

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	25
A Einleitung	35
B Der kartellrechtliche Informationsanspruch nach § 33g GWB	37
I. Historische Entwicklung und Regelungskonzept	39
1. Informationserlangung vor der 9. GWB-Novelle	39
2. Informationserlangung nach der 9. GWB-Novelle	45
3. Zusammenfassung	71
II. Dogmatik des § 33g GWB	72
1. Anspruchsinhalt	72
2. Bezeichnung als kartellrechtlicher Informationsanspruch	87
3. Anspruchsvoraussetzungen	90
4. Anspruchsbeschränkungen	153
5. Zeitlicher Anwendungsbereich	293
6. Zuständigkeit und Vollstreckung	295
III. Flankierende Regelungen	296
1. Aufwendungsersatzanspruch – § 33g Abs. 7 GWB	296
2. Sanktionen bei Verletzung der Offenlegungs- oder Informationspflicht	310
3. Beweisverwertungsverbot – § 33g Abs. 9 GWB	333
4. Zusammenfassung	341
IV. Ergebnis	341
C Adverse Effekte des kartellrechtlichen Informationsanspruchs auf Compliance-Systeme	344
I. Grundlagen kartellrechtlicher Compliance-Systeme	345
1. Definition und Funktionen	345
2. Motive für die Implementierung	350
3. Standardelemente	370
4. Zusammenfassung	390

II. Adverse Effekte des kartellrechtlichen Informationsanspruchs auf Compliance-Systeme	390
1. Voraussetzungen adverser Effekte	393
2. Unzureichende institutionelle Korrektive	439
3. Zusammenfassung	457
III. Ein Lösungsvorschlag – das Compliance-Privileg	458
1. Lösungsansatz des US-Rechts – das Self-Evaluative Privilege	459
2. Lösungsansatz im Regime des § 33g GWB	468
3. Zusammenfassung	531
IV. Ergebnis	531
D Fazit	534
Literaturverzeichnis	539
Entscheidungen	583
Materialien	593

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
A Einleitung	35
B Der kartellrechtliche Informationsanspruch nach § 33g GWB	37
I. Historische Entwicklung und Regelungskonzept	39
1. Informationserlangung vor der 9. GWB-Novelle	39
a) Besichtigungs- und Einsichtsanspruch – §§ 809, 810 BGB	39
b) Allgemeiner Informationsanspruch – § 242 BGB	40
c) Prozessuale Rechte – §§ 142, 422ff. ZPO	43
d) Zusammenfassung	44
2. Informationserlangung nach der 9. GWB-Novelle	45
a) Europarechtliche Grundlage	45
b) Umsetzungskonzept der 9. GWB-Novelle	47
aa) Regelungssystematik	48
bb) Prozessuale Durchsetzung der Informationsrechte	51
(1) Durchsetzung im Kontext eines Kartellschadensersatzprozesses	51
(a) Vorlageanordnung – §§ 142, 144 ZPO i. V. m. §§ 89b Abs. 1, 2, 89d Abs. 4 S. 1 GWB	51
(aa) Regelungsgegenstand	52
(bb) Rechtsfolgen	53
(b) Zwischenurteil nach „Erhebung“ des Anspruchs nach § 33g Abs. 1, 2 GWB – § 89b Abs. 3 GWB	55
(aa) (Streitige) Voraussetzungen und Rechtsfolgen	56
(bb) Stellungnahme	58
(c) Stufenklage	61
(2) Isolierte Geltendmachung	61
(a) Verjährungshemmung des Kartellschadensersatzanspruchs – § 33h Abs. 6 S. 1 Nr. 3 GWB	62

(b) Aussetzung des Kartellschadensersatzverfahrens – § 89b Abs. 4 GWB	62
(3) Einstweilige Verfügung – § 89b Abs. 5 GWB	64
cc) Zusammenfassung	66
c) Auslegungsprimat der SE-RL	66
3. Zusammenfassung	71
II. Dogmatik des § 33g GWB	72
1. Anspruchsinhalt	72
a) Herausgabe von Beweismitteln – § 33g Abs. 1, 2 GWB	73
aa) Beweismittel	73
bb) Herausgabe im Sinne der Offenlegung	74
(1) Untauglichkeit des sachenrechtlichen Herausgabebegriffs	75
(2) Umfang der Offenlegungspflicht	76
cc) Zusammenfassung	80
b) Erteilung von Auskünften – § 33g Abs. 10 GWB	81
aa) Auskünfte	81
bb) Erteilung	82
c) Zusammenfassung	87
2. Bezeichnung als kartellrechtlicher Informationsanspruch	87
3. Anspruchsvoraussetzungen	90
a) Anspruchsberechtigter	91
aa) Geschädigte – Glaubhaftmachung eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs – § 33g Abs. 1 GWB	91
(1) Genuin prozessrechtliches Verständnis	92
(2) Modifiziertes Verständnis	94
(a) Beweismaß	95
(aa) Meinungsstand	95
(bb) Stellungnahme	97
(b) Beweisführung	100
(3) Zusammenfassung	103
bb) Schädiger – Prozessuale Verteidigungssituation – § 33g Abs. 2, 10 GWB	103
(1) Rechtshängigkeit des Schadensersatz- oder Offenlegungsanspruchs – § 33g Abs. 2 S. 1 GWB	104
(a) Formelle Verteidigungssituation	105
(aa) Maßgaben des Art. 5 Abs. 2 SE-RL	106

(bb) Maßgaben des nationalen Rechts	107
(b) Gerichtliche Geltendmachung	109
(2) Negative Feststellungsklage –	
§ 33g Abs. 2 S. 2 GWB	109
cc) Zusammenfassung	110
b) Anspruchsverpflichteter	111
aa) Besitz von Beweismitteln – § 33g Abs. 1, 2 GWB	111
(1) Grundsätze	111
(2) Juristische Personen	113
(3) Konzerngesellschaften	114
(a) Hemmnisse des gesellschaftsrechtlichen	
Trennungsprinzips	115
(b) Lösungsansätze	115
(aa) Verfügungsgewalt qua Weisungsrecht	116
(bb) Analogie zur schadensrechtlichen	
Konzernhaftung	118
(cc) Schuldnerschaft des Gesamtkonzerns	
und Weiterleitungspflichten	119
(c) Zusammenfassung	120
(4) Dritte	121
bb) Entsprechende Anwendung – § 33g Abs. 10 GWB	123
cc) Zusammenfassung	127
c) Erforderlichkeit	127
aa) Erhebung eines Anspruchs – § 33g Abs. 1, 10 GWB	128
(1) Meinungsstand	128
(a) Geeignetheit und Alternativlosigkeit	128
(aa) Geeignetheit	129
(bb) Alternativlosigkeit	130
(b) Relevanz des Beweismittels	131
(c) Einschätzungsprärogative der	
Prozessbeteiligten	131
(2) Stellungnahme	132
(a) Geeignetheit und Alternativlosigkeit	132
(aa) Geeignetheit	134
(i) Vorgaben des nationalen Rechts	134
(ii) Vorgaben des Unionsrechts	137
(bb) Alternativlosigkeit	139
(b) Keine Einschätzungsprärogative	141
(3) Zusammenfassung	142

bb) Verteidigung gegen einen Schadensersatzanspruch – § 33g Abs. 2, 10 GWB	142
(1) Materiell-rechtliche Einwendungen	143
(2) Prozessrechtliche Einwendungen	143
cc) Zusammenfassung	145
d) Genaue Bezeichnung der Beweismittel	146
aa) Mindestmaß an Konkretisierung	146
(1) Parameter der Konkretisierung	146
(2) Konsolidierung der Parameter	149
bb) Im Einzelfall zumutbares Maß an Konkretisierung	151
cc) Zusammenfassung	152
e) Zusammenfassung	153
4. Anspruchsbeschränkungen	153
a) Einschränkungen der Offenlegung bei Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen – § 33g Abs. 4 GWB	154
aa) Anwendungsbereich	156
(1) Kronzeugenerklärungen	156
(2) Vergleichsausführungen	158
(3) Aufzeichnungen über Vernehmungsinhalte	158
(4) Pre-Existing Documents	161
bb) Vereinbarkeit mit Art. 101, 102 AEUV	162
(1) Grundlegende Judikatur	162
(2) Meinungsstand	164
(a) Unionsrechtswidrigkeit	164
(b) Unionsrechtsvereinbarkeit	165
(c) Differenzierende Ansicht	167
(3) Stellungnahme	167
(a) Maßstab: Effektive Rechtsdurchsetzung durch äquivalentes Zusammenwirken	168
(b) Stärkung der öffentlichen Rechtsdurchsetzung	170
(c) Angemessene Beschränkung der privaten Rechtsdurchsetzung	172
(4) Zusammenfassung	175
cc) Vorlageverfahren – § 89b Abs. 8 GWB	175
(1) Voraussetzungen	176
(2) Entscheidung und Verhältnis zum Hauptsacheverfahren	177
dd) Zusammenfassung	179

b) Einschränkungen zum Schutz des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens – § 33g Abs. 5 GWB	180
c) Unverhältnismäßigkeit der Herausgabe – § 33g Abs. 3 GWB	181
aa) Berücksichtigungsfähige Interessen	182
(1) Berechtigte Interessen der Beteiligten	182
(a) Beteiligte	182
(b) Berechtigte Interessen	183
(2) Weitere berücksichtigungsfähige Interessen	185
bb) Abwägungskriterien – § 33g Abs. 3 S. 2 GWB	185
(1) Schutz vor Ausforschung – § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und 3 GWB	185
(a) Substantiierung des Antrags – § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB	186
(aa) Konkretisierung des Offenlegungsantrags	187
(bb) Konkretisierung des Schadensersatzanspruchs	187
(cc) Wechselwirkung mit § 33g Abs. 1 GWB	189
(b) Erheblichkeit der Informationen – § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB	191
(2) Aufwand des Offenlegungsschuldners – § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB	191
(3) Bindungswirkung wettbewerbsbehördlicher Entscheidungen – § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GWB	193
(4) Schutz der öffentlichen Rechtsdurchsetzung – § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB	194
(5) Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und sonstigen vertraulichen Informationen – § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB	195
(a) Definitionen	196
(aa) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse	197
(bb) Sonstige vertrauliche Informationen	198
(b) Geheimnisschutzmaßnahmen – §§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB, 89b Abs. 7 GWB	199
(aa) Redigierungen	202

(bb) Einschaltung eines Sachverständigen	205
(i) Anlehnung an das Düsseldorfer Verfahren	206
α) Übertragung der verfahrensrechtlichen Konstruktion	209
αα) Voraussetzungen des selbstständigen Beweisverfahrens	210
ββ) Voraussetzungen der Duldungsverfügung	211
χχ) Stellungnahme	213
β) Beauftragung eines gerichtlichen Sachverständigen außerhalb des Beweisverfahrens	217
χ) Zusammenfassung	220
(ii) Zwischenschaltung eines Sachverständigen als „Vertrauensperson“	221
α) Beauftragung des Sachverständigen	222
β) Beschränkung des kenntniserlangenden Personenkreises	223
χ) Verschwiegenheitserklärung	225
δ) Freigabe des Gutachtens	228
(iii) Zusammenfassung	232
(cc) Einrichtung von Vertraulichkeitskreisen	233
(dd) Interparteilicher Geheimnisschutz	234
(i) Problemstellung	235
(ii) Lösungsansätze	237
α) Reduktion der Substantiierungsanforderung	237
β) In camera-Verfahren	238
αα) Verfassungsrechtliche Voraussetzungen	239
ββ) In camera-Verfahren im Regime der §§ 33g, 89b GWB	240
χ) Verzicht auf prozessuale Rechte	245
(iii) Zusammenfassung	247
(ee) Beschränkung der allgemeinen Öffentlichkeit	247

(ff) Beschränkte Veröffentlichung von Entscheidungen der Gerichte	248
(c) Stellungnahme	248
(6) Selbstbelastungsfreiheit – § 33g Abs. 3 S. 3 GWB	251
cc) Zusammenfassung	251
d) Herausgabe- und Auskunftsverweigerungsrechte – § 33g Abs. 6 GWB	252
aa) Voraussetzungen	252
(1) Erfasste Zeugnisverweigerungsrechte	253
(a) Zeugnisverweigerungsrechte aus persönlichen Gründen – § 383 Abs. 1 Nr. 4 bis 6 ZPO	253
(b) Zeugnisverweigerungsrechte aus sachlichen Gründen – § 384 Nr. 3 ZPO	254
(2) Besitz des Beweismittels	254
(a) Schutz anwaltlicher Korrespondenz	255
(aa) Freie Anwaltschaft	256
(i) Gewahrsamsabhängigkeit	257
(ii) Verfahrensbezug	261
(bb) Syndizierte Anwaltschaft	264
(b) Zusammenfassung	269
(3) Zusammenfassung	270
bb) Freigabeverfahren – § 89b Abs. 6 GWB	270
(1) Anwendungsbereich	271
(a) Verweigerungsrechte – § 89b Abs. 6 S. 1 Alt. 2 GWB	271
(aa) Absoluter Schutz	271
(bb) Relativer Schutz	273
(b) Wichtige Gründe – § 89b Abs. 6 S. 1 Alt. 1 GWB	274
(2) Voraussetzungen	276
(a) Antrags- und Anhörungserfordernis	276
(b) Sachdienlichkeit	277
(c) Interessenabwägung	278
(3) Verfahrensgegenstand und Freigabeentscheidung	280

(4) Prozessuale Einbettung	282
(a) (Klageweise) Geltendmachung des kartellrechtlichen Informationsanspruchs	283
(aa) Hauptsacheverfahren	283
(bb) Erhebung eines Anspruchs – § 89b Abs. 3 GWB	287
(b) Vorlageanordnung – § 142 ZPO	287
(c) Isoliertes Freigabeverfahren	288
(5) Geheimnisschutz	290
cc) Stellungnahme	291
e) Zusammenfassung	293
5. Zeitlicher Anwendungsbereich	293
6. Zuständigkeit und Vollstreckung	295
III. Flankierende Regelungen	296
1. Aufwendungsersatzanspruch – § 33g Abs. 7 GWB	296
a) Voraussetzungen	297
aa) Offenlegungs- oder Auskunftspflicht	297
bb) Erforderlichkeit der Aufwendungen	299
b) Rechtsfolgen	301
aa) Nachrangigkeit	301
bb) Gegenläufige Kostenerstattungsansprüche	303
c) Vereinbarkeit mit SE-RL und § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB	307
d) Zusammenfassung	309
2. Sanktionen bei Verletzung der Offenlegungs- oder Informationspflicht	310
a) Schadensersatzanspruch – § 33g Abs. 8 GWB	310
aa) Anspruchsvoraussetzungen	311
bb) Präventivwirkung	311
b) Komplementäre Sanktionsmechanismen	316
aa) Innerprozessuale Sanktionen	316
(1) Grundsätze der sekundären Darlegungslast	317
(2) Grundsätze der Beweisvereitelung	319
(a) Tatbestandsvoraussetzungen	319
(b) Rechtsfolgen	321
(3) Stellungnahme	322
bb) Strafrechtliche Sanktionen	324
(1) Urkundenunterdrückung – § 274 Abs. 1 Nr. StGB	324
(2) Strafvereitelung – § 258 Abs. 1 StGB	326

cc) Handels- und steuerrechtliche Aufbewahrungspflichten	326
dd) Zivilprozessuale Zwangsvollstreckung	327
c) Stellungnahme	328
3. Beweisverwertungsverbot – § 33g Abs. 9 GWB	333
a) Personeller Schutzbereich	333
aa) Natürliche Personen	334
(1) Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB	334
(2) Mitwirkende natürliche Personen	336
bb) Juristische Personen	338
b) Sachlicher Schutzbereich	340
4. Zusammenfassung	341
IV. Ergebnis	341
C Adverse Effekte des kartellrechtlichen Informationsanspruchs auf Compliance-Systeme	344
I. Grundlagen kartellrechtlicher Compliance-Systeme	345
1. Definition und Funktionen	345
a) Definition	345
b) Funktionen	348
2. Motive für die Implementierung	350
a) Rechtspflicht	350
aa) § 91 Abs. 2 AktG	351
bb) §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG	352
cc) §§ 30, 130 Abs. 1 OWiG	354
b) Vermeidung nachteiliger Konsequenzen von Kartellrechtsverstößen	357
aa) Rechtliche Konsequenzen	358
(1) Bußgelder	358
(2) Vorteilsabschöpfung	361
(3) Vergabesperre	361
(4) Zivilrechtliche Sanktionen	362
bb) Faktische Konsequenzen	364
cc) Zusätzliche Faktoren	366
c) Zusammenfassung	369

3. Standardelemente	370
a) Übergeordnetes Ziel: Etablierung einer Compliance-Kultur	371
aa) Code Of Conduct	373
bb) Tone From The Top	374
b) Organisatorische Elemente	376
aa) Risikoanalyse	376
bb) Mitarbeiterinformation und Schulungen	377
cc) Adäquate Personalstruktur	379
dd) Überwachung und Aufdeckung	380
(1) Interne Untersuchungen	381
(2) Hinweisgebersysteme	386
ee) Adäquate Sanktionierung von Fehlverhalten	388
c) Zusammenfassung	389
4. Zusammenfassung	390
II. Adverse Effekte des kartellrechtlichen Informationsanspruchs auf Compliance-Systeme	390
1. Voraussetzungen adverser Effekte	393
a) Schnittmenge	393
aa) Compliance-Dokumentation	394
bb) Offenlegung durch den kartellrechtlichen Informationsanspruch	395
(1) Tatbestandsvoraussetzungen	395
(2) Anspruchsbeschränkungen	398
(a) Schutz der öffentlichen Rechtsdurchsetzung – § 33g Abs. 4 S. 1, Abs. 5 GWB	398
(b) Herausgabe- und Auskunftsverweigerungsrechte – § 33g Abs. 6 S. 1 GWB	399
(c) Verhältnismäßigkeitsprüfung – § 33g Abs. 3 S. 1 GWB	402
(3) Zusammenfassung	407
cc) Zusammenfassung	407
b) Wirkungsverluste	408
aa) Effektivitätsmindernde Reaktionen	408
(1) Beeinträchtigung der Motivationslage	409
(a) Maxime der Nutzenmaximierung	409
(b) Auswirkungen des Offenlegungsrisikos	411

(2) Potenzielle Reaktionen	413
(a) Insuffiziente Durchführung interner Untersuchungen	415
(aa) Meinungsstand	415
(bb) Implikationen des strafrechtlichen Diskurses	417
(b) Unterdrückung kompromittierender Compliance-Dokumentation	421
(aa) Meinungsstand	421
(bb) Implikationen des US-amerikanischen Zivilprozesses	422
(i) Grundzüge des Discovery-Verfahrens	423
(ii) Beweismittelunterdrückung als prozesstaktisches Mittel	424
(iii) Sanktionsmechanismen	426
(iv) Stellungnahme	429
(cc) Implikationen der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung	430
(c) Zusammenfassung	434
(3) Beeinträchtigung des Compliance-Systems	434
bb) Zusammenfassung	436
c) Keine legislative Indikation	437
d) Zusammenfassung	438
2. Unzureichende institutionelle Korrektive	439
a) Unzureichende Korrektive im Regime des § 33g GWB	440
b) Unzureichende Compliance-immanente Anreize	441
aa) Prävention sanktionsbewehrter Rechtsverstöße	441
bb) Compliance-Kultur	443
c) Unzureichende Sanktionsmilderungen	445
aa) Kronzeugenrabatt	447
bb) Allgemeine Bußgeldbemessung	448
(1) Praxis der Kartellbehörden	448
(2) Implikationen aus Legislative und Judikative	450
cc) Zusammenfassung	453
d) Stellungnahme	454
3. Zusammenfassung	457
III. Ein Lösungsvorschlag – das Compliance-Privileg	458
1. Lösungsansatz des US-Rechts – das Self-Evaluative Privilege	459
a) Attorney-Client Privilege	459

b) Work-Product Doctrine	462
c) Self-Evaluative Privilege	463
d) Zusammenfassung	467
2. Lösungsansatz im Regime des § 33g GWB	468
a) Rechtsdogmatische Dimension	468
aa) Normativer Anknüpfungspunkt – Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 33g Abs. 3 S. 1 GWB	468
bb) Verhältnismäßige Ausgestaltung des Compliance- Privileg	470
(1) Legitimes Interesse	472
(a) Öffentliches Interesse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts	473
(b) Partikularinteressen	475
(aa) Grundsatz der Rechtssicherheit	475
(bb) Gebot der Selbstbelastungsfreiheit	476
(cc) Recht auf effektive Rechtsverteidigung	477
(c) Zusammenfassung	477
(2) Geeignetheit	478
(a) Öffentliches Interesse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts	478
(aa) Wettbewerbsschützender Effekt effektiver Compliance-Systeme	479
(i) Empirie	479
(ii) Implikationen aus der Legislative	482
(iii) Meinungsstand	484
(iv) Plausibilität	486
α) Beeinflussung der Faktoren für delinquentes Verhalten	486
β) Komplementäre Funktion von Compliance-Systemen	489
(v) Zusammenfassung	492
(bb) Förderung durch Ausschluss der Offenlegung von Compliance- Dokumentation	493
(b) Partikularinteressen	494
(aa) Grundsatz der Rechtssicherheit	494
(bb) Gebot der Selbstbelastungsfreiheit	495
(cc) Recht auf effektive Rechtsverteidigung	496
(c) Zusammenfassung	496

(3) Erforderlichkeit	497
(a) Öffentliches Interesse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts	498
(b) Gebot der Selbstbelastungsfreiheit	499
(c) Recht auf effektive Rechtsverteidigung	499
(d) Zusammenfassung	500
(4) Angemessenheit	501
(a) Zielverwirklichung	506
(aa) Effektivität des konkreten Compliance-Systems	507
(i) Zertifizierte Compliance-Standards	509
(ii) Beurteilungsansatz des DoJ	510
(iii) Stellungnahme	512
(bb) Adverses Potenzial der konkreten Offenlegung	515
(cc) Anforderungen an den Parteivortrag	518
(b) Eingriffsintensität	521
(aa) Keine Anwendung auf Pre-Existing Documents	522
(bb) Rückausnahme	523
(c) Interessenabwägung	524
(5) Zusammenfassung	526
cc) Zusammenfassung	527
b) Rechtspolitische Dimension	527
3. Zusammenfassung	531
IV. Ergebnis	531
D Fazit	534
Literaturverzeichnis	539
Entscheidungen	583
Materialien	593