneinsicht nach § 474 Abs. 1 StPO, auch i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG,

wird nur der Staatsanwaltschaft und den Strafgerichten gewährt.“⁶⁶ In Absatz 2 hieß es zudem: „Abs. 1 findet auf die Kartellbehörde und andere Stellen Anwendung, die den Antrag und die Beweismittel im Rahmen ihrer Aufgaben erlangt haben.“ Hiermit wäre dem Zivilgericht ein Akteneinsichtsrecht versagt gewesen.

4. Dogmatische Einordnung durch das BVerfG („Doppeltürmodell“)

Das BVerfG hat die oben unter Punkt 2 (Anforderung der Akten durch das Zivilgericht) und Punkt 3 (Übermittlung durch die angefragte Behörde) beschriebenen Schritte dogmatisch als sog. „Doppeltürmodell“ bezeichnet. Diese Bezeichnung hat das Gericht bereits in einem anderen Zusammenhang im Jahr 2012 entwickelt.⁶⁷ Das sog. „Doppeltürmodell“ besagt letztlich nichts anderes, als dass zwischen der Datenübermittlung seitens der auskunfterteilenden Stelle und dem Datenabruf seitens der auskunftersuchenden Stelle unterschieden werden muss. Hiernach vollzieht sich ein Datenaustausch durch die einander korrespondierenden Eingriffe von Abfrage und Übermittlung, die jeweils einer eigenen Rechtsgrundlage bedürfen.⁶⁸ Das Gericht führte wörtlich aus: „Der Gesetzgeber muss, bildlich gesprochen, nicht nur die Tür zur Übermittlung von Daten öffnen, sondern auch die Tür zu deren Abfrage. Erst beide Rechtsgrundlagen gemeinsam, die wie eine Doppeltür zusammenwirken müssen, berechtigen zu einem Austausch personenbezogener Daten.“⁶⁹ Von diesem Bild ausgehend, öffnet § 432 ZPO als Ermächtigungsgrundlage für einen gerichtlichen Beschluss die Möglichkeit für das Gericht, die Behörde um Akteneinsicht zu ersuchen. Genauso kann § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO als adäquate Ermächtigungsgrundlage hierfür herangezogen werden.⁷⁰ Diese beiden in Frage kommenden Ermächtigungsgrundlagen stellen somit, um im Bild des BVerfG zu bleiben, die erste Tür dar. Die damit korrespondierenden Rechtsgrundlagen der §§ 474, 477 StPO stellen die zweite Tür, namentlich die Tür zur Datenübermittlung durch die aktenführende Staatsanwaltschaft dar.⁷¹ § 474 Abs. 1 regelt, dass Akteneinsicht zu gewähren ist, wenn dies für Zwecke der Rechtspflege erforderlich ist. Das OLG Hamm hat das Ersuchen der Schadenersatzkläger an das LG Berlin auf Beiziehung der staatsanwaltlichen Ermittlungsakten zur Substantiierung der Schadenersatzansprüche zugelassen. Das LG Berlin und auch das OLG Hamm

50 BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a. (Fn. 26), Rn. 22 m. w. N.

51 Vgl. oben, Pkt. II.

52 Vgl. Wittig, in: BeckOK-StPO, Stand: 30.9.2014, § 474, Rn. 9; OLG Stuttgart, 5.12.2006 – 4 VAs 14/2006, NStZ 2008, 359, 360; Gieg, in: Karlsruher Kommentar StPO, 7. Aufl. 2013, § 474, Rn. 3; Hilger, NStZ 2001, 15; Weßlau, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2010, § 474, Rn. 12.

53 Weßlau, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2010, § 477, Rn. 39.

54 Weßlau, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2010, § 477, Rn. 39.

55 Weßlau, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2010, § 474, Rn. 12.

56 BT.-Drs. 14/1484, S. 26; Weßlau, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2010, § 474, Rn. 12.

57 Weßlau, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2010, § 474, Rn. 12.

58 Weßlau, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2010, § 474, Rn. 9.

59 Weßlau, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2010, § 477, Rn. 39 a. E.

60 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, Rn. 51 f.

61 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, Rn. 52.

62 S. oben, Pkt. II. 1.

63 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, Rn. 70 f.

64 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, Rn. 73 ff.

65 Selbiges gilt für die Bonusregelung der Kommission.

66 Referentenentwurf BMWi, Acheses Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 17 f., abrufbar unter www.bmwi.de (zuletzt abgerufen am 10.3.2014).

67 BVerfG, 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, NJW 2012, 1419, 1423.

68 BVerfG, 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, NJW 2012, 1419, 1423.

69 BVerfG, 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, NJW 2012, 1419, 1423.

70 S. oben, Pkt. IV. 2. b).

71 BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a. (Fn. 26), Rn. 18.

haben angenommen, dass den Klägerinnen wegen der Heimlichkeit der Kartellabsprachen ohne die Ermittlungsakten entsprechende Darlegungen nicht möglich sein würden.⁷²

5. Verwertbarkeit des Akteninhalts durch das Zivilgericht?

Aber auch dann, wenn die begehrte Ermittlungsakte beim Zivilgericht angelangt ist, bedeutet das noch nicht, dass die Parteien auch Einsicht in den Akteninhalt erhalten. Das Gericht muss zunächst in Übereinstimmung mit der Entscheidung des BVerfG prüfen, ob es den Akteninhalt der übersandten Akten auch im Prozess verwerten kann. Fraglich ist damit, nach welchen Grundsätzen das Gericht zu überprüfen hat, ob es Bestandteile der übersandten Akten im Prozess verwerten kann.

a) OLG Hamm

Das OLG Hamm hatte in seiner Entscheidung bereits festgestellt, dass „... das Landgericht [...] auch nach Übersendung der Akten in eigener Verantwortung und Zuständigkeit wird prüfen müssen, inwieweit eine Verwendung der durch die Akteneinsicht erlangten Daten im Zivilprozess unter Berücksichtigung schützenswerter Interessen der dortigen Beklagten erfolgen kann.“⁷³ Auch in der Literatur wird dies teilweise unter Hinweis auf den Beschluss des OLG Hamm so vertreten.⁷⁴

b) Bundesverfassungsgericht

Das BVerfG hat die Ausführungen des OLG grundsätzlich bestätigt und in verfassungsrechtlicher Hinsicht näher präzisiert. Hiernach darf das die Akten anfordernde Gericht den Akteninhalt nur nach Maßgabe einer vorherigen Abwägung im Prozess verwerten.⁷⁵ Abwägungsgegenstand sind hierbei die jeweils betroffenen Grundrechtspositionen der am Prozess Beteiligten. Der Grund für eine derartige Abwägung liegt darin, dass die betroffenen Grundrechte sowohl der Kläger als auch die der Beklagten in einen angemessenen Ausgleich zueinander gebracht werden müssen. Das bestehende gesetzliche Normgefüge gibt hierfür keinerlei Detailregelungen vor. Im Rahmen der somit vom Zivilgericht vorzunehmenden Abwägung könne und müsse den Grundrechten der beklagten Kartellanten hinreichend Rechnung getragen werden.⁷⁶ Diese Abwägung müsse die jeweiligen Vor- und Nachteile bei der Verwirklichung der verschiedenen betroffenen Rechtsgüter in ihrer Gesamtheit einbeziehen.⁷⁷ Übertrage der Gesetzgeber die Bewältigung des Rechtsgüterkonfliktes wie im vorliegenden Fall der gerichtlichen Abwägung, ohne Kriterien hierfür vorzugeben, müsse die Darstellung der die Abwägung leitenden Gesichtspunkte in der gerichtlichen Entscheidung einen wesentlichen Beitrag zur Konkretisierung des Abwägungsprogramms, zur Rationalisierung des Abwägungsvorgangs und zur Sicherung der Richtigkeit des Abwägungsergebnisses leisten.⁷⁸ Der vorliegende Konflikt lässt sich auch anders ausdrücken: Fällt die gerichtliche Entscheidung zu Gunsten der Verwertung von Akten(bestandteilen) und damit notwendigerweise zur Akteneinsicht nach § 299 Abs. 1 ZPO aus, liegt darin ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Kartellanten aus Art. 12 GG, dessen Ausfluss der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist. Wenn die Geheimnisse dagegen durch das Gericht im Prozess nicht verwertet werden, wird das Grundrecht der auf Schadenersatz klagenden Kartellopfer auf effektiven Rechtsschutz beeinträchtigt.⁷⁹

c) Einzelfallentscheidung

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass es sich in der Praxis von kartellrechtlichen Follow-on-Prozessen an dieser Stelle stets um eine Einzelfallabwägung handeln wird. Es kommt immer auf die ganz konkret vorliegenden Umstände des jeweiligen Falles an. Ein gewichtiger Aspekt bei der vom BVerfG bestätigten und vom Zivilgericht vorzunehmenden Abwägung der jeweils betroffenen Grundrechte wird es sein, dass das Gericht eine ausdrückliche Abwägung unter Rückgriff auf subsumtionsfähige Kriterien vorzunehmen oder nachvollziehbar zu machen hat.⁸⁰ Das Abwägungsprogramm und die Plausibilität des Abwägungsergebnisses muss hierbei erkennbar werden.⁸¹ Es muss feststellbar sein, dass die die Abwägung bestimmenden Gesichtspunkte zu einer angemessenen Zuordnung der Interessen am effektiven Rechtsschutz einerseits und am Geheimnisschutz andererseits führt.⁸² Ein wichtiges Kriterium für die vorzunehmende Abwägung kann hierbei auch das Alter der in Rede stehenden Daten, die die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der beklagten Kartellanten enthalten, sein.⁸³ Im konkret vom LG Berlin zu behandelnden Fall geht es um Daten, die bereits älter als zehn Jahre sind. Das OLG Hamm hat hier in einem anderen Zusammenhang, nämlich bei seinen Erwägungen zu § 477 Abs. 4 S. 2 StPO bereits ausgeführt, dass „im Hinblick auf das mittlerweile eingetretene Alter der diesen Dokumenten zugrunde liegenden Informationen von mindestens knapp zehn Jahren, der Grad der Vertraulichkeit dieser Informationen eher gering“ scheine.⁸⁴ Das OLG hat sich bei dieser Beurteilung auch mit der Rechtsprechung auf europäischer Ebene auseinandergesetzt, wonach das Gericht der europäischen Union in einer Entscheidung⁸⁵ ausgeführt hat, dass sich die nachteiligen Folgen, die sich aus der Verbreitung einer wirtschaftlich sensiblen Information ergeben können, mit zunehmenden Alter abschwächen, wobei das Gericht von einer fünf-Jahres-Grenze als nicht starrer Regel ausgeht.⁸⁶ Ebenso hat sich das OLG mit einer anderen Entscheidung des EuG⁸⁷ auseinandergesetzt, bei der es unter Bezugnahme auf Art. 4 Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission entschieden hat, dass auch bei bis zu 30 Jahre alten Informationen noch ein schützenswertes geschäftliches Interesse bestehen könne. Das OLG kommt daraufhin zu dem Ergebnis, dass es die im konkreten Rechtsstreit in Frage stehenden Informationen nicht mehr als schützenswerte geschäftliche Interessen ansehe. Es führt wörtlich aus: „Aus Sicht des Senates sind die in den streitgegenständlichen Akten enthaltenen Informationen jedenfalls als wirtschaftlich nicht mehr sensibel einzustufen.“⁸⁸ Weitere in die Abw-

72 Vgl. auch BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a. (Fn. 26), Rn. 22.

73 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, Rn. 43.

74 Vgl. Gussone, BB 2014, 533; Heinichen, NZKart 2014, 83, 90.

75 BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a. (Fn. 26), Rn. 26.

76 BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a. (Fn. 26), Rn. 26.

77 BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a. (Fn. 26), Rn. 26.

78 BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a. (Fn. 26), Rn. 27.

79 Vgl. auch BVerfG, 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03 u. a., NVwZ 2006, 1041, 1043.

80 Hierauf hatte das BVerfG bereits in einer Entscheidung zu § 99 VwGO hingewiesen, vgl. BVerfG, 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03 u. a., NVwZ 2006, 1041, 1046.

81 BVerfG, 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03 u. a., NVwZ 2006, 1041, 1046.

82 Vgl. BVerfG, 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03 u. a., NVwZ 2006, 1041, 1046.

83 Vgl. auch BVerfG, 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03 u. a., NVwZ 2006, 1041, 1046.

84 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, Rn. 60.

85 EuG, 22.5.2012 – T-344/08, BB 2012, 1692 m. BB-Komm. Kapp, BeckRS 2012, 80966, Rn. 137 ff.

86 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, Rn. 60.

87 EuG, 13.9.2013 – T-380/08, BeckRS 2013, 81716, Rn. 44.

88 OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, Rn. 60.

gung einzustellende Kriterien können beispielsweise auch das Gebot wirksamer Kartellbekämpfung sein, zu dem auch das BVerfG bereits ausgeführt hat: „Werden [...] Schadenersatzansprüche wegen Verstößen gegen das Kartellverbot geltend gemacht, trägt dies zur wirksamen Kartellbekämpfung bei und steht damit, wie auch der Europäische Gerichtshof anerkannt hat, im öffentlichen Interesse der Europäischen Union.“⁸⁹ Das BVerfG hat hiermit ganz konkret Bezug auf die Entscheidungen des EuGH in den Sachen „Pfleiderer“ und „Donau Chemie“ genommen.⁹⁰ Das BVerfG hat zudem darauf hingewiesen, dass sich das Zivilgericht bei seiner Abwägung auch „an den im Rahmen von § 406e Abs. 2 StPO und § 475 Abs. 1 S. 2 StPO relevanten Aspekten orientieren [könne], da in allen diesen Fällen die privaten Interessen der Gegenpartei von Belang sind“. Eine Verpflichtung des Zivilgerichts hierzu besteht indes nach der ausdrücklichen Formulierung des BVerfG gerade nicht. Wichtig ist, dass die gerichtliche Abwägung die einzelnen Rechtspositionen erkennen lässt und insbesondere die Plausibilität des Abwägungsergebnisses erkennbar wird. Ist beispielsweise das Geheimhaltungsinteresse ohne erhebliches Gewicht, wird es gerechtfertigt sein, es hinter das Interesse an effektivem Rechtsschutz zurücktreten zu lassen.⁹¹

d) Richterliche Neutralitätspflicht

Die Beantwortung der zentralen Frage, ob die angeforderten Akten im Prozess Verwertung finden sollen, bildet einen für das entscheidende Gericht schmalen Grat. Denn das Gericht ist von Verfassungs wegen gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG insgesamt zur Neutralität verpflichtet.⁹² Um zu entscheiden, ob das Gericht eine prozessuale Verwertung angeforderter Akten zulässt, muss es sich zwecknotwendigerweise Kenntnis vom tatsächlichen Akteninhalt verschaffen. Dies könnte für den Fall, dass das Gericht eine Verwertung angeforderter Akten nicht zulässt zu weiteren schwierigen Fragen rund um die verfassungsrechtlich in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verortete Neutralitätspflicht aufwerfen, denen die Verfahrensbeteiligten nachzugehen hätten.

e) Bonusakten der Europäischen Kommission und Art. 5 VO 1049/2001?

Denkbar ist jedoch auch, dass es sich nicht um Bonusakten des Bundeskartellamtes, sondern um solche der Europäischen Kommission handelt, die Teil einer staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakte geworden sind und in die deshalb von den Klägern Akteneinsicht begehrt wird.⁹³ Damit würde sich die Frage stellen, ob es Besonderheiten gibt, die ggf. zu beachten sind. Möglicherweise könnte sich eine weitere Prüfungspflicht des Gerichts im Hinblick auf die Verwertbarkeit der angeforderten Akten aus Art. 5 EU-Transparenzverordnung⁹⁴ ergeben. Art. 5 der Verordnung betrifft nämlich solche Dokumente, die von einem Organ im Sinne der Verordnung stammen.⁹⁵ Das Bundeskartellamt ist kein Organ der EU im Sinne der Verordnung, womit die Anwendbarkeit der Verordnung im Hinblick auf die beim BKartA eingereichten Kronzeugenanträge ausscheidet. Die Europäische Kommission ist indes ein Organ im Sinne der Verordnung. Kritischer wird die Beurteilung dieser Frage, wenn es sich (nur noch) um eine Fotokopie nach Übersendung eines Dokumentes eines EU-Organs handelt. Denn möglicherweise könnte diese Fotokopie durch Übersendung behördliches Eigentum einer – nationalen – Behörde werden, was mit deren absoluter Verfügungsbefugnis über das Dokument einhergehen könnte. Bei einer begehrten Akteneinsicht in ein derartiges Dokument könnte es dann zu einer Vor-

lagefrage kommen, über die die europäischen Gerichte zu entscheiden hätten.

6. Akteneinsichtsgesuch der klägerischen Partei

Wenn die vorherigen Schritte geklärt bzw. gegangen wurden, bedarf es eines entsprechenden Akteneinsichtsgesuchs der klägerischen Partei beim Zivilgericht, um schließlich Einsicht in die begehrten Akten zu erhalten. Das Akteneinsichtsgesuch richtet sich nach § 299 Abs. 1 ZPO.⁹⁶ Gem. § 299 Abs. 1 ZPO können die Parteien die Prozessakten einsehen und sich aus ihnen durch die Geschäftsstelle Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen.

a) Zuständigkeit

Zuständig für die Erteilung von Ausfertigungen, Auszügen und Abschriften sowie für die Gewährung von Akteneinsicht in den Räumen des Gerichts ist die Geschäftsstelle des Gerichts, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist.⁹⁷ Die Versendung der Akten an einen anderen Ort obliegt dem Ermessen des Vorsitzenden.⁹⁸

b) Bonusakte Teil der Prozessakte?

Problematisch ist, dass sich der Wortlaut des § 299 Abs. 1 ZPO auf „Prozessakten“ bezieht. § 299 ZPO definiert den Begriff „Prozessakten“ nicht.⁹⁹ Die Norm erstreckt sich damit gerade nicht auf die zu den Prozessakten beigezogenen Akten anderer Gerichte oder Behörden (sog. Beiakten).¹⁰⁰ Um eine solche Akte handelt es sich aber bei einer Bonusakte als Teil der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakte. Fraglich ist allerdings, ob das Gericht den Parteien dennoch Einsicht in diese Akten gewähren darf. Hierzu werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Teilweise wird vertreten, dass die Akteneinsicht nur gewährt werden dürfe, wenn die übermittelnde Behörde zugestimmt habe.¹⁰¹ Teilweise wird dagegen vertreten, dass Akteneinsicht auch bereits dann gewährt werden dürfe, wenn die übersendende Stelle eine Einsichtnahme durch die Parteien nicht ausgeschlossen habe.¹⁰² Für den Fall, dass die aktenüberlassende Behörde kommentarlos die Ermittlungsakten an das Zivilgericht übersendet, hat der BGH bereits im Jahr 1951 angemerkt, ohne allerdings in der Sache eine Entscheidung zu treffen, dass in der Regel angenommen werden könne, dass die übersendende Behörde mit der Einsichtnahme einverstanden sei, wenn sie dem Ersuchen des Pro-

89 BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u.a. (Fn. 26), Rn. 22 m. w. N.

90 EuGH, 14.6.2011 – C-360/09, Slg 2011, I-5161 – *Pfleiderer*, EWS 2011, 289, RIW 2011, 543; EuGH, 6.6.2013 – C-536/11, juris – *Donau Chemie*, BB 2013, 1551 m. BB-Komm. Kapp, EWS 2013, 288, RIW 2013, 461.

91 BVerfG, 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03 u.a., NVwZ 2006, 1041, 1044 a.E.

92 *Gehrlein*, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 41, Rn. 1.

93 Das OLG Hamm hatte sich hiermit nicht auseinanderzusetzen, weil es zunächst um die Beiziehung der Akten durch eine Justizbehörde ging, auf die die Transparenzverordnung keine Anwendung findet, vgl. OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, Rn. 95.

94 VO (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.2001.

95 Vgl. bspw. *Partsch*, NJW 2001, 3154, 3156.

96 Vgl. *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, Stand: 1.1.2014, § 299, Rn. 23.

97 *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, Stand: 1.1.2014, § 299, Rn. 23.

98 *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, Stand: 1.1.2014, § 299, Rn. 23.

99 *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 10.

100 *Saenger*, in: Handkommentar ZPO, 4. Aufl. 2010, § 299, Rn. 16; *Prütting*, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 6; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2013, § 299, Rn. 11; *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 13.

101 *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, Stand: 1.1.2014, § 299, Rn. 23; *Huber*, in: *Musiellak*, ZPO, 10. Aufl. 2013, Rn. 2.

102 *Saenger*, in: Handkommentar ZPO, 4. Aufl. 2010, § 299, Rn. 16; *Prütting*, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 6; *Baumbach u. a.*, ZPO, 72. Aufl. 2014, § 299, Rn. 11; *Greger*, in: *Zöllner*, 30. Aufl. 2014, § 299, Rn. 3; *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2013, § 299, Rn. 16.

zessgerichts nachkomme.¹⁰³ Nur im Falle einer ausdrücklichen Bestimmung der über die Akten verfügungsberechtigten Stelle könne sich das Zivilgericht hierüber nicht hinwegsetzen.¹⁰⁴ Teilweise wird auch vermutet, dass das Gericht zweckmäßigerweise eine konkrete Erlaubnis der Behörde einholen würde.¹⁰⁵ Unstreitig ist hingegen, dass das Gericht Akteneinsicht zu gewähren hat, wenn es beabsichtigt, die Beiakten für seine Entscheidung zu verwerten.¹⁰⁶ Festzuhalten ist damit, dass das Zivilgericht den Parteien grundsätzlich Akteneinsicht in die übersandten Beiakten bzw. den konkret betroffenen Teil der Beiakte gewährt, den es im Prozess zu verwerten gedenkt.¹⁰⁷ Falls das Gericht nur einen bestimmten Teil eines Dokuments aus der Beiakte verwerten möchte und in einem anderen Teil desselben Dokuments hingegen nach seiner Abwägung von Verfassungs wegen schützenswerte Informationen enthalten sind, muss das Gericht die zu schützenden Informationen angemessen schwärzen, so dass eine Kenntnisaufnahme der schützenswerten Informationen durch die Akteneinsicht begehrende Partei ausgeschlossen ist.

7. Ergebnis

Der Grundrechtsschutz der betroffenen Kartellanten als Beklagte eines Schadenersatzprozesses wird durch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aus Art. 12 und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet. Diese Grundrechte finden indes keine schrankenlose Anwendung und werden durch das Recht der auf Schadenersatz klagenden Kartellopfere auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG sowie durch das Recht auf effektiven Rechtsschutz begrenzt.¹⁰⁸ Aus verfassungsrechtlicher Perspektive muss zum einen die Frage aufgeworfen werden, ob durch die Weitergabe der Ermittlungsakten von der Staatsanwaltschaft an das LG bereits ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich der betroffenen Grundrechte zu bejahen ist.¹⁰⁹ Dies hat das BVerfG jüngst verneint und nach seinem „Doppeltürmodell“ den Weg für eine Aktenübermittlung frei gemacht.¹¹⁰ Zum anderen muss aus verfassungsrechtlicher Perspektive aber auch die Frage aufgeworfen werden, ob das Zivilgericht die angeforderten Akten oder Teile dieser Akten im Prozess verwerten darf. Dies ist stets eine Einzelfallentscheidung. Den Klägern jedenfalls dürfte das verfassungsrechtlich garantierte Gebot effektiven Rechtsschutzes¹¹¹ zu Gute kommen. Dieser Grundsatz gebietet es, dass das Instanzgericht das Prozessrecht nicht so anwenden darf, dass dadurch die Beschreitung des Rechtswegs in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert wird.¹¹² Das Gericht darf die von der Prozessordnung eröffneten Zugangsmöglichkeiten nicht ineffektiv machen und für den Betroffenen leerlaufen lassen.¹¹³ Kollidierende Grundrechte können zudem nicht bloß nach ihrem abstrakten Gewicht beurteilt werden. Grundrechte sind für jeden ihrer Inhaber gleichrangige Grundrechte. Für die Lösung der damit gegebenen Grundrechtskollision gilt das Prinzip der praktischen Konkordanz,¹¹⁴ das fordert, dass nicht eine der widersprechenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen schonenden Ausgleich erfahren.¹¹⁵ Getreu dem Motto, dass das „beste materielle Recht wenig taugt, wenn seine Verwirklichung nicht durch ein adäquates Verfahrensrecht gewährleistet wird“, erfordert eine effektive Grundrechtsgewährleistung eben auch die prozessuale Absicherung individueller Grundrechtspositionen.¹¹⁶ Eine ergänzende weitere Prüfung des Gerichts würde zudem dann erfolgen, wenn es die Akte vom Verfügungsberechtigten mit einem Sperrvermerk er-

hielte, da die Akte dann nicht mehr ohne Weiteres zum Verhandlungsgegenstand gemacht werden könnte.¹¹⁷ Es wird für diesen Fall gar empfohlen, dass das Gericht die Akte unverzüglich an die ersuchte Stelle zurückzusenden habe, um auch nur den Schein einer grundrechtswidrigen Einsichtnahme und Verwertung durch das Gericht zu vermeiden.¹¹⁸ Wenn sich das Gericht nach einer Abwägung der widerstreitenden Interessen für eine Verwertung im Prozess entschieden hat, wird der Teil, der vom Gericht zur Verwertung vorgesehen ist, Bestandteil der Verhandlung und unterliegt dem unmissverständlichen Akteneinsichtsrecht aus § 299 Abs. 1 ZPO. Dies ist Ausfluss des verfassungsrechtlich verbrieften Rechts der Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG. Gegenstand der Gewährung rechtlichen Gehörs ist jeglicher für die Entscheidung maßgeblicher Prozessstoff.¹¹⁹ Der Partei muss die Möglichkeit zur Äußerung auf Erklärungen des Gerichts, des Gegners oder zu Beweisergebnissen und sonstigen Erkenntnissen, die das Gericht zu verwerten *beabsichtigt* (z. B. aus beigezogenen Akten), gegeben werden.¹²⁰ Eine Verweigerung der Akteneinsicht durch das Gericht könnte dazu führen, dass ein Befangenhheitsantrag gem. § 45 Abs. 2 ZPO begründet wäre.¹²¹ Denn die klägerische Partei muss stets im Stande sein zu überprüfen, welcher Streitstoff der Entscheidung des Gerichts zugrunde liegt und wozu sie ggf. noch Stellung zu nehmen hat.¹²²

V. Fazit

Für Abnehmer eines Kartells gibt es durchaus Möglichkeiten der Akteneinsicht in Kronzeugenanträge beim Bundeskartellamt. Mit der Entscheidung des OLG Hamm, die das BVerfG jüngst vollumfänglich bestätigt hat, wurde das bereits bestehende Spannungsverhältnis zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung um einen weiteren Baustein ergänzt, der einmal mehr zeigt, dass Kronzeugen nicht generell davon ausgehen können, tatsächlich davor geschützt zu sein, dass die Abnehmer ihrer Produkte bzw. Dienstleistungen Einblick in die Kronzeugenanträge erhalten, um die daraus gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen eines Follow-on-Prozesses zur Schadenbeurteilung zu verwenden. Dieser Aspekt ist also ein gewichtiges Argument, das es in die Waagschale zu werfen gilt, wenn es um die Beantwortung der Frage geht, ob von bestehenden Kronzeugenregelungen

103 BGH, 18.10.1951 – IV ZR 152/50, NJW 1952, 305, 306; genauso *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2013, § 299, Rn. 15.

104 BGH, 18.10.1951 – IV ZR 152/50, NJW 1952, 305, 306.

105 So wohl *Baumbach u. a.*, ZPO, 72. Aufl. 2014, § 299, Rn. 12.

106 Vgl. z. B. *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2013, § 299, Rn. 11; *Assmann*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 2, 13; OLG Koblenz, 29.1.1997 – 4 W 16/97, Rn. 3, juris; unklar allerdings *Huber*, in: Musielak, ZPO, 10. Aufl. 2013, Rn. 2.

107 I. E. genauso *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 338 f.

108 Vgl. auch BVerfG, 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03 u. a., NVwZ 2006, 1041, 1043.

109 Und noch nicht um die Frage einer Akteneinsichtnahme der Prozessakten durch die klägerischen Parteien.

110 BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a. (Fn. 26), Rn. 17 ff.

111 Vgl. hierzu *Zuck*, NJW 2013, 1132.

112 *Ders.*, NJW 2013, 1132.

113 *Ders.*, NJW 2013, 1132.

114 *Van Vormizeele*, NZKart 2013, 386, 387, weist in einem anderen Zusammenhang auf Recht auf die notwendige allgemeine Rückbesinnung der Gewährleistung praktischer Konkordanz zwischen Effektivität und Legitimität der Kartellrechtsanwendung hin.

115 *Zuck*, NJW 2010, 2913, 2916 m. w. N.

116 Genauso *van Vormizeele*, NZKart 2013, 386, 391 m. w. N.

117 Vgl. BGH, 18.10.1951 – IV ZR 152/50, NJW 1952, 305, 305 f.

118 *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2013, § 299, Rn. 16.

119 OLG Koblenz, 29.1.1997 – 4 W 16/97, Rn. 3, juris.

120 OLG Koblenz, 29.1.1997 – 4 W 16/97, Rn. 3, juris.

121 In diesem Sinne OLG Köln, 5.3.2001 – 14 WF 7/01, Rn. 8 ff., juris, MDR 2001, 891, 892.

122 OLG Köln, 5.3.2001 – 14 WF 7/01, Rn. 8 ff., juris, MDR 2001, 891, 892, Rn. 10.

Gebrauch gemacht werden soll. Für (potentielle) Kläger, also Abnehmer von kartellbefangenen Produkten, eröffnet sich eine neue- und ernsthaft in Erwägung zu ziehende Möglichkeit, im Rahmen eines Follow-on-Prozesses gegen die Kartellanten vorzugehen. Nach wie vor gibt es also Handlungsbedarf des Gesetzgebers, der gefordert ist, eine Regelung im Hinblick auf die Frage der Einsicht in Kronzeugenanträge zu schaffen. Dies gilt einmal mehr vor dem Grundgedanken einer einheitlichen Rechtsordnung.¹²³ Erste Vorschläge für mögliche gesetzliche Regelungen bestehen bereits.¹²⁴ Aber selbst dann, wenn eine oder mehrere der oben aufgezeigten Voraussetzungen nicht erfüllt sein sollten, bestehen zusätzliche Möglichkeiten, an die begehrten Informationen zu gelangen. Hierzu zählt beispielsweise die Erlangung von beweisrelevanten Informationen durch ein US-Discovery-Verfahren, die in einen deutschen Zivilprozess als Beweis eingeführt werden könnten.¹²⁵ Darüber hinaus gibt es die Möglichkeit der Anfechtung von kartellbefangenen Verträgen, die stets rechtzeitig in Erwägung zu ziehen ist.¹²⁶

Dr. Jens Steger ist Rechtsanwalt in der internationalen Sozietät Kaye Scholer LLP am Standort Frankfurt a.M. Er ist spezialisiert auf das deutsche und europäische Kartellrecht. Er vertritt und berät Mandanten in allen kartellrechtlichen Belangen, insbesondere zivilprozessualen Follow-on-Schadenersatzklagen vor deutschen und europäischen Gerichten sowie Missbrauchsverfahren und Kartellbußgeldverfahren vor dem Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission. Zudem berät er bei der Aufsetzung maßgeschneiderter Compliance-Systeme.



123 Genauso für eine einheitl. europ. Regelung *Schnelle/Kollmann*, CCZ 2012, 155, 157.

124 Vgl. z.B. *Kersting*, JZ 2012, 42, 45 f.

125 *Jungermann*, WuW 2014, 4 ff.

126 *Dreher*, in: FS Canenbley, 2012, S. 167 ff.; *Weigel*, FAZ vom 24.3.2010, 21; *ders.* *Juve Rechtsmarkt* 03/09, S. 66.

Dr. Mark C. Hilgard, RA, und Nadine Haubner, LL.M. (London), RA in

Beurkundungsbedürftigkeit von Schiedsordnungen?

In der Praxis findet sich häufig der Fall, dass die Parteien eine Schiedsklausel in einen Vertrag aufnehmen, der aufgrund grundstücksrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Vorschriften der notariellen Beurkundung bedarf. Sofern diese Schiedsklausel auf eine Schiedsordnung (wie etwa die DIS-SchiedsO) verweist, stellt sich die Frage, ob nicht auch diese Schiedsordnung – genau wie der Vertrag – notariell beurkundet werden muss, und ob das Fehlen einer Beurkundung die Unwirksamkeit der Schiedsklausel nach sich zieht. Der Beitrag gibt einen Überblick über den aktuellen Meinungsstand und belegt, dass weder die Schiedsklausel noch eine in Bezug genommene Schiedsordnung notariell beurkundet werden müssen.

I. Einleitung

Die Schiedsgerichtsbarkeit stellt im unternehmerischen Rechtsverkehr, insbesondere aufgrund der Vertraulichkeit des Verfahrens, eine interessante Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit dar. Demzufolge beinhalten Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts häufig Schiedsvereinbarungen. Die Schiedsvereinbarungen können gemäß § 1029 Abs. 2 ZPO in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsabrede) oder einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) geschlossen werden. In der Praxis finden sich in Verträgen häufig Schiedsklauseln, die auf eine institutionelle Schiedsordnung (beispielsweise der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. – DIS-SchiedsO) Bezug nehmen. So empfiehlt etwa die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) Parteien folgende Schiedsklausel:

DIS-Musterschiedsvereinbarung

„Alle Streitigkeiten, die sich im Zusammenhang mit diesem Vertrag oder über seine Gültigkeit ergeben, werden nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges endgültig entschieden.“

Sofern ein Vertrag der notariellen Beurkundung bedarf, etwa, weil er eine Verpflichtung zur Übertragung eines GmbH-Anteils oder zur Übertragung eines Grundstücks beinhaltet, stellt sich die Frage, ob auch die in diesem Vertrag in Bezug genommene Schiedsordnung notariell beurkundet werden muss. Bislang gibt es noch keine höchstgerichtliche Entscheidung hierzu. Es existiert einzig eine Entscheidung des BGH zur Frage der Formbedürftigkeit einer Schiedsvereinbarung bei notarieller Beurkundung des Hauptvertrages. Diese Entscheidung stammt allerdings aus dem Jahr 1977 und erging daher noch vor Inkrafttreten der Schiedsverfahrensnovelle.

II. Formanforderungen

1. Allgemeine Anforderungen an die Form von Schiedsvereinbarungen

§ 1031 ZPO regelt die formellen Anforderungen an eine Schiedsvereinbarung. Die Vorschrift findet gem. § 1025 Abs. 1 ZPO zwingend Anwendung, wenn der Ort des Schiedsverfahrens in Deutschland liegt. Nach § 1031 Abs. 1 ZPO muss die Schiedsvereinbarung in einem von den Parteien unterzeichneten Dokument oder in zwischen