



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Die Entthronung des Kronzeugen
im europäischen Kartellrecht?

Verfasser

Andreas Satzinger, LL.B. BSc LL.M. MSc MBA

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.-Prof. Mag. Dr. Florian Schuhmacher, LL.M.

If you can't beat them, join them.

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	1
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	8
I. EINLEITUNG	12
A. Problemstellung	12
B. Forschungsziel.....	14
C. Gang der Untersuchung	14
II. KARTELLE UND IHRE SCHÄDLICHKEIT	17
A. Wettbewerb in verschiedenen Marktformen	17
1. Polypol	19
a. Marktgleichgewicht.....	19
b. Nullgewinn-Situation	21
2. Monopol	22
a. Monopolbedingungen.....	23
b. Gewinnmaximierung	24
3. Oligopol	26
a. Kooperationsdilemma	26
b. Nash-Gleichgewicht	27
B. Funktion eines Kartells	29
C. Ökonomische Schäden durch Kartelle	30
1. Wohlfahrtsmindernde Wirkung von Kartellen	32
2. Bezifferung der Schadenssumme.....	33
D. Spieltheoretische Betrachtung des Kartellverhaltens.....	34
1. Modellbedingungen.....	34
2. Nash-Gleichgewicht.....	35
3. Gefangenendilemma.....	36
4. Kooperation oder Defektion	37
5. Ökonomie des Verrats	38
6. Anreize von Kronzeugen.....	39

E.	Grundlagen des europäischen Kartellrechts	40
1.	Tatbestandsmerkmale	40
2.	Nichtigkeitssanktion	43
3.	Legalausnahme	44
4.	Verjährung	45
III.	PUBLIC ENFORCEMENT	46
A.	Grundlagen der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung	46
B.	Die europäische Kronzeugenregelung	47
1.	Ziele und Entwicklung	49
2.	Rechtsnatur der Kronzeugenmitteilungen	51
a.	Rechtliche Unverbindlichkeit?	52
b.	Selbstverpflichtung der Kommission	53
3.	Sachlicher Anwendungsbereich	55
a.	Ausnahmen vom Anwendungsbereich	55
b.	Erscheinungsformen der Zuwiderhandlungen	56
4.	Exkurs: Verhängung der Geldbuße	57
a.	Rechtliche Obergrenze der Geldbuße	58
b.	Bemessung der Geldbuße	59
5.	Der Kronzeugenantrag.....	61
6.	Setzen eines Markers	63
7.	Erlass oder Mäßigung der Geldbuße.....	65
a.	Vollständiger Erlass des Bußgeldes	66
b.	Mäßigung des Bußgeldes	68
8.	Zusammenarbeit außerhalb der Kronzeugenregelung	70
C.	Organisation des Kartellrechts	72
1.	Parallele Zuständigkeiten bei Kronzeugenprogrammen.....	72
a.	Welche Behörde wird sich des Falles annehmen?	73
b.	Keine unkoordinierten Parallelverfahren.....	74
2.	Probleme des Kronzeugen infolge der parallelen Zuständigkeit	76
3.	Das Kronzeugenmodell des European Competition Network	77
a.	Informationsaustausch im European Competition Network.....	78
b.	Beschränkung des Informationsaustausches für Kronzeugendokumente....	79
c.	Zuständigkeitskonstellationen	81
d.	Zielsetzung des „one-stop-shop“-Systems	82

D.	Grundzüge des Public Enforcement	83
1.	Aufgabenverteilung im öffentlichen Durchsetzungsapparat	84
2.	Stärkung der Bundeswettbewerbsbehörde.....	85
a.	Auskunftsverlangen.....	86
b.	Hausdurchsuchungen	86
i.	Selektiver Widerspruch möglich	87
ii.	Auskunftspflichtige Personen	88
3.	Das österreichische Kronzeugenprogramm	88
a.	Anforderungen an Informationen und Beweismittel	89
b.	Weitere Voraussetzungen.....	90
c.	Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde	91
i.	Neue Mindestbeweisschwellen	91
ii.	Möglichkeit eines Markers.....	93
IV.	PRIVATE ENFORCEMENT	94
A.	Grundlagen des Private Enforcement	94
B.	Schadenersatzansprüche auf europäischer Ebene	95
1.	Der Weg zum unmittelbaren Schadenersatzanspruch für jedermann.....	96
a.	Die Rechtssache BRT/SABAM	97
b.	Die Rechtssache Francovich	97
c.	Die Rechtssache Courage/Crehan	98
i.	Sachverhalt	99
ii.	Entscheidung des EuGH	100
iii.	Unmittelbarer oder ausschließlicher Anspruch?	101
d.	Die Rechtssache Manfredi	102
i.	Sachverhalt	102
ii.	Entscheidung des EuGH	103
iii.	Jedermann ist doch jedermann	105
e.	Die Rechtssache Otis.....	106
i.	Sachverhalt	107
ii.	Entscheidung des EuGH	108
iii.	Nemo judex in sua causa	109
2.	Dezentralisierung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung	110
a.	Zuständigkeit nationaler Gerichte	110

b.	Kollusion der Rechtsordnungen	111
3.	Grünbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts	112
4.	Weißbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts	115
5.	Richtlinienentwurf zum Private Enforcement	116
a.	Ursprung und Anforderungen	117
b.	Unionsweite Legislativkompetenz	118
c.	Wesentliche Änderungsvorschläge	120
i.	Bindungswirkung einzelstaatlicher Entscheidungen	120
ii.	Verjährung der Ansprüche	121
iii.	Solidarische Haftung	122
iv.	Einwand der Schadensabwälzung	124
v.	Berechnung des Schadensumfangs	125
vi.	Bewertung	126
C.	Grundzüge des Private Enforcement in Österreich	127
1.	Grundlagen im Kartellgesetz	128
a.	Kartellverbot	129
b.	Bagatellkartelle	130
2.	Zivilrechtliche Schadenersatzbestimmungen	131
a.	Anspruchsvoraussetzungen	132
b.	Sonstige Bestimmungen	134
3.	Private Anspruchsdurchsetzung	134
a.	Feststellung der Zuwiderhandlung	135
b.	Geltendmachung des Schadenersatzes	136
V.	DISCLOSURE	138
A.	Weg der Disclosure-Problematik	138
B.	Primär- und sekundärrechtliche Grundlagen	139
1.	Zugangshindernisse mit Interessensabwägung	141
2.	<i>Exkurs:</i> Antrag auf Dokumentenzugang	142
C.	Akteneinsicht nach VO 1/2003?	144
1.	Dokumente aus dem amtlichen Informationsaustausch	144
2.	Beschränkter Zugang für Parteien des Wettbewerbsverfahrens	146
D.	Einsicht durch Beschwerde nach VO 773/2004?	146

1.	Begrenztes Einsichtsrecht des Beschwerdeführers	147
2.	Einsicht für Parteien in Unternehmenserklärungen	148
E.	Empfehlungen im Grünbuch der Kommission	150
1.	Offenlegung von Urkundenbeweisen in Schadenersatzverfahren	151
2.	Regeln für Dokumente im Besitz der Wettbewerbsbehörde	152
3.	Erleichterungen für den Kläger	152
F.	Empfehlungen im Weißbuch der Kommission	153
G.	Erwägungsgründe der Kronzeugenmitteilung 2006	154
H.	Allgemeine Rechtsprechung zum Einsichtsrecht in Dokumente der Unionsorgane	155
1.	Die Rechtssache Van der Wal	156
a.	Sachverhalt	156
b.	Entscheidung des EuGH	157
c.	Ausnahmen vom Einsichtsrecht sind eng auszulegen	158
2.	Die Rechtssache Denavit	159
a.	Sachverhalt	159
b.	Entscheidung des EuG	160
c.	Zwei Gruppen von Ausnahmen	161
3.	Die Rechtssache British American Tobacco	162
a.	Sachverhalt	162
b.	Entscheidung des EuG	163
c.	Ermessensspielraum beim Dokumentenzugang	164
4.	Die Rechtssache Kuijer	165
a.	Sachverhalt	165
b.	Entscheidung des EuG	167
c.	Drei-Stufen-Schema für Ausnahmen	168
I.	Die Rechtssache Lombard Club	169
1.	Vorgeschichte	169
2.	Sachverhalt	170
3.	Entscheidung des EuG	171
4.	Konkrete und individuelle Prüfung erforderlich	173
J.	Die Rechtssache Energie Baden-Württemberg	174
1.	Sachverhalt	175
2.	Entscheidung des EuG	176
3.	Ausflüchte der Kommission ändern nichts an der Rechtslage	178

K.	Die Rechtssache Pfeleiderer	178
1.	Sachverhalt	179
2.	Schlussanträge des Generalanwalts	181
a.	Vorbemerkungen.....	182
b.	Klima der Unsicherheit für Kartellanten	183
c.	Grundrecht auf Akteneinsicht.....	184
d.	Bedeutung der Kronzeugenregelung im Wettbewerbsrecht	185
3.	Urteil des EuGH	186
a.	Keine Regelung der Akteneinsicht im Unionsrecht.....	186
b.	Akteneinsicht mit Interessensabwägung.....	187
4.	Direkte Folgen der Entscheidung	188
a.	Urteil des Amtsgericht Bonn.....	189
b.	Urteil des High Court of Justice	190
5.	Reichweite des Urteils	192
L.	Die Rechtssache Donau Chemie	193
1.	Vorgeschichte	194
2.	Sachverhalt	195
3.	Urteil des EuGH	195
a.	Notwendigkeit der Einzelfallabwägung	196
b.	Keine systematische Abwägung gestattet	197
c.	Einsicht soweit erforderlich	197
4.	Reichweite des Urteils	198
a.	Konkrete und individuelle Prüfung erforderlich?	199
b.	Einheitlicher Prüfungsmaßstab	200
c.	Es hagelt weiterhin Kritik.....	201
M.	Disclosure nach dem Richtlinienentwurf zum Private Enforcement	202
1.	Offenlegungspflicht von Parteien und Dritten	203
2.	Absolute Beschränkung des Dokumentenzugangs	205
3.	Temporäre Beschränkung des Dokumentenzugangs	207
4.	Sanktionsmöglichkeiten	208
5.	Bewertung	209
N.	Disclosure im österreichischen Kartellrecht.....	210
VII.	DIE ENTTHRONUNG DES KRONZEUGEN?	213
A.	Allianz und Diskrepanz von Public und Private Enforcement.....	213

B. Eine heikle Situation	216
1. Dokumentenzugang bei nationalen Wettbewerbsbehörden.....	216
2. Dokumentenzugang bei der Kommission	218
 LITERATURVERZEICHNIS	220
JUDIKATURVERZEICHNIS	230
RECHTLICHE MATERIALIEN	236
ABBILDUNGSVERZEICHNIS.....	238
ABSTRACT	239
LEBENS LAUF	240

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AGCM	Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
amtl	amtlichen
Art	Artikel(n)
Az	Aktenzeichen
BB	Fachzeitschrift Betriebsberater für Recht, Steuern und Wirtschaft
BeckRS	Beck Rechtsprechung
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BWB	Bundswettbewerbsbehörde
bzw	beziehungsweise
CFOaktuell	Fachzeitschrift Finance und Controlling
CIREA	Informations-, Reflexions und Austauschzentrum für Asylfragen
COMP	Entscheidung der Kommission
DSG	Datenschutzgesetz
ecolx	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
ECLR	European Competition Law Review
ECN	European Competition Network
ECN-Modell	Kronzeugenmodell des European Competition Network
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EnBW	Energie Baden-Württemberg AG
endg	endgültig
et al	und andere
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZW	Fachzeitschrift Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWeRK	Fachzeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Fachzeitschrift Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f	und die folgende
ff	und die folgenden
Fn	Fußnote
GPR	Fachzeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
Grünbuch	Grünbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
IP	Pressemitteilung der Kommission
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
KartG	Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
KaWeRÄG	Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kartellgericht
KOG	Kartellobergergericht

Kommission	Europäische Kommission
LIBOR	London Interbank Offered Rate
lit	litera
Ltd	Limited
Mio	Millionen
Mrd	Milliarden
MR-Int	Fachzeitschrift Medien und Recht International Edition
Netzwerkbekanntmachung	Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABl 2004 C 101, 43.
Nr	Nummer
NVwZ	Fachzeitschrift Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖBl	Fachzeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OECD	Organisation of Economic Cooperation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	öffentlicher Personennahverkehr
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Deutschland)
Parlament	Europäisches Parlament
Rat	Europäischer Rat
RdW	Fachzeitschrift Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache(n)
Slg	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union oder des Europäischen Gerichts
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
SWK	Fachzeitschrift Steuer- und WirtschaftsKartei
Transparenzverordnung	VO (EG) Nr 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen

	Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl 2001 L 145, 43.
ua	und andere
UGB	Unternehmensgesetzbuch
US	United States
USD	United States Dollar
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Unlauterer-Wettbewerbs-Gesetz)
U.S.C.	United States Code
verb	verbundene
VKI	Verein für Konsumenteninformation
VO	Verordnung/Verordnungen
vs	versus
wbl	Fachzeitschrift Wirtschaftsrechtliche Blätter
Weißbuch	Weißbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts
WettbG	Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Bundeswettbewerbsgesetz)
wobl	Fachzeitschrift Wohnrechtliche Blätter
wrp	Fachzeitschrift Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Fachzeitschrift Wirtschaft und Wettbewerb
Z	Ziffer
ZfRV	Fachzeitschrift Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZNER	Fachzeitschrift Zeitschrift für Neues Energierecht
ZPO	Zivilprozessordnung

I. EINLEITUNG

A. Problemstellung

Freier Wettbewerb bildet einen der Grundpfeiler unserer marktwirtschaftlich ausgerichteten Wirtschaftsordnung. Herrscht Wettbewerb, muss jeder Marktteilnehmer damit rechnen, dass seinen potentiellen Kunden¹ von anderen Anbietern am selben Markt ansprechendere Alternativen vorgelegt werden. Tritt jedoch an Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs eine Kartellabsprache, so ist der Kartellant einer solchen Konkurrenzsituation nicht mehr ausgesetzt. Dies führt unweigerlich zu einer Rendite, welche der eines Monopolisten in nichts nachsteht und wirkt sohin im Sinne der wettbewerbswidrig agierenden Marktteilnehmer und zu Lasten der Allgemeinheit. Dabei stellt die gravierende volkswirtschaftliche Schädigungseignung von Kartellen keine neue Erkenntnis dar. Erste wissenschaftliche Theorien dazu bestehen schon seit Ende des neunzehnten Jahrhunderts. Weltweit ernsthafte und nachhaltige Bestrebungen um Kartellabsprachen abzustellen und zu ahnden gibt es jedoch erst in den letzten Dekaden.

Bei der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden zeigte sich vor allem, dass die Bekämpfung nicht immer einfach ist. Absprachen erfolgen im Geheimen und die an der Absprache beteiligten Unternehmen scheuen keine Aufwände und Mühen, damit keinerlei Informationen nach außen dringen. Untersuchungen der Behörden enden deswegen immer wieder mit einer Einstellung des Verfahrens, da sich selbst bei Razzien in verdächtigen Unternehmen nicht die notwendigen Beweise finden lassen. Diese wurden von den Kartellanten meist an einen sicheren Ort verbracht oder ohnehin vernichtet. Intention einzelstaatlicher Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission² ist es daher die Zusammenarbeit mit Kartellinsidern anzuregen. So wirbt die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde³ mit „*Melden Sie sich als Kronzeuge!*“⁴. Durch in Aussichtstellung einer Reduktion bzw eines vollständigen Erlasses der Geldbuße sollen Anreize gesetzt werden, um bei der Zerschlagung des Kartells mitzuwirken und mit den

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit die männliche Form eines Wortes verwendet. Der Autor möchte jedoch darauf hinweisen, dass damit jeweils die männliche wie auch die weibliche Form gemeint ist.

² Nachfolgend: „Kommission“.

³ Nachfolgend: „BWB“.

⁴ Kartell- und Marktmissbrauchsinformation der BWB abrufbar unter:
<http://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarktmissbrauch/Seiten/default.aspx#Kronzeuge>.

Kartellbehörden zusammen zu arbeiten. Der Erlass des Bußgeldes für das bis dahin kartellrechtswidrig agierende Unternehmen lässt sich vor allem damit rechtfertigen, dass das Allgemeininteresse an der Bekämpfung von Kartellen höher ist als die Bestrafung eines einzelnen Kartellmitgliedes. Denn in vielen Fällen wäre es den Wettbewerbsbehörden nicht möglich ohne einen Insider das Bestehen eines Kartells nachzuweisen. Oftmals bestand nicht einmal der Verdacht, dass der jeweilige Markt von wettbewerbswidrigen Vereinbarungen dominiert wird. Nichtsdestotrotz bleibt dem, aus freien Stücken, mit den Behörden kooperierenden Kartellanten ein bitterer Beigeschmack. Denn die Strafnachsicht der Wettbewerbsbehörde bezieht sich lediglich auf die verwaltungsrechtliche Ebene. Zivilrechtliche Schadenersatzansprüche Geschädigter bleiben davon grundsätzlich unberührt.

Um den Status eines Kronzeugen zu erlangen, hat das die Zusammenarbeit anstrebende Kartellmitglied alle Informationen und Beweismittel über die kartellrechtswidrigen Übereinkünfte offenzulegen. Die vorgelegten Unterlagen beinhalten sohin nicht nur belastendes Material über andere Kartellanten. Vielmehr belastet sich der Kronzeuge darin umfassend selbst. Von der Wettbewerbsbehörde wird gerade diese umfassende Beweisvorlage angestrebt und ist notwendig, um die wahren Auswirkungen des Kartells beurteilen zu können. Doch gerade an diesem Punkt setzt das berechtigte Interesse von Geschädigten an, welche den ursächlich durch das Kartell erlittenen Schaden einklagen wollen. Grundlage nicht enden wollender Diskussionen ist nun, ob zivilen Schadenersatzklägern die Einsichtnahme in solche Kronzeugendokumente gestattet werden soll. Bejaht man dies, findet sich der Kronzeuge in einer Dilemmasituation wieder. Denn einerseits entgeht der Kronzeuge durch die Kooperation der Geldstrafe, welche bis zu zehn Prozent des Jahresumsatzes beträgt. Auf der anderen Seite legt er den zivilrechtlichen Klägern alle für die Durchsetzbarkeit von Schadenersatzforderungen notwendigen Beweismittel offen und stellt sich damit im Zivilprozess an den Pranger. Darüber hinaus sind Schadenersatzforderungen, im Gegensatz zum Bußgeld der Wettbewerbsbehörden, betragsmäßig nicht begrenzt und Schädiger haben dafür gesamtschuldnerisch einzustehen. Zusätzlich hat der Kartellant durch das publik werden des Kartellrechtsverstoßes die Rufschädigung durch negative Berichterstattung in den Medien und den hohen Zeit- und Kostenaufwand für die Behördenkooperation zu berücksichtigen. Letztlich hat die Kronzeugenregelung all diese negativen Aspekte durch attraktive Anreize zu übertrumpfen, um Kartellmitglieder weiterhin zur Offenlegung ihres Verhaltens zu verleiten.

B. Forschungsziel

In dieser Arbeit wird versucht das Spannungsverhältnis, dem der Kronzeuge durch die öffentlich-rechtliche und private Kartellrechtsdurchsetzung ausgesetzt ist, zu hinterleuchten. Hierzu wird durch eine eingehende Bestandsaufnahme des Public sowie Private Enforcement und der Disclosure-Rechte deren Wirkung auf das Kartellrecht dargestellt. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Rechtslage der Union gelegt, wobei ebenso auf damit einhergehende österreichische Normierungen Bezug genommen wird. Zur Abbildung der Rechtsentwicklung und der gegenwärtigen Lage finden zahlreiche Judikate europäischer Gerichte mit prägender Auswirkung auf das EU-Wettbewerbsrecht einhergehende Behandlung. Ziel all dessen liegt im Aufzeigen der Allianz und Diskrepanz der Kronzeugenregelung mit der privaten Anspruchsdurchsetzung sowie eines Lösungsansatzes zur Entschärfung der sich aus den widerstreitenden Interessen ergebenden Spannungen.

C. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich zur Abhandlung des Forschungszieles grundlegend in fünf größere Abschnitte:

Der Einstieg erfolgt in Kapitel II mit grundlegenden Erläuterungen über die Funktionsweise von Kartellen. Hierzu werden die Marktformen des Polypols, des Monopols und des Oligopols vorgestellt, um aus wirtschaftlicher Sicht darzustellen, welche Position ein Kartell am Markt einzunehmen versucht. Im Anschluss werden deren betriebswirtschaftliche sowie volkswirtschaftliche Schädigungseignung geschildert und das Kartellverhalten einer spieltheoretischen Betrachtung unterworfen. Dabei wird die Intention von Unternehmen wettbewerbswidrige Absprachen vorzunehmen ebenso analysiert wie Anreize wieder zur Wettbewerbssituation zurück zu kehren. Abschluss dieses Abschnitts bildet ein Überblick der Grundlagen des europäischen Kartellrechts mit dessen Tatbestandsmerkmalen.

In Kapitel III wird auf die öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung und dem damit mittlerweile fest verbundenen Kronzeugenprogramm eingegangen. Dabei wird im Speziellen die Kronzeugenmitteilung der Kommission thematisiert, wobei vor allem deren

Ziele und Entwicklung, deren Rechtsnatur, deren sachlicher Anwendungsbereich und das Mäßigungsrecht der Geldbuße näher erläutert werden. Ferner wird auf die Organisation des öffentlichen Durchsetzungsapparates eingegangen, die Problematik der parallelen Zuständigkeit im unionsweiten Wettbewerbssystem erläutert und das Kronzeugenmodell des European Competition Network⁵ vorgestellt. Zum Ende dieses Kapitels wird ein Überblick des Public Enforcements in Österreich gegeben. Berücksichtigung finden hierbei in erster Linie die neuesten rechtlichen Entwicklungen.

Das IV. Kapitel widmet sich der Durchsetzung zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche wegen Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht. Begonnen wird mit der Bedeutung dieses Rechtsanspruchs für das europäische sowie innerstaatliche Wettbewerbssystem. Im Anschluss wird der Weg der rechtlichen Entwicklung zum unmittelbaren Schadenersatzanspruch für jedermann durch die Rechtsprechung des EuGH skizziert. Darüber hinaus wird auf die Dezentralisierung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung und sich dadurch ergebende Probleme Bezug genommen. Dem folgt die Position der Kommission zum Private Enforcement im Grünbuch⁶ und Weißbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts⁷ sowie im erst kürzlich erschienen Richtlinienentwurf.⁸ Der abschließende Teil dieses Kapitels widmet sich der Rechtslage des Private Enforcement in Österreich mit Hauptaugenmerk auf die Änderungen der letzten Kartellrechtsnovelle.

Der letzte große Abschnitt (Kapitel V) geht auf die Disclosure-Rechte und der damit einhergehenden Problematik des Interessenskonflikts zwischen der Kronzeugenregelung und dem Private Enforcement ein. Versucht wird dabei alle in Frage kommenden Rechtsquellen, welche ein Zugangsrecht zur Akte eines Kartellverfahrens begründen könnten, zu hinterleuchten. Hierzu werden neben primär- und sekundärrechtlichen Grundlagen ebenso die allgemeine Rechtsprechung der europäischen Gerichte zum Einsichtsrecht der Öffentlichkeit in Dokumente, welche sich im Besitz der Unionsorgane befinden, sowie Judikate, die direkt die Offenlegung von Kronzeugenunterlagen

⁵ Nachfolgend: „ECN“.

⁶ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005.

⁷ Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008.

⁸ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

betreffenden, ausführlich analysiert und deren teilweise umstrittenen Auswirkungen thematisiert. Ferner wird auf die Empfehlungen der Kommission zur Normierung dieses problematischen Regelungsbereiches eingegangen. Abgeschlossen wird dieses Kapitel mit der Darstellung der rechtlichen Disclosure-Situation in Österreich im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des EuGH.

Schlussendlich werden in Kapitel VI die wesentlichen Merkmale dieser Thematik zusammengefasst, wodurch die Gemeinsamkeiten und Differenzen der öffentlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung zur Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs herausgearbeitet werden. Darüber hinaus wird versucht, die Forschungsfrage summarisch zu beantworten, wodurch die gegenwertige Rechtslage des Dokumentenzugangs bei der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden dargelegt wird.

II. KARTELLE UND IHRE SCHÄDLICHKEIT

A. Wettbewerb in verschiedenen Marktformen

Volkswirtschaftliche Systeme, die sich am Modell der freien Marktwirtschaft orientieren, zeichnen sich durch das Recht an privatem Eigentum, der Erwerbs- und Berufsfreiheit sowie der Vertragsautonomie aus. Durch das Bestreben der Marktteure mit Produktion und Anbot von Gütern und Dienstleistungen den Eigennutzen zu maximieren, werden Innovationen gefördert und technischer Fortschritt begründet. Infolge dieser Weiterentwicklungen können neuartige Produktionsmethoden, Rationalisierungsmaßnahmen, qualitative Verbesserungen von Waren oder gar völlig neue Erzeugnisse entstehen, wodurch sich positive volkswirtschaftliche Effekte ergeben. Solche Neuerungen sind mitunter imstande Volkswirtschaften in kultureller und sozialer Hinsicht zu verändern und einen Strukturwandel zu initiieren.⁹ Darüber hinaus erfüllt Wettbewerb auch bestimmte wirtschaftliche Lenkungen. Denn nur unter Wettbewerbsbedingungen erfüllen Marktpreise ihre Aufgabe als Knappheitsindikator. Herrscht keine Konkurrenz, führt dies nach und nach dazu, dass Marktmechanismen ausgeschaltet werden und die Wettbewerbsfähigkeit sinkt ab. Schon im 18. Jahrhundert erkannte der schottische Philosoph *Adam Smith*, dass es in einer Marktwirtschaft stets die einhergehende Tendenz gibt, den Konkurrenzdruck zu reduzieren oder auszuschalten.¹⁰

Charakteristisch für einen Markt unter Bedingungen des Wettbewerbs ist, dass Unternehmen bei der Produktion einer Ware oder der Ausübung einer Dienstleistung miteinander konkurrieren. Konsumträger haben dabei die Wahl zwischen verschiedenen Anbietern. Dies verdeutlicht sofort, dass auf einem Markt mit nur einem Anbieter kein solcher Wettbewerb vorherrschen kann. Nicht erforderlich für das Vorhandensein einer Wettbewerbssituation ist jedoch die völlige Gleichheit aller Güter. Es reicht aus, wenn die Güter zueinander substituierbar¹¹ sind und der Käufer zur Befriedigung derselben Bedürfnisse unter mehreren Alternativen wählen kann.

⁹ Metz, Ursprünge der Zukunft: Die Geschichte der Technik in der westlichen Zivilisation (2005) 106 ff.

¹⁰ Hotz-Hart/Dümmeler, Volkswirtschaft der Schweiz: Aufbruch ins 21. Jahrhundert (2006) 50.

¹¹ Substitutionsgüter sind Güter, die beim Konsumenten dieselben oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen und deshalb als gleichwertiges Ersatzgut angesehen werden.

In den meisten Märkten einer Marktwirtschaft herrscht Wettbewerb vor. Potentielle Käufer wissen in einem solchen Konkurrenzmarkt, dass sie ein identisches oder substitutives Gut bei einer Vielzahl von Anbietern erwerben können. Aufgrund des verschwindend geringen Einflusses ist es einem einzelnen Abnehmer oder Anbieter nicht möglich, den Preis oder die feilgebotene Menge des Gutes maßgeblich zu beeinflussen. Die Marktnachfrage setzt sich dabei aus der Summe der Nachfragemengen aller Individuen des betrachteten Marktes zusammen. Selbstverständlich kann sich die nachgefragte Menge des Marktes im Laufe der Zeit ändern. Als treffendes Beispiel hierfür wäre die stark zunehmende Nachfrage nach Smartphones zu nennen, wobei der Preis den die Abnehmer dafür im Schnitt zahlen durch den technischen Fortschritt sinkt. Andererseits können wirtschaftlich schlechte Zeiten dazu führen, dass die nachgefragte Menge bestimmter Güter sinkt. Insbesondere normale Güter¹² werden bei geringerem Einkommen weniger stark nachgefragt, wohingegen inferiore Güter¹³ bei Einkommenseinbußen zu stärkerer Nachfrage führen.¹⁴ Steigende Preise eines Gutes bewirken in der Regel jedoch *ceteris paribus* ein Sinken der Nachfrage. Als Indikator für die ökonomische Wohlfahrt¹⁵ wird gerne die Konsumentenrente herangezogen. Diese bildet den Nutzen aller Käufer des Produktes oder der Dienstleistung ab.¹⁶ Sie ergibt sich aus dem Betrag, den die Abnehmer bereit sind zu bezahlen, abzüglich des tatsächlich gezahlten Preises.¹⁷ Auf der anderen Seite des Marktes, der Angebotsseite, ist die feilgebotene Menge zu betrachten. Diese ist maßgeblich davon abhängig wie viel die Verkäufer veräußern können oder wollen. Je höher der Preis der Ware ist, desto mehr sind die Anbieter bereit zu produzieren.¹⁸ Das Marktangebot ergibt sich aus der Summe der Angebotsmengen aller Verkäufer des jeweiligen Marktes. Ebenso wie die nachgefragte Menge, kann sich auch die angebotene Menge ändern. Sinkende Rohstoffpreise, Rationalisierungsmaßnahmen oder neue Produktionstechnologien führen meist zu einer Erhöhung der Angebotsmenge.¹⁹ Die Wohlfahrtswirkung der Anbieter wird dabei durch die Produzentenrente veranschaulicht.²⁰ Diese ergibt sich aus dem

¹² Normale Güter sind Güter, deren Nachfrage bei höherem Einkommen steigt. Als Beispiel können hierbei Luxusartikel genannt werden.

¹³ Inferiore Güter sind Güter, deren Nachfrage bei höherem Einkommen sinkt. Als Beispiel kann hierbei die Nachfrage nach öffentlichen Verkehrsmitteln genannt werden.

¹⁴ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 83.

¹⁵ Die ökonomische Wohlfahrt bildet die Aggregation des Nutzens einzelner Individuen einer Volkswirtschaft ab.

¹⁶ Apolte et al, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2 (2007) 64 f.

¹⁷ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 172 ff.

¹⁸ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 87 f.

¹⁹ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 90; Heertje/Wenzel, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre (2008) 135.

²⁰ Apolte et al, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2 (2007) 64.

Verkaufspreis des Gutes abzüglich dessen Kosten.²¹ Preis und Menge des jeweiligen Produktes oder der Dienstleistung ergeben sich hierbei aus dem Zusammenwirken aller Verkäufer und Käufer des jeweiligen Marktes. Derartige Charakteristika sind jedoch nicht in jeder Marktform ident. Vielmehr unterscheiden sich diese mehr oder weniger stark, je nach Anzahl der Anbieter oder Nachfrager. Im Folgenden wird deshalb auf die drei grundlegenden Marktmodelle eingegangen.

1. Polypol

Das Modell des Polypols mit vollständiger Konkurrenz baut auf der grundsätzlichen Prämisse auf, dass es eine Vielzahl von Anbietern und Nachfragern gibt. Ferner müssen die betrachteten Waren oder Dienstleistungen im Großen und Ganzen gleich sein. Substitutionsgüter werden dennoch nicht ausgeschlossen. Im vollkommenen Markt muss der Preis von Anbietern und Nachfragern als marktgegeben betrachtet werden, weshalb die Akteure als Preisnehmer und Mengenanpasser agieren.²² Klassisches Beispiel hierfür wären der Aktien- und Internethandel.²³

a. Marktgleichgewicht

Die neoklassische allgemeine Gleichgewichtstheorie baut auf dem Vorhandensein eines Gleichgewichtspunktes aller Märkte eines Preis- und Mengensystems auf.²⁴ Dieses Gleichgewicht liegt in jenem Punkt, in dem sich die Marktnachfrage und das Marktangebot schneiden.²⁵ Zum Gleichgewichtspreis p_G wird die zugehörige Gleichgewichtsmenge m_G gehandelt. Dieser Punkt definiert exakt die Waage zwischen Angebot und Nachfrage. Der Markt gilt dabei als „geräumt“, da die Menge, die von den Nachfragern gekauft werden kann und will dem entspricht, was die Anbieter des Gutes verkaufen können und wollen.²⁶ Angebot und Nachfrage pendeln sich stets in einem solchen Gleichgewicht ein. Werden Güter zu einem höheren Preis feilgeboten, ist die angebotene Menge größer als die nachgefragte. Der daraus resultierende

²¹ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 178 ff.

²² Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 350 f.

²³ Wildemann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Mikroökonomie und Wettbewerbspolitik: Module der Volkswirtschaftslehre, Band 1 (2010) 180.

²⁴ Heertje/Wenzel, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre (2008) 134.

²⁵ Apolte et al, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2 (2007) 61.

²⁶ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 93.

Angebotsüberschuss führt zu einer Unterbietung der Anbieter bis zum Gleichgewichtspreis. Liegt der angebotene Preis hingegen unter dem Gleichgewichtspunkt, wird mehr nachgefragt als angeboten. Dieser Nachfrageüberschuss bewirkt wiederum einen Konkurrenzkampf unter den Abnehmern. In dieser Situation werden sich die Käufer gegenseitig versuchen zu überbieten, wodurch Preis und Angebotsmenge steigen. Ändern sich Gesamtnachfrage oder Gesamtangebot des betrachteten Marktes, wodurch sich die Nachfrage- und/oder die Angebotsfunktion verschieben, kann sich ein Gleichgewicht auf einem anderen Level ergeben.²⁷ Das soeben skizzierte Gesetz von Angebot und Nachfrage, wonach sich die angebotenen und nachgefragten Gütermengen durch Preisanpassung angleichen, ist in der Praxis laufend zu beobachten. Überschüsse von Angebot oder Nachfrage treten auf freien Märkten deshalb meist nur temporär auf.²⁸ Nachfolgende Abbildung 1 stellt obige Erläuterungen grafisch dar:

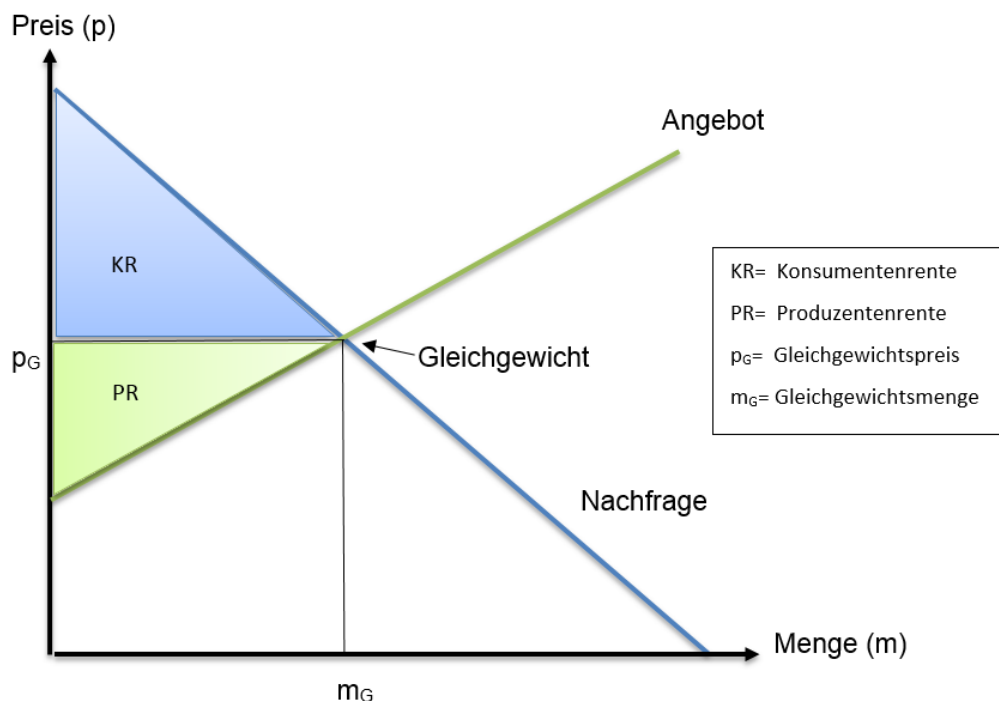


Abbildung 1: Gleichgewicht beim Polypol²⁹

²⁷ Heertje/Wenzel, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre (2008) 136.

²⁸ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 95.

²⁹ Aus eigener Darstellung.

b. Nullgewinn-Situation

Aufgrund der verschwindend geringen Marktmacht eines einzelnen Anbieters beim Polypol würde die Preiserhöhung eines Einzelnen unweigerlich dazu führen, dass die Käufer zu den anderen Anbietern abwandern.³⁰ Betrachtet man den vollkommenen Markt langfristig und folgt den Prämissen, dass alle Marktteilnehmer Zugang zu gleicher Technologie und Rohstoffen haben sowie jederzeit in den Markt ein- oder austreten können, so kann davon ausgegangen werden, dass alle Unternehmen im Markt die gleichen Kosten zur Produktion einer weiteren Einheit eines Gutes haben.³¹ Solange die bereits auf dem Markt befindlichen Organisationen Gewinn erwirtschaften, bestehen Anreize für weitere Unternehmer in den Markt einzutreten. Umgekehrt werden Anbieter den Markt verlassen, wenn sie dabei dauerhaft Verluste erwirtschaften. Ähnlich wie beim Prozess zur Findung des Gleichgewichtspunktes pendelt sich der Markt langfristig ein. Bei vollständiger Konkurrenz ist dieses Niveau erreicht, wenn alle verbleibenden Unternehmen im Markt ihre effiziente Betriebsgröße erreicht haben und Güter zum Preis der Grenzkosten³² angeboten werden.³³ Da sich in dieser Situation die Marktangebotskurve in die Waagerechte verschiebt und die Produzentenrente gegen null geht, erwirtschaften die anbietenden Unternehmungen keinen Gewinn mehr. Der Nutzen der Abnehmer, welcher durch die Konsumentenrente verbildlicht wird, steigt auf sein Maximum an. Dies zeigt unverkennbar, dass sich in einem Markt mit vollkommenem Wettbewerb das Gemeinwohl durch eigens initiierte Prozesse steigert. Abbildung 2 veranschaulicht diese Verschiebung des Marktangebots sowie der Vergrößerung der Konsumentenrente und ist mit Abbildung 1 zu vergleichen.

³⁰ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 78.

³¹ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 364.

³² Grenzkosten sind jene Kosten die für die Produktion einer weiteren Einheit eines Gutes anfallen.

³³ Apolte et al, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2 (2007) 65 f.

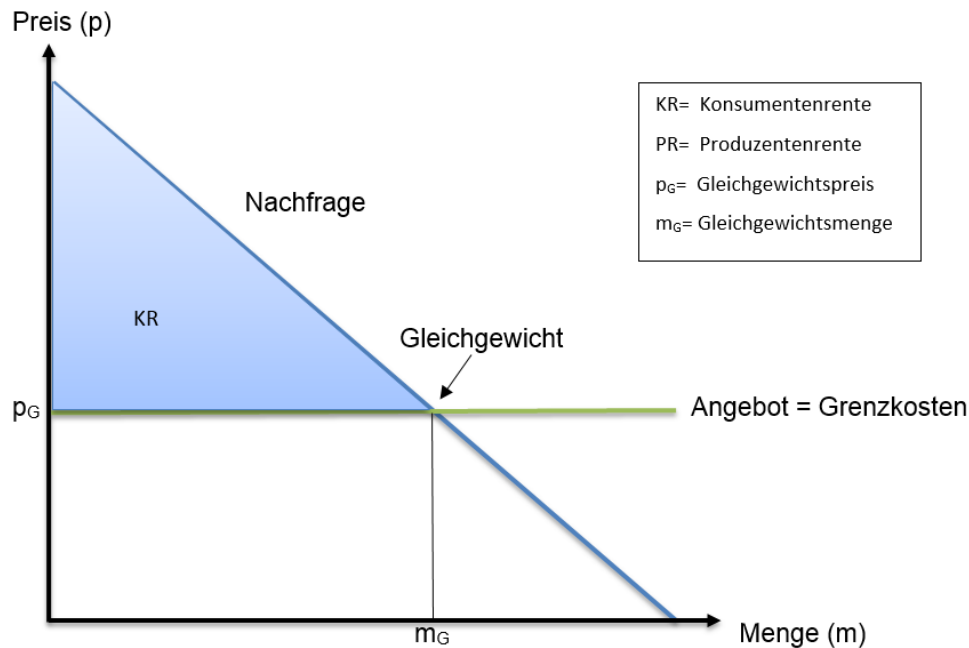


Abbildung 2: Langfristiges Gleichgewicht beim vollkommenen Markt³⁴

Neue Anbieter sehen in dieser Nullgewinn-Situation keinen Anreiz in den Markt einzutreten und bestehende Akteure keinen solchen, um auszutreten.³⁵ Zur Verdeutlichung warum Unternehmen langfristig in einem Markt ohne Gewinn verweilen, muss erwähnt werden, dass sich der Gewinn aus den Erlösen abzüglich aller Kosten ergibt. Diese Gesamtkosten beinhalten nicht nur die Kosten des aufgewendeten Materials, sondern ebenfalls Opportunitätskosten wie die der Arbeitszeit oder des eingesetzten Kapitals.³⁶

2. Monopol

Wird ein Markt von einem einzelnen Anbieter, welcher in der Lage ist den Preis festzusetzen, beherrscht, spricht man von einem Monopolisten. Umgangssprachlich wird Unternehmungen auch eine Monopolstellung zugesprochen, wenn diese eine dominante, marktbeherrschende Stellung innehaben. Charakteristisch für eine solche Marktsituation ist jedenfalls, dass derartige Unternehmen ihren Markt in nicht unerheblichem Maße kontrollieren und ihre Güter so zu höheren Preisen anbieten

³⁴ Aus eigener Darstellung.

³⁵ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 365.

³⁶ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 366; Heertje/Wenzel, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre (2008) 120 f.

können, als dies in einem Markt mit vielen Anbietern möglich wäre.³⁷ Beispielhaft kann hierbei das Schienenmonopol der Deutschen Bundesbahn genannt werden.³⁸

a. Monopolbedingungen

Eine grundlegende Voraussetzung für die Existenz von Monopolen besteht darin, dass für das Gut des monopolistischen Anbieters keine oder nur sehr schlechte Substitute vorhanden sind.³⁹ Ist diese Bedingung erfüllt, müssen für potentielle Wettbewerber ferner Eintrittsschranken in den betreffenden Markt bestehen. Eine solche Schranke besteht beispielsweise bei staatlich legitimierten Monopolen. Dabei wird einem Anbieter vom Staat eine Lizenz erteilt alleine bestimmte Güter herzustellen. Auch Patente und Urheberrechte stellen eine solche staatliche Monopolisierung dar, welche auf die Steigerung des Nutzens der gesamten Gesellschaft ausgerichtet sind. Mit dieser gesetzlich legitimierten Monopolstellung des Patent- oder Urheberrechtinhabers gehen zwar höhere Preise einher als unter Wettbewerbsbedingungen, jedoch zielen diese Maßnahmen darauf ab bestimmte Verhaltensweisen zu fördern. So würde ein Pharmakonzern keine teure Forschung nach neuen Medikamenten betreiben, wenn er dieses nicht alleine zum Monopolpreis verkaufen könnte. Monopole können sich jedoch ebenso auf natürliche Weise entwickeln. Sogenannte natürliche Monopole entstehen, wenn es ein Unternehmen schafft, ein Gut zu einem günstigeren Preis anzubieten als die Konkurrenz. Möglich ist dies durch zunehmende Skalenerträge. Steigen die Skalenerträge, so fallen die Durchschnittskosten der Produktion einer weiteren Einheit des Gutes ab. Dies ermöglicht es einer einzelnen Unternehmung jede Produktmenge günstiger herzustellen als andere Anbieter, woraus in weiterer Folge die Monopolstellung resultiert.⁴⁰ Der wohl am einfachsten verständliche Weg eines Betriebes zum Monopolisten aufzusteigen ist das Alleineigentum eines Produktionsfaktors oder eines Schlüsselrohstoffs. Dadurch wird das Unternehmen zum alleinigen Hersteller eines bestimmten Produktes, was ihm erlaubt den Preis selbst festzulegen. In der Praxis ist diese Art von Monopolen jedoch eher selten zu finden, da es durch internationalen Handel und wissenschaftlichen Fortschritt meist Substitute gibt.⁴¹ Weitaus öfter kommt

³⁷ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 378.

³⁸ Wildemann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Mikroökonomie und Wettbewerbspolitik: Module der Volkswirtschaftslehre, Band 1 (2010) 180.

³⁹ Apolte et al, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2 (2007) 83.

⁴⁰ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 380.

⁴¹ Apolte et al, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2 (2007) 83 f.

es hingegen vor, dass Unternehmen durch die Übernahme von Wettbewerbern so groß werden, dass sie zum Monopolisten aufsteigen.⁴² Um die Auswirkungen solcher Unternehmensfusionen auf den Wettbewerb zu überprüfen und gegebenenfalls zu untersagen oder einzuschränken, stehen diese unter der Kontrolle des Staates. Entsprechende Bestimmungen finden sich beispielsweise in der EG-Fusionskontrollverordnung⁴³ oder in den §§ 41 ff KartG.

b. Gewinnmaximierung

War jeder Anbieter im vollkommenen Markt ein reiner Mengenanpasser bei gegebenem Preis, kann der Monopolist als Alleinanbieter den Produktpreis durch die Veränderung der Angebotsmenge steuern. Da der Monopolist der einzige Wettbewerber des jeweiligen Marktes ist, bildet seine Angebotsfunktion gleichzeitig die des gesamten Marktes ab. Im Markt mit vollständiger Konkurrenz bekommt ein Unternehmen für jede weitere verkaufte Einheit eines Gutes den herrschenden Marktpreis. Nicht so beim Monopol. Der Monopolist sieht sich mit einem Preiseffekt konfrontiert, was bedeutet, dass jede weitere Einheit den Preis der gesamten Menge reduziert. Der Grenzerlös⁴⁴ fällt somit ab.⁴⁵ Aus diesem Grund wird im Monopolmarkt jene Produktmenge angeboten, bei der Grenzerlös und Grenzkosten gleich sind. Beim Anbot einer weiteren Einheit wären die mit der Stückzahl steigenden Grenzkosten bereits höher als der zu erzielende Grenzerlös.

⁴² Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 382.

⁴³ VO (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI 2004 L 24, 1.

⁴⁴ Grenzerlös ist jener Erlöszuwachs, der sich durch den Verkauf einer zusätzlichen Einheit des Gutes ergibt.

⁴⁵ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 386.

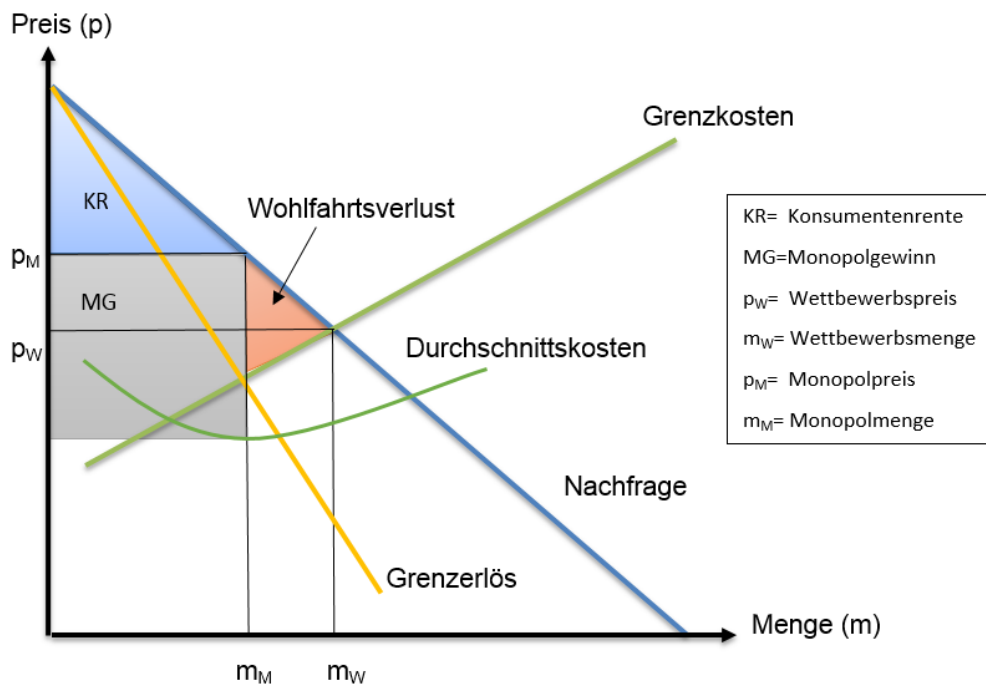
Abbildung 3: Gewinnmaximum beim Monopol⁴⁶

Abbildung 3 zeigt das Gewinnmaximum beim Monopol, bei dem die Monopolmenge m_M zum Monopolpreis p_M gehandelt wird.⁴⁷ Die Grafik verdeutlicht, dass unter Wettbewerbsbedingungen die größere Menge m_W zum geringeren Preis p_W gehandelt werden würde.⁴⁸ Der Monopolpreis ermöglicht es dem Anbieter den Monopolgewinn MG zu verwirklichen, welcher sich aus dem Erlös, multipliziert mit der produzierten Menge, abzüglich der Durchschnittskosten⁴⁹, ergibt.⁵⁰ Dies verringert jedoch den Nutzen der Konsumenten. Dieser Umstand spiegelt sich durch die relativ geringe Fläche der Konsumentenrente wieder. Jedoch ergibt sich beim Monopol keine bloße Nutzenverschiebung vom Konsumenten zum Produzenten. Vielmehr resultiert daraus ein volkswirtschaftlicher Wohlfahrtsverlust.⁵¹ Da vom Nachfrager ein höherer Preis verlangt wird als die Kosten der Produktion betragen, ist der Markt als ineffizient anzusehen, was dazu führt, dass wohlfahrtsgenerierende Kaufabschlüsse nicht getätigt werden.⁵²

⁴⁶ Aus eigener Darstellung.

⁴⁷ *Apolte et al, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2 (2007) 85.*

⁴⁸ *Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 434 ff; Heertje/Wenzel, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre (2008) 120 f.*

⁴⁹ Durchschnittskosten sind der Quotient der Gesamtkosten und der produzierten Menge.

⁵⁰ *Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 390.*

⁵¹ Der Wohlfahrtsverlust ist die Reduktion des gesamtwirtschaftlichen Wohlstands.

⁵² *Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 392 ff.*

3. Oligopol

Die obig skizzierten Marktmodelle des vollkommenen Marktes und des Monopols stellen in realen Volkswirtschaften eher Ausnahmeerscheinungen dar. Näher an das wahre Abbild wirtschaftlicher Märkte gelangt man durch die Kombination beider Modelle. Das Angebotsoligopol auf dem vollkommenen Markt gewährt Unternehmen, trotz starken Wettbewerbs, die Eigenschaften kein reiner Mengenanpasser bei vorgegebenem Preis zu sein und Marktmacht, wenngleich diese auch begrenzt ist. Dies erfordert einige wenige Anbieter, welche sehr ähnliche oder das gleiche Gut anbieten.⁵³

a. Kooperationsdilemma

Charakteristisch für diese Marktform ist, dass sich die Wettbewerber in einem ständigen Spannungsfeld zwischen der Verwirklichung der eigenen Interessen und der Kooperation mit Mitbewerbern sehen. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht der Unternehmungen wäre stets eine enge Zusammenarbeit zu forcieren, um wie ein Monopolist zu agieren. Dies würde bedeuten, eine kleinere Menge zu einem Preis über den Grenzkosten anzubieten. Zur Maximierung des eigenen Gewinns der einzelnen Oligopolisten gibt es indes stets Beweggründe die künstliche Monopolsituation nicht weiter aufrecht zu erhalten.⁵⁴ Um den Eigennutzen zu steigern, sind die einzelnen Konkurrenten ständig versucht ihre Produktionsmenge zu erhöhen. Dies bewirkt wiederum unweigerlich ein Absinken des erzielbaren Preises aller Marktakteure. Zu einer Herabsenkung des Preises bis zu den Grenzkosten wie beim Polypol kommt es jedoch beim Oligopol nicht. Durch die geringere Anzahl von Anbietern haben diese ein gewisses Feingefühl für die Preisänderungen, welche eine Erhöhung der Angebotsmenge mit sich bringt. Aus diesem Grund werden die oligopolistischen Anbieter den Marktpreis nie auf jenen der Grenzkosten fallen lassen. Der Preis der Güter liegt dadurch über dem des Polypolisten, jedoch unter dem des Monopolisten. Selbiges gilt *vice versa* für die Gütermenge.⁵⁵

⁵³ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 436; Apolte et al, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2 (2007) 154 ff.

⁵⁴ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 438.

⁵⁵ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 441.

Wird der Markt von weniger als fünf Anbietern beherrscht, gilt dieser als eng oder konzentriert. Als Paradebeispiel für ein solches Oligopol gilt die Mineralölindustrie.⁵⁶ Einige wenige Anbieter mit sehr ähnlichen Produkten sehen sich einer Vielzahl von Nachfragern gegenüber. Zur besseren Erklärbarkeit der Funktionsweise eines Oligopols wird jedoch im Folgenden auf einen Markt mit nur zwei Anbietern – einem sogenannten Duopol – abgestellt, welche in einen simultanen Mengenwettbewerb treten. Ebenso wird die Kartellbildung vorerst außer Acht gelassen.

b. Nash-Gleichgewicht

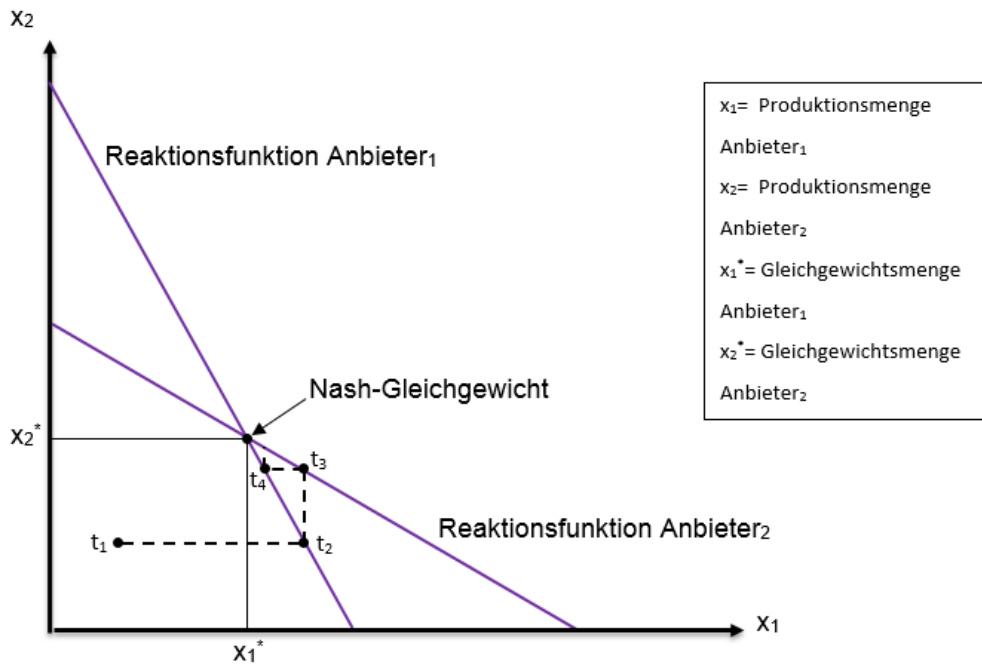
Jede Aktion eines der Anbieter führt nun zu einer Reaktion des Wettbewerbers. Die Reaktion des Konkurrenten kann nur hypothetisch abgeschätzt werden. Diese kann ein breites Spektrum innehaben, welches von keiner Replik bis hin zur drastischen Änderung der Produktionsmenge reicht. In jedem Fall ergibt sich jedoch ein anderes Marktgleichgewicht. Sogenannte Reaktionsfunktionen bilden hierbei die Antwortfunktion eines Wettstreiters in Bezug auf die Konkurrenten ab. Der Punkt, in dem sich die Reaktionsfunktionen der beiden Unternehmungen kreuzen wird Nash-Gleichgewicht, benannt nach dem Mathematiker und Nobelpreisträger *John Forbes Nash*, bezeichnet.⁵⁷ In diesem Gleichgewichtspunkt herrscht eine gewinnmaximale Situation für den entsprechenden Anbieter bei gegebener Angebotsmenge des jeweils anderen Anbieters.⁵⁸ Dennoch ergibt sich dieser Gleichgewichtspunkt nicht abrupt, vielmehr geht dem ein längerer Anpassungsprozess voraus. Ein solcher Prozess wird in Abbildung 4 durch die gesetzten Punkte $t_{(1-4)}$ beispielhaft dargestellt. Liegt der Start in t_1 , so führt die erstmalige Mengenanpassung von Anbieter₁ zu einer Verschiebung auf seine Reaktionsgerade (Punkt t_2). Anbieter₂ setzt darauf seine Replik, wodurch sich die Produktionsmengen in Punkt t_3 wiederfinden. Dieses Spiel setzen die Konkurrenten weiter fort, bis die Angebotsmengen dem Nash-Gleichgewicht entsprechen. Wie die Abbildung weiter verdeutlicht, werden die Schritte dabei sehr schnell immer kleiner.⁵⁹

⁵⁶ Wildemann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Mikroökonomie und Wettbewerbspolitik: Module der Volkswirtschaftslehre, Band 1 (2010) 180.

⁵⁷ Dies unter den Prämissen, dass die Nachfragefunktion linear verläuft sowie Grenz- Durchschnittskosten konstant sind.

⁵⁸ Heertje/Wenzel, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre (2008) 154 ff.

⁵⁹ Apolte et al, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2 (2007) 110.

Abbildung 4: Nash-Gleichgewicht⁶⁰

Auch wenn beide Akteure bei ihren Entscheidungen nach ihrem eigenen Vorteil trachten, bieten Oligopole zusammen eine größere Menge zu einem niedrigeren Preis an als dies bei einem Monopol im selben Markt der Fall wäre.⁶¹ Nichtsdestotrotz wird ein solcher Markt keine soziale Effizienz wie bei vollständiger Konkurrenz entwickeln, denn Oligopolisten verstehen zumeist, dass ein reiner Preiskampf nur in einer Gewinnminderung aller Anbieter endet. Deswegen sind Preise auf solchen Märkten nach der Findung des Gleichgewichtspunktes eher starr. Der Konkurrenzkampf findet vermehrt über Faktoren wie die Produktqualität, die Werbepolitik oder den Kundenservice statt.⁶² Solange in einem Markt Gewinne erwirtschaftet werden, zieht dies jedoch potentielle Konkurrenten an. Eine Steigerung der Anbieter bewirkt wiederum eine Belebung des Wettbewerbs. Dies hat abermals eine Senkung der Preise in Richtung Grenzkosten zur Folge. Unternehmen in Oligopolstellung betreiben daher oftmals allerhand Aufwand um ihre Position zu sichern. Dies kann beispielsweise durch große Investitionen erfolgen, welche potentiellen Konkurrenten den Markteintritt als zu teuer erscheinen lassen.⁶³

⁶⁰ Aus eigener Darstellung, in Anlehnung an *Apolte et al*, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2 (2007) 110.

⁶¹ *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 440.

⁶² *Heertje/Wenzel*, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre (2008) 156.

⁶³ *Apolte et al*, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2 (2007) 112.

B. Funktion eines Kartells

Wettbewerb hindert einzelne Marktteilnehmer sich gegenseitig ausbeuten zu können und begrenzt gleichzeitig die wirtschaftliche Macht Einzelner. Findet auf einem Markt keinerlei Konkurrenzkampf statt, führt dies zur Abhängigkeit der Nachfrager vom wirtschaftlich mächtigeren Anbieter. Denn will der Konsument ein bestimmtes Produkt, muss er dies im schlechtesten Fall beim Monopolisten zum Monopolpreis erwerben. Eine Alternative gibt es nicht.

Im wirtschaftlichen Bereich versteht man unter einem Kartell eine Vereinbarung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise von selbstständigen Marktakteuren mit dem Ziel oder Ergebnis den Wettbewerb zu beschränken oder auszuschalten. Nach wörtlicher Definition der Kommission sind Kartelle *„Absprachen und/oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt und/oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter durch Verhaltensweisen wie die Festsetzung der An- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten, die Aufteilung von Märkten einschließlich Angebotsabsprachen, Ein- und Ausfuhrbeschränkungen und/oder gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbschädigende Maßnahmen.“*⁶⁴ Derartige Absprachen führen durch ihre wettbewerbschädigende Wirkung nicht nur zu überhöhten Preisen, sondern schränken ebenso die Produktvielfalt ein. Da sich Unternehmen nicht mehr in einer typischen Konkurrenzsituation befinden, besteht kein Druck Produktinnovationen zu generieren und effizientere Produktionsverfahren zu entwickeln.

Kartellmitglieder streben durch ihre wettbewerbswidrigen Absprachen oftmals danach von den Vorteilen eines Monopols oder Oligopols zu profitieren. Zu diesem Zweck unterwerfen die Mitglieder bestimmte Handlungsmöglichkeiten dem Kartell, bleiben dabei aber rechtlich völlig selbstständig. Solche aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen finden sich auf der Angebotsseite deutlich häufiger als nachfrageseitig. Abzugrenzen ist jedoch marktwirtschaftliches Parallelverhalten. Hierbei ergibt sich das gleichförmige Verhalten aus der Marktstruktur, ohne ein direktes Zusammenwirken der einzelnen Wettbewerber. Diese Behinderung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der beteiligten

⁶⁴ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 1.

Unternehmen wirkt sich für Verbraucher grundsätzlich preistreibend aus. Nach einer Studie der Organisation of Economic Co-operation and Development⁶⁵ können durch wettbewerbswidrige Vereinbarungen die Preise um bis zu 90 Prozent höher angesetzt werden als unter Bedingungen des normalen Wettbewerbs.⁶⁶ Selbst im Durchschnitt liegen die Preise zwischen 15 und 20 Prozent höher.⁶⁷ Um den freien, fairen und transparenten Wettbewerb zu schützen, werden von der Kommission und den einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden derartige Verstöße gegen das Kartellrecht aufgegriffen, abgestellt und mit empfindlichen Geldbußen sanktioniert.

C. Ökonomische Schäden durch Kartelle

Herrscht in einem Markt starker Wettbewerb, werden Produkte und Dienstleistungen zu einem Preis in Höhe der Grenzkosten oder knapp darüber bereitgestellt.⁶⁸ Ein solcher Markt zeichnet sich dadurch aus, dass es viele Anbieter und viele Nachfrager gibt. Dieser Umstand ermöglicht dem Kunden eine Auswahl von wem er seine Produkte erwirbt. Durch den dabei herrschenden Wettbewerb werden die Produzenten dazu gezwungen die Preise der Konkurrenz zu berücksichtigen, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Da es ebenso genügend Abnehmer gibt, müssen die Produzenten ihr Gut jedoch nicht unter den Selbstkosten anbieten. Doch was passiert mit einem solchen Markt, wenn es plötzlich zwischen einigen Unternehmungen Kartellabsprachen gibt?

Schließen sich Unternehmen, welche einen Großteil des gesamten Marktes repräsentieren durch Kartellabsprachen zusammen, kommt das gebildete Kartell einem Monopol gleich. Der Unternehmenszusammenschluss hat sich dabei auf eine gewinnmaximierende Preis-Mengen-Kombination zu einigen und kann fortan als monopolistischer Anbieter auftreten, dessen Marktpreis über dem des Wettbewerbspreises liegt. Hierdurch würde der Gewinn aus dem jeweiligen Markt für die Anbieter maximiert werden. Das Marktergebnis ist jedoch ineffizient, da die Produktionsmenge unter dem gesellschaftlich effizienten Niveau liegt.⁶⁹ Dieses Szenario wird in nachfolgender Abbildung 5 unter Markt 1 dargestellt, wobei die Größe der Kreise den Marktanteil der Unternehmungen 1 bis 7 widerspiegelt.

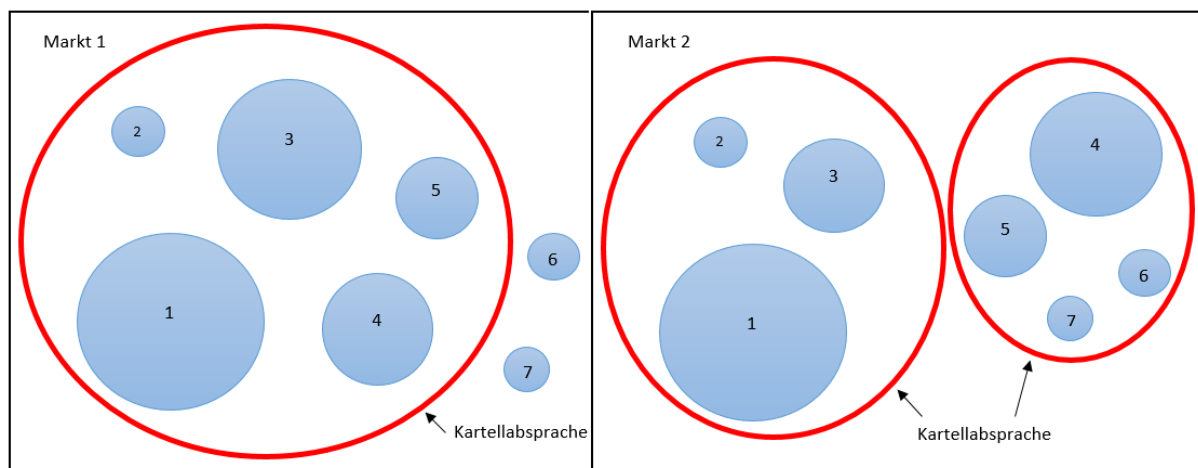
⁶⁵ Nachfolgend: „OECD“.

⁶⁶ OECD, Hard Core Cartels: Recent progress and challenges ahead (2003) 33.

⁶⁷ OECD, Hard Core Cartels: Recent progress and challenges ahead (2003) 4.

⁶⁸ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 353.

⁶⁹ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 392 ff.

Abbildung 5: Kartellabsprachen⁷⁰

Ebenso möglich ist die Verwirklichung eines künstlichen Oligopols durch Kartellabsprachen. Abbildung 5 verbildlicht dies beispielhaft in Markt 2. Hierbei treffen jeweils die Unternehmen 1 bis 3 und 4 bis 7 Kartellabsprachen. Dies lässt aus vielen Anbietern nur noch einige wenige werden, welche zueinander effektiv im Wettbewerb stehen, was wiederum einem Oligopol, oder im konkreten Fall einem Duopol, entspricht. Schon durch die faktische Verringerung der kontrahierenden Unternehmungen reduziert sich der Konkurrenzkampf drastisch, woraus letztlich höhere Preise und ein sozial ineffizientes Ergebnis resultieren.⁷¹ Ferner tritt auch immer wieder der Fall auf, dass mehrere Unternehmungen mit zusammen nicht minderem Marktanteil einen wettbewerbswidrigen Unternehmensverbund bilden, Preise den Kartellbedingungen entsprechend festlegen und ebenso andere Unternehmen, ohne jegliche Beteiligung an den Absprachen, mit den Preiserhöhungen mitziehen. Unter diesen Umständen erhöht das Kartell die Preise des gesamten Marktes, ohne dass hierzu ein Mitwirken aller Akteure erforderlich ist. Da die nicht beteiligten Marktteilnehmer unter den gewinnerhöhenden Preisschirm des Kartells schlüpfen, wird dieser Umstand auch „Umbrella Pricing“ genannt. Diese Konstellation bildet sich in Abbildung 5 unter Markt 1 ab, wenn Unternehmen 6 und 7 ebenfalls auf die Preiserhöhung des Kartells reagieren.

⁷⁰ Aus eigener Darstellung.

⁷¹ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 439.

1. Wohlfahrtsmindernde Wirkung von Kartellen

Hinsichtlich der wohlfahrtsmindernden Wirkung von Kartellen gilt es grundsätzlich zwischen betriebswirtschaftlichen und volkswirtschaftlichen Schäden zu differenzieren. Unter ersteren werden die Einbußen, der durch das Kartell geschädigten Kunden, verstanden. Kartellkunden können sowohl weitere Unternehmungen der Absatzkette, welche Rohstoffe und Produkte zukaufen als auch Endverbraucher sein. Der Schaden besteht grundlegend aus dem den Wettbewerbspreis übersteigenden Kartellpreis, den die Käufer durch die kartellrechtswidrigen Absprachen zahlen mussten. Ist der Abnehmer des Kartells kein Endverbraucher, können sich ferner indirekte Schäden ergeben. Denn durch die Weitergabe von Preiserhöhungen kommt es ebenfalls auf nachgelagerten Absatzmärkten zu einer Verringerung der Nachfragemenge.⁷²

Da das gewinnmaximierende Kartell danach trachtet den Wettbewerb auszuschalten, um ähnlich einem Monopolisten auf dem Markt agieren zu können und durch diese Handlungsweise den Marktpreis über jenen der Grenzkosten treibt, führt dieses Verhalten ebenso zu Schäden an der Volkswirtschaft. Weil Nachfrager für die Akquirierung des Gutes einen höheren Preis bezahlen müssen, führt dies zu einer Verringerung des für den Konsumenten entstehenden Gewinns. Die daraus entstehende Einbuße der Konsumentenrente erhöht in gleichem Maße die Produzentenrente. Aus diesem bloßen Transfer der Renten selbst ergibt sich jedoch noch kein volkswirtschaftlicher Schaden, da der Gesamtbetrag unverändert bleibt. Eine Schädigung ergibt sich durch jene Nachfrager, die das feilgebotene Gut zum Kartellpreis nicht mehr erwerben, es aber zum Wettbewerbspreis gekauft hätten.⁷³ Eine solche Verringerung der Verkaufsmenge auf dem betreffenden Markt führt unumgänglich zu einem volkswirtschaftlichen Nettowohlfahrtsverlust, welcher sich aus der durch die verringerte Nachfragemenge nicht realisierten Konsumenten- und Produzentenrente zusammensetzt. Der generierte Wohlfahrtsverlust entspricht der unter Abbildung 3 dargestellten Monopolsituation.⁷⁴ Wie groß der vom Kartell verursachte Schaden durch das sozial ineffiziente Marktergebnis nun tatsächlich ist, hängt von mehreren Faktoren

⁷² BGH, 28.06.2011, KZR 75/10, Schadensersatzanspruch eines indirekten Abnehmers der Kartellteilnehmer, BeckRS 2011, 26581; *Becker*, Zu den Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs eines Kartellgeschädigten, ZNER 2012, 172 (175); *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 (2010) § 33 GWB Rn 134; *Haucap/Stühmeier*, Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, WuW 2008, 413 (421).

⁷³ *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 189.

⁷⁴ Näheres dazu unter Kapitel II. A. 2. Monopol.

ab. Wesentlichen Einfluss darauf haben jedenfalls die Größe des jeweiligen Marktes, die ursprüngliche Intensität des Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt, die Preiselastizität der Nachfrage⁷⁵ und das Verhältnis der Anzahl der Kartellmitglieder zu den Nicht-Mitgliedern im angesprochenen Markt.⁷⁶ Grundsätzlich lässt sich sagen, je stärker der Markt vor der Kartellsituation umkämpft war und je näher sich die Preise an die Grenzkosten angenähert hatten, desto stärker ist die Schädigungswirkung.⁷⁷

2. Bezifferung der Schadenssumme

Wie eine solche Fülle an komplexen Faktoren vermuten lässt, ist eine Bezifferung des Schadens nicht einfach. Betriebswirtschaftliche Schäden entstehen schon durch die Verlagerung des Gewinns vom Konsumenten zum Produzenten. Volkswirtschaftliche Verluste treten hingegen erst beim Entstehen allokativer Effizienzverluste durch den Rückgang der Nachfrage auf. Wie stark und ob sich die Nachfrage unter den Kartellbedingungen überhaupt geändert hat, hängt wiederum von deren Elastizitätsgrad ab. Dementsprechend kann auch der Fall vorkommen, dass betriebswirtschaftliche Schäden höher ausfallen als der Schaden an der Volkswirtschaft.⁷⁸ Doch ebenso die Abgrenzung inwieweit Schäden dem Kartell zurechenbar sind, bzw ab wann es der erforderlichen adäquaten Kausalität hierzu fehlt, gestaltet sich sehr schwierig.⁷⁹ Informationen, wie die tatsächlichen Grenzkosten eines Gutes oder wie sich der Markt ohne das Zutun des Kartells entwickelt hätte, fehlen bei der Bewertung meist. Ferner müsste die exakte Preiselastizität des Marktes bekannt sein, um den Absatzrückgang bestimmen zu können. In der Praxis ist dies nahezu unmöglich. Sofern Schäden – wofür die Kartellanten gesamtschuldnerisch haften – nicht bezifferbar sind oder dies mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden wäre, erfolgt im österreichischen Zivilrecht eine Schätzung nach freier Überzeugung durch den zuständigen Richter.⁸⁰

⁷⁵ Unter „Preiselastizität der Nachfrage“ versteht man die relative Änderung der Nachfragemenge bei einer relativen Preisänderung. Je höher die Elastizität, desto stärker reagiert die Nachfrage auf eine Preisänderung.

⁷⁶ *Haucap/Stühmeier*, Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, WuW 2008, 413 (414 f).

⁷⁷ *Becker*, Zu den Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs eines Kartellgeschädigten, ZNER 2012, 172 (175); *Haucap/Stühmeier*, Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, WuW 2008, 413 (417).

⁷⁸ *Haucap/Stühmeier*, Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, WuW 2008, 413 (414).

⁷⁹ *Bornkamm in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 (2010) § 33 GWB Rn 118.

⁸⁰ §§ 37a Abs 1 KartG.

Diese Umstände lassen selbst Studien zu einer sehr weiten Spanne bei der Quantifizierung von Kartellschäden kommen. *Tirole* geht jedoch davon aus, dass durch Monopolstellungen verursachte Wohlfahrtsverluste bei bis zu sieben Prozent des Bruttonationaleinkommens liegen.⁸¹ Demnach wäre einzig in Österreich der jährliche Monopolschaden mit bis zu Euro 10 Mrd zu beziffern.⁸² Zur Relativierung dieser Zahl darf jedoch nicht unerwähnt bleiben, dass dabei ebenso Monopole, welche nicht durch Kartellabsprachen gebildet wurden, mit eingerechnet werden. Dies verdeutlicht dennoch eindrucksvoll, welche potentielle Schädigungswirkung sozial ineffiziente Marktergebnisse mit sich bringen.

D. Spieltheoretische Betrachtung des Kartellverhaltens

Um die Handlungsweisen der Marktakteure zu entschlüsseln, wird dieses im Folgenden einer spieltheoretischen Betrachtung unterworfen. Spieltheorie befasst sich mit dem Verhalten mehrerer Personen in strategischen Entscheidungssituationen und wurde maßgeblich von *Johann von Neumann* begründet. Damit wird versucht aus den Möglichkeiten und Wünschen einzelner Individuen resultierende Wahlmöglichkeiten abzuleiten. Für Unternehmungen ergeben sich dabei Schranken des Möglichen vor allem durch vorherrschende Marktbedingungen, staatliche Eingriffe und technologische Rahmenbedingungen. Entscheidend ist insbesondere, dass sich die Beteiligten mit ihren Entscheidungen gegenseitig beeinflussen, was wiederum strategisches Denken aller Marktakteure erfordert.

1. Modellbedingungen

Damit spieltheoretische strategische Entscheidungen vorliegen, haben mehrere Bedingungen gleichzeitig erfüllt zu sein. So muss die Wahl eines einzelnen stets in Abhängigkeit der möglichen Reaktionen eines anderen erfolgen. Dieses Umstandes müssen sich zu jedem Zeitpunkt alle Entscheidungsträger bewusst sein und ebenso davon ausgehen, dass dieses Faktum von allen Berücksichtigung findet. Eine solche

⁸¹ *Tirole*, Industrieökonomik (1998) 149.

⁸² Dies bei einer Heranziehung eines österreichischen Bruttonationaleinkommens von USD 195 Mrd nach <http://www.nationmaster.com/country/au-austria/eco-economy>.

Reaktionsverbundenheit hat dabei in jeder Entscheidungssituation zu erfolgen.⁸³ Darüber hinaus ist es von Nöten, dass sich die Spielteilnehmer gegenseitig beobachten können, wodurch eine gewisse Markttransparenz unerlässlich ist. Ebenso müssen Spieler die Möglichkeit haben, aufeinander zu reagieren. Dieser Umstand macht die spieltheoretische Betrachtung von Konkurrenz- und Monopolmärkten fast unmöglich. Märkte mit nahezu vollständigem Wettbewerb zeichnen sich nämlich eben dadurch aus, dass ein einzelner Wettbewerber so wenig Marktmacht besitzt, dass dessen strategische Handlungen von den übrigen Konkurrenten vernachlässigt werden können. Auf der anderen Seite kann auf einem monopolistischen Markt keine gegenseitige Berücksichtigung von Handlungen der Anbieter stattfinden, da es eben nur einen Anbieter gibt.⁸⁴ Zur Betrachtung strategischer Entscheidungen von Oligopolen mit hinreichender Markttransparenz eignet sich die Spieltheorie besonders, da hierbei eine überschaubare Anzahl an Marktakteuren vorherrscht. Gleichzeitig macht es die geringe Anzahl an Unternehmungen auf dem oligopolistischen Markt unumgänglich Interaktionen der Gegenspieler zu berücksichtigen.⁸⁵

Eine weitere Bedingung stellt das Bestreben gewinnorientierter Organisationen dar, ihren Eigennutzen zu maximieren. Diese Nutzenmaximierung kann sich in verschiedener Weise ausprägen, weshalb strategische Interaktionen nicht nur darauf ausgerichtet sein müssen den Profit der Unternehmung zu erhöhen. Vielmehr kann die strategische Wahl ebenso auf dem Gedanken fußen, die Kostenführerschaft am Markt zu übernehmen, Produktdifferenzierung zu betreiben, Wettbewerber zu verdrängen oder Markteintrittsschranken aufzubauen.

2. Nash-Gleichgewicht

Für die Lösbarkeit solcher Spiele ist die Existenz sogenannter Gleichgewichtssituationen notwendig. In derartigen Gleichgewichten sieht kein Individuum Anlass sein Verhalten zu ändern. Auf Unternehmen bezogen würde ein Gleichgewicht vorherrschen, wenn auf einem Markt mit zwei Wettbewerbern jeder Akteur die gewinnmaximale Angebotsmenge bei vorgegebenem, gewinnmaximalem Verhalten des Konkurrenten gewählt hat. In

⁸³ *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie (2006) 1.

⁸⁴ *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 445.

⁸⁵ *Pfähler/Wiese*, Unternehmensstrategien im Wettbewerb: Eine spieltheoretische Analyse (2008) 6.

diesem Fall würde ein Nash-Gleichgewicht vorliegen⁸⁶, welches schon beim Oligopol durch den Schnittpunkt der Reaktionsfunktionen vorgestellt wurde.⁸⁷ In diesem Punkt haben die Spieler die jeweils besten Antworten auf die Strategie des Gegenspielers gefunden. Dadurch, dass nur noch Gleichgewichtssituationen betrachtet werden und die Unzahl an möglichen instabilen Situationen, welche aus den Handlungen der Individuen resultieren könnten, ausgeblendet werden, wird das Spiel lösbar. Solche Gleichgewichte müssen jedoch nicht zwangsläufig pareto-optimal sein. Dies bedeutet, dass durch Umverteilung der betrachteten Güter beteiligte Individuen besser gestellt werden können, ohne gleichzeitig andere schlechter zu stellen. Die ökonomische Effizienz der Güterverteilung kann in diesem Fall als ineffizient angesehen werden.

3. Gefangenendilemma

Das Gefangenendilemma bildet die wesentlichen Merkmale einer Spielsituation ab und zählt zu den bekanntesten ökonomischen Spielen. Konzipiert wurde das Zweipersonenspiel maßgeblich von *Merrill Flood* und *Melvin Dresher* in den 1950er Jahren.⁸⁸ Die Bezeichnung „Gefangenendilemma“ stammt indes vom Mathematiker *Albert William Tucker*, welcher *Dresher's* Konzept übernahm und anhand eines sozialen Dilemmas veranschaulichte.⁸⁹

Am einfachsten lässt sich diese Dilemmasituation anhand eines Beispiels erklären: Auf einem Markt mit nur zwei Anbietern treffen sich die Vorstände beider Unternehmungen an einem geheimen Ort im Ausland. Dort beraten sie sich über die Bildung eines Kartells. Durch eine abgestimmte Anhebung der Preise ihrer Produkte könnten beide einen lukrativen Gewinn von jeweils 50 erwirtschaften. Trotz des anhaltenden gegenseitigen Misstrauens einigen sich die Vorstände auf die Kartellbildung. Kooperieren beide Kartellmitglieder und heben wie vereinbart die Preise an, führt dies zu einem pareto-optimalen Ergebnis beider Duopolisten. Keiner könnte eine andere

⁸⁶ *Heertje/Wenzel*, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre (2008) 159; *Nash*, The Bargaining Problem, *Econometrica* 1950, Volume 18, Issue 2, 155 (155 ff).

⁸⁷ Näheres dazu unter Kapitel II. A. 3. Oligopol.

⁸⁸ *Gosch*, Unterschiede in der Interpretation und Akzeptanz global verbindlicher Regeln innerhalb Multinationaler Unternehmen – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Kultur (2013) 67.

⁸⁹ *Tucker*, The Mathematics of Tucker: A Sampler, *The Two-Year College Mathematics Journal* 1983, Volume 14, Issue 3, 228 (228).

strategische Wahl treffen ohne den anderen dadurch schlechter zu stellen.⁹⁰ Abbildung 6 bildet diesen Fall in einer Auszahlungsmatrix ab.

		Kartellant 1		
		Kooperiert	Defektiert	
Kartellant 2	Kooperiert	50, 50	0, 100	
	Defektiert	100, 0	10, 10	Pareto-Optimum Nash-Gleichgewicht

Abbildung 6: Gefangenendilemma⁹¹

4. Kooperation oder Defektion

Nach der wettbewerbswidrigen Absprache rechnen die Vorstände beider Unternehmen nochmals nach. Kartellant 1 weiß, wenn sich Kartellant 2 an die Abmachung hält und zum vereinbart hohen Preis verkauft, er selbst viel mehr verdienen könnte, wenn er seine Produkte günstiger als vereinbart feilbietet. Der Gewinn von Kartellmitglied 1 würde in diesem Fall sogar auf 100 steigen, während der Wettbewerber bedingt durch den höheren Preis gar keinen Gewinn machen würde. Doch auch Kartellant 2 wird dieselben Überlegungen anstellen, wodurch sich in diesem Gefangenendilemma eine sogenannte dominante strategische Entscheidung abzeichnet. Als dominant werden in spieltheoretischen Modellen jene Strategien bezeichnet, welche für einen Spieler für jede Strategiekombination der Gegenspieler die bessere Lösung bietet als alle anderen seiner Strategien. Dieser Umstand macht die dominante Strategie, sofern diese im jeweiligen Spiel existiert, zu einer rationalen Lösung. In der Spieltheorie wird dieses Konzept herangezogen, um Verhaltensweisen von Spielern vorab zu erkennen.⁹²

Im gegenständlichen Beispiel existiert für beide Kartellmitglieder eine solche dominante Strategie. Hält sich Unternehmen 1 an die Absprache, erzielt er im besten Fall einen Gewinn von 50, im schlechtesten Fall null. Defektiert er jedoch und bricht die wettbewerbswidrige Vereinbarung, liegt die Gewinnspanne zwischen 10 und 100. Aus

⁹⁰ Holler/Illing, Einführung in die Spieltheorie (2003) 7.

⁹¹ Aus eigener Darstellung, in Anlehnung an Heertje/Wenzel, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre (2008) 160.

⁹² Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 446.

dem Kartell auszutreten ist somit die bessere Entscheidung, sohin die dominante Strategie für Unternehmung 1. *Vice versa* ist dieser Gedankengang auf Kartellant 2 umzulegen, wodurch sein Austritt aus dem Unternehmensverbund ebenso die für ihn dominante strategische Option darstellt. Doch halten sich beide nicht an die Kartellabsprache und senken die Preise, resultiert daraus ein ungewollter Preiskampf, welcher in einer Senkung des Marktpreises endet. Letzten Endes erwirtschaften in diesem Fall beide Unternehmen weniger, als es ohne die Kartellbildung der Fall gewesen wäre.⁹³ Abbildung 6 bildet diese Konstellation im Nash-Gleichgewicht mit einem Gewinn von jeweils 10 ab. Diese Lösung wäre für beide Wettbewerber pareto-ineffizient. Als weiteres Negativum wurde bereits durch das Tätigen der Absprache gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen, da dieses nicht auf den Erfolg der Handlung abstellt.

5. Ökonomie des Verrats

Für die Kartellanten stellt sich in dieser Situation immanent die Frage, ob der andere die Vereinbarung einhält. Die Stabilität solcher Kartellabsprachen wird dadurch grundsätzlich in Frage gestellt. Selbst wenn sich beide absprechen und die Handlungen koordinieren, würde es sich für jeweils einen der beiden Beteiligten lohnen die Abmachung zu brechen. So könnte ein Akteur seinen Profit von 50 auf 100 steigern. Gleichzeitig würde der jeweils andere keinen Gewinn mehr erwirtschaften und dadurch geschwächt werden. Da sich jedoch beide Kartellmitglieder dieses Umstandes bewusst sind, enden die Überlegungen für beide erneut im Nash-Gleichgewicht. Zusammenfassend bedeutet dies, dass die Kartelllösung für ihre Mitglieder grundsätzlich pareto-optimal wäre. Zugleich ist sie für die Gesellschaft, ebenso wie die Stellung eines Monopolisten, ökonomisch ineffizient. Da die Absprache mangels rechtlicher Bindungswirkung des Kartellvertrages⁹⁴ als instabil anzusehen ist, werden nach der Spieltheorie beide im Nash-Gleichgewicht in einer Situation des Wettbewerbs enden.⁹⁵

Doch wenn dem in der Praxis so wäre, würde dies den Wettbewerbsbehörden einen Großteil ihrer Arbeit ersparen. Wesentlich ist daher, dass obig dargestelltes Gefangenendilemma ein einmaliges Spiel darstellt. Kennen die Beteiligten bereits das

⁹³ Holler/Illing, Einführung in die Spieltheorie (2003) 7.

⁹⁴ Art 101 Abs 2 AEUV.

⁹⁵ Heertje/Wenzel, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre (2008) 161.

mögliche Ende eines solchen Spieles, so spricht man von wiederholten Spielen, da dieser Umstand ebenso Berücksichtigung in den Überlegungen findet. Dieses Faktum macht eine Kooperation trotz störender Anreize dennoch möglich.⁹⁶

6. Anreize von Kronzeugen

Anhand des Gefangenendilemmas lässt sich ebenso die Entscheidung eines Kronzeugen, seine wettbewerbsschädigende Verhaltensweise offenzulegen, darstellen. Da sich die Spieler aufgrund der fehlenden Rechtsdurchsetzbarkeit der Kartellvereinbarung nicht gegenseitig zur Wahl einer bestimmten Strategie zwingen können, ist die Situation, wie bereits dargelegt, als instabil anzusehen. Genau diese Unsicherheit der Wahl der gegnerischen Strategie macht sich die Kronzeugenregelung zunutze, da das Misstrauen dem anderen gegenüber, dass dieser das Kartell bei der Wettbewerbsbehörde offenlegen könnte, den wettbewerbswidrigen Unternehmensverbund weiter schwächt. Darüber hinaus wird dem potentiellen Kronzeugen durch in Aussichtstellung des Erlasses der Geldbuße für die Offenlegung ein wesentlicher Anreiz offeriert. Gleichzeitig wird die Unsicherheit der Kartellmitglieder abermals durch den Umstand, dass nur das erste Unternehmen, welches seine Beteiligung an einem Kartell offenlegt, das Privileg des vollständigen Bußgelderlasses erhält, verstärkt und bewirkt eine raschere Aufdeckung.⁹⁷ Da sich der Erlass der Sanktionen der Kartellmitgliedschaft für den potentiellen Kronzeugen jedoch nur auf die verwaltungsrechtliche Ebene bezieht, lässt sich aus dem Bestehen eines Anspruchs auf Schadenersatz kartellgeschädigter Personen ein Anreiz ableiten, die Kartellabsprache weiterhin geheim zu halten. Wie groß dieser Impuls zur Geheimhaltung durch das Private Enforcement für die möglicherweise offenlegende Unternehmung ist, hängt letztlich davon ab, wie effektiv es gegen den Kronzeugen durchgesetzt werden kann. Insbesondere eine durch die Offenlegung erwirkte Schlechterstellung der eigenen Position im Schadenersatzverfahren, im Vergleich zu anderen am Kartell beteiligten Unternehmen würde, durch die gesamtschuldnerische Haftung für Kartellschäden, eine treibende Kraft zur fortwährenden Geheimhaltung bedeuten.

⁹⁶ Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012) 446.

⁹⁷ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABl 2006 C 298, 17 Rn 8.

E. Grundlagen des europäischen Kartellrechts

Schon im Jahr 1958 traten Art 85 und 86 des EGV (später Art 81 und 82 EGV) in Kraft. Zur Sicherung der verfahrensmäßigen Umsetzung des EWG-Wettbewerbsrechts wurde im Jahre 1962 die erste Durchführungsverordnung⁹⁸ des Europäischen Rates⁹⁹ erlassen. Bereits im Jahr 1972, somit 23 Jahre vor dem Beitritt zur Union, band sich Österreich an dem EWG-Vertrag ähnelnde Regelungen, indem es ein Freihandelsabkommen mit der Wirtschaftsgemeinschaft abschloss. Seit dem Beitritt Österreichs zur EG am 01.01.1995 stellen deren Verträge unmittelbar geltendes Recht dar. Mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 01.12.2009 wurde der EU nicht nur eine eigene Rechtspersönlichkeit verliehen, sondern ebenso EU und EG verschmolzen. Im Zuge dessen wurde der EGV in den AEUV übergeführt.

1. Tatbestandsmerkmale

Die grundlegenden Bestimmungen des europäischen Kartellrechts finden sich nun in Art 101 AEUV. Regelungskompetenz zur Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln behält sich nach Art 3 Abs 1 lit b AEUV ausschließlich die Union vor. Das EU-Wettbewerbsrecht verfolgt den Zweck unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten und vor diesen entgegenstehenden Eingriffen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zu schützen. Hierzu wurden alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche sich eignen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken, als mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten erklärt.¹⁰⁰ Der Begriff der Unternehmensvereinigung ist dabei grundlegend sehr weit auszulegen und zielt primär darauf ab, die Umgehung des Kartellverbots zu verhindern. Eine eigene Rechtspersönlichkeit ist nicht erforderlich. Art 101 AEUV trifft ferner keine Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verbänden. Im Sinne dieser Regelung werden somit alle zum Ausdruck gebrachten,

⁹⁸ VO (EWG) Nr 17 des Rates vom 21.02.1962 Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags, ABI 1962, 13.

⁹⁹ Nachfolgend: „Rat“.

¹⁰⁰ Art 101 Abs 1 AEUV.

gemeinsamen Willensübereinstimmungen von mindestens zwei Parteien untersagt, die anstelle des ansonsten mit Risiken verbundenen Wettbewerbs bewusst die Koordinierung der Unternehmen treten lässt.¹⁰¹ Wie, wo und wann diese Willensübereinstimmung zum Ausdruck gebracht wurde, ist irrelevant.¹⁰² Zulässig ist demnach marktkonformes Parallelverhalten, wobei sich das gleichförmige Verhalten aus der Marktstruktur, ohne ein direktes Zusammenwirken der Unternehmen, zu ergeben hat. In der Praxis kann sich die Abgrenzung zwischen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen und marktkonformen Parallelverhalten jedoch äußerst schwierig gestalten.

Schon seit Beginn der kartellrechtlichen Normierungen im Unionsrecht sind davon nicht alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen erfasst. Vielmehr setzt die Anwendbarkeit von Art 101 AEUV voraus, dass die Kartellverträge Auslandsbezug aufweisen, sich sohin nicht nur auf einen Teil eines einzelstaatlichen Marktes beschränken, und geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinflussen, auch „Zwischenstaatlichkeitsklausel“ genannt. Diese Normierung dient im Wesentlichen dazu das Wettbewerbsrecht der Union von jenem der Mitgliedstaaten abzugrenzen, weshalb ihr kollisionsrechtliche Bedeutung zukommt. Die Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel hat nach Rechtsprechung des EuGH jedenfalls weit zu erfolgen.¹⁰³ Ferner gilt eine Einschränkung der europäischen Wettbewerbsregeln als mit deren wirtschaftlicher Integrationsfunktion nicht vereinbar. Des Weiteren hat sich die Zwischenstaatlichkeit, in Auslegung und Anwendung, an der Funktion des Tatbestandsmerkmals zu orientieren und grenzt den Geltungsbereich des Unionsrechts von jenem der Mitgliedstaaten ab. Die Interpretation hängt letztlich von der jeweiligen Wettbewerbsbeschränkung ab. In diesem Zusammenhang ist ebenso der Begriff des Handels im weiteren Sinne zu verstehen, weshalb der gesamte Wirtschaftsverkehr davon umfasst wird. Zur weiterführenden Auslegung der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels wurden von der Kommission Leitlinien veröffentlicht.¹⁰⁴ Diese geben insbesondere die Methodik zur Anwendung dieses Tatbestandsmerkmals wieder, stellen bedingt durch ihre Rechtsnatur dennoch Soft Law dar. Dementsprechend können die Leitlinien als Anleitung zur Anwendung für Unternehmen verstanden werden, rechtliche Verbindlichkeit lässt sich für den Anwender nicht ableiten.

¹⁰¹ Streinz, Europarecht (2012) Rn 815.

¹⁰² Emmerich in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht (2012) Art 101 Abs 1 AEUV Rn 55.

¹⁰³ EuGH, 30.06.1966, Rs 56/65, *Maschinenbau Ulm*, Slg 1966, 377.

¹⁰⁴ Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 81.

Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist nach einem vom EuGH entwickelten Beurteilungsmaßstab bereits gegeben, wenn anhand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorauszusehen ist, dass dies den Binnenmarkt unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell beeinflussen kann.¹⁰⁵ Eine bloße Beeinflussung des wirtschaftlichen Verkehrs reicht somit aus. Erwähnenswert ist vor allem, dass diese Beeinflussung sowohl eine Hemmung als auch eine Förderung der grenzüberschreitenden Handelsströme bewirken kann. Ferner ist die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bereits dann gegeben, wenn der relevante Markt lediglich einen Teil des Hoheitsgebietes eines Mitgliedstaates umfasst, dies für den Markt eines ganzen Mitgliedstaates abschottende Wirkung entfaltet und somit als Folge Marktzutritte behindert werden. Der Nachweis der tatsächlichen Auswirkungen der Vereinbarung auf den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr hat indes nicht erbracht zu werden, da deren objektive Eignung ausreicht, um dem Tatbestandsmerkmal Rechnung zu tragen.¹⁰⁶

Als weiteres, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal gilt die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.¹⁰⁷ Hierzu hat die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung erkennbare Auswirkungen auf Dritte zu haben, welche sich durch eine Beeinträchtigung der ihnen zur Verfügung stehenden wirtschaftlichen Handlungsalternativen, im Gegensatz zu jenen unter den Bedingungen des Wettbewerbs, manifestiert. Abzustellen ist dabei auf eine Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse. Als Beurteilungsgrundlage ist stets auf die hypothetische Situation ohne die fragliche Wettbewerbsbeschränkung abzustellen. Auf dieser Grundlage kann bestimmt werden, ob die Beschränkung von Relevanz oder zu vernachlässigen ist. Dementsprechend fallen sinngemäß Bagatellkartelle nach der *de-minimis*-Regel¹⁰⁸ nicht unter das EU-Kartellverbot. Hierdurch werden Kartelle mit einem Gesamtmarktanteil von maximal zehn Prozent aller an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen, aufgrund ihrer geringfügigen Auswirkung auf den Binnenmarkt, vom Anwendungsbereich des Art 101 AEUV ausgenommen. Die Spürbarkeit an sich kann dennoch bereits bei deutlich niedrigeren Marktanteilen gegeben sein. Für Kernbeschränkungen des Wettbewerbs gilt dieses Erfordernis der

¹⁰⁵ Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 81 Rn 23; EuGH, 14.07.1981, Rs 172/80, *Züchner*, Slg 1981, 2021 Rn 18.

¹⁰⁶ Zimmer in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (2012) Art 101 Abs 1 AEUV Rn 196 ff.

¹⁰⁷ EuGH, 30.06.1966, Rs 56/65, *Maschinenbau Ulm*, Slg 1966, 377.

¹⁰⁸ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (*de minimis*) vom 22.12.2001, ABI 2001 C 368, 13 Rn 7 f, insbesondere Rn 7 lit a.

Spürbarkeit grundsätzlich nicht. Trotz alledem gilt die Funktion dieses Tatbestandsmerkmals als umstritten. Denn nach mittlerweile überwiegender Meinung setzt die Annahme eines Verstoßes gegen das europäische Kartellrecht ohnehin die umfassende Berücksichtigung möglicher Auswirkungen auf Dritte voraus, weshalb die Bedeutung des eigenständigen Bestehens der Prüfung der Spürbarkeit zweifelhaft erscheint.¹⁰⁹

Um darzustellen welche Verhaltensweisen insbesondere als wettbewerbsschädigend anzusehen sind, enthält Art 101 AEUV in lit a bis e eine demonstrative Aufzählung. Zur Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Kartellverbots müssen ebenfalls bei Vorliegen einer der aufgelisteten Tätigkeiten kumulativ die zuvor genannten Tatbestandsmerkmale erfüllt sein. Durch den demonstrativen Charakter der vom Gesetzgeber gegebenen Auflistung werden vom Kartellverbot jedenfalls auch Tätigkeiten erfasst, welche sich nicht unter die gelisteten Kategorien subsumieren lassen. Als grundsätzlich wettbewerbsbeschränkend gelten sogenannte „Hardcore-Kartelle“. Ein solches Kartell liegt vor, wenn vor allem Absprachen über die Festsetzung von Preisen oder Absatzquoten sowie über die Aufteilung von Märkten erfolgen. Obwohl es dafür keine Legaldefinition gibt, spricht die Kommission in diesem Zusammenhang von Kernbeschränkungen des Wettbewerbs.¹¹⁰

2. Nichtigkeitssanktion

Sind alle Tatbestandsmerkmale des Art 101 Abs 1 AEUV erfüllt, ohne dass eine Ausnahme des Art 101 Abs 3 AEUV vorliegt, sieht der Gesetzgeber als unmittelbare Sanktion die Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und Beschlüsse vor.¹¹¹ Nach der Rechtsprechung des EuGH spiegelt sich die grundlegende Bedeutung des Kartellverbots der Union in der zivilrechtlichen Sanktion der unmittelbaren und automatischen Nichtigkeit wider.¹¹² Die Nichtigkeitsfolge bedarf sohin keines weiteren Vollzugsaktes einer Wettbewerbsbehörde und wirkt *ex tunc*. Ferner entfaltet diese gesetzliche Nichtigkeit, welche von jedem geltend gemacht werden kann, absolute Wirkung, weshalb

¹⁰⁹ Emmerich in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht (2012) Art 101 Abs 1 AEUV Rn 142 ff.

¹¹⁰ VO (EU) Nr 330/2010 der Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl 2010 L 102, 1, Art 4.

¹¹¹ Art 101 Abs 2 AEUV.

¹¹² EuGH, 01.06.1999, Rs C-126/97, *Eco Swiss*, Slg 1999, I-3055 Rn 36.

kartellrechtswidrige Vereinbarungen und Beschlüsse zwischen Vertragspartnern keine Wirkung erzeugen. Darüber hinaus können diese auch Dritten nicht entgegengehalten werden. Dies hat zur Folge, dass ein unter Kartellanten geschlossener Vertrag über die Kartellbildung zivilrechtlich niemals einklagbar sein kann. Die Kartellmitglieder tragen somit das Risiko der Nichtdurchsetzbarkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und Beschlüsse, was wiederum die wirtschaftliche Attraktivität, sich an einem Kartell zu beteiligen, verringert.¹¹³ Zusätzlich zur Nichtigkeit hat der EuGH als Rechtsfolge des Art 101 AEUV in der Rs *Courage/Crehan*¹¹⁴ klargestellt, dass jeder Geschädigte auf dem zivilrechtlichen Weg Schadenersatzansprüche geltend machen kann.¹¹⁵

3. Legalausnahme

In Art 101 Abs 3 AEUV findet sich eine Legalausnahme, unter deren Kriterien die Bestimmungen des Art 101 Abs 1 für nicht anwendbar erklärt werden. Die Ausnahmetatbestände umfassen Vereinbarungen und Verhaltensweisen, die – unter angemessener Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn – zur Verbesserung der Warenerzeugung oder deren Verteilung dienen, bzw den wirtschaftlichen oder technischen Fortschritt fördern. Nach Art 1 Abs 2 VO 1/2003¹¹⁶ ist die Vereinbarung oder der Beschluss vom Anwendungsbereich freigestellt, ohne dass es einer weiteren Entscheidung der Kommission oder einer einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörde bedarf. Zur besseren Orientierung wurden von der Kommission Leitlinien über die Anwendung des Art 101 Abs 3 AEUV veröffentlicht, welche deren Auslegung der Legalausnahme darlegt und darüber hinaus Gerichten und Behörden der Mitgliedstaaten eine Anleitung bieten sollen.¹¹⁷ Wesentlich ist demnach, dass die Wettbewerbsbeschränkung ein unerlässliches Mittel zur Erfüllung dieser Zwecke darstellt und den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnet wird, den Wettbewerb

¹¹³ *König/Schreiber*, Europäisches Wettbewerbsrecht: Kartell- und Missbrauchsverbot, Fusionskontrolle, Beihilfen- und Vergaberecht (2010) 60.

¹¹⁴ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297 Rn 26.

¹¹⁵ Näheres dazu unter Kapitel IV. Private Enforcement.

¹¹⁶ VO (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI 2003 L 1, 1.

¹¹⁷ Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art 81 Absatz 3 EG-Vertrag vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 97.

des betreffenden Marktes auszuschalten.¹¹⁸ Es gilt dabei stets auf den Einzelfall abzustellen, weshalb eine mechanische Anwendung ausscheidet.¹¹⁹

4. Verjährung

Die Kommission, welcher die öffentliche Aufgreifung und Abstellung kartellrechtlicher Verstöße mit unionsweitem Sachverhalt obliegt, hat bei der Verfolgung von Kartellverstößen eine Verjährungsfrist von fünf Jahren zu berücksichtigen, welche mit dem Tag beginnt, an dem die schädigende Tätigkeit beendet wurde. Werden während dieser Zeit Ermittlungshandlungen aufgenommen, wird die Verfolgungsverjährung für alle Kartellanten unterbrochen. Durch Abschluss der Ermittlungen beginnt die fünfjährige Frist von neuem. Nach Ablauf der absoluten Verjährungsfrist von zehn Jahren ist die Zuwiderhandlung jedoch endgültig verjährt, wenn bis dahin keine Entscheidung erlassen wurde oder zumindest wegen der Entscheidung ein Verfahren vor dem Gerichtshof anhängig ist.¹²⁰ Nach Rechtskräftigkeit des Kommissionsentscheids hat die Wettbewerbshüterin fünf Jahre Zeit, das verhängte Bußgeld zu vollstrecken. Unterbrochen wird die Vollstreckungsverjährung, wenn im Nachhinein Entscheidungen über den ursprünglichen Betrag des Bußgeldes ergehen oder eine zwangsweise Eintreibung notwendig ist. Auch in diesen Fällen beginnt die Frist von neuem. Wurden mit der Kommission Zahlungserleichterungen vereinbart, ruht die Verjährungsfrist für das betreffende Unternehmen.¹²¹

¹¹⁸ *Gamerith*, Wettbewerbsrecht II – Kartellrecht (2007) 41 ff.

¹¹⁹ Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art 81 Absatz 3 EG-Vertrag vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 97 Rn 6.

¹²⁰ Art 25 VO 1/2003.

¹²¹ Art 26 VO 1/2003; *Gruber*, Geldbußen im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2005, 11 (13).

III. PUBLIC ENFORCEMENT

A. Grundlagen der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung

Gegen wettbewerbswidrige Absprachen kann grundsätzlich von öffentlicher und privater Seite vorgegangen werden. Während die private Kartellrechtsdurchsetzung das Tätigwerden einer dritten Person – wie etwa eines betroffenen Konkurrenten oder Konsumenten – erfordert, untersucht der öffentlich-rechtliche Durchsetzungsapparat von Amts wegen mögliche Wettbewerbsbeschränkungen. Die Zuständigkeit zur Aufgreifung und Ahndung kartellrechtswidriger Verhaltensweisen obliegt bei unionsweitem Bezug in der Regel der Kommission. Handelt es sich um einen rein nationalen Sachverhalt, liegt der Verstoß im Zuständigkeitsbereich einzelstaatlicher Wettbewerbsbehörden. Die öffentliche Verfolgung von Wettbewerbsverstößen bietet, im Vergleich zur privaten Aufgriffshandlung, eine Reihe von Vorteilen. Zum einen verfügen Behörden über Hoheitsgewalt, was die Ermittlungstätigkeit erleichtert und Sanktionen überhaupt ermöglicht. Zu verhängende Geldbußen werden in ihrer Höhe so gewählt, dass sie general- sowie spezialpräventiven Anforderungen gerecht werden. Ferner konzentriert sich in einer Wettbewerbsbehörde ausgeprägtes wettbewerbsrechtliches Know-how, welches zusammen mit anderen Spezialisierungsvorteilen einen wesentlichen Faktor zur kostengünstigen Kartellaufdeckung darstellt.

Rechtsgrundlage des Public Enforcement auf europäischer Ebene bietet Art 101 AEUV iVm VO 1/2003.¹²² In Österreich ist Art 101 AEUV parallel neben den Bestimmungen des KartG anzuwenden. Das verwaltungsrechtliche Kartellverfahren dient vor allem dem öffentlichen Interesse einen wirksamen Wettbewerb zu schützen. Mit der Entscheidung der Kommission oder einer mitgliedstaatlichen Behörde wird das wettbewerbsschädigende Verhalten abgestellt und sanktioniert. Die Kommission sowie die Mehrzahl europäischer Wettbewerbsbehörden können sich ebenso in einem Vergleichsverfahren mit dem Kartellanten über das Strafausmaß einig werden.¹²³ Grundsätzlich soll den am Kartell beteiligten Unternehmen, durch die auferlegte Strafe, jeglicher Vorteil aus der verbotenen Zusammenarbeit genommen werden. Alleine das

¹²² VO (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI 2003 L 1, 1.

¹²³ Xeniadis/Kühnert, Einvernehmliche Verfahrensbeendigung in Kartellverfahren, ÖZK 2012, 83 (83); Hummer, Vergleichsverfahren der Europäischen Kommission in Kartellfällen, ÖZK 2008, 132 (132); Steinbach/Kühnert, Ein neues Vergleichsverfahren in Kartellsachen (Settlement Procedure), eolx 2008, 441 (442).

Bildröhren- und das Autoglaskartell brachten auf europäischer Ebene somit Strafen in der Höhe von fast Euro 3 Mrd (Euro 1,47 Mrd Bildröhrenkartell¹²⁴, Euro 1,4 Mrd Autoglaskartell¹²⁵). Große mediale Aufmerksamkeit erlangte in jüngster Vergangenheit das LIBOR-Kartell, welches im großen Stil international bedeutsame Zinssätze manipulierte und von der Kommission mit einer Geldbuße von Euro 1,7 Mrd bestraft wurde.¹²⁶ In Österreich liegen die höchsten je verhängten Bußgelder bei Euro 75,4 Mio beim Aufzugs- und Fahrtreppenkartell¹²⁷ sowie Euro 20,8 Mio beim REWE-Lebensmittelkartell.¹²⁸

Gleichzeitig liegt durch die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde eine Feststellung über das Bestehen eines Kartells vor. Konkurrenten, Lieferanten, Verbraucher oder andere Dritte, die durch diese kartellrechtswidrige Vereinbarung geschädigt wurden, können auf deren Basis leichter den Ersatz des erlittenen Schadens geltend machen. Heikel ist dabei vor allem, dass alle Mitglieder der illegalen Vereinigung solidarisch für den verursachten Gesamtschaden haften. In den meisten Fällen haben Geschädigte erst durch den Aufgriff des Kartells durch die Wettbewerbsbehörden von deren Existenz erfahren und somit letztlich die Abstellung der wettbewerbsschädigenden Tätigkeit bewirkt und Schadenersatzverfahren ermöglicht. Dennoch verweilen Public und Private Enforcement in keiner friedlichen Koexistenz, sondern unterliegen vielmehr einem Spannungsverhältnis divergierender Interessen.

B. Die europäische Kronzeugenregelung

Es hat sich als zunehmend schwierig erwiesen, genügend Beweise gegen ein Kartell zu finden, um wirksam dagegen vorgehen zu können, da Kartellmitglieder mit immer raffinierteren Methoden ihr abgestimmtes Verhalten verschleiern. Unterschieden wird dabei zwischen einer Kartellbekämpfung von außen und einer Kartellbekämpfung von innen. Gelangt die Behörde von selbst an Informationen, welche zur Sanktionierung der Kartellmitglieder führen, spricht man von einer Kartellbekämpfung von außen. Stellt diese Informationen ein Kartellinsider zur Verfügung, welche letztlich zu einer Sanktion

¹²⁴ Kommission, 05.12.2012, COMP/39.437, *Bildröhren*, ABI 2013 C 303, 13.

¹²⁵ Kommission, 12.11.2008, COMP/39.125, *Automobilglas*, ABI 2009 C 173, 13.

¹²⁶ Kommission, 04.12.2013, COMP/39.914, *LIBOR*, noch nicht im ABI.

¹²⁷ OGH als KOG, 08.10.2008, 16 Ok 5/08, RdW 2008, 780.

¹²⁸ Pressemitteilung der BWB vom 14.05.2013, Lebensmitteleinzelhandel, K-252.

durch die Wettbewerbsbehörde führen, wird von einer inneren Kartellbekämpfung gesprochen.

Die primäre Gewinnorientierung vieler wirtschaftlich tätiger Unternehmen lässt es oftmals verlockend erscheinen, sich einem Kartell anzuschließen. In den vorangegangenen Ausführungen über Monopole und Oligopole wurde bereits demonstriert, welche Gewinnspannen sich durch derartige Marktstellungen verwirklichen lassen.¹²⁹ Doch auch der Ausstieg aus dem Kartellverbund kann durch positive Anreize schmackhaft wirken. Werden Anregungen zur Kartellaufdeckung gesetzt, so kann dies die intrinsische Motivation der Kartellanten im Kartellverbund zu verbleiben erheblich verändern. Die Mitglieder werden künftig regelmäßig die Vor- und Nachteile der Kartellzugehörigkeit abwägen und auf dieser Grundlage über ihren Verbleib entscheiden. Bricht ein Kartellmitglied die Vereinbarungen und steigt ohne Unterrichtung der anderen Mitglieder aus, könnte dies sogar zu erhöhten Absätzen bei Preiskämpfen für den Aussteiger führen, solange die anderen Kartellanten nicht darauf reagieren.

Eine wesentliche Anregung derartige wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu beenden liefert das Kronzeugenprogramm. Durch den Ausstieg aus dem Kartell und die Offenlegung aller für die Aufdeckung notwendigen Informationen im Kronzeugenantrag, ergeben sich für das ehemalige Kartellmitglied eine Reihe von Vorteilen gegenüber anderen Kartellanten. Durch das eingeleitete Verfahren der Wettbewerbsbehörde kann sie dem Aussteiger helfen wirtschaftliche Vergeltungsmaßnahmen der Konkurrenten abzuwehren und während die Konkurrenz durch die verhängte Geldbuße finanziell geschwächt wird, geht der Kronzeuge – bei Einhaltung seiner Verpflichtungen – straffrei aus. Demgegenüber bergen ein solcher Kartellausstieg und die Offenlegung ebenso eine Reihe von Risiken. So fallen die meist erheblichen Kartellgewinne mit einem Schlag weg. Des Weiteren ist nicht gesichert, dass die Strafe von den Wettbewerbsbehörden völlig erlassen wird, hängt dies doch von mehreren Kriterien ab. Einen zusätzlich abschreckenden Faktor stellen die möglichen Schadenersatzklagen von Mitbewerbern, Abnehmern, bis hin zu Endverbrauchern, dar.

¹²⁹ Näheres dazu unter Kapitel II. A. 2. Monopol und II. A. 3. Oligopol.

1. Ziele und Entwicklung

Wie US-amerikanische Kronzeugenprogramme eindrucksvoll gezeigt haben, führen externe Anreize oftmals dazu die „Mauer des Schweigens“ von Kartellen zu durchbrechen.¹³⁰ Erste Regelungen derartiger Kronzeugenprogramme auf europäischer Ebene erfolgten im Jahr 1996¹³¹ unter dem Vorbild des 1993 reformierten, amerikanischen *Amnesty*-Programms.¹³² Die Wirkung der Kronzeugenprogramme zeigt sich dabei sowohl auf materieller Ebene, indem die Geldbuße verringert, erlassen oder der Strafraum geändert wird, als auch auf prozessualer Ebene, da es zu einer Einstellung des Verfahrens kommt.¹³³ Ursprünglich war nur eine Bußgeldreduktion von bis zu 75 Prozent vorgesehen. Die vollständige Strafbefreiung lag stets im Ermessen der Behörde und wurde selten gewährt. Maßgeblich geregelt wird das europäische Kronzeugenprogramm von den Kronzeugenmitteilungen der Kommission. Zielsetzung der Kommission durch die Kronzeugenmitteilungen ist es, den Kartellmitgliedern mit der in Aussicht gestellten Geldbußenermäßigung bzw. Straffreiheit ein effektives Anreizsystem zu schaffen, um aus dem Kartell auszusteigen und es gegenüber den Behörden offen zu legen. Dabei soll der Kartellant als Insider der Kommission Informationen über Verstöße vorlegen, welche ansonsten nur unter größtem Aufwand, bzw. wenn überhaupt, aufgedeckt hätten werden können und dadurch eine solide Beweisführung ermöglichen. Dieses Konzept schützt die Behörde nicht nur vor Beweisschwierigkeiten, sondern ermöglicht es ihr darüber hinaus ihre Kapazitäten auf die Verfolgung weiterer Verstöße zu konzentrieren.

Um dem beschränkten Erfolg des *Amnesty*-Programms ein Ende zu setzen, wurde von der Kommission im Jahr 2002 die *Leniency*-Mitteilung erlassen.¹³⁴ Damit kam die Kommission ihrem Versprechen aus dem Jahre 1996 nach, die Regelungen zu reformieren, sobald ausreichende Erfahrungswerte auf diesem Gebiet vorlägen.¹³⁵ Mit der Mitteilung aus 2002 wurde der erste Kartellant, der ein bis dato unentdecktes Kartell

¹³⁰ *Haudum*, Kronzeugen im Straf- und Kartellrecht (2013) 80; *Thanner/Soyer/Hölzl*, Kronzeugenprogramme: Kartellrecht – Strafrecht – Zivilrecht (2009) 9; *Hummer*, Kronzeugen – ein neues Zeitalter der Kartellbekämpfung, *ecolex* 2006, 11 (11 ff).

¹³¹ Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen vom 18.07.1996, ABl 1996 C 207, 4.

¹³² *Thanner/Soyer/Hölzl*, Kronzeugenprogramme: Kartellrecht – Strafrecht – Zivilrecht (2009) 6; *Hummer*, Neuerungen in der europäischen Kronzeugenregelung, *ecolex* 2007, 446 (446).

¹³³ *Schneider*, Die Kronzeugenregelung im EG-Kartellrecht (2004) 20.

¹³⁴ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 19.02.2002, ABl 2002 C 45, 3.

¹³⁵ Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen vom 18.07.1996, ABl 1996 C 207, 4 Rn 3.

offenlegte oder dessen Nachweis ermöglichte, vom Bußgeld völlig befreit. Für nachfolgende mit den Wettbewerbsbehörden kooperierende Unternehmen wurde im zweiten Abschnitt die Ermäßigung der Geldbuße festgelegt. In Kraft trat die neue Normierung per 14.02.2002 für jene Unternehmungen, die bis zum Stichtag noch keinen Antrag nach der Kronzeugenregelung von 1996 gestellt hatten.¹³⁶ Neu war ferner, dass die Mitteilung aus 2002 – neben dem materiellrechtlichen Teil – ebenso verfahrensrechtliche Vorgaben für den Erlass oder die Reduktion der Kartellstrafe enthielt. Durch die Effektivität dieser Regelung kam es bald auf mitgliedstaatlicher Ebene zur Erlassung ähnlicher Normierungen.¹³⁷

Die bisher letzte Überarbeitung der Kronzeugenregelung der Kommission fand schließlich am 08.12.2006 statt.¹³⁸ Im Großen und Ganzen baut die Reformierung auf dem bewährten Grundgerüst aus 2002 auf. Hierin stellt die Kommission klar das Interesse der Verbraucher und Unionsbürger an der Aufdeckung von Kartellen vor die Bedeutung der Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmungen, welche behilflich sind, derartige Verhaltensweisen aufzudecken.¹³⁹ Klargestellt wird ebenfalls, dass die Mithilfe einer Unternehmung an der Aufdeckung eines Kartells einen Wert an sich darstellt. So kann, wenn ein entscheidender Beitrag zur Einleitung von Ermittlungen oder zum Nachweis eines Kartells erbracht wird sowie zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sind, ein vollständiger Erlass der Geldbuße gerechtfertigt werden.¹⁴⁰ Hierzu erfolgten Präzisierungen der Bedingungen für den Erlass oder die Reduktion der Geldbuße und die Transparenz des Verfahrens wurde erhöht.¹⁴¹ Ziel war es insbesondere den Antragsteller durch die Konkretisierungen besser anzuleiten. Dadurch sollte sich das Verfahren transparenter gestalten und Kommunikationsabläufe vereinfacht werden. Ferner erfolgte eine Abstimmung des Kronzeugenmodells mit jenem der nationalen Wettbewerbsbehörden der 27 Mitgliedstaaten. Neu ist auch die Regelung, welche Voraussetzungen vom Kartellteilnehmer erfüllt werden müssen und welche Unterlagen

¹³⁶ Kommission, 01.10.2003, COMP/E 1/37.370, *Sorbate*, ABI 2005 L 182, 20 Rn 38 f; *Polley/Seeliger*, Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in EG-Kartellsachen, EuZW 2002, 397 (397 f).

¹³⁷ *Sandhu*, The European Commission's Leniency Policy: A Success?, ECLR 2007, 148 (148 f); *Öhlberger*, Ein verlockendes Angebot?: Die österreichische Kronzeugenregelung in einer vergleichenden Analyse, ÖBl 2006, 100 (102); *Gruber*, Das Handbuch der Kronzeugenregelung, RdW 2006, 261 (261).

¹³⁸ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17.

¹³⁹ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 3.

¹⁴⁰ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 4.

¹⁴¹ *Hartung*, Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, wbl 2007, 63 (63).

der Kommission vorzulegen sind, um in den Status eines Kronzeugen gehoben zu werden. Durch diese Optimierung der Rahmenbedingungen des Kronzeugenprogramms erlangt der Kronzeuge mehr Rechtssicherheit, wodurch dieser dazu angeleitet werden soll Zuwiderhandlungen häufiger aufzuzeigen. Insbesondere seit der Überarbeitung des Programms im Jahr 2002 gelten die Kronzeugenregelungen als Erfolg zur Verfolgung kartellrechtlicher Zuwiderhandlungen.¹⁴² Die Statistiken¹⁴³ der Wettbewerbsbehörden zeigen, dass die Möglichkeit eines Kartellmitglieds sein Verhalten zu beenden und offenzulegen eine signifikant höhere Aufdeckungsrate von Kartellen mit sich bringt.

2. Rechtsnatur der Kronzeugenmitteilungen

Gemäß Art 288 AEUV nehmen die Organe der EU für die Ausübung ihrer Zuständigkeiten VO, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen an. Die Kommission kann sich somit dieses Repertoires an sekundärem Unionsrecht bedienen. Neben dem angesprochenen Adressatenkreis der einzelnen Handlungsformen unterscheiden sich diese deutlich in ihrer Rechtswirkung. VO haben allgemeine Geltung und sind in all ihren Teilen unmittelbar und in jedem Mitgliedstaat anzuwenden.¹⁴⁴ Ebenso sind Beschlüsse in all ihren Teilen für den Adressaten verbindlich.¹⁴⁵ Hingegen bedürfen Richtlinien bereits einer Umsetzung in nationales Recht und überlassen dabei dem Mitgliedstaat die Wahl der Form und Mittel. Verbindlich sind diese lediglich hinsichtlich des zu erreichenden Zieles.¹⁴⁶ Unmittelbare Wirkung entfalten Richtlinien nur unter gewissen Bedingungen. Dies ist der Fall, wenn die Richtlinie nicht fristgerecht bzw ordnungsgemäß umgesetzt wurde, inhaltlich unbedingt und hinreichend genau bestimmt ist sowie relevante Richtlinienbestimmungen dem Einzelnen Rechte einräumen.¹⁴⁷ Ferner kann sich der Einzelne jedoch nicht auf einschlägige Richtlinienbestimmungen berufen. Vielmehr müssen Gerichte und Behörden die jeweiligen Bestimmungen der Richtlinie als unmittelbare Rechtsgrundlage

¹⁴² *Sandhu*, The European Commission's Leniency Policy: A Success?, ECLR 2007, 148 (148), *Gruber*, Geldbußen im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2005, 11 (11).

¹⁴³ Statistiken der Kommission abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

¹⁴⁴ Art 288 Abs 2 AEUV.

¹⁴⁵ Art 288 Abs 4 AEUV.

¹⁴⁶ Art 288 Abs 3 AEUV.

¹⁴⁷ *Hummer*, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 58; EuGH, 01.06.1999, Rs C-319/97, *Kortas*, Slg 1999, I-3143; EuGH, 19.11.1991, verb Rs C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357.

für ihre Entscheidungen heranziehen.¹⁴⁸ Als rechtlich vollkommen unverbindlich sind demgegenüber Empfehlungen und Stellungnahmen anzusehen.¹⁴⁹

a. Rechtliche Unverbindlichkeit?

Allerdings kommt der Aufzählung des Art 288 AEUV rein demonstrativer Charakter zu¹⁵⁰, weshalb Unionsorgane befugt sind sich weiterer Handlungsformen zu bedienen.¹⁵¹ So ergingen alle Kronzeugenregelungen der Kommission als sogenannte „Mitteilungen“. Wobei es gleich ist, ob die Verlautbarungen der Organe als Leitlinie, Bekanntmachung, Mitteilung oder sonstiges titulierte werden, da selbst der EuGH diese Begriffe nicht unterscheidet.¹⁵² Nichtsdestotrotz wurde schon länger über den rechtlichen Charakter dieser Mitteilungsform der Kommission diskutiert und dass diese wohl nur verwaltungsrechtliche Rahmenbedingungen über die Anwendung oder Interpretation von sekundärem Unionsrecht vorgeben kann.¹⁵³ Dennoch wurden die Kronzeugenmitteilungen in vielen Mitgliedstaaten geradezu als bindender Wille der Kommission befolgt und nationale Rechtsnormen dementsprechend ausgelegt. Eine Klarstellung erfolgte durch die Unionsrichter in der Rs *Pfleiderer*.¹⁵⁴ Hierbei wurde festgestellt, dass – unter anderem – die Mitteilungen über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen¹⁵⁵ für Mitgliedstaaten und deren Gerichte nicht verbindlich sind. Darüber hinaus beziehen sich die Ausführungen der Mitteilungen lediglich auf, von der Kommission durchgeführte, Kronzeugenprogramme, nicht jedoch derer der Mitgliedstaaten.¹⁵⁶ Trotz ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit kommt den Mitteilungen der Kommission beträchtliche Bedeutung zu. Denn die Wettbewerbshüterin legt darin ihre Handlungsweise bei Kartellrechtsverstößen dar und füllt so den ihr zustehenden Entscheidungsspielraum auf.¹⁵⁷ Durch die Offenlegung der

¹⁴⁸ Hummer, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 58; EuGH, 19.01.1982, Rs 8/81, *Becker*, Slg 1982, 53; EuGH, 06.10.1970, Rs 9/70, *Grad*, Slg 1970, 825.

¹⁴⁹ Art 288 Abs 5 AEUV.

¹⁵⁰ Häberle, Die Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission im EG-Kartellrecht (2005) 50.

¹⁵¹ Häberle, Die Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission im EG-Kartellrecht (2005) 86.

¹⁵² EuGH, 28.06.2005, verb Rs C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, *Dansk Rørindustri*, Slg 2005, I-5425 Rn 211 ff; EuGH, 08.07.1999, Rs C-51/92 P, *Hercules Chemicals*, Slg 1999, I-4235 Rn 16.

¹⁵³ Wiedemann in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts (2008) §1 Rn 27.

¹⁵⁴ EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161.

¹⁵⁵ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17.

¹⁵⁶ EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 23.

¹⁵⁷ Frenz, Handbuch Europarecht: Band 2: Europäisches Kartellrecht (2005) 277.

Verwaltungspraxis in wettbewerbsrechtlichen Fällen erhalten potentielle Kronzeugen wiederum mehr Rechtssicherheit, da die Reaktion der Kommission in gewisser Weise absehbar wird.

b. Selbstverpflichtung der Kommission

Um diese Rechtssicherheit zu gewährleisten, bedarf es jedoch der Verpflichtung der Kommission, als Erlasserin dieses verwaltungsrechtlichen Grundgerüsts, diese nicht willkürlich abzuändern. Denn könnte der Antragsteller nicht auf die Einhaltung der Leitlinien vertrauen, würde dieser Umstand die Mitteilungen *ad absurdum* führen. Hinterfragt man den Willen der Kommission zur Erlassung derartiger Rahmenbedingungen, führt der Blick auf die Leitlinien aus 1998.¹⁵⁸ Hierin wurde bereits dargelegt, dass die in den Leitlinien skizzierten Grundsätze für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen aus dem EGKS-Vertrag darauf abzielen, die Transparenz und Objektivität der Entscheidungen der Kommission gegenüber dem Gerichtshof, als auch Unternehmungen, zu erhöhen. Ferner wird ausgeführt, dass der vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessensspielraum bei der Bemessung der Geldbuße von zusammenhängenden, nicht diskriminierenden Leitlinien ausgefüllt werden muss.¹⁵⁹ Dies lässt erkennen, dass auch die Kommission die Intention hat, sich an, von ihr erlassene, nicht rechtsverbindliche Darlegungen zu halten.

Die Frage, ob sich die Kommission ebenso rechtlich daran gebunden hat, diese selbst determinierte Verwaltungspraxis zu befolgen, beschäftigte bereits mehrmals den EuGH.¹⁶⁰ Dieser judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass derartige Mitteilungen zwar nicht als Rechtsnormen zu qualifizieren sind, gleichzeitig aber Verwaltungsgrundsätze festlegen, von denen nicht ohne sachliche Rechtfertigung abgewichen werden darf. Ferner wurde damit die von der Kommission eingenommene Position ihrer Interpretation der Wettbewerbsregeln des europäischen Binnenmarkts, insbesondere Art 101 AEUV,

¹⁵⁸ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden vom 14.01.1998, ABl 1998 C 9, 3.

¹⁵⁹ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden vom 14.01.1998, ABl 1998 C 9, 3 erster Absatz.

¹⁶⁰ EuGH, 28.06.2005, verb Rs C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, *Dansk Rorindustri*, Slg 2005, I-5425; EuGH, 08.07.1999, Rs C-51/92 P, *Hercules Chemicals*, Slg 1999, I-4235.

erläutert, welche sich darüber hinaus an alle Wettbewerbsteilnehmer richtet.¹⁶¹ Aus diesem Grund kann von diesen Grundsätzen nicht einfach abgewichen werden, ohne Gleichbehandlungs-¹⁶² und Vertrauensgrundsatz¹⁶³ zu konterkarieren. So muss die Kommission zur Verhinderung eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz beispielsweise alle Unternehmungen, die ihr im gleichen Stadium des Verfahrens und unter analogen Umständen vergleichbare Informationen liefern, gleich behandeln.¹⁶⁴ Denn eine unterschiedliche Behandlung ist nur zu rechtfertigen, wenn sie mit einem rechtlich zulässigen Ziel verbunden ist und diese Ungleichbehandlung in angemessenem Verhältnis zu dem, mit der betreffenden Abweichung, verfolgten Ziel steht.¹⁶⁵ Darüber hinaus hat sich die Kommission durch die Schaffung berechtigten Vertrauens an ihre Auslegungen gebunden. Jedoch nur insoweit diese höherrangige Unionsrechte interpretieren und präzisieren. Durch die somit entfaltete mittelbare Außenwirkung der Leitlinien erhalten diese Verbindlichkeit und können von Normadressaten entsprechend eingeklagt werden.¹⁶⁶ Folglich wäre bei einer Änderung der Rechtsansichten von Seiten der Kommission zur Wahrung des Vertrauensgrundsatzes wohl unabdingbar, diese Neuausrichtung vor der Erlassung einschlägiger Entscheidungen in Bekanntmachungen zu publizieren.¹⁶⁷ Dennoch war die Einschränkung des eigenen Ermessensspielraums¹⁶⁸ durch die Kommission selbst, indem sie Leitlinien, Bekanntmachungen und Mitteilungen erließ, wohl ungewollt. Zur Festigung der Beständigkeit und Vorhersehbarkeit ihrer Verhaltensweisen war dies jedoch unabdingbar. Schranken erfährt die Bindungswirkung

¹⁶¹ EuG, 14.12.2006, verb Rs T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02, *Lombard Club II*, Slg 2006, II-5169 Rn 219 ff; EuG, 05.04.2006, Rs T-279/02, *Degussa*, Slg 2006, II-897 Rn 82; EuG, 15.03.2006, Rs T15/02, *BASF*, Slg 2006, II-497 Rn 119; EuGH, 28.06.2005, verb Rs C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, *Dansk Rorindustri*, Slg 2005, I-5425 Rn 211 ff; EuGH, 08.07.1999, Rs C-51/92 P, *Hercules Chemicals*, Slg 1999, I-4235 Rn 16; *Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht (2004) 55 f.

¹⁶² EuG, 08.07.2004, Rs T-48/00, *Corus*, Slg 2004, II-2325 Rn 201 ff; *Haibach*, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998, 456 (460 f).

¹⁶³ EuGH, 16.12.2008, Rs C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, Slg 2008, I-9895 Rn 47; Schlussanträge des Generalanwalts *Geelhoed* zu EuGH, 27.04.2006, Rs C-125-05, *Vulcan Silkeborg*, Slg 2006, I-7637 Rn 33; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft (2005) 545 f; *Haibach*, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998, 456 (459 f).

¹⁶⁴ EuG, 13.12.2001, verb Rs T-45/98 und T-47/98, *Krupp*, Slg 2001, II-3757 Rn 246 ff.

¹⁶⁵ EuGH, 16.12.2008, Rs C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, Slg 2008, I-9895 Rn 47; EuGH, 05.07.1977, Rs 114/76, *Bela Mühle Bergmann*, Slg 1977, 1211 Rn 7.

¹⁶⁶ *Karbaum*, Kartellrechtliche Compliance: Rechtsgrundlagen und Umsetzung (2010) 71.

¹⁶⁷ *Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht (2004) 60 f.

¹⁶⁸ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1 (2011) Art 23 VO 1/2003 Rn 91; EuGH, 28.06.2005, verb Rs C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, *Dansk Rorindustri*, Slg 2005, I-5425 Rn 211 ff.

durch von den Mitteilungen abweichenden Urteilen der Unionsrichter, da diese nicht an die Rechtsauffassung der Kommission gebunden sind.¹⁶⁹

3. Sachlicher Anwendungsbereich

Seit jeher sind nicht sämtliche Verstöße gegen das Kartellrecht vom sachlichen Anwendungsbereich der europäischen Kronzeugenregelung umfasst. Vielmehr sind nur horizontale wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, Hardcore-Kartelle, wie sie im Fachjargon genannt werden, mit europäischer und internationaler Ausrichtung, davon erfasst.¹⁷⁰ Diese Einschränkung der Kronzeugenregelung auf Kernbeschränkungen des Wettbewerbs, somit auf geheime, wettbewerbswidrige Vereinbarungen, die zwischen konkurrierenden Unternehmungen auf derselben Wertschöpfungsstufe getroffen werden, durch die Kommission erfolgte bewusst, da sich diese als besonders sozialschädigend erwiesen haben¹⁷¹ sowie darüber hinaus ohne Informationen von Kartellinsidern äußerst schwierig aufzudecken sind.¹⁷²

a. Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind sohin vertikale Wettbewerbsbeschränkungen¹⁷³ ebenso wie Verstöße gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.¹⁷⁴ Dies wird damit begründet, dass horizontale Beschränkungen gleichgerichtete Interessen verfolgen. Bei vertikalen Vereinbarungen sowie marktmissbräuchlichen Verhaltensweisen liegen hingegen gegenläufige Beweggründe vor, wodurch der Markt eine gewisse Selbstkontrolle durch die erschwerte Geheimhaltung entwickelt. Horizontale Wettbewerbsverstöße bleiben auch dann von der Anwendung der europäischen Kronzeugenregelung ausgenommen,

¹⁶⁹ EuG, 08.07.2004, verb Rs T-67/00, T-68/00, T-71/00 und T-78/00, *JFE Engineering*, Slg 2004, II-2501 Rn 538; *Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht (2004) 58.

¹⁷⁰ Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 2007, KOM(2008) 368 endg vom 01.07.2008, 10; *Weitbrecht*, Europäisches Kartellrecht 2000/2001, EuZW 2002, 581 (583).

¹⁷¹ *König/Schreiber*, Europäisches Wettbewerbsrecht: Kartell- und Missbrauchsverbot, Fusionskontrolle, Beihilfen- und Vergaberecht (2010) 63.

¹⁷² Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 3.

¹⁷³ Kommission, 30.10.2002, COMP/35.587, COMP/35.706 und COMP/36.321, *Video Games*, ABI 2003 L 255, 33 Rn 453.

¹⁷⁴ Art 102 AEUV.

wenn die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen offenkundig und für die Öffentlichkeit erkennbar stattfinden oder keinerlei Maßnahmen zur Geheimhaltung ergriffen werden.¹⁷⁵ Auf Ebene der Mitgliedstaaten können unterdessen von der Kronzeugenregelung der Kommission ausgenommene wettbewerbswidrige Verhaltensweisen erfasst werden.¹⁷⁶

b. Erscheinungsformen der Zuwiderhandlungen

Art 101 Abs 1 AEUV zählt als Formen der Zuwiderhandlung Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen sowie abgestimmte Verhaltensweisen auf. Diese Aufschlüsselung der Verbotsvorschrift dient dazu, alle Formen der Koordinierung von Unternehmungen zu erfassen, welche noch keinen Kartellvertrag im eigentlichen Sinne abgeschlossen haben, deren Zusammenarbeit jedoch bereits den Wettbewerb auszuschalten imstande ist.¹⁷⁷ Ihrem Wesen nach erfüllen aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwar nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung, sie können sich dennoch insbesondere aus einer Koordinierung der beteiligten Unternehmungen ergeben. Parallelverhalten ist zwar von abgestimmten Verhaltensweisen abzugrenzen, doch kann dies ein wichtiges Indiz für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen darstellen, wenn der Markt nicht den normalen Bedingungen entspricht.¹⁷⁸ Ferner können abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV auch dann vorliegen, wenn die beteiligten Unternehmen keinen gemeinsamen Plan über ihr Marktverhalten gefasst haben, allerdings Kollisionsmaßnahmen zur Erleichterung ihres Geschäftsverhaltens ergreifen.¹⁷⁹ Die Tatbestandsmäßigkeit der abgestimmten Verhaltensweise ist zwar nur gegeben, wenn auf eine Abstimmung entsprechendes Verhalten am Markt resultiert. Jedoch haben die Beteiligten zu beweisen, dass die mit den Wettbewerbern ausgetauschten Informationen keine Auswirkungen auf ihr Marktverhalten haben. Sohin gilt bis zur Erbringung des Gegenbeweises, was in der Praxis wohl alles andere als einfach zu bewerkstelligen ist, die Vermutung, dass Abstimmungen Einfluss auf das Marktverhalten haben. Dies vor allem dann, wenn diese regelmäßig über einen längeren Zeitraum erfolgen.¹⁸⁰ Darüber hinaus reicht es nach ständiger Rechtsprechung für einen Verstoß gegen Art 101 AEUV

¹⁷⁵ *de Bronett*, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht – VO 1/2003 (2005) Art 23 Rn 56.

¹⁷⁶ Näheres dazu unter Kapitel III. C. 1. Parallele Zuständigkeiten bei Kronzeugenprogrammen.

¹⁷⁷ Kommission, 18.07.2001, COMP/E-1/36.490, *Graphitelektroden*, ABI 2002 L 100, 1 Rn 99.

¹⁷⁸ EuGH, 14.07.1972, Rs 48/69, *Imperial Chemical Industries*, Slg 1972, 619 Rn 8.

¹⁷⁹ EuG, 17.12.1991, Rs T-7/89, *Hercules Chemicals*, Slg 1991, II-1711 Rn 256.

¹⁸⁰ Kommission, 18.07.2001, COMP/E-1/36.490, *Graphitelektroden*, ABI 2002 L 100, 1 Rn 100; EuGH, 08.07.1999, Rs C-199/92 P, *Hüls*, Slg 1999, I-4287 Rn 158 ff.

aus, wenn Unternehmungen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck bringen, ihr Verhalten am Markt in einer bestimmten Weise zu führen.¹⁸¹

Explizit erfasst sind abgestimmte Verhaltensweisen von der Kronzeugenregelung erst seit der Mitteilung aus 2006.¹⁸² Dennoch stellte die Kommission schon unter Anwendung der Mitteilung aus 1996 klar, dass die Konzepte der Unternehmensvereinbarungen und von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nicht fest umrissen sind und ineinander übergehen. Ferner ist es bei komplexen Kartellen gar nicht erforderlich, allenfalls sogar unmöglich, die Zuwiderhandlung nach ihrer Erscheinungsform einzuordnen, da gleichzeitig Merkmale beider Formen vorliegen können.¹⁸³ Selbst wenn die Form der Zuwiderhandlung in verworrenen Fällen durch akribische Arbeit für jede Unternehmung zu einzelnen Zeitpunkten zu qualifizieren wäre, sei dies der Kommission nicht zumutbar, da Art 101 AEUV keine spezifische Subsumtion für komplexe Verstöße festlegt und ohnehin Vereinbarungen sowie abgestimmte Verhaltensweisen jedenfalls davon umfasst werden.¹⁸⁴

4. Exkurs: Verhängung der Geldbuße

Die Kommission ist dazu ermächtigt Geldbußen mit verwaltungsrechtlichem Charakter zu verhängen, wenn Unternehmungen oder unternehmensähnliche Vereinigungen schuldhaft gegen Art 101 oder 102 AEUV verstoßen. Hierzu muss die Zuwiderhandlung nicht vorsätzlich sein; Fahrlässigkeit reicht aus.¹⁸⁵ Ferner ist die Beendigung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise nicht erforderlich, um die Sanktion zu begründen. Zwar sind die versuchte Teilnahme an einem Kartell, wie auch die Anstiftung zur Teilnahme, nach der Lehre nicht mit Geldbußen bedroht¹⁸⁶; die Kommission straft dieses Verhalten dennoch entsprechend ab. Nur bei sehr geringen Beteiligungen wird davon abgesehen.¹⁸⁷ Das Verwaltungsverfahren und das Bußgeld richten sich stets gegen

¹⁸¹ EuG, 20.04.1999, verb Rs T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, *PVC II*, Slg 1999, II-931 Rn 715.

¹⁸² Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 1.

¹⁸³ Kommission, 18.07.2001, COMP/E-1/36.490, *Graphitelektroden*, ABI 2002 L 100, 1 Rn 101.

¹⁸⁴ EuG, 20.04.1999, verb Rs T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, *PVC II*, Slg 1999, II-931 Rn 696.

¹⁸⁵ Art 23 Abs 2 VO 1/2003; Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2 Rn 4.

¹⁸⁶ *Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (2012) Art 23 VO 1/2003 Rn 142.

¹⁸⁷ *Gruber*, Strengere Strafen im europäischen Kartellrecht, *ecolox* 2006, 669 (669).

juristische Personen. Sanktionen gegen natürliche Personen sind nicht vorgesehen.¹⁸⁸ Im Gegensatz zur amerikanischen Kartellbehörde, der *Federal Trade Commission*, kann die Kommission keine Entscheidungen mit unmittelbar strafrechtlichem Charakter fällen, da es hierzu schon an der primärrechtlichen Befugnis mangelt.¹⁸⁹ Führt eine Tochtergesellschaft Wettbewerbsverstöße auf Anweisung ihrer Muttergesellschaft aus, sind daraus resultierende Vergehen unmittelbar dem Mutterkonzern zuzurechnen.¹⁹⁰ Vor allem wenn sich die Tochter im vollständigen Besitz der Mutter befindet, reicht der Umstand, dass die Tochtergesellschaft eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, nicht aus die Vermutung zu widerlegen, dass diese ihr Marktverhalten keineswegs autonom bestimmt.¹⁹¹ Der Gegenbeweis kann jedoch erbracht werden.¹⁹²

a. Rechtliche Obergrenze der Geldbuße

Gemäß Art 23 Abs 2 VO 1/2003¹⁹³ beträgt die absolute Obergrenze der möglichen Geldbuße bei Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht zehn Prozent des Gesamtumsatzes des betreffenden Unternehmens im vorangegangenen Geschäftsjahr.¹⁹⁴ Durch die Bindung der Strafe an den Umsatz soll die Wahrscheinlichkeit erhöht werden, dass das Bußgeld letztlich den durch die Zuwiderhandlung erzielten Ertrag abdeckt. Ferner ist eine tendenzielle Verschärfung der durch die Kommission verhängten Geldbußen zu beobachten.¹⁹⁵ Neben dieser Strafzahlung für den Wettbewerbsverstoß an sich ist zusätzlich die Verhängung einer Verfahrensstrafe von einem Prozent des Jahresumsatzes möglich, wenn ein Kartellant am Verfahren nicht entsprechend mitwirkt. Die primärrechtliche Grundlage hierzu findet sich in Art 337 AEUV, wonach die Kommission alle erforderlichen Auskünfte zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben einholen kann. Näher präzisiert wird die Kooperationspflicht sowie die Sanktionsmöglichkeit der betreffenden Unternehmen in

¹⁸⁸ Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht: Mit Fusionskontrollverfahren (2005) § 10 Rn 7.

¹⁸⁹ Engelsing/Schneider in Hirsch/Montag/Säcker, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1 (2011) Art 23 VO 1/2003 Rn 12.

¹⁹⁰ Kokott/Dittert, Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte, WuW 2012, 670 (673); Bauer/Reisner, Erweiterte Zurechnung des Verhaltens Dritter bei der Festsetzung von Geldbußen im EG Kartellrecht?, WuW 2007, 737 (742).

¹⁹¹ EuGH, 14.07.1972, Rs 48/69, *Imperial Chemical Industries*, Slg 1972, 619 Rn 132/135.

¹⁹² EuGH, 25.10.1983, Rs 107/82, *AEG*, Slg 1983, 3151 Rn 49 ff.

¹⁹³ VO (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl 2003 L 1, 1.

¹⁹⁴ Art 23 Abs 2 VO 1/2003; EuG, 20.03.2002, Rs T-23/99, *LR AF 1998*, Slg 2002, I-7653 Rn 287.

¹⁹⁵ Gruber, Strengere Strafen im europäischen Kartellrecht, *ecolox* 2006, 669 (669).

Art 18 und Art 23 Abs 1 VO 1/2003.¹⁹⁶ Die Verfahrensstrafe kommt zur Anwendung, wenn sich Unternehmen ihrer generellen Mitwirkungspflicht beim Kartellverfahren zu entziehen versuchen¹⁹⁷ und dadurch bei der Erteilung von Auskünften unrichtige, unvollständige oder irreführende Angaben machen, Fristen nicht einhalten, Bücher oder sonstige Geschäftsunterlagen nicht vollständig vorlegen sowie Nachprüfungen nicht dulden.¹⁹⁸

b. Bemessung der Geldbuße

Bei der Bemessung der Geldbuße kommt der Kommission grundsätzlich ein weites Ermessen zu.¹⁹⁹ Um ihrer general- sowie spezialpräventiven Aufgabe, Zuwiderhandlungen gegen Art 101 und 102 AEUV entsprechend zu ahnden, nachzukommen, ist sicherzustellen, dass die verhängten Maßnahmen die notwendige Abschreckungswirkung entfalten.²⁰⁰ Wesentlichen Einfluss auf die Höhe der Bußgeldzahlung haben vor allem die Schwere und die Dauer des Verstoßes. Im ersten Schritt wird hierzu für jede beteiligte Unternehmung ein Grundbetrag nach der Schwere des Verstoßes, welcher sich am Unternehmensumsatz auf dem räumlich relevanten Markt im vorangegangenen Geschäftsjahr orientiert, festgesetzt. Die Grenzen sind fließend und reichen von minder schweren Zuwiderhandlungen, welche lediglich begrenzte Marktauswirkungen haben und nur einen relativ kleinen Teil des europäischen Marktes betreffen, bis hin zu besonders schweren Verstößen. Davon ist insbesondere bei horizontalen Vereinbarungen, wie Marktaufteilungsquoten und Preiskartellen, die Rede.²⁰¹ Dieser Betrag wird sodann mit der Dauer der Zuwiderhandlung in Jahren multipliziert.²⁰² Die so errechnete Summe darf bis zu 30 Prozent des, mit den betroffenen Waren erzielten, Umsatzes betragen.²⁰³ Des Weiteren können nunmehr zusätzlich 15 bis 25 Prozent des vorgenannten Umsatzes als sogenannte „Entry Fee“, unabhängig von

¹⁹⁶ Vocke, Die Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren (2006) 27.

¹⁹⁷ de Bronett, Die Rechtmäßigkeit der neueren Geldbußenpraxis der EU-Kommission wegen Verstoß gegen Verfahrenspflichten nach Art. 23 Abs. 1 Verordnung Nr. 1/2003, WuW 2012, 1163 (1163 ff).

¹⁹⁸ Art 23 Abs 1 lit c bis e sowie Art 24 Abs 1 lit d und e VO 1/2003.

¹⁹⁹ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2 Rn 2.

²⁰⁰ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2 Rn 4.

²⁰¹ Gruber, Geldbußen im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2005, 11 (11).

²⁰² Engelsing/Schneider in Hirsch/Montag/Säcker, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1 (2011) Art 23 VO 1/2003 Rn 104.

²⁰³ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2 Rn 13 ff.

der Dauer des Verstoßes, hinzugerechnet werden, um Unternehmungen grundsätzlich vor horizontalen Vereinbarungen abzuschrecken.²⁰⁴ Anschließend wird dieser Betrag nach oben oder unten, je nach Vorliegen von Erschwerungs- oder Milderungsgründen, angepasst.²⁰⁵ Erschwerend wirkt sich vor allem die Fortsetzung oder ein erneutes Begehen einer ähnlichen Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht aus. In diesem Fall kann es sogar bis zu einer Verdoppelung des Grundbetrages kommen. Ebenso sind für Verweigerer der Zusammenarbeit mit der Kommission sowie für Anstifter der Kartellrechtsverstöße entsprechende Aufschläge vorgesehen.²⁰⁶ Geht die Zusammenarbeit des Unternehmens mit der Wettbewerbsbehörde über ihre rechtliche Verpflichtung hinaus, kann es beweisen, dass die Beteiligung nur geringfügig war, dass es durch eine innerstaatliche Behörde oder Vorschrift begünstigt wurde oder dass die Zuwiderhandlung nur fahrlässig begangen wurde, so nehmen diese Umstände hingegen mildernden Einfluss auf das Bußgeld.²⁰⁷ Ferner begründet die Zusammenarbeit im Rahmen des Kronzeugenprogramms die Möglichkeit die Strafzahlung drastisch zu reduzieren oder gar erlassen zu bekommen.²⁰⁸ Des Weiteren kann auf Antrag durch das betroffene Unternehmen dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Berücksichtigung finden. Hierzu reicht aber eine bloß nachteilige oder defizitäre Finanzlage nicht aus.²⁰⁹ Vielmehr muss eindeutig nachgewiesen werden, dass das nach den Leitlinien der Kommission errechnete Bußgeld die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit der Unternehmung definitiv gefährden und ihr Aktiva jeglichen Wertes berauben würde.²¹⁰ Auch wenn es bei der Berechnung der Grundbeträge keine Obergrenze gibt, darf in jedem Fall letztlich die Zehn-Prozent-Grenze des gesamten Jahresumsatzes nicht überschritten werden.²¹¹

²⁰⁴ Theurer, Geldbußen im EU-Wettbewerbsrecht (2009) 233 f; Soye, Die Bußgeldleitlinien der Kommission - mehr Fragen als Antworten, EuZW 2007, 596 (598); Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2 Rn 25.

²⁰⁵ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2 Rn 10 f.

²⁰⁶ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2 Rn 28.

²⁰⁷ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2 Rn 29.

²⁰⁸ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2 Rn 34.

²⁰⁹ EuGH, 08.11.1983, verb Rs 96/102, 104, 108 und 110/82, NV IAZ *International Belgium* ua, Slg 1983, 3369 Rn 54 f.

²¹⁰ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2 Rn 35.

²¹¹ Art 23 Abs 2 VO 1/2003; *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1 (2011) Art 23 VO 1/2003 Rn 71; EuG, 20.03.2002, Rs T-23/99, LR AF 1998, Slg 2002, I-7653 Rn 288.

5. Der Kronzeugenantrag

Um den Status eines Kronzeugen erlangen zu können, bedarf es der Stellung eines entsprechenden Antrages bei der Wettbewerbsbehörde. Mit der Mitteilung aus 2006 gibt die Kommission nun genau vor, welche Unterlagen sie in Form einer Unternehmenserklärung, dem sogenannten Corporate Statement, vom Kartellanten wünscht, um ihn als Kronzeugen führen zu können. Mit dem Antrag auf Erlass der Geldbuße und der Erklärung sollte sich das Kartellmitglied an die Generaldirektion Wettbewerb der Kommission²¹² wenden, wobei daran keine Formvorschriften geknüpft werden. Vielmehr kann diese sowohl in Schriftform mit Signierung des Unternehmens, wie auch mündlich, übermittelt werden.²¹³ Mündliche Statements werden mittels Tonband aufgezeichnet, wovon in Folge eine Abschrift erstellt wird. Darüber hinaus reicht vorerst ebenso ein hypothetischer Antrag aus, welcher bloß eine genaue Aufstellung von Art und Inhalt der Beweise zu enthalten hat. Das betroffene Produkt und die räumliche Ausdehnung des Kartells müssen aus diesem hypothetischen Antrag bereits entnehmbar sein. Jedenfalls muss die Beweisaufstellung der Kommission die Beurteilung ermöglicht, ob ein Bußgelderlass grundsätzlich gewährt werden kann.²¹⁴

Letztlich hat die Unternehmenserklärung jedoch bestimmten Mindestanforderungen zu genügen. Hierzu gehören eine genaue Beschreibung des mutmaßlichen Kartells, einschließlich der betroffenen Produkte, seiner Ziele, Funktionsweise und Aktivitäten sowie die Namen und Adressen der Kartellmitglieder, samt Privatadressen der darin verwickelten natürlichen Personen. Des Weiteren sind der räumlich relevante Markt, das betroffene Marktvolumen sowie wie detaillierte Angaben über Ort, Datum, Teilnehmer sowie Inhalte der Kartellmeetings, relevant. Ferner müssen, falls dies zum Verständnis notwendig erscheint, die beigebrachten Beweise mit Erläuterungen versehen sein. Aufgrund der parallelen Zuständigkeiten im Kartellverfahren sind überdies andere Wettbewerbsbehörden innerhalb und außerhalb der Union namhaft zu machen, mit denen sich der potentielle Kronzeuge in Verbindung zu setzen gedenkt oder bereits hat.²¹⁵

²¹² Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 14.

²¹³ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 9 lit a Fußnote 2.

²¹⁴ Hummer, Neuerungen in der europäischen Kronzeugenregelung, *ecolx* 2007, 446 (447).

²¹⁵ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 9 lit a.

Kronzeugenanträge können mit weiteren Beweismitteln ergänzt werden, solange kein Antrag eines weiteren Kartellteilnehmers bei der Wettbewerbsbehörde einlangt. Sollten mehrere Anträge verschiedener Unternehmen vorliegen, werden diese nach dem Zeitpunkt des Eintreffens gereiht und vollständig geprüft. Jene Anträge auf Kronzeugenbehandlung, welche erst nach der Zustellung der Mitteilung der Beschwerdepunkte gestellt wurden, sohin nachdem den Unternehmungen die zur Last gelegte Zuwiderhandlung mitgeteilt wurde, müssen von der Kommission gar nicht erst berücksichtigt werden. Da der exakte Zeitpunkt des Einlangens des Kronzeugenantrages bei mehreren antragstellenden Unternehmen von größter Bedeutung ist, stellt die Kommission – auf Verlangen – eine Bestätigung mit Datum und Uhrzeit des Empfangs aus.²¹⁶

Darüber hinaus hat der Kronzeuge während des gesamten Verfahrens in vollem Umfang, kontinuierlich und zügig mit der Kommission zusammen zu arbeiten.²¹⁷ Damit ist vor allem die unverzügliche Übermittlung von Beweismitteln, ohne Vernichtung, Verfälschung oder Unterdrückung, die sofortige Beantwortung der Anfragen der Kommission und die Bereitstellung von Mitarbeitern für Befragungen, gemeint.²¹⁸ Eine Voraussetzung, damit das Unternehmen in vollem Umfang kooperiert, ist, dass in der Vergangenheit – zumindest ab jenem Zeitpunkt ab dem eine Zusammenarbeit mit der Kommission in Betracht gezogen wurde – keine Beweise manipuliert wurden. Denn nur so können nach der Rechtsprechung des EuGH die gelieferten Informationen und das Verhalten des betreffenden Unternehmens als Zeichen eines wahren Willens zur Zusammenarbeit gewertet werden.²¹⁹ Um ernsthaft zu kooperieren, sind ebenso erst nach der Antragstellung für die betreffende Unternehmung zugänglich gewordene Beweise unverzüglich an die Kommission zu übermitteln.²²⁰ Kommt der mutmaßliche Kronzeuge seinen Verpflichtungen während des gesamten Verfahrens nicht in erforderlicher Weise nach, kann dies zum Verlust seiner Stellung führen und sogar eine bloße Ermäßigung der Geldbuße hinfällig werden lassen. Dies wird insbesondere in Fällen tragend, in denen das antragstellende Unternehmen versucht seinen wahren

²¹⁶ Hummer, Neuerungen in der europäischen Kronzeugenregelung, *ecolx* 2007, 446 (447).

²¹⁷ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, *ABl* 2006 C 298, 17 Rn 12.

²¹⁸ Gruber, Die EU-Kronzeugenregelung 2006, *MR-Int* 2007, 3 (Fn 18).

²¹⁹ EuGH, 29.06.2006, Rs C-301/04 P, *SGL Carbon*, *Slg* 2006, I-5915 Rn 68; EuGH, 28.06.2005, verb Rs C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, *Dansk Rorindustri*, *Slg* 2005, I-5425 Rn 396 ff.

²²⁰ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, *ABl* 2006 C 298, 17 Rn 12 lit a.

Willen oder den tatsächlichen Umfang der wettbewerbswidrigen Tätigkeit zu verschleiern. Liegen alle Voraussetzungen für die Gewährung einer Befreiung der Geldbuße vor, wird von der Kommission schriftlich ein bedingter Erlass bestätigt. Anderenfalls erfolgt eine schriftliche Verständigung, dass ein vollständiger Erlass nicht möglich ist. Das antragstellende Unternehmen kann sich in diesem Fall entscheiden, ob es die Beweismittel zurückzieht oder diese zur Ermäßigung des Bußgeldes verwendet werden sollen.²²¹ Ein Zurückziehen der übermittelten Daten hindert die Kommission letztlich nicht daran selbst Ermittlungen einzuleiten, die auf Wiedererlangung dieser Beweise abzielen. Deshalb und für den Fall nicht erstantragstellendes Unternehmen zu sein, werden Anträge auf Erlass der Geldbuße vernünftigerweise meist gleich alternativ auf Ermäßigung des Bußgeldes gestellt.²²²

6. Setzen eines Markers

Eine wesentliche Neuerung der europäischen Kronzeugenregelung durch die Mitteilung aus 2006 stellt die Möglichkeit eines an einem Kartell beteiligten Unternehmens dar, sich einen sogenannten „Marker“ für den ersten Rang im Kronzeugenprogramm setzen zu lassen. Da nur das erste antragstellende Unternehmen in den Genuss des Kronzeugenstatus gelangen kann, stellt dies zweifelsfrei eine große Erleichterung dar. Vor allem angesichts des Aufwandes alle notwendigen Beweismittel für die Kommission aufzubereiten und der damit verlorenen Zeit bis zur tatsächlichen Antragstellung, lässt diese Möglichkeit überaus sinnvoll erscheinen.²²³ Gänzlich neu ist diese Idee jedoch nicht. Vielmehr wurde sie aus dem US-System übernommen, wo Unternehmungen schon seit mehr als 15 Jahren Marker setzen können. Im Gegensatz zum amerikanischen Marker kann dieser im europäischen Kartellrecht nicht anonym beantragt werden.²²⁴

Ein kooperationswilliger Kartellant kann sich dadurch vorerst seinen Platz als erster Übermittler eines Kronzeugenantrages sichern, ohne umfangreiche Beweise vorlegen zu müssen. Doch auch die Gewährung eines Markers ist an gewisse Mindestanforderungen hinsichtlich der vorzulegenden Informationen gebunden. Jedenfalls erforderlich sind

²²¹ *Hartung*, Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, wbl 2007, 63 (64).

²²² *Hummer*, Neuerungen in der europäischen Kronzeugenregelung, ecolex 2007, 446 (448 Fn 16).

²²³ *Hummer*, Neuerungen in der europäischen Kronzeugenregelung, ecolex 2007, 446 (447).

²²⁴ *Gruber*, Die EU-Kronzeugenregelung 2006, MR-Int 2007, 3 (4 f).

hierzu die Nennung des Namens und der Anschrift des Antragstellers, die Namen der am mutmaßlichen Kartell beteiligten Unternehmen sowie der betroffenen Produkte, Gebiete sowie die geschätzte Dauer der Zuwiderhandlung.²²⁵ Darüber hinaus sollte das offenlegende Unternehmen darlegen, ob bereits Anträge auf Kronzeugenbehandlung bei nationalen Behörden gestellt wurden oder dies beabsichtigt wird sowie eine Begründung, warum ein Marker gewährt werden sollte. Das Hauptargument einen Marker zu wünschen dürfte in der Regel darin liegen, mehr Zeit für das Zusammentragen und Aufarbeiten der Beweismittel zu benötigen, welche im Wettlauf darum der Erste zu sein nicht gegeben ist. Ob und über welchen Zeitraum der Marker letztlich gewährt wird, liegt im vollständigen Ermessen der Kommission und ist je nach Einzelfall festzulegen.²²⁶ Dieses weiträumige Ermessen entfaltet jedoch durch die Unvorhersehbarkeit der Entscheidung abschreckende Wirkung gegenüber potentiellen Kronzeugen.²²⁷ Wird dem Antragsteller der Marker gewährt, hat dieser innerhalb der gesetzten Frist Zeit seinen Antrag nach den Mindestanforderungen für den Erlass der Geldbuße erforderlichen Daten zu vervollständigen. Eine solche Vervollständigung ist durch die Stellung eines hypothetischen Antrages explizit ausgeschlossen. Die innerhalb der Frist vorgelegten Beweismittel haben die Wirkung, als wären sie an dem Tag vorgelegt worden, an dem der Marker eingetragen wurde.²²⁸ Auch in dieser Hinsicht wurde vom bereits erprobten amerikanischen Kronzeugenprogramm kopiert.

Selbst wenn schon die Gewährung eines Markers mit der Vorlage eines Mindestmaßes an Beweismitteln verbunden ist, dürfte der Aufwand hierfür, aufgrund des von der Kommission geforderten Umfanges, überschaubar sein. Darüber hinaus wurde mit relativ geringem Interpretationsspielraum festgelegt was von Antragstellern gefordert wird. Hierdurch herrscht für alle einen Marker beantragenden Unternehmen im Vorfeld derselbe Aufwand, wodurch die Chancengleichheit, der Erste bei der Antragstellung zu sein, sichergestellt ist. Würde die Kommission hingegen nicht auf diese Standards bestehen, könnte der konkrete Einzelfall womöglich nicht von ähnlichen Sachverhalten

²²⁵ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 15 zweiter Satz.

²²⁶ *Hartung*, Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, wbl 2007, 63 (64).

²²⁷ *Gruber*, Die EU-Kronzeugenregelung 2006, MR-Int 2007, 3 (5).

²²⁸ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 15.

abgegrenzt werden. Dies ist jedoch für die Zuordenbarkeit des Antrages auf die mutmaßliche Zuwiderhandlung unerlässlich.²²⁹

7. Erlass oder Mäßigung der Geldbuße

Die Kommission bekräftigt in der aktuellen Kronzeugenmitteilung abermals wie wichtig die Bekämpfung von Hardcore-Kartellen aufgrund ihrer Sozialschädlichkeit ist.²³⁰ So verwundert es nicht, dass ein Kartellmitglied, das der Wettbewerbshüterin hilft die wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung aufzudecken, mit einer Reduktion oder dem Erlass des Bußgeldes rechnen kann. Darüber hinaus stellt sogar die Mitarbeit eines an einem Kartellverbund beteiligten Unternehmens zu dessen Aufdeckung einen Wert an sich dar, wodurch die erbrachte Mithilfe einen vollständigen Erlass der Geldbuße ohne weiteres rechtfertigen kann.²³¹ Es ist jedoch erforderlich, dass diese freiwillige Zusammenarbeit und die Vorlage von Beweisen zur Aufdeckung des kartellrechtswidrigen Verhaltens, der Einleitung einer gezielten Nachprüfung – der sogenannten „Target Inspection“ – oder das Aufdecken des Verstoßes ermöglichen.²³² Welcher Wert den vorgelegten Beweisen zugemessen wird, hängt maßgeblich von deren Qualität und vom Zeitpunkt der Vorlage ab. Liegen die vorgebrachten Beweise der Kommission selbst schon vor, ist ein völliger Erlass der Geldbuße ausgeschlossen. Von der Wettbewerbshüterin anerkannt wird jedoch nicht nur die Zusammenarbeit im Zuge eines formellen Kronzeugenprogramms. Vielmehr kann ebenso die tatsächliche Mitarbeit von Unternehmungen während des Kartellverfahrens außerhalb der Kronzeugenregelung mildernde Umstände bei der Bußgeldberechnung bewirken.²³³

²²⁹ Pressemitteilung der Kommission vom 07.12.2006, Competition: revised Leniency Notice – frequently asked questions, MEMO/06/469 Rn 8.

²³⁰ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 1 ff.

²³¹ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 5.

²³² Pressemitteilung der Kommission vom 07.12.2006, Competition: revised Leniency Notice – frequently asked questions, MEMO/06/469 Rn 8.

²³³ Kommission, 30.10.2002, COMP/35.587, COMP/35.706 und COMP/36.321, *Video Games*, ABI 2003 L 255, 33 Rn 454.

a. Vollständiger Erlass des Bußgeldes

Ein vollständiger Erlass der Geldbuße kommt jedenfalls in Frage, wenn ein an einem die Union betreffenden Kartell beteiligtes Unternehmen als erstes Informationen oder Beweismittel vorlegt, die entweder eine Target Inspection oder die Feststellung des kartellrechtswidrigen Verhaltens ermöglichen.²³⁴ Um eine solch gezielte Nachprüfung durchführen zu können, ist es wiederum erforderlich, dass der Kommission detailliert mitgeteilt wird, wo genau und was gesucht werden soll.²³⁵ Bei der Bewertung der Beweisqualität räumt sich die Wettbewerbshüterin grundsätzlich einen großen Ermessensspielraum ein. Denn sie kann nach ihrer eigenen Auffassung beurteilen, wozu die vorgelegten Informationen taugen.²³⁶ Grenzen erfährt das Ermessen der Kommission jedoch durch den Gleichbehandlungsgrundsatz, welcher bei der Bewertung der von Unternehmungen zur Verfügung gestellten Daten stets zu berücksichtigen ist.²³⁷ Stellen Unternehmen unter vergleichbaren Umständen und im selben Abschnitt des Verfahrens gleichwertige Informationen bereit, ist dieser Kooperationswille im Hinblick auf eine mögliche Reduktion der Geldbuße daher gleich zu bewerten.²³⁸

Neben der Neuheit der dargelegten Informationen, welche nach Rn 8 determiniert werden, müssen nach Rn 12 lit a bis c sowie Rn 13 der Mitteilung aus 2006 weitere Voraussetzungen kumulativ erfüllt werden, um den Geldbußenerlass zu rechtfertigen. Hierzu zählt die unverzügliche Informationspflicht des betreffenden Unternehmens, wonach dieses alle relevanten Daten über das mutmaßliche Kartell, in dessen Besitz es ist oder welche ihr zugänglich sind, zu übermitteln hat. Des Weiteren müssen Anfragen der Kommission, welche sich bloß eignen zum Sachverhalt beizutragen, unverzüglich und ohne Ausnahme beantwortet werden. Dies gilt ebenso für Gesuche, welche weniger formell per Telefon oder E-Mail gestellt werden.²³⁹ Dazu sind derzeitige, und soweit möglich, frühere Mitarbeiter sowie Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer für Befragungen durch die Behörde von der Unternehmung stellig zu machen. Das

²³⁴ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 8.

²³⁵ Pressemitteilung der Kommission vom 07.12.2006, Competition: revised Leniency Notice – frequently asked questions, MEMO/06/469 Rn 8.

²³⁶ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 8.

²³⁷ EuG, 06.12.2005, Rs T-48/02, *Brouwerij Haacht*, Slg 2005, II-5259 Rn 109 ff; EuG, 13.12.2001, verb Rs T-45/98 und T-47/98, *Krupp Thyssen*, Slg 2001, II-3757 Rn 237.

²³⁸ EuG, 25.10.2005, Rs T-38/02, *Groupe Danone*, Slg 2005, II-4407 Rn 453 f.

²³⁹ Klose in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1 (2011) Leniency-Bekanntmachung Rn 16 f.

betreffende Unternehmen trifft hier die Pflicht ernsthaftes Bemühen zu zeigen, um (ehemalige) Mitarbeiter zur Kooperation zu bewegen. Da sich in Art 19 VO 1/2003 und in den Kronzeugenmitteilungen keine Anhaltspunkte für Zwangsmittel finden, kann vom Unternehmen nicht verlangt werden, dass insbesondere frühere Mitarbeiter für ihren vormaligen Arbeitgeber mit der Behörde kooperieren.²⁴⁰ Ferner sind Stellung und Inhalt des Antrages vertraulich zu behandeln, solange nicht die Kommission selbst ihre Beschwerdepunkte den Konkurrenten mitgeteilt hat. Vor allem für börsennotierte Unternehmen mit Publizitätspflichten gibt es hierbei jedoch die Möglichkeit Ausnahmerevereinbarungen zu treffen.²⁴¹ Darüber hinaus ist es unabdingbar, dass das offenlegende Kartellmitglied die kartellrechtliche Zuwiderhandlung spätestens unmittelbar nach der Antragstellung beendet hat. Ausgenommen davon sind jene Kartelltätigkeiten, die notwendig sind, um die übrigen Kartellmitglieder vom Fortbestehen der wettbewerbswidrigen Vereinbarung weiter zu überzeugen. Dies ergänzt die Geheimhaltungspflicht der Antragstellung, damit die Nachprüfung durch die Kommission nicht gefährdet wird. Derartig notwendige Aktivitäten werden jedoch in Absprache mit der Wettbewerbsbehörde festgelegt, um der betreffenden Unternehmung keinen zu großen Ermessensspielraum zu gewähren.²⁴²

Eine weitere Bedingung richtet sich an die Authentizität der übermittelten Beweise, welche – zumindest ab jenem Zeitpunkt in dem eine Kooperation erstmalig in Betracht gezogen wurde – keinesfalls verfälscht, vernichtet, unterdrückt oder in irreführender Weise²⁴³ weitergegeben werden dürfen.²⁴⁴ Dies gilt sowohl für Informationen, welche schon bei der Antragstellung offengelegt wurden als auch für solche, die zu einem späteren Zeitpunkt nachgereicht werden. Wobei die Kommission hierbei einen gewissen Spielraum bei der Bewertung dieses Erfordernisses andeutet.²⁴⁵ Selbst wenn ein betreffendes Unternehmen auf eine Frage der Kommission antwortet, deren Beantwortung nicht verpflichtend war, darf nicht in unvollständiger oder irreführender Weise geantwortet werden. Anderenfalls würde auch dieser Umstand gegen einen

²⁴⁰ Klose in Hirsch/Montag/Säcker, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1 (2011) Leniency-Bekanntmachung Rn 18.

²⁴¹ Pressemitteilung der Kommission vom 07.12.2006, Competition: revised Leniency Notice – frequently asked questions, MEMO/06/469 Rn 8.

²⁴² Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 12 lit b.

²⁴³ EuGH, 29.06.2006, Rs C-301/04 P, SGL Carbon, Slg 2006, I-5915 Rn 68; EuGH, 28.06.2005, verb Rs C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Dansk Rorindustri, Slg 2005, I-5425 Rn 396 ff.

²⁴⁴ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 12 lit c.

²⁴⁵ Gruber, Die EU-Kronzeugenregelung, MR-Int 2007, 3 (4).

Kooperationswillen sprechen, wodurch sich keine Ermäßigung der Bußgeldzahlung begründen ließe.²⁴⁶ Dies gilt jedoch nur für das Unternehmen als solches, nicht für jeden einzelnen Mitarbeiter, wodurch wiederum ein gewisser Ermessensspielraum entsteht.²⁴⁷ Ausgeschlossen wird ein vollständiger Erlass des Bußgeldes für Unternehmen, die andere zur Aufnahme oder Weiterführung des wettbewerbswidrigen Verhaltens gezwungen haben. Dennoch ist auch in diesem Fall eine Ermäßigung der Geldbuße weiterhin möglich, wenn die ansonsten notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind.²⁴⁸ Letztlich darf dieser Katalog nicht als genaue Regelung der vorzulegenden Beweise angesehen werden. Vielmehr werden damit Mindeststandards vorgegeben, welche zur Erlangung des Nachlasses der Geldbuße führen und dem Antragsteller Rechtssicherheit vermitteln sollen.

b. Mäßigung des Bußgeldes

Liegen die in den vorgebrachten Beweisen enthaltenen Daten der Kommission bereits in ausreichender Weise vor oder erfüllen die durch das Kartellmitglied vorgelegten Informationen nicht alle Anforderungen, schließt dies einen vollständigen Erlass bereits aus.²⁴⁹ Eine Ermäßigung kommt indes weiterhin in Frage. Unerlässlich dafür ist, dass die vorgelegten Beweismittel einen erheblichen Mehrwert darstellen. Diesen erheblichen Mehrwert weisen beispielsweise Informationen auf, die für die Kommission bis dato fragliche Sachverhalte unmittelbar und zwingend nachweisen.²⁵⁰ In Rn 25 der Mitteilung aus 2006 nennt die Kommission Beispiele wie Beweismittel aufgrund ihrer Eigenschaft und Ausführlichkeit einen Mehrwert darstellen können. So wird angeführt, dass schriftlichen Informationen aus der Zeit der wettbewerbswidrigen Handlung ein größerer Wert beizumessen sein wird, als aus der Zeit nach der Einstellung des inkriminierten Verhaltens. Ebenso sind Beweise, welche fragliche Sachverhalte unmittelbar nachweisen, höherwertiger einzustufen als solche, die nur mittelbaren Bezug nehmen. Selbiges gilt auch für zwingende Beweismaterialien im Vergleich zu solchen, die im Falle

²⁴⁶ EuGH, 29.06.2006, Rs C-301/04 P, *SGL Carbon*, Slg 2006, I-5915 Rn 69.

²⁴⁷ Pressemitteilung der Kommission vom 07.12.2006, Competition: revised Leniency Notice – frequently asked questions, MEMO/06/469 Rn 8.

²⁴⁸ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 13.

²⁴⁹ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 10.

²⁵⁰ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 25.

einer Anfechtung einer zusätzlichen Untermauerung bedürfen.²⁵¹ Der Umstand, wonach Beweise bei der Übermittlung an die Kommission erheblichen Mehrwert gegenüber solchen, die bereits im Besitz der Wettbewerbshüterin sind, aufweisen müssen²⁵², lässt die Konklusion zu, dass die Anforderungen an vorgelegte Informationen weiterer Kartellteilnehmer fortwährend ansteigen. Diese Normierung zielt daher insbesondere darauf ab, ein Zuwarten der Kartellanten bei der Beweisvorlage zu unterbinden und eine rasche Offenlegung voranzutreiben. Betreffende Unternehmen wissen zwar nicht über welche Beweismittel die Wettbewerbsbehörde bereits verfügt und ob eine weitere Kundgabe einen Mehrwert darstellen würde. Ein wahrer Kooperationswille wird jedoch bei der Entscheidung nicht unberücksichtigt bleiben. Spätestens bei der Übermittlung der Beschwerdepunkte muss einer Unternehmung mitgeteilt werden, ob es sich für eine Reduktion des Bußgeldes qualifiziert.²⁵³

Im Sinne weiterer Aufdeckungen über den wahren Umfang des Kartells wirkt ferner die Regelung des letzten Absatzes der Rn 25. Demnach werden bei jenem Unternehmen, welches als erstes zwingende Beweise mit erheblichem Mehrwert vorlegt, welche von der Kommission herangezogen werden, um den Umfang der Zuwiderhandlung erhöhende Tatsachen nachzuweisen, diese zusätzlichen Fakten in der Bußgeldentscheidung nicht berücksichtigt. Eröffnen neue Informationen eines Kartellanten der Behörde sohin ein größeres Ausmaß des bisher bekannten wettbewerbswidrigen Verhaltens, wodurch dieser sich selbst belastet, wird dies dem betreffenden Unternehmen stets zugutegehalten, da derartige Daten ansonsten unter Verschluss bleiben würden.

Des Weiteren müssen für die Inaussichtstellung einer Ermäßigung des Bußgeldes kumulativ die weiteren Voraussetzungen wie beim Erlass der Geldbuße nach Rn 12 lit a bis c der Mitteilung aus 2006 vorliegen. Nicht erfüllt muss hingegen Rn 13 sein, wodurch sich Unternehmen, die andere zur Kartellteilnahme gezwungen haben, für eine Reduktion des Bußgeldes qualifizieren.²⁵⁴ Im Gegensatz zum Erlass kann bei der Ermäßigung die Geldbuße mehreren am Kartell beteiligten Unternehmen parallel und in unterschiedlicher Höhe herabgesetzt werden. Diese Normierung zielt unmissverständlich

²⁵¹ Hummer, Neuerungen in der europäischen Kronzeugenregelung, *ecolex* 2007, 446 (447); EuG, 08.07.2004, verb Rs T-67/00, T-68/00, T-71/00 und T-78/00, *JFE Engineering*, Slg 2004, II-2501 Rn 219.

²⁵² Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 5 und 26.

²⁵³ Hummer, Neuerungen in der europäischen Kronzeugenregelung, *ecolex* 2007, 446 (447).

²⁵⁴ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 23 f.

darauf ab, weitere Kartellanten zur Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde zu animieren, auch wenn bereits ein anderer den ersten Schritt gewagt hat und sich so womöglich einen vollständigen Nachlass gesichert hat. Dadurch kann der Weg zu weiteren, dem ersten Antragsteller nicht vorliegenden, Beweisen geebnet werden, welche unter anderem Rückschlüsse auf den wahren Kooperationswillen des Kronzeugen zulassen.

In Rn 26 der Mitteilung listet die Kommission relativ detailliert auf mit welcher Ermäßigung die Überbringer der Beweismittel, gestaffelt nach der Rangfolge des Einlangens, rechnen können. Das durch die Leitlinien der Kommission²⁵⁵ errechnete Bußgeld wird hierzu nach Schwere und Dauer sowie nach Vorliegen von Erschwerungs- oder Milderungsgründen berechnet²⁵⁶, allenfalls bei der Zehn-Prozent-Grenze²⁵⁷ gekappt, und im Anschluss um einen Prozentsatz durch das Mitwirken während der Ermittlungen reduziert.²⁵⁸ Das erste Unternehmen, welches Beweise mit erheblichem Mehrwert vorlegt, kann mit einer Reduktion zwischen 30 und 50 Prozent, das zweite zwischen 20 und 30 Prozent sowie das dritte bis zu 20 Prozent, rechnen. Innerhalb dieser Bandbreite bestimmt die Kommission, unter Berücksichtigung des Vorlagezeitpunktes sowie des durch die Beweise beigeschafften Mehrwertes, über die Ermäßigung.²⁵⁹ Da ebenso die Qualität der vorgelegten Unterlagen von der Wettbewerbshüterin bewertet wird, bleibt freilich ein nicht unerheblicher Ermessensspielraum offen, welcher nur durch das Gleichbehandlungsgebot beschränkt wird.²⁶⁰

8. Zusammenarbeit außerhalb der Kronzeugenregelung

Seit jeher wird die Kooperationswilligkeit eines Unternehmens mit den Wettbewerbsbehörden als mildernder Umstand gewertet. Deshalb wurde schon vor Erlass der ersten Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in

²⁵⁵ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2.

²⁵⁶ Näheres dazu unter Kapitel III. B. 4. b. Bemessung der Geldbuße.

²⁵⁷ Näheres dazu unter Kapitel III. B. 4. a. Rechtliche Obergrenze der Geldbuße.

²⁵⁸ Kommission, 29.11.2006, COMP/F/38.638, *BR/ESBR*, ABI 2008 C 7, 11 Rn 20 ff; *Buntscheck*, Die gesetzliche Kappungsgrenze für Kartellgeldbußen, EuZW 2007, 423 (427).

²⁵⁹ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 26.

²⁶⁰ EuG, 08.07.2004, Rs T-48/00, *Corus*, Slg 2004, II-2325 Rn 201 ff; EuG, 13.12.2001, verb Rs T-45/98 und T-47/98, *Krupp*, Slg 2001, II-3757 Rn 246 ff; *Haibach*, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998, 456 (460 f).

Kartellsachen im Jahr 1996 die Zusammenarbeit während des Ermittlungsverfahrens positiv berücksichtigt. Ebenso wird in den aktuellen Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen explizit die aktive, über ihre rechtliche Verpflichtung hinausgehende, Zusammenarbeit eines Unternehmens mit der Kommission außerhalb der Kronzeugenregelung als mildernder Umstand erwähnt.²⁶¹ Auch bei Kartellfällen außerhalb des Anwendungsbereichs der Kronzeugenregelung, wie beispielsweise vertikalen Vereinbarungen, kann der Kooperationswille positiv angerechnet werden.²⁶² Selbiges gilt, wenn einer Unternehmung der Kronzeugenstatus nicht gewährt wird oder diesen aufgrund eines Verstoßes gegen die in der Mitteilung dargelegten und vom Kronzeugen geforderten Verhaltensweisen verliert.²⁶³

Die aus der Zusammenarbeit außerhalb der Kronzeugenregelung resultierende Nachsicht der Strafe orientiert sich stets am Wert der durch die Kooperation erlangten Informationen. Eine Milderung der Geldbuße kann schon in Betracht kommen, wenn die Kooperation die Ermittlungen der Behörde erleichtert.²⁶⁴ Von der Kommission wird dabei stets ein Grundsatz verfolgt, wonach dem kooperationswilligen Unternehmen durch das Mitwirken im Hinblick auf die Bemessung der Geldbuße keine Nachteile erwachsen sollen. Dementsprechend kann diese Regelung dazu führen, dass sich ein Teilbereich der Zuwiderhandlung, wovon die Wettbewerbsbehörde nur durch die Kooperation des Unternehmens erfahren hat, nicht auf das Bußgeld dieses Unternehmens auswirkt.²⁶⁵ In diesem Fall würden nur andere an dem Kartell beteiligte Organisationen erschwerend belastet werden, wodurch entschieden die Vorlage von Beweismitteln aus freien Stücken gefördert werden soll.

Eine Herabsetzung des Bußgeldes durch die Mitwirkung während des Verwaltungsverfahrens ist jedoch nur zu rechtfertigen, wenn dadurch die Kommission in die Lage versetzt wird einen Kartellrechtsverstoß leichter festzustellen oder gegebenenfalls abzustellen.²⁶⁶ Keinen Milderungsgrund stellt jedenfalls die bloße Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde während des Ermittlungsverfahrens dar,

²⁶¹ Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2 Rn 29 vierter Gedankenstrich.

²⁶² Kommission, 30.10.2002, COMP/35.587, COMP/35.706 und COMP/36.321, *Video Games*, ABI 2003 L 255, 33 Rn 454 ff; Kommission, 05.07.2000, COMP.F.1/36.516, *Nathan-Bricolux*, ABI 2001 L 54, 1 Rn 134.

²⁶³ Kommission, 20.10.2005, COMP/C.38.238/B.2, *Rohtabak Indien*, ABI 2011 C 311, 53.

²⁶⁴ EuGH, 16.11.2000, Rs C-297/98 P, *SCA Holding*, Slg 2000, I-10101.

²⁶⁵ Kommission, 03.09.2004, COMP/38.069, *Kupferinstallationsrohre*, ABI 2006 L 192, 21 Rn 36.

²⁶⁶ Kommission, 30.10.2002, COMP/35.587, COMP/35.706 und COMP/36.321, *Video Games*, ABI 2003 L 255, 33 Rn 454 ff; EuGH, 16.11.2000, Rs C-297/98 P, *SCA Holding*, Slg 2000, I-10101 Rn 36.

da kartellrechtswidrig agierende Unternehmen ohnehin eine generelle Pflicht zur Mitarbeit haben.²⁶⁷ Dennoch können trotz der, über das erforderliche Maß hinausgehenden, Mitwirkung am Ermittlungsverfahren negative Aspekte überwiegen und einer teilweisen Nachsicht des Bußgeldes entgegenstehen. Dieser Fall wäre insbesondere dann gegeben, wenn der Kartellant sein wettbewerbswidriges Verhalten während des Verfahrens verstärkt.²⁶⁸

C. Organisation des Kartellrechts

Durch die Einführung der VO 1/2003 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrages (nunmehr Art 101 und 102 AEUV) niedergeschriebenen Wettbewerbsregeln²⁶⁹ wurde im europäischen Kartellverfahren ein System der parallelen Zuständigkeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden geschaffen. Seit dem Inkrafttreten der VO am 01.05.2004 sind die nationalen Behörden ausdrücklich dazu verpflichtet, bei der Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts ebenso direkt Art 101 AEUV anzuwenden und dadurch Vergehen gegen das europäische Kartellrecht aufzugreifen.²⁷⁰

1. Parallele Zuständigkeiten bei Kronzeugenprogrammen

Der räumliche Anwendungsbereich der europäischen Kronzeugenregelung wurde durch das System der parallelen Zuständigkeiten auf gegen das Unionsrecht verstoßende Kartelle mit bi- oder multinationaler Auswirkung innerhalb der Union beschränkt. Die grundlegende Normierung der Verteilung von Kartellrechtsfällen auf Kommission und nationale Behörden findet sich in Kapitel IV der VO 1/2003. Näher präzisiert wurden diese sekundärrechtlichen Regelungen mit der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden.²⁷¹

²⁶⁷ Art 17 ff VO 1/2003.

²⁶⁸ EuG, 17.12.2003, Rs T-219/99, *British Airways*, Slg 2003, II-5917 Rn 315.

²⁶⁹ VO (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI 2003 L 1, 1.

²⁷⁰ Art 3 Abs 1 Satz 1 VO 1/2003.

²⁷¹ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43; Nachfolgend: „Netzwerk bekanntmachung“.

a. Welche Behörde wird sich des Falles annehmen?

Nach den Regeln der Netzwerkbekanntmachung liegt die Zuständigkeit für einen Kartellrechtsverstoß, der in den Anwendungsbereich der europäischen Kronzeugenregelung fällt, bei jener Behörde, die dazu „gut geeignet“ ist.²⁷² Gut zur Aufgreifung der Zuwiderhandlung geeignet kann eine Wettbewerbsbehörde dann sein, wenn drei Bedingungen kumulativ erfüllt sind. Zum einen muss die wettbewerbswidrige Vereinbarung oder Verhaltensweise wesentliche und unmittelbare tatsächliche oder absehbare Auswirkungen auf das Hoheitsgebiet der jeweiligen Kartellbehörde haben. Hierzu reicht bereits aus, wenn diese Zuwiderhandlung in deren Hoheitsgebiet umgesetzt wird oder dort ihren Ursprung hat.²⁷³ Des Weiteren muss es der Behörde, bedingt durch ihre räumlich begrenzte Hoheitsgewalt, möglich sein den Verstoß abzustellen. Dies setzt voraus, dass die jeweilige Wettbewerbsbehörde durch ihre Entscheidung den Kartellrechtsverstoß wirksam beenden und gleichzeitig wirksam ahnden kann.²⁷⁴ Die dritte Bedingung erfordert, dass die Behörde, gegebenenfalls mit Unterstützung anderer Kartellbehörden, die zum Nachweis des Verstoßes erforderlichen Beweismittel erheben kann.²⁷⁵ Unerlässlich ist dabei eine wesentliche Verbindung der Zuwiderhandlung mit dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates. Dementsprechend ist die Behörde des jeweils betroffenen Hoheitsgebietes in der Regel gut geeignet den Verstoß aufzugreifen. Dies jedoch wiederum unter der Voraussetzung, dass das Vergehen durch alleiniges oder paralleles Vorgehen von bis zu zwei weiteren nationalen Wettbewerbsbehörden wirksam beendet werden kann sowie sich die Kommission nicht als besonders gut geeignet erachtet.²⁷⁶ Die Kommission selbst sieht sich zur Aufgreifung des Falles besonders gut geeignet, wenn mehr als drei Mitgliedstaaten von der wettbewerbswidrigen Vereinbarung oder Verhaltensweise betroffen sind.²⁷⁷ Vor allem dann, wenn weitere Unionsbestimmungen mit dem Sachverhalt verknüpft sind, welche ausschließlich oder effizienter von der Kommission angewendet werden können. Darüber hinaus sieht sich die Kommission ebenso zuständig, wenn der Fall

²⁷² Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 5 ff.

²⁷³ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 8 Z 1.

²⁷⁴ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 8 Z 2.

²⁷⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 8 Z 3.

²⁷⁶ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 9 bis 12.

²⁷⁷ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 14.

herangezogen wird um die Wettbewerbspolitik weiter zu entwickeln, wenn neue Fragestellungen zum Wettbewerb auftreten sowie eine wirksame Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregelungen sichergestellt werden soll.²⁷⁸ Nimmt sich die Kommission des Falles an, führt dies jedenfalls zum Verlust der Zuständigkeit nationaler Behörden.²⁷⁹

Diese recht schwammigen und sich untereinander überlappenden Normierungen lassen einen sehr großen Interpretationsspielraum erahnen, wodurch nahezu jeder mutmaßliche Wettbewerbsverstoß – vor allem im Hinblick auf die Internationalisierung der Märkte – sowohl von nationalen Behörden, als auch der Kommission, aufgegriffen werden kann. Insbesondere der Umstand, wonach es ausreicht, dass die Zuwiderhandlung wesentliche, tatsächliche oder absehbare Auswirkungen auf das jeweilige Hoheitsgebiet hat oder auf deren Gebiet umgesetzt wird oder dort dessen Ursprung liegt, deckt wohl alle Möglichkeiten ab, weshalb eine Wettbewerbsbehörde überhaupt die Ansicht vertreten könnte, zur Aufnahme von Ermittlungen geeignet zu sein. Doch selbst wenn eine nationale Kartellbehörde allem Anschein nach gut geeignet ist, sich des Sachverhalts anzunehmen, zählt die Kommission genügend Gründe auf, besonders gut geeignet zu sein. Letztlich fördert diese unklare Abgrenzung nur die Ungewissheit potentieller Kronzeugen.

b. Keine unkoordinierten Parallelverfahren

Eine Behörde ist dazu berechtigt amtswegig Ermittlungen aufzunehmen, sobald sie diese für notwendig erachtet. Leitet eine Wettbewerbsbehörde der Mitgliedstaaten ein Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Art 101 oder 102 AEUV ein, hat diese schriftlich vor Beginn oder unverzüglich nach Einleitung der ersten förmlichen Ermittlungshandlung die Kommission darüber zu unterrichten.²⁸⁰ Diese Normierung soll trotz eines Systems paralleler Zuständigkeiten parallele Verfahren verhindern und so der Forderung effizienter Arbeitsteilung gerecht werden sowie die einheitliche Anwendung

²⁷⁸ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 15.

²⁷⁹ Art 11 Abs 6 VO 1/2003; *Eilmansberger/Reidlinger*, Kronzeugenprogramme aus der Perspektive des Europarechts, in *Thanner/Soyer/Hölzl*, Kronzeugenprogramme: Kartellrecht – Strafrecht – Zivilrecht (2009) 78 (78); *Petsche*, Das neue EG-Kartellverfahrensrecht, *ecollex* 2003, 304 (305).

²⁸⁰ Art 11 Abs 3 VO 1/2003.

des Unionsrechts sicherstellen.²⁸¹ Hat sich eine nationale Kartellbehörde bereits mit demselben Sachverhalt befasst, wird diese vor der Verfahrenseinleitung durch die Kommission konsultiert. Letztlich wird der einzelstaatlichen Behörde die Zuständigkeit entzogen werden, wenn eine Zuwiderhandlung mit unionsweitem Bezug vorliegt. Die Ermittlungsbefugnis nationaler Behörden würde hingegen wieder aufleben, wenn das Verfahren der Kommission mit einer Einstellung endet, ohne eine Entscheidung getroffen zu haben. Denkbar ist dies insbesondere, wenn die Kommission von der Verfolgung absieht, da kein unionsweites Interesse daran besteht. Ebenso lebt die Zuständigkeit der innerstaatlichen Behörde wieder auf, wenn diese bereits ein Verfahren eingeleitet hatte und sich das Verfahren der Kommission unangemessen lange hinzieht.²⁸² In Ausnahmefällen wäre auch denkbar, dass die Kommission durch die Komplexität des Falles nur einen Teil dessen aufgreift, wodurch die parallele Tätigkeit nationaler Wettbewerbsbehörden nicht gehindert wird.²⁸³

Die Einleitung eines solchen Verwaltungsverfahrens durch die Kommission hindert Zivilgerichte auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht daran über Schadenersatzansprüche wegen kartellrechtswidriger Verhaltensweisen mit nationaler oder unionsweiter Auswirkung zu entscheiden. Deren Urteile dürfen jedoch grundlegend nicht die Verwirklichung des Zieles des Unionsvertrages gefährden. Ferner ist es einzelstaatlichen Gerichten, welche über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen nach Art 101 oder 102 AEUV zu befinden haben, nicht gestattet Urteile zu erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen.²⁸⁴ Sohin darf deren Rechtsprechung keiner erlassenen oder beabsichtigten Entscheidung der Kommission entgegenstehen.²⁸⁵

²⁸¹ Art 11 Abs 3 und 4 sowie Art 12 Abs 1 VO 1/2003; Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABl 2004 C 101, 43 Rn 5.

²⁸² Ritter in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht (2012) Art 11 VO 1/2003 Rn 23.

²⁸³ Eilmansberger/Reidlinger, Kronzeugenprogramme aus der Perspektive des Europarechts, in Thanner/Soyer/Hölzl, Kronzeugenprogramme: Kartellrecht – Strafrecht – Zivilrecht (2009) 78 (79).

²⁸⁴ Art 16 VO 1/2003.

²⁸⁵ EuGH, 25.09.2003, Rs C-170/02 P, *Schlüsselvertrag Moser*, Slg 2003, I-9889 Rn 36 f; EuGH, 14.12.2000, Rs C-344/98, *Masterfoods*, Slg 2000, I-11369 Rn 48.

2. Probleme des Kronzeugen infolge der parallelen Zuständigkeit

Für Unternehmen, welche dazu gewillt sind ihr wettbewerbswidriges Verhalten einzustellen und dabei den Status eines Kronzeugen anstreben, ergeben sich durch die parallele Zuständigkeit von Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden weitreichende Probleme, da mit der VO 1/2003 ein mehrgleisiges System eingeführt wurde. Problematisch gestaltet sich vor allem der Umstand, dass ein bei einer Wettbewerbsbehörde gestellter Antrag auf Behandlung als Kronzeuge nicht zugleich als Kronzeugenantrag bei einer anderen Behörde gilt.²⁸⁶ Dies bedeutet für den Kronzeugenanwerber, dass er bei sämtlichen innerstaatlichen Wettbewerbsbehörden, auf deren Mitgliedstaaten sich das Wettbewerbsvergehen räumlich auswirkt, einen entsprechenden Antrag einzubringen hat.²⁸⁷ Dem jeweiligen Unternehmen wird sohin nahegelegt, praktisch zeitgleich und parallel, bei der Kommission und allen möglicherweise zuständigen nationalen Behörden einen entsprechenden Antrag einzureichen. Die bloße Antragstellung bei der Kommission würde zu beachtlichen Risiken für das jeweilige Unternehmen führen, da durch dieses Vorgehen der Kronzeugenstatus, einzig im Hinblick auf die Antragstellung und unabhängig von den sonstigen Voraussetzungen, nicht gesichert werden kann.²⁸⁸

Darüber hinaus ist die Antragstellung in Ermangelung einer unionsweiten Harmonisierung der Kronzeugenprogramme für das jeweilige Unternehmen mit großer Unsicherheit verbunden. Da die nationalen Programme teilweise variable Behördenzuständigkeiten aufweisen sowie hinsichtlich der formellen Voraussetzungen große Diskrepanzen aufweisen, stellt es sich für den Antragsteller als äußerst schwierig dar, alle erforderlichen nationalen Bestimmungen zu berücksichtigen. Der dabei entstehende Aufwand, um bei der Kommission und gleichzeitig bei allen mitgliedstaatlichen Behörden – in der jeweiligen Landessprache – einen formgültigen Kronzeugenantrag einzubringen, steht entgegen dem grundlegenden Bestreben des Kronzeugen, bei diesem Wettrennen der Erste zu sein. Abgesehen vom teilweise monströsen Aufwand, welcher ebenso aus finanzieller Sicht nicht unerwähnt bleiben

²⁸⁶ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 38.

²⁸⁷ Mit Ausnahme von Malta verfügen mittlerweile alle Mitgliedstaaten über Kronzeugenprogramme.

²⁸⁸ *Eilmansberger/Reidlinger*, Kronzeugenprogramme aus der Perspektive des Europarechts, in *Thanner/Soyer/Hölzl*, Kronzeugenprogramme: Kartellrecht – Strafrecht – Zivilrecht (2009) 78 (79).

darf, besteht für die jeweilige Unternehmung ferner die Problematik den von den Wettbewerbsabsprachen betroffenen Markt abzuschätzen. Denn sollte die Kommission einzelne nationale Behörden als zur Aufgreifung des Falles besser geeignet ansehen, erlangt der Kartellant in den einzelnen Mitgliedstaaten nur Kronzeugenstatus, wenn dort ein entsprechender Antrag gestellt wurde. War die ursprüngliche Abschätzung der räumlichen Auswirkungen des Kartells falsch, drohen somit ebenfalls wieder Geldbußen nationaler Wettbewerbsbehörden. Lässt man das Bestehen zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche außer Acht, besteht für kooperationswillige Kartellmitglieder einzig aufgrund der aus dieser Regelung resultierenden Unsicherheit eine erhebliche Abschreckung das Kartell offenzulegen. Zwar mag damit letztlich dem Ziel der VO 1/2003 entsprochen werden, wonach jeder Fall nur von einer Wettbewerbsbehörde vollständig bearbeitet werden soll²⁸⁹, die Lösung ist für potentielle Kronzeugen dennoch mehr als unbefriedigend.

3. Das Kronzeugenmodell des European Competition Network

Als Lösungsansatz zur Bereinigung der materiellen Probleme der europäischen Kronzeugenregelung, deren Wirksamkeit zu sichern und um die dezentrale Anwendung des Wettbewerbsrechts auszubauen, wurde mit der zur VO 1/2003 veröffentlichten Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden das ECN geschaffen. Das Netzwerk bietet, zum Schutz des Wettbewerbs im öffentlichen Interesse, ein Diskussions- und Kooperationsforum für Behörden zur Anwendung und Durchsetzung der unionsweiten Wettbewerbspolitik.²⁹⁰ Die nach Art 11 VO 1/2003 angestrebte verstärkte Zusammenarbeit der einzelnen Wettbewerbsbehörden beschränkt sich dabei nicht nur auf das Verhältnis der Kommission zu den mitgliedstaatlichen Behörden, sondern erstreckt sich insbesondere ebenso auf die Kooperation der nationalen Wettbewerbsbehörden zueinander.²⁹¹ Hierdurch wird eine Harmonisierung der nationalen Regelungen im ECN-Kronzeugenregelungsmodell²⁹² angestrebt, wodurch sichergestellt werden soll, dass potentielle Kronzeugen nicht durch die aufgrund der parallelen Zuständigkeit der

²⁸⁹ Erwägungsgrund 18 VO 1/2003.

²⁹⁰ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 1.

²⁹¹ Richter in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (2012) Art 11 VO 1/2003 Rn 1.

²⁹² ECN-Leniency-Modell abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_de.pdf.

Wettbewerbsbehörden entstehenden Probleme von der Antragstellung abgeschreckt werden. Darüber hinaus soll eine Suche nach dem für die Zuwiderhandlung optimalsten Richter oder der zugänglichsten Behörde, dem sogenannten „Forum Shopping“, vermieden werden.²⁹³ Das Kronzeugenregelungsmodell des ECN gibt hierfür nunmehr detailreichere Regelungsvorschläge für die Kronzeugenregelung und das damit verbundene Verfahren vor.²⁹⁴

a. Informationsaustausch im European Competition Network

Gemäß Art 12 VO 1/2003 sind die Kommission und die mitgliedstaatlichen Behörden zum Zwecke der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV dazu verpflichtet, Informationen (Schriftstücke, Erklärungen und digitale Informationen)²⁹⁵, einschließlich vertraulicher Angaben, auszutauschen und diese als Beweismittel zu führen. Hierzu wurde vom ECN eine zentrale Webseite eingerichtet.²⁹⁶ Dies gilt nunmehr ebenso für, während des Verfahrens ermittelte, Daten.²⁹⁷ Der Datenaustausch hat für eine effiziente und effektive Verteilung und Bearbeitung von Kartellrechtsfällen nicht nur zwischen der Kommission und den nationalen Behörden, sondern ebenso zwischen den nationalen Behörden untereinander stattzufinden.²⁹⁸ Die eigenständige Verantwortung der einzelnen nationalen Wettbewerbsbehörden das Verfahren ordnungsgemäß zu führen wird dadurch nicht beschränkt. Vielmehr soll hierdurch die Konsultation innerer Angelegenheiten zwischen den Kartellbehörden sichergestellt werden. Rechte und Pflichten von Unternehmungen, die sich aus Unionsrecht oder innerstaatlichen Normierungen ergeben, bleiben davon unberührt.²⁹⁹ Dennoch wird klargestellt, dass die Verpflichtung zum Informationsaustausch gemäß Art 12 VO 1/2003 Vorrang gegenüber innerstaatlichen Vorschriften hat, welche entgegen einer Datenweitergabe stehen. Die Erlangung von Beweismitteln hat stets im Rahmen der für die jeweilige nationale

²⁹³ Thanner/Soyer/Hölzl, Kronzeugenprogramme: Kartellrecht – Strafrecht – Zivilrecht (2009) 7.

²⁹⁴ Bauer/Reisner, Das ECN-Modell für eine Kronzeugenregelung, *ecolex* 2007, 529 (529).

²⁹⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 26.

²⁹⁶ Pressemitteilung der Kommission vom 03.04.2006, Competition: European Competition Network launches one-stop access website, IP/06/421.

²⁹⁷ Blake/Schnickels, Schutz der Kronzeugen im neuen EG-Wettbewerbsrecht, *EuZW* 2004, 551 (553).

²⁹⁸ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 27.

²⁹⁹ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 4.

Behörde geltenden Vorschriften zu erfolgen. Ferner kann die übermittelnde Kartellbehörde die empfangenden Behörden davon in Kenntnis setzen, ob die Einholung der Daten angefochten wurde bzw noch werden könnte.³⁰⁰ Nichtsdestotrotz stellt sich berechtigterweise die Frage, welchen Einfluss nicht rechtmäßig erlangte Beweismittel letztlich auf das Verfahren haben.

Für Kronzeugen ergeben sich durch den kontinuierlichen Informationsaustausch aller Wettbewerbsbehörden in Verbindung mit der Problematik der zweigleisigen Zuständigkeit weitere Risiken. Dies manifestiert sich insbesondere dann, wenn eine Behörde, welche bisher nichts von einer Zuwiderhandlung in ihrem räumlichen Zuständigkeitsbereich wusste, durch das ECN Kenntnis erlangt und in Folge dessen Ermittlungen aufnimmt. Hat der Kartellant die Auswirkungen des Kartells falsch abgeschätzt und in ebendiesem Mitgliedstaat keinen Antrag gestellt, könnte dort eine Bußgeldpflicht aufleben.

b. Beschränkung des Informationsaustausches für Kronzeugendokumente

Die Netzwerkbekanntmachung schützt Kronzeugen jedoch insofern, indem sie die Weitergabe von Informationen, die freiwillig im Rahmen eines Kronzeugenantrages vorgelegt wurden, und solchen Beweisen, die nur infolge dieses Antrages ermittelt werden konnten, prinzipiell vom Einverständnis des Kronzeugen abhängig macht. Dennoch wird unmissverständlich betont, dass Behörden, bei denen ein Kronzeugenantrag eingelangt ist, darauf drängen werden, Zustimmung zur Datenweitergabe innerhalb des ECN durch den Antragsteller zu erhalten. Dies insbesondere gegenüber Kartellbehörden, bei denen es dem Kartellanten freistünde ebenso einen Antrag auf Kronzeugenbehandlung zu stellen. Wurde die Zustimmung vom Kronzeugen zur Weitergabe einmal erteilt, kann diese nicht mehr widerrufen werden. Obwohl mit Einverständnis des betreffenden Unternehmens alle mit dem Kronzeugenantrag übermittelten Unterlagen und Beweise an andere Wettbewerbsbehörden weitergegeben werden, bleibt davon die Verantwortung einen

³⁰⁰ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 27.

Antrag in allen das Kartell betreffende Mitgliedstaaten zu stellen, unberührt.³⁰¹ Nicht erforderlich ist hingegen die Zustimmung für den Informationsaustausch zwischen den Behörden, wenn

- bei der Empfangsbehörde ebenfalls ein Antrag auf Kronzeugenbehandlung eingegangen ist, sich dieser auf denselben Verstoß bezieht und keine Rückziehung des Antrages durch den Kronzeugen bei der betreffenden Wettbewerbsbehörde mehr möglich ist, oder
- die empfangende Behörde schriftlich zusagt, dass die durch die direkte Weitergabe von Informationen oder indirekt über den Austausch von anderen Wettbewerbsbehörden erlangten Informationen gegen keine natürliche oder juristische Person verwendet werden, um Sanktionen zu verhängen, oder
- bei der Weitergabe von Informationen einer Behörde, die im Namen und auf Rechnung des Netzwerkmitglieds erlangt wurden und bei der ein Antrag auf Kronzeugenbehandlung gestellt wurde, zu einem Netzwerkmitglied des ECN bei dem der Antrag eingegangen ist.³⁰²

Im Falle einer schriftlichen Zusicherung einer Wettbewerbsbehörde die Informationen nicht zu Sanktionszwecken zu verwenden, gibt das jeweilige Netzwerkmitglied eine Garantie ab, sich selbst an diese Grundsätze zu binden. Von dieser Erklärung ist ebenso umfasst, dass Behörden, an die diese Informationen weitergereicht werden, dieser Verpflichtung nachkommen.³⁰³ Hierdurch werden derartige Daten grundlegend nur an jene nationalen Kartellbehörden weitergeleitet, welche sich zur Einhaltung dieser Grundsätze verpflichtet haben.³⁰⁴ Dem Kronzeugenantragsteller ist von dieser Garantieerklärung eine Kopie zu übermitteln.³⁰⁵ Von der Garantie umfasst ist nicht nur der Antragsteller selbst, sondern ebenso jede andere juristische oder natürliche Person, die durch die begünstigende Behandlung abgedeckt ist sowie jeder Mitarbeiter oder ehemaliger Mitarbeiter der umfassten Unternehmungen.³⁰⁶ Unberührt bleibt hingegen die

³⁰¹ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 40.

³⁰² Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 41.

³⁰³ *Blake/Schnickels*, Schutz der Kronzeugen im neuen EG-Wettbewerbsrecht, EuZW 2004, 551 (553).

³⁰⁴ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 42.

³⁰⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 41 Z 2 letzter Satz.

³⁰⁶ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 41 Z 2.

Möglichkeit, dass jede Wettbewerbsbehörde die aus anderen Quellen erlangten Informationen, Beschwerden oder einem weiteren Kronzeugenwerber von sich aus die Zuwiderhandlung aufgreift und ein Verfahren einleitet.³⁰⁷

Die Netzwerkbekanntmachung hat klargestellt, dass die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf freiwillig durch den Kronzeugen offengelegte Informationen durch dessen Zustimmung beschränkt ist. Zur Absicherung einer attraktiven Position des Kronzeugen war dies gewiss ein notwendiger Schritt in die richtige Richtung. Fraglich bleibt jedoch bis zu welchem Grad die Freigabe zur Weitergabe der Beweismittel durch den Kronzeugen als freiwillig gewertet werden kann. Insbesondere die Formulierung, wonach der Antragsteller dazu „aufgefordert“³⁰⁸ werden wird seine Zustimmung zu erteilen, lässt kein der Zusammenarbeit zuträgliches Verhalten seitens der Behörden erahnen.

c. Zuständigkeitskonstellationen

Nach den Grundsätzen der Fallverteilung der Netzwerkbekanntmachung sind mehrere Konstellationen der Zuständigkeit denkbar, da es im vollen Ermessen der Netzwerkmitglieder liegt Ermittlungen einzuleiten. So kann entweder eine einzelne mitgliedstaatliche Behörde zuständig sein und dabei gegebenenfalls von einer oder mehreren nationalen Wettbewerbsbehörden unterstützt werden, mehrere Behörden der Mitgliedstaaten parallel handeln oder es nimmt sich die Kommission selbst des Falles an.³⁰⁹ Kommt eine Behörde iSd Rn 8 bis 15 der Netzwerkbekanntmachung zu dem Schluss, zur Bearbeitung des Sachverhaltes nicht gut geeignet zu sein oder andere Wettbewerbsbehörden zu der Auffassung gut geeignet zu sein, kommt eine Abtretung der gegenständlichen Aufgriffshandlungen in Betracht. Derartige Umverteilungen können jedoch nur zu Beginn des Verfahrens erfolgen. Spätestens wenn sich die räumliche Auswirkung des Kartells abzeichnet, sollte die ermittelnde Wettbewerbsbehörde eine diesbezügliche Entscheidung treffen. In der Regel bleibt jenes Netzwerkmitglied mit dem betreffenden Wettbewerbsverstoß befasst, welches von Amts wegen ein Verfahren

³⁰⁷ *Blake/Schnickels*, Schutz der Kronzeugen im neuen EG-Wettbewerbsrecht, EuZW 2004, 551 (553).

³⁰⁸ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 40.

³⁰⁹ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 5.

eingeleitet oder eine Beschwerde erhalten hat.³¹⁰ Kommt es dennoch zu einer Umverteilung, so ist von den Netzwerkmitgliedern darauf Bedacht zu nehmen, dass sich möglichst eine einzelne Behörde des Sachverhaltes annimmt und der Vorgang schnell, effizient und ohne Verzögerung der laufenden Ermittlungen von Statten geht.³¹¹ ISd Effizienz und im Interesse der von derartigen Umverteilungen betroffenen Unternehmungen sollte dieser Vorgang gemäß Art 11 VO 1/2003 innerhalb von zwei Monaten ab erstmaliger Konsultation des Netzwerkes abgeschlossen sein.³¹² Innerhalb dieser Frist haben sich die einzelnen Kartellbehörden um eine Einigung hinsichtlich der Frage, welche am besten zur Aufgreifung des Falles geeignet ist, zu bemühen und gegebenenfalls Modalitäten eines parallelen Verfahrens festzulegen.³¹³ Jenes Netzwerkmitglied, welches nach Fristenablauf mit dem gegenständlichen Verfahren befasst ist, sollte dies zum Abschluss bringen. Eine spätere Umverteilung wäre nur zu rechtfertigen, wenn sich der Sachverhalt im Laufe des Verfahrens wesentlich ändert.³¹⁴

d. Zielsetzung des „one-stop-shop“-Systems

Das ECN-Kronzeugenregelungsmodell strebt ein sogenanntes „one-stop-shop“-System für *Leniency*-Anträge an.³¹⁵ Hierdurch bestünde die Möglichkeit, alle notwendigen bürokratischen Schritte, welche zur Erlangung des Kronzeugenstatus notwendig sind, an einer einzigen Stelle durchzuführen. Ein weiterer wesentlicher Vorteil dieses Systems läge darin, mit der Zahlung einer Geldbuße an die entscheidende Behörde seine verwaltungsrechtliche Schuld unionsweit getilgt zu haben. Dieses von der Kommission angeregte Modell ließ sich bisher jedoch nicht umsetzen. Dabei würde einzig eine zentrale Anlaufstelle zur Einbringung eines unionsweit gültigen Kronzeugenantrags für kooperationswillige Kartellmitglieder schon eine wesentliche bürokratische und finanzielle Erleichterung darstellen und deren rechtliche Position maßgeblich absichern. So würde man sich vorerst gar nicht der Problematik der Gültigkeit nationaler

³¹⁰ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 6.

³¹¹ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 7.

³¹² Ritter in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (2012) Art 11 VO 1/2003 Rn 15.

³¹³ Art 11 VO 1/2003; Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 18.

³¹⁴ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 19.

³¹⁵ Pressemitteilung der Kommission vom 29.09.2006, Competition: Commission proposes changes to the Leniency Notice – frequently asked questions, MEMO/06/357; Kroes, Aktuelle Herausforderungen in der Wettbewerbspolitik, SPEECH/06/443, 5.

Entscheidungen auf Unionsebene annehmen müssen. Um eine unionsweite Bindungswirkung mitgliedstaatlicher Kartellurteile zu erwirken, bedarf es ohnehin eines Erlasses sekundärrechtlicher Normen. Denn sowohl in Art 16 VO 1/2003 über die einheitliche Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts, als auch in der *Masterfoods*-Entscheidung³¹⁶, findet sich nur die Bindungswirkung nationaler Gerichte an Entscheidungen, welche die Kommission erlassen hat oder zu erlassen beabsichtigt. Nichtsdestotrotz findet sich eine in diese Richtung gehende Normierung in § 33 Abs 4 des deutschen GWB sowie nunmehr ebenso in § 37a Abs 3 KartG, wonach in kartellrechtlichen Schadenersatzprozessen das Gericht an die Feststellung der Zuwiderhandlung der nationalen Kartellbehörde, der Kommission oder der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaates gebunden ist. Diese, auf Gegenseitigkeit verzichtende, Bindung an Entscheidungen von Behörden oder als solche handelnde Gerichte anderer EU-Mitglieder stellt jedoch eine Vorreiterrolle dar und ist auf freiwilliger Basis keinesfalls unionsweit durchzusetzen.³¹⁷

D. Grundzüge des Public Enforcement in Österreich

Die erste österreichische Kronzeugenregelung trat als Ergebnis der Kartellrechtsreform 2005 mit 01.01.2006 in Kraft.³¹⁸ Sie orientierte sich im Wesentlichen an Kronzeugenprogrammen der Kommission und anderer Mitgliedstaaten und kam einer teilweisen Harmonisierung gleich. Durch dieses österreichische Pendant des europäischen Kronzeugenmodells hatten Antragsteller erstmals die Möglichkeit, als Gegenleistung für die uneingeschränkte und aus freien Stücken erfolgte Offenlegung von Informationen eines Kartells, die bestimmten Kriterien genügen musste, entweder mit einer Reduzierung oder dem völligen Erlass der Strafe rechnen zu können.³¹⁹ Als Gegenleistung für die Kooperation unterlässt die BWB im kartellgerichtlichen Verfahren die Beantragung einer Geldbuße beim KG, sofern das jeweilige Unternehmen alle Voraussetzungen für den Kronzeugenstatus erfüllt. Gemäß § 11 Abs 6 WettbG hat die BWB auf Verlangen eines Unternehmens eine verbindliche Mitteilung abzugeben, ob sie der Unternehmung den Kronzeugenstatus gewähren wird. Ziel der Regelung ist

³¹⁶ EuGH, 14.12.2000, Rs C-344/98, *Masterfoods*, Slg 2000, I-11369.

³¹⁷ *Grünberger in Möschel/Bien*, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen? (2010) 155.

³¹⁸ BGBl I 62/2005.

³¹⁹ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 14.

insbesondere die Unsicherheit potentieller Kronzeugenantragsteller, welche einer Antragstellung entgegenstehen könnte, zu zerstreuen.³²⁰ Diese grundlegend in § 11 Abs 3 WettbG determinierten Bestimmungen wurden zuletzt durch das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012³²¹, welches mit 01.03.2013 in Kraft trat, abgeändert.

1. Aufgabenverteilung im öffentlichen Durchsetzungsapparat

Im Gegensatz zum unionsweiten System der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung sind Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnis in Österreich nicht in einer Behörde konzentriert. Im Jahr 2002 wurde ein Institutionsgefüge geschaffen, welches eine Gewaltentrennung zwischen zwei nebeneinander bestehenden Ermittlungsbehörden, der BWB sowie dem Bundeskartellanwalt, und dem KG als Entscheidungsbehörde vorsieht. Die Bundeskartellanwaltschaft agiert in dem Gefüge praktisch als Schiedsrichter zwischen der Aufgriffsbehörde und der Entscheidungsinstanz.³²² Der österreichische öffentliche Durchsetzungsapparat besteht sohin aus einem verwaltungsbehördlichen und einem überwiegend zivilgerichtlichen Teil. Zur wirksamen Ahndung von Verstößen gegen das nationale oder unionsweite Kartellverbot ist somit ein Zusammenspiel von Behörden für die Ermittlung und letztlich von Gerichten für den Entscheidungserlass und deren Durchsetzung vonnöten. Trotz der immer wieder gehegten Kritik an der Sinnhaftigkeit von zwei parallel agierenden Ermittlungsbehörden, wurde mit dem jüngsten KaWeRÄG daran festgehalten, obwohl die Bündelung der Ermittlungskapazitäten von BWB und Bundeskartellanwalt weitaus sinnvoller erscheint. Somit werden weiterhin vom Bundeskartellanwalt, welcher dem Justizminister unterstellt ist, und der BWB, welche zum Wirtschaftsminister ressortiert und weisungsunabhängig ist, Verstöße aufgegriffen und untersucht.³²³ Die Kompetenz der Entscheidungsfindung in Kartellsachen liegt weiterhin ausschließlich beim KG oder KOG als Rechtsmittelinstanz. Diese Gewaltentrennung zwischen Ermittlungs- und Entscheidungsbehörde ist grundsätzlich als sinnvoll zu erachten, da hierdurch der Kläger nicht ebenso zum Richter wird. Gerade

³²⁰ Gruber, Die neue Kronzeugenregelung im Kartellrecht, RdW 2005, 535 (535).

³²¹ Nachfolgend: „KaWeRÄG“.

³²² Thyri, Wieviel „Private Enforcement“ braucht die Kartellrechtsdurchsetzung?, ecolex 2006, 800 (802).

³²³ Barfuß, Gedanken zur Struktur der österreichischen Wettbewerbsbehörden, ÖBI 2008, 207 (208).

dieser Umstand wird bei der Kommission immer wieder kritisiert.³²⁴ Spricht man im europarechtlichen Kontext von der „österreichischen Wettbewerbsbehörde“, kann jede Institution dieses Gefüges, sohin die BWB, der Bundeskartellanwalt oder das KG, angesprochen sein.

Der Bundeskartellanwalt fungiert in seiner Funktion als Kontroll- und Korrekturorgan sowie als Koordinationsschnittstelle zwischen der, den Wettbewerbsverstoß aufgreifenden, BWB und dem entscheidenden KG. Zwar hätte der Bundeskartellanwalt auch selbst die Legitimation Eingaben über Kartellverstöße vor dem KG aufzugreifen, dennoch wird in der Praxis immer wieder von der nach § 81 Abs 1 KartG eingeräumten Option, die Angelegenheit an die BWB weiterzuleiten, Gebrauch gemacht. Auch wenn die Bundeskartellanwaltschaft grundsätzlich dazu ermächtigt ist, das KG anzuregen, ein Bußgeld zu erlassen, ist die Anwendung der Kronzeugenregelung nach § 11 Abs 3 WettbG ausschließlich der BWB vorbehalten. Ferner entfällt dem Bundeskartellanwalt mit Benachrichtigung der BWB über die Anwendung der Kronzeugenregelung die Berechtigung im gegenständlichen Fall einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße zu stellen.³²⁵ Schon die Bedeutung von Kronzeugenprogrammen zur wirksamen Ahnung von Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht, zu deren Anwendung der Bundeskartellanwalt nicht befugt ist, verdeutlicht dessen Abkömmlichkeit in seiner jetzigen Stellung und die Notwendigkeit dessen Ermittlungskräfte in die BWB einzugliedern. Parteistellung im kartellgerichtlichen Verfahren wird sowohl der BWB als auch dem Bundeskartellanwalt *ex lege* zuerkannt.³²⁶ Dieses Recht kommt ebenso der im jeweiligen Verfahren nicht-antragstellenden Behörde zu.³²⁷

2. Stärkung der Bundeswettbewerbsbehörde

Die KaWeRÄG-Novelle stellt die jüngste größere Reform des Kartell- und Wettbewerbsrecht seit 2006 dar. Wesentlicher Schwerpunkt dieser Gesetzesnovelle lag in der Stärkung der Ermittlungsbefugnisse der BWB, um sie an die Kompetenzen der

³²⁴ *Paulus*, Grundrechtecharta und Private Enforcement: Ist die Stellung der Europäischen Kommission als „Entscheidungsbehörde“ in Kartellrechtssachen mit jener des Klägers im nachfolgenden Zivilprozess unter dem Blickwinkel eines fairen Verfahrens vereinbar?, ÖZK 2012, 231 (234 f).

³²⁵ § 36 Abs 3 KartG.

³²⁶ § 40 KartG.

³²⁷ *Diem*, Die Möglichkeiten der Durchsetzung kartellgerichtlicher Entscheidungen, ÖZK 2013, 54 (54).

Kommission heranzuführen.³²⁸ Zu diesem Zweck wurde insbesondere die rechtliche Ausgestaltung ihrer wesentlichen Ermittlungsinstrumente, Auskunftsverlangen und Hausdurchsuchungen, überarbeitet und gestärkt. Ebenfalls kam es zu Änderungen an der österreichischen Kronzeugenregelung.

a. Auskunftsverlangen

Die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Unterlagen kann nach § 11a Abs 3 WettbG nun von der Behörde mittels Bescheid angeordnet werden. Darüber hinaus wurde die BWB durch Abs 4 ebenso ermächtigt, diese von ihr erlassenen Bescheide zu vollstrecken sowie Zwangsmittel zu verhängen. Bei Verweigerung oder Erteilen einer falschen, irreführenden oder unvollständigen Auskunft können Geldstrafen bis zu Euro 75.000 auferlegt werden.³²⁹ Ähnliche Rechte stehen der Kommission durch Art 18 und 23 VO 1/2003 zu. Nicht bescheidmäßig angeordneten Auskunftsverlangen muss grundsätzlich nicht Folge geleistet werden. Wird diesen dennoch nachgekommen, hat die Antwort ebenso keine unrichtigen, irreführenden oder unvollständigen Auskünfte zu enthalten. Anderenfalls droht eine Verwaltungsstrafe bis zu Euro 25.000.³³⁰ Vor dem KaWeRÄG konnte die BWB eine Durchsetzung lediglich über Anträge beim KG erreichen, welches dem jeweiligen Unternehmen durch Beschluss die Auskunft oder die Vorlage der entsprechenden Unterlagen auftragen konnte.

b. Hausdurchsuchungen

Ferner wurden die Befugnisse zur Durchführung von Hausdurchsuchungen durch die BWB wesentlich erweitert, um ihre Kompetenzen an jene der Kommission in Art 20 Abs 2 VO 1/2003 heranzuführen. Eine vollständige Gleichstellung erfolgte dennoch nicht.³³¹ Nach § 11a Abs 1 Z 3 WettbG ist die Behörde nun befugt, alle für die Durchführung erforderlichen Auskünfte zu verlangen, die mit dem Zweck oder

³²⁸ *Schuhmacher/Muntean*, Die Kartellgesetz-Novelle 2013 – Eine Beurteilung der wesentlichen materiell-rechtlichen Änderungen, wbl 2013, 181 (181).

³²⁹ § 11a Abs 5 WettbG.

³³⁰ *Barbist/Hoffer*, Neues aus Österreich – Schwerpunkte des Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, WuW 2013, 726 (734); Gruber, Die wichtigsten Neuerungen im Wettbewerbsrecht, SWK 2013, 555 (558).

³³¹ *Tresnak/Haubner*, Competition Talk: „Hausdurchsuchungen – rechtlicher Umfang und aktuelle Entwicklungen“, ÖZK 2013, 10 (10).

Gegenstand der Ermittlungen zusammenhängen. Hierzu ist die BWB gemäß § 11a Abs 1 Z 2 WettbG ermächtigt in geschäftliche Unterlagen, unabhängig davon, in welcher Form diese vorliegen, einzusehen und diese zu prüfen. Dies bedeutet, dass ebenso Zugang zu elektronischen Dateien zu gewähren ist und auf Verlangen elektronische Datenträger auszufolgen sind.³³² Im Gegenzug hat die Behörde Aufsehen, Belästigungen und Störungen durch die Hausdurchsuchung auf das unvermeidbare Maß zu beschränken, die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte der Betroffenen soweit wie möglich zu wahren, ein Durchsuchungsprotokoll aufzunehmen sowie das KG von der Untersuchungstätigkeit zu unterrichten.³³³

i. Selektiver Widerspruch möglich

Betroffene der Durchsuchung können nach § 12 Abs 5 WettbG dem Zugang zu Dokumenten nicht mehr generell widersprechen. Es besteht jedoch weiterhin die Möglichkeit, das Einsicht- oder Beschlagnahmerecht hinsichtlich bestimmter, einzeln bezeichneter Unterlagen zu begrenzen, wenn der Betroffene gesetzlich anerkannte Pflichten zur Verschwiegenheit oder ein ihm zustehendes Verweigerungsrecht der Aussage nach § 157 Abs 1 Z 2 bis 5 StPO nennen kann. Ist die Nennung derartiger Unterlagen *ad hoc* nicht möglich oder würde dies die Hausdurchsuchung unverhältnismäßig verzögern, können ganze Dokumentenkategorien vorerst vor unbefugter Einsichtnahme gesichert werden. Dieser Widerspruch ist grundsätzlich nur während der Hausdurchsuchung möglich.³³⁴ Im Anschluss auferlegt die BWB dem Betroffenen eine mindestens zweiwöchige Frist, um die einzelnen Unterlagen zu benennen.³³⁵ Dadurch wird letztlich erreicht, dass die betreffenden Dokumente getrennt vom Ermittlungsakt aufbewahrt und dem KG vorgelegt werden. Dieses entscheidet im Anschluss über den Zugang der BWB. Aufgrund des Widerspruchsrechts ist das Kopieren ganzer Festplatten ohne Zustimmung des Unternehmens weiterhin nicht möglich, da hierdurch die Überprüfung und Bezeichnung einzelner Unterlagen unmöglich werden würde.³³⁶ Neu ist ferner, dass nun eine Versiegelung durch die BWB möglich ist. Dadurch können beispielsweise Räumlichkeiten für mehrtägige Hausdurchsuchungen abgeriegelt und vor unbefugtem Zutritt geschützt werden. Der Bruch eines solchen

³³² *Barbist/Hoffer*, Neues aus Österreich – Schwerpunkte des Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, WuW 2013, 726 (734).

³³³ § 12 Abs 4 WettbG.

³³⁴ *Xeniadis*, Klarstellungen des KOG zur Versiegelung gemäß § 12 Abs 5 WettbG, ÖZK 2012, 191 (193 f).

³³⁵ § 12 Abs 5 WettbG.

³³⁶ *Wollmann*, Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, ecolex 2013, 252 (255).

Siegels ist nicht durch bloße Verwaltungsstrafen zu ahnden, sondern sogar von strafrechtlicher Relevanz. Nach § 272 StGB ist diese gerichtlich strafbare Handlung mit einer Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten oder mit einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bedroht.³³⁷

ii. Auskunftspflichtige Personen

§ 11a Abs 2 WettbG normiert weiterhin, dass Unternehmensinhaber und deren Vertreter oder die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung berufenen Personen verpflichtet sind, die von der Behörde verlangten Auskünfte zu erteilen. Angesprochen werden damit organschaftliche Vertreter, nicht die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht. Im Hinblick auf Personengesellschaften sind somit ausschließlich persönlich haftende Gesellschafter³³⁸ und bei Kapitalgesellschaften Geschäftsführer und Vorstände zur Auskunfterteilung verpflichtet. Sonstige Vertreter oder Beschäftigte des jeweiligen Unternehmens sind weiterhin nicht dazu verpflichtet.³³⁹ Grenzen findet die Auskunftspflicht grundlegend, wie schon nach der alten Rechtslage, wenn eine Frage darauf abzielt ein Geständnis zu erzwingen.³⁴⁰ Ferner hat sich das Auskunftsverlangen innerhalb des – durch den Hausdurchsuchungsbefehl abschließend normierten – Untersuchungsgegenstandes zu bewegen.³⁴¹ Eine Überschreitung des Hausdurchsuchungsbefehles ist grundsätzlich als Akt unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt zu werten und als solcher beim UVS bekämpfbar. Ferner unterliegen derartig widerrechtlich erlangte Beweismittel einem Verwertungsverbot.³⁴²

3. Das österreichische Kronzeugenprogramm

Um das österreichische Kronzeugenprogramm näher an jenes der Kommission heranzuführen, war ebenso eine Überarbeitung desselben mit dem KaWeRÄG fällig. Dementsprechend wurde § 11 Abs 3 ff WettbG neu gefasst. Hierdurch kam es zur Einführung zweier Mindestbeweisschwellen für die Gewährung verwaltungsrechtlicher Immunität in § 11 Abs 3 Z 1 lit a und b WettbG. Unabhängig von der österreichischen

³³⁷ Gruber, Die wichtigsten Neuerungen im Wettbewerbsrecht, SWK 2013, 555 (558).

³³⁸ §§ 125 bis 127 und 170 UGB.

³³⁹ Kaps, KaWeRÄG 2012: Auskunftsverlangen und Versiegelung – alles neu?, wbl 2013, 369 (370).

³⁴⁰ OGH als KOG, 11.10.2006, 16 Ok 7/06, ecolex 2007, 117.

³⁴¹ Kaps, KaWeRÄG 2012: Auskunftsverlangen und Versiegelung – alles neu?, wbl 2013, 369 (371).

³⁴² OGH als KOG, 20.11.2012, 16 Ok 7/11, wbl 2012, 175.

Normierung ist unionsweit grundsätzlich weiterhin Kritik zu üben, da fortwährend keine Verpflichtung zur Integrierung eines Kronzeugenprogramms in die nationalen Rechtsordnungen besteht. Insbesondere im Hinblick auf die meist unionsweiten Auswirkungen von Kartellen und die sich stark unterscheidenden innerstaatlichen Vorschriften ergibt sich dadurch eine erhebliche Rechtsunsicherheit für den Kronzeugen. Eine Harmonisierung gänzlich vom Willen nationaler Gesetzgeber abhängig zu machen, wird nicht zielführend sein.

a. Anforderungen an Informationen und Beweismittel

Die BWB sieht nach den neuen Bestimmungen vom Antrag der Verhängung einer Geldbuße ab, wenn ein Unternehmen als erstes Informationen und Beweismittel vorlegt, die es ihr ermöglichen, unmittelbar wegen des Verdachts eines Kartellrechtsverstößes beim KG einen Antrag auf Hausdurchsuchung zu stellen oder der Behörde – sofern diese bereits über ausreichende Beweise aus anderen Quellen verfügt, um eine Hausdurchsuchung zu beantragen – zusätzliche Informationen und Beweismittel vorlegt, die es ihr ermöglichen, unmittelbar einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße beim KG zu stellen. Damit wurden die Anforderungen an offenzulegende Beweise durch potentielle Kronzeugen wesentlich erhöht. Nach der alten Fassung des § 11 Abs 3 Z 2 WettbG war eine sehr geringe Beweisschwelle vorgesehen. So war es ausreichend die BWB von einer wettbewerbsrechtlichen Zuwiderhandlung als erstes Unternehmen zu informieren, bevor diese selbst in diesem Fall Ermittlungen aufgenommen hat.³⁴³ Gleichzeitig wurde indes die Möglichkeit geschaffen als nicht erstes kooperationswilliges Unternehmen in den Genuss eines vollständigen Geldbußenerlasses zu kommen. Demzufolge kann die Behörde nun bezüglich des Verstoßes Ermittlungen aufgenommen sowie Hausdurchsuchungen durchgeführt haben. Wenn die Kooperation einer Unternehmung dazu führt, dass als direkte Folge dessen ein Geldbußenantrag gestellt werden kann, wird ein vollständiger Bußgelderlass in Aussicht gestellt. Diesbezüglich entfernt sich die nationale Kronzeugenregelung von jener der Kommission, welche einen völligen Erlass der Geldbuße grundsätzlich nur für den ersten Antragsteller vorsieht.³⁴⁴ Freilich hebt diese Regelung damit ebenso die Anforderungen, welche an von späteren Kronzeugen eingereichte Informationen und Beweismittel gerichtet werden. Denn diese

³⁴³ *Lukaschek*, Neuerungen im Bereich der Kronzeugenregelung, ÖZK 2013, 89 (90).

³⁴⁴ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 8.

haben jetzt einen, wie schon in der Kronzeugenmitteilung der Kommission bestimmt, erheblichen Mehrwert darzustellen.³⁴⁵

b. Weitere Voraussetzungen

Damit für eine Unternehmung der Status eines Kronzeugen erwogen werden kann, müssen mehrere Kriterien kumulativ erfüllt werden. So muss der Antragsteller seine Mitwirkung an der Zuwiderhandlung gegen § 1 KartG oder Art 101 AEUV eingestellt haben, die BWB über den Sachverhalt unter Einhaltung der Anforderungen des § 11 Abs 3 Z 1 lit a oder b WettbG unterrichten, dabei uneingeschränkt und zügig zur Aufklärung des Kartells beitragen und andere Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen nicht zur Kartellteilnahme gezwungen haben.³⁴⁶ Um diesen Kriterien zu genügen, ist es in der Praxis erforderlich, dass der Kartellant eine umfassende Unternehmenserklärung vorlegt. Hatte die Behörde bereits Kenntnis von dem Kartell und erfüllen die vorgelegten Beweise nicht die Anforderungen des § 11 Abs 3 Z 1 lit b WettbG, kommt bei kumulativem Vorliegen der übrigen, in § 11 Abs 3 Z 2 bis 4 WettbG genannten, Voraussetzungen weiterhin eine Ermäßigung der Geldbuße in Betracht.³⁴⁷ In diesem Fall beantragt die BWB für das jeweilige Unternehmen beim KG ein reduziertes Bußgeld³⁴⁸, welchem das Gericht zu folgen hat, da es *ex lege* nicht dazu ermächtigt ist höhere als die beantragten Geldstrafen zu verhängen.³⁴⁹ Nach § 29 Z 1 KartG kann das KG Geldbußen bis zu einem Höchstbetrag von zehn Prozent des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes gegen ein kartellrechtswidrig handelndes Unternehmen verhängen. Anzumerken bleibt, dass das österreichische Kronzeugenprogramm für alle Formen der Wettbewerbsbeschränkung iSd § 1 KartG und Art 101 AEUV zur Anwendung kommt. Obwohl auf europäischer Ebene nur bei horizontalen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen die Möglichkeit eines Kronzeugenstatus eingeräumt wird, sind von § 11 WettbG ebenso vertikale Wettbewerbsbeschränkungen umfasst.³⁵⁰

³⁴⁵ Kühnert, Kartellrechtsnovelle stärkt Bundeswettbewerbsbehörde, CFOaktuell 2013, 101 (103).

³⁴⁶ § 11 Abs 3 WettbG; BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 bis 6 WettbG (2013) Rn 13 ff.

³⁴⁷ BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 bis 6 WettbG (2013) Rn 22 ff.

³⁴⁸ Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht – Ein Handbuch für Praktiker (2008) 280.

³⁴⁹ § 36 Abs 2 Satz 2 KartG.

³⁵⁰ Maritzen/Pauer, Der Kronzeuge in Österreich im Spannungsfeld von Public und Private Enforcement?, wrp 2013, 1151 (1152).

c. Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde

Gemäß § 11 Abs 5 WettbG wurde für die Praxis bei der Durchführung von Kronzeugenprogrammen von der BWB ein Handbuch aufgelegt. Die Behörde erläutert darin, in welchen Anwendungsfällen des § 1 KartG und Art 101 AEUV die Kartellaufdeckung durch ein Kronzeugenprogramm besonders förderlich und in welchem Ausmaß mit einer Ermäßigung der Geldbuße zu rechnen sei. Aufgrund der Neuerungen des Kronzeugenprogramms durch die KaWeRÄG-Novelle war die BWB veranlasst, das erstmals 2006 erschienene Handbuch mit März 2013 zu überarbeiten.³⁵¹ Insbesondere die beiden eingeführten Mindestbeweisschwellen werden darin näher präzisiert.³⁵²

i. Neue Mindestbeweisschwellen

Unter Rn 14 des Kronzeugenhandbuchs werden demonstrativ Informationen und Beweismittel aufgelistet, welche sich für einen Kronzeugenantrag nach § 11 Abs 3 Z 1 lit a WettbG eignen. Die Auflistung nennt unter anderem Kriterien zur Identifizierung der wettbewerbswidrig agierenden Unternehmungen und deren Kontakten, zur Feststellung der Zuwiderhandlung sowie Angaben über eine mögliche Kontaktaufnahme mit einer anderen Wettbewerbsbehörde. Im Wesentlichen gleichen die Ausführungen jenen der Kommission.³⁵³ Ebenso sind die vorgelegten Beweismittel bei beiden Behörden *ex ante* zu bewerten, wodurch die Beurteilung ausschließlich auf Grundlage der Art und Qualität der übermittelten Informationen erfolgt.

Hinsichtlich eines Antrages auf Kronzeugenbehandlung nach § 11 Abs 3 Z 1 lit b WettbG wird im Handbuch ausgeführt, dass die vom ersten Unternehmen vorgebrachten Informationen und Beweismittel einen solch wesentlichen Aufklärungsbeitrag zu leisten haben, sodass ein Fortführen der Ermittlungstätigkeiten nicht mehr notwendig ist. Verfügt die BWB bereits über ausreichend Beweise zum Nachweis des Kartellverstoßes, ist eine Sanktionsbefreiung nicht mehr möglich.³⁵⁴ Obwohl der Wortlaut des Gesetzestextes nicht ausschließt, dass in einem Fall zwei Unternehmen völlige Immunität gewährt wird, schließt das Handbuch grundlegend aus, dass es pro Sachverhalt mehr als einen

³⁵¹ BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 bis 6 WettbG (2013).

³⁵² Tresnak/Haubner, Competition Talk: „Neues Kronzeugenhandbuch“, ÖZK 2013, 112 (112).

³⁵³ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 9.

³⁵⁴ BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 bis 6 WettbG (2013) Rn 16 f.

vollständigen Geldbußenerlass geben wird.³⁵⁵ Dementsprechend erlangt entweder das erste kooperierende Unternehmen, welches das Kartell in einem frühen Ermittlungsstadium oder vor Aufnahme der Ermittlungstätigkeit aufdeckt oder das erste Unternehmen, welches in einem späteren Stadium der Ermittlungen durch Beweisvorlage zu deren Abschluss führt, vollständigen Erlass der Geldbuße. Vorrang wird dabei einem Antragsteller nach lit a gegeben, um eine rasche und wirksame Kartellaufdeckung anzuregen.³⁵⁶

Würde die Regelung vorsehen kooperationswilligen Kartellanten nach lit a und b einen vollständigen Erlass des Bußgeldes zu gewähren, stünde dies letztlich einer wirksamen Aufdeckung entgegen. Denn das angeregte Rennen um den ersten Platz bei der Antragstellung auf Kronzeugenbehandlung und das dadurch entstehende Klima der Unsicherheit unter den Kartellanten würde in diesem Fall weitestgehend ausgeschaltet werden. Es wäre unter diesen Umständen praktikabel einfach abzuwarten und bei etwaiger Offenlegung durch ein anderes Kartellmitglied ausreichende und umfassende Beweise vorzulegen, um weiterhin vollständigen Bußgelderlass gewährt zu bekommen. Diese Problematik wurde von der BWB treffend erkannt. Fraglich ist allerdings, ob die BWB durch die Ausübung des ihr zugestandenen Ermessens bei der Anwendung der Kronzeugenregelung³⁵⁷ den Willen des Gesetzgebers derart einschränken kann. Nach § 11 Abs 5 WettbG hat sie nämlich lediglich „ihre Praxis bei der Durchführung der Abs 3 und 4 in einem Handbuch darzulegen“. Dass sie dadurch befähigt wird kategorisch auszuschließen zwei Kronzeugen die Geldbuße vollständig zu erlassen, obwohl der Wortlaut des Gesetzes dies vorsieht, darf angezweifelt werden. Die praktischen Auswirkungen dieses Umstandes dürften sich dennoch eher gering halten. Denn legt nach dem Kronzeugen ein weiteres Unternehmen Beweismittel mit wesentlichem Mehrwert vor, kann das Bußgeld derart gemindert werden, dass es einem Erlass gleichkommt.

³⁵⁵ Lukaschek, Neuerungen im Bereich der Kronzeugenregelung, ÖZK 2013, 89 (90).

³⁵⁶ BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 bis 6 WettbG (2013) Rn 18.

³⁵⁷ Hoffer/Barbist, Das neue Kartellrecht (2013) 12.

ii. Möglichkeit eines Markers

Eine weitere wesentliche und längst überfällige Neuerung ist die Einführung des, aus dem europäischen Kronzeugenprogramm bekannten, Markers.³⁵⁸ Aufgrund dessen können nun auch in Österreich Kartellanten, welche eine umfassende Kooperation mit der BWB anstreben, ihren Rang als erster Antragsteller absichern. Diese Möglichkeit eines Markers gilt sowohl für den ersten Platz als Kronzeuge nach § 11 Abs 3 Z 1 lit a WettbG als auch nach lit b. Der kooperationswilligen Unternehmung wird so der Weg geebnet möglichst früh an die BWB heranzutreten und zu einem späteren Zeitpunkt die unternehmensinternen Untersuchungen zu vervollständigen und den Anforderungen der Beweisschwellen gerecht zu werden. Nichtsdestotrotz ist es notwendig ein gewisses Mindestmaß an Informationen zur genauen Identifizierung des Falles und der Beteiligten zu nennen. Die maximal von der Behörde gewährte Frist zur Vervollständigung der Angaben beträgt acht Wochen. Werden diese innerhalb der vorgegeben Frist beigebracht, gelten die vorgelegten Beweismittel als in jenem Zeitpunkt dargereicht, zu dem der Marker gesetzt wurde.³⁵⁹ Um abzutasten, ob die Erlangung verwaltungsrechtlicher Immunität noch möglich ist, kann nun auch ausdrücklich anonym an die BWB herangetreten werden.³⁶⁰

³⁵⁸ Näheres dazu unter Kapitel III. B. 6. Setzen eines Markers.

³⁵⁹ BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 bis 6 WettbG (2013) Rn 31-36.

³⁶⁰ BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 bis 6 WettbG (2013) Rn 29.

IV. PRIVATE ENFORCEMENT

A. Grundlagen des Private Enforcement

Unter Private Enforcement wird im Kartellrecht die Durchsetzung privater Ansprüche einer Partei aufgrund wettbewerbswidriger Verhaltensweisen vor einem Zivilgericht verstanden. Dies kann grundlegend in zwei Formen erfolgen: Zum einen besteht die Möglichkeit der Einbringung einer Schadenersatzklage, wodurch eine monetäre Restitution der durch das Kartell erlittenen Schäden, angestrebt wird. Parallel dazu besteht für die geschädigte Partei Anspruch auf Nichtigkeit der unter Einfluss des Kartells geschlossenen Verträge und Unterlassung der schädigenden Tätigkeit. Während es im Public Enforcement als mutmaßlich kartellgeschädigte Partei lediglich möglich ist, Beschwerde bei der Kommission oder einer nationalen Wettbewerbsbehörde einzubringen, wodurch im besten Fall die Abstellung des Kartellverhaltens und eine damit verbundene Bußgeldauferlegung für die beteiligten Unternehmungen initiiert werden kann, ist es auf dem zivilrechtlichen Weg möglich, alle durch die wettbewerbswidrige Verhaltensweise erlittenen Schäden ersetzt zu bekommen. Des Weiteren muss die Beschwerde bei einer Wettbewerbsbehörde nicht zwangsläufig zur Eröffnung eines Verfahrens führen. Vielmehr können die Behörden mit ihren Ressourcen nach eigenem Ermessen haushalten und hierdurch bestimmen wann es zur Aufgreifung welches Falles kommt.³⁶¹

Bis vor etwa einem Jahrzehnt wurden solche wettbewerbsrechtlichen Verstöße gegen Art 101 und 102 AEUV hauptsächlich auf verwaltungsrechtlicher Ebene durch Sanktionsmaßnahmen der Kommission oder mitgliedstaatlicher Kartellbehörden geahndet. Doch auch die Kommission, der die Effektivität von Kronzeugenprogrammen ein großes Anliegen ist, zeigt fortwährend die Bedeutung der Durchsetzung privater Schadenersatzansprüche gegen Kartellanten als wesentlichen Bestandteil der europäischen Wettbewerbspolitik auf. Denn beide Formen der Wettbewerbsrechtsdurchsetzung dienen letztlich denselben Zielen: Der Unterbindung wettbewerbswidriger Praktiken und dem Schutz vor, durch Kartelle verursachte, Schäden an Unternehmen, Verbrauchern sowie anderen Rechtssubjekten. Aus diesem Grund strebt die Kommission danach, parallel zur staatlichen Kartellrechtsdurchsetzung, die private Rechtsdurchsetzung im Unionsraum voran zu treiben. Diese

³⁶¹ Hack, Handlungsmöglichkeiten Einzelner bei Kartellrechtsverletzungen, *ecolex* 2003, 311 (313).

wettbewerbspolitische Positionierung der Kommission wurde 2008 durch die Veröffentlichung des Weißbuchs über Schadenersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen abermals bekräftigt³⁶², unterliegt jedoch, wie sich zeigen wird, wesentlichen Einschränkungen.

Grundlegende Unterschiede zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung gibt es ebenso hinsichtlich des Verfahrens. Jeder Einzelne kann zur behördlichen Verfolgung eine Beschwerde und Hinweise über mutmaßliche Zuwiderhandlungen einbringen.³⁶³ Die Aufnahme und Durchführung von Ermittlungen erfolgt dabei von Amts wegen. Zudem sind die betreffenden Behörden oder Gerichte mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet, welche ihnen bestimmte Ermittlungstätigkeiten, wie beispielsweise Hausdurchsuchungen, überhaupt erst ermöglichen.³⁶⁴ Ganz anders ist dies bei der Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche. Zwar kann der Einzelne Klage auf Feststellung, Unterlassung oder Schadenersatz einbringen, dessen Nachweis vor Gericht obliegt ihm, in diesem Falle, dennoch selbst. Der Anlassfall kann indes zur Aufgreifung des Verstoßes durch Kartellbehörden führen.

Letztlich entfaltet Private Enforcement, neben den verwaltungsrechtlichen Sanktionen, effektive Abschreckungswirkung gegen kartellrechtliche Verstöße.³⁶⁵ Denn ein wettbewerbswidrig handelndes Unternehmen muss nunmehr nicht nur mit einer Geldstrafe in maximaler Höhe von zehn Prozent des Konzernumsatzes³⁶⁶ rechnen, sondern darüber hinaus mit Schadenersatzforderungen in unbegrenzter Höhe. Dieser Umstand entfaltet wiederum präventive und repressive Wirkung. Um die hemmende Wirkung zu sichern, bedarf es allerdings der Sicherstellung ansprechender prozessualer Rahmenbedingungen zur Durchsetzung der Ansprüche.

B. Schadenersatzansprüche auf europäischer Ebene

Wurde eine Partei durch eine kartellrechtliche Zuwiderhandlung auf nationaler Ebene geschädigt und dieser Verstoß bereits durch die hiesigen Behörden geahndet, werden

³⁶² Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008, 2 f.

³⁶³ Hack, Handlungsmöglichkeiten Einzelner bei Kartellrechtsverletzungen, *ecolex* 2003, 311 (311).

³⁶⁴ Möschel, Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, *WuW* 2007, 483 (487).

³⁶⁵ Stockenhuber/Wittmann, „Private Enforcement“ jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, *wobl* 2007, 330 (330).

³⁶⁶ Näheres dazu unter Kapitel III. B. 4. *Exkurs*: Verhängung der Geldbuße.

Schadenersatzansprüche im jeweiligen Mitgliedstaat zu stellen sein. Schwieriger gestalten sich solche juristischen Gedankengänge bereits bei einem durch die Kommission aufgegriffenen Fall mit unionsweiter Auswirkung. Zwar erlässt die Wettbewerbshüterin verwaltungsrechtliche Sanktionen in Form von Bußgeldern nach Unionsnormen, jedoch gibt es mangels unionsweit geltender materieller und prozessualer Regelungen keine einheitliche Linie zur Durchsetzung des Anspruchs auf Schadenersatz. Vielmehr besteht zur Ausgestaltung des Schadenersatzrechts nationale Autonomie. Sohin ist es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten materielle und prozessuale Modalitäten zu regeln.³⁶⁷

Da Art 101 AEUV neben der Nichtigkeitssanktion unter Abs 2 keine weiteren Rechtsfolgen auflistet, worauf sich ein europarechtlicher Schadenersatzanspruch stützen könnte, sieht es ein Teil der Lehre weiterhin als strittig an, ob tatsächlich eine eigenständige Anspruchsgrundlage für Schadenersatzklagen bei Verstößen gegen das EU-Wettbewerbsrecht aus dem Unionsvertrag abgeleitet werden kann. Bejaht man dies, stellt sich des Weiteren die Frage, ob nun das Unionsrecht, wofür der überwiegende Teil der Lehre plädiert, oder die nationale Regelung, welche dem Europarecht ohnehin nicht entgegenstehen darf, als primäre Rechtsgrundlage heranzuziehen ist.³⁶⁸

1. Der Weg zum unmittelbaren Schadenersatzanspruch für jedermann

Art 101 AEUV Abs 2 ordnet als einzige Rechtsfolge somit lediglich die Nichtigkeit der nach diesem Art verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse an. Aufgrund der fehlenden Verankerung eines Schadenersatz- oder Unterlassungsanspruchs bei Verstößen gegen das Kartellrecht im Gesetzestext bieten diese nicht nur Nährboden für juristische Diskussionen sondern existierten bis vor etwa 15 Jahren gar nicht. Vielmehr wurden diese Anspruchsgrundlagen durch Entscheidungen des EuGH entwickelt und im Laufe der Zeit näher präzisiert. Im Folgenden wird der Gang der Rechtsprechung dargelegt.

³⁶⁷ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297 Rn 29.

³⁶⁸ Hack, Handlungsmöglichkeiten Einzelner bei Kartellrechtsverletzungen, *ecolex* 2003, 311 (313).

a. Die Rechtssache BRT/SABAM

Der Weg zum unmittelbaren Schadenersatzanspruch begann – aus heutiger Sicht – mit der Rs *BRT/SABAM*.³⁶⁹ In dieser Entscheidung wurde zwar weder über, sich aus dem Unionsrecht ergebende, Normierungen, noch über Schadenersatzrechte judiziert, dennoch ein Grundstein dafür gelegt. Der EuGH stellte in diesem Urteil fest, dass das europäische Wettbewerbsrecht nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern ebenso zum Schutze des Einzelnen bestimmt ist. Da die in den nunmehrigen Art 101 und 102 AEUV enthaltenen Verbote geeignet sind, in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Rechte zu erzeugen, lassen diese unmittelbar in deren Person Rechte entstehen. Diese aus dem Unionsrecht stammenden Rechte sind von den Mitgliedstaaten der EU zu wahren. Würde man den Gerichten die Zuständigkeit hierzu entziehen, so würde man Einzelnen Rechte nehmen, die ihnen durch den Unionsvertrag zustehen.³⁷⁰ Durch diese Entscheidung kehrte der EuGH erstmals von seinem Grundsatz ab, wonach Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche nicht direkt aus Art 101 AEUV abzuleiten seien.³⁷¹

b. Die Rechtssache Francovich

Einen weiteren Durchbruch verzeichnete die Durchsetzbarkeit privater Schadenersatzansprüche auf unionsweiter Ebene mit der *Francovich*-Entscheidung³⁷² im Jahr 1991. Die Analogie dieses Judikates wird heute zur Begründung eines direkt aus Art 101 AEUV entstehenden Schadenersatzanspruchs herangezogen. In diesem, die Staatshaftung betreffenden, Urteil stellte der EuGH fest, dass Pflichtverletzungen von Mitgliedstaaten zu, unmittelbar aus dem Unionsrecht entspringenden, Schadenersatzansprüchen führen können. Denn nur so kann die volle Wirksamkeit des Unionsvertrages sichergestellt werden. Die Folgen des verursachten Schadens sind dabei nach dem innerstaatlichen Haftungsrecht zu beheben. Dennoch dürfen die nationalen Vorschriften nicht ungünstiger ausgestaltet sein als bei der Ahndung innerstaatlicher Ansprüche. Ferner dürfen die Voraussetzungen nicht so ausgestaltet sein, dass die Erlangung des Schadenersatzes praktisch unmöglich oder übermäßig

³⁶⁹ EuGH, 30.01.1974, Rs 127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, 51.

³⁷⁰ EuGH, 30.01.1974, Rs 127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, 51, Rn 16/17.

³⁷¹ *Stillfried/Stockenhuber*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 85 EG-V (Teil 2), wbl 1995, 345 (345 ff).

³⁷² EuGH, 19.11.1991, verb Rs C-6/90 und C9/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357.

erschwert wird.³⁷³ Diese Haftpflicht von Mitgliedstaaten wird nunmehr analog auf Unternehmen übertragen, wodurch diese zum Ersatz der Schäden verpflichtet werden, welche ihnen durch Verstöße gegen das Unionsrecht zuzurechnen sind.³⁷⁴ Der nunmehrige Art 101 Abs 1 AEUV enthält nämlich ausdrückliche Verpflichtungen Einzelner, aus denen wiederum anderen Personen Rechte erwachsen, welche verletzt werden, wenn Unternehmungen gegen das Kartellverbot verstoßen.³⁷⁵

In der Literatur wird diese Analogie durchwegs kritisch betrachtet, da der EuGH lediglich entschied, dass dieser Grundsatz des Unionsrechts Mitgliedstaaten zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Unternehmen oder Einzelne blieben hingegen unerwähnt.³⁷⁶ Dennoch argumentiert der überwiegende Teil der Lehre, dass der vom EuGH genannte Grund eines unionsrechtlichen Schadenersatzanspruchs, nämlich zur Sicherung der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts, nicht vom Adressaten der Verpflichtung abhängen könne.³⁷⁷ Entgegen dieser Annahme spricht jedoch der Umstand, dass sich Generalanwalt *Van Gerven* in den Schlussanträgen des *Banks*-Urteils³⁷⁸ für die Entwicklung gemeinsamer Haftungsvoraussetzungen bei Zuwiderhandlungen gegen Art 101 AEUV aussprach, der EuGH sich dieser Frage jedoch nicht annahm.³⁷⁹ Allgemeingültige Grundsätze zur Wirksamkeit des Europarechts besagen dennoch, dass Unternehmungen und natürlichen Personen innerhalb nationaler Vorschriften ein tatsächlicher und effektiver Schutz der Ansprüche aus dem Unionsrecht gewährt werden muss.

c. Die Rechtssache *Courage/Crehan*

Einer direkt der zivilrechtlichen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, wegen Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht, betreffenden Vorabentscheidung hatten sich

³⁷³ EuGH, 05.03.1996, verb Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pecheur SA*, Slg 1996, I-1029 Rn 67; EuGH, 09.11.1983, Rs 199/82, *San Giorgio*, Slg 1983, 3595.

³⁷⁴ Schlussanträge des Generalanwalts *Van Gerven* zu EuGH, 27.10.1993, Rs C-128/92, *Banks/British Coal*, Slg 1994, I-1209 Rn 40.

³⁷⁵ *Stockenhuber/Wittmann*, „Private Enforcement“ jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (332); *Stillfried/Stockenhuber*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 85 EG-V (Teil 2), wbl 1995, 345 (345 f).

³⁷⁶ EuGH, 19.11.1991, verb Rs C-6/90 und C9/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357 Rn 37.

³⁷⁷ *Stockenhuber/Wittmann*, „Private Enforcement“ jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (331 f).

³⁷⁸ EuGH, 13.04.1994, Rs C-128/92, *Banks/British Coal*, Slg 1994, I-1209.

³⁷⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Van Gerven* zu EuGH, 27.10.1993, Rs C-128/92, *Banks/British Coal*, Slg 1994, I-1209 Rn 49 ff; *Stockenhuber/Wittmann*, „Private Enforcement“ jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (332).

die Unionsrichter schließlich im Jahr 2001 in der Rs *Courage/Crehan*³⁸⁰ anzunehmen. War es dem EuGH bis dahin immer wieder möglich, keine konkrete Stellung zu beziehen, was zu obig angerissener Thematisierung des Bestehens über die Nichtigkeitssanktion³⁸¹ hinausgehender Rechtsfolgen führte, so musste diese Frage nun geklärt werden.

i. Sachverhalt

Courage Ltd, eine Gesellschaft englischen Rechts, beschloss 1990 mit der Firma *Grand Metropolitan* die verpachteten Schankbetriebe mit einem Marktanteil von 19 Prozent zu fusionieren. Hierzu wurden die Pubs auf die Zweckgesellschaft *Inntrepreneur Estates Ltd* übertragen, welche beiden zu gleichen Teilen gehörte. Eine Vereinbarung zwischen der *Inntrepreneur Estates* und *Courage* besagte, dass die Pächter der Pubs ihr Bier ausschließlich bei *Courage* zu festgesetzten Tarifen beziehen durften. Mit den Pächtern wurde zwar über die Höhe des Pachtzinses verhandelt, die Alleinbezugsverpflichtung und deren Tarife waren in den Musterverträgen dennoch fixiert. *Crehan* schloss 1991 zwei solcher Pachtverträge mit der *Inntrepreneur Estates* ab. Der dabei verwendete Musterpachtvertrag wurde ein Jahr später bei der Kommission angemeldet, welche bekannt gab, die Gewährung einer Freistellung gemäß Art 101 Abs 3 AEUV³⁸², sohin unter angemessener Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn, zu beabsichtigen. Im Jahr 1993 erhob *Courage* Klage gegen *Crehan* auf Zahlung offener Bierlieferungen. Der Beklagte wendete jedoch ein, dass die Bezugsverpflichtung gegen Art 101 AEUV³⁸³ verstoße und forderte auf dem Weg der Widerklage Schadenersatz für den Kartellrechtsverstoß. *Crehan* wies insbesondere darauf hin, dass *Courage* das Bier an nicht durch die Alleinbezugsverpflichtung gefesselte Schankbetriebe zu wesentlich günstigeren Preisen verkaufe. Dies habe sogar existenzgefährdende Auswirkungen.³⁸⁴

Da *Crehan* nach englischem Schadenersatzrecht, selbst unter Anwendung des europäischen Kartellverbots, keine Entschädigung erlangen konnte, wandte sich der Court of Appeal an den EuGH. Die Fragen lauteten im Wesentlichen, ob eine Partei bei Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht gerichtlichen Rechtsschutz gegen die andere

³⁸⁰ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297.

³⁸¹ Art 101 Abs 2 AEUV.

³⁸² Ehemals Art 81 Abs 3 AEUV.

³⁸³ Ehemals Art 81 AEUV.

³⁸⁴ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297 Rn 1-15.

Partei begehren und diese den durch den Verstoß erlittenen Schaden geltend machen kann.³⁸⁵ Die schon bestehende Rechtsprechung des EuGH führte dazu aus, dass der EGV eine eigene Rechtsordnung geschaffen habe, die nicht nur den Mitgliedstaaten, sondern auch dem Einzelnen Pflichten auferlegt und Rechte verleiht. Solche Rechte entstehen jedoch nicht nur wenn dies der Vertrag ausdrücklich bestimmt, sondern finden ihren Ursprung ebenso in den Verpflichtungen, die der Vertrag auferlegt.³⁸⁶ Des Weiteren stellt Art 81 EGV (nun Art 101 AEUV) gemäß Art 3 Abs 1 lit g EGV eine grundlegende Bestimmung für die Funktion des Binnenmarktes dar. Aufgrund dessen wurde ausdrücklich veranlasst, dass die nach diesem Art verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse nichtig sind.³⁸⁷ Diese absolute Nichtigkeit³⁸⁸ kann jeder geltend machen und ist von den Gerichten zu berücksichtigen, sofern keine Rechtfertigung nach Abs 3 vorliegt.³⁸⁹

ii. Entscheidung des EuGH

Unter Bezugnahme auf die Entscheidung in der Rs *BRT/SABAM*³⁹⁰ stellte der EuGH klar, dass Art 101 und 102 AEUV in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkung erzeugen und in deren Person Rechte entstehen lassen, welche die mitgliedstaatlichen Gerichte zu wahren haben. Dementsprechend soll es dem Einzelnen möglich sein, Schadenersatzansprüche bei Verstößen gegen den nunmehrigen Art 101 Abs 1 AEUV durchzusetzen, selbst wenn er Vertragspartei der wettbewerbswidrigen Vereinbarung ist.³⁹¹ Denn nur wenn jedermann den Ersatz des durch einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag erlittenen Schadens verlangen kann, könne die volle Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts und die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots sichergestellt werden.³⁹² Durch das Bestehen eines Schadenersatzanspruchs wird die Durchsetzungskraft des europäischen Wettbewerbsrechts zudem erhöht und Unternehmen werden davon abgehalten wettbewerbswidrige Vereinbarungen oder Verhaltensweisen zu treffen. Deshalb darf auch nicht von Grund auf ausgeschlossen werden, dass jemand Klage wegen eines

³⁸⁵ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297 Rn 16.

³⁸⁶ EuGH, 19.11.1991, verb Rs C-6/90 und C9/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357 Rn 31; EuGH, 15.07.1964, Rs 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg 1964, 1251 (1269); EuGH, 05.02.1963, Rs 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg 1963, 1 (25).

³⁸⁷ EuGH, 01.06.1999, Rs C-126/97, *Eco Swiss*, Slg 1999, I-3055 Rn 36.

³⁸⁸ EuGH, 25.11.1971, Rs 22/71, *Beguelin*, Slg 1971, 949 Rn 29.

³⁸⁹ EuGH, 09.07.1969, Rs 10/69, *Portelange*, Slg 1969, 309 Rn 10.

³⁹⁰ EuGH, 30.01.1974, Rs 127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, 51 Rn 15/17.

³⁹¹ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297 Rn 16-24.

³⁹² EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297 Rn 26.

gegen das Kartellrecht verstoßenden Vertrages erhebt.³⁹³ Da nunmehr selbst Kartellbeteiligte Schadenersatz geltend machen können, sind von dieser Regelung ebenso unbeteiligte, sohin die Marktgegenseite, umfasst. Aus dem Grundsatz „*Ex dolo malo non oritur actio*“, wonach niemand Nutzen aus seinem eigenen rechtswidrigen Handeln ziehen darf, setzt der EuGH der Schadenersatzpflicht jedoch Grenzen, wenn eine Vertragspartei selbst erhebliche Verantwortung an der Verzerrung des Wettbewerbs trägt.³⁹⁴ Zur Beurteilung dieses Umstandes ist insbesondere auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmen der Vertragsparteien, deren Verhandlungspositionen sowie deren Verhalten abzustellen.³⁹⁵

iii. Unmittelbarer oder ausschließlicher Anspruch?

Das Ausmaß der richterlichen Rechtsfortbildung in dieser Entscheidung war zweifelsfrei bemerkenswert.³⁹⁶ Der Frage, ob Art 101 AEUV nun unmittelbare oder ausschließliche Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche bei Wettbewerbsverstößen darstellt, nahm sich der EuGH nicht an. Unter analoger Betrachtung der *Francovich*-Entscheidung werden dadurch nationale Gesetzgeber jedoch nicht in die Pflicht genommen entsprechende Normierungen für derartige Schadenersatzansprüche zu erlassen. Generalanwalt *van Gerven* teilte seine Rechtsansicht bereits lange vor dem *Courage/Crehan*-Urteil mit, wonach sich die Grundlage zum Ersatz des Schadens in der Unionsrechtsordnung selbst finden müsse.³⁹⁷ Am Ergebnis dürfte die Unterscheidung, ob sich der Anspruch letztlich aus unionsweitem oder nationalem Recht ableitet, ohnehin nichts ändern.³⁹⁸ Denn mitgliedstaatliche Normen dürfen zur Wahrung des Äquivalenzgrundsatzes keine materiellen oder formellen Voraussetzungen schaffen, welche aus dem Unionsrecht bestehende Ansprüche ungünstiger gestalten als vergleichbare nationale. Des Weiteren verlangt der Effektivitätsgrundsatz, dass die Bedingungen zur Erlangung des Schadenersatzes auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht

³⁹³ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297 Rn 27 f.

³⁹⁴ *Stockenhuber/Wittmann*, „Private enforcement“ jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (333).

³⁹⁵ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297 Rn 31 f.

³⁹⁶ *Paulus*, Das Weißbuch der Europäischen Kommission, Teil I: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Private Enforcement), ÖZK 2008, 43 (44).

³⁹⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Van Gerven* zu EuGH, 27.10.1993, Rs C-128/92, *Banks/British Coal*, Slg 1994, I-1209 Rn 45.

³⁹⁸ *Hintersteininger*, Gemeinschaftsrechtliche Schadenersatzpflicht bei Verstoß gegen Art. 81 EG – Anmerkungen zum EuGH-Urteil *Courage v Crehan*, Rs C-453/99, wbl 2001, 554 (554 ff).

übermäßig erschwerend oder nahezu unmöglich machend ausgestaltet sein dürfen.³⁹⁹ Kritische Stimmen merken zu dem Urteil jedoch an, dass es den Unionsrichtern letztlich nicht um die Stärkung der Rechte Einzelner ging. Diese seien vielmehr nur Mittel zum Zweck zur Abstellung unionswidriger Zustände.⁴⁰⁰

d. Die Rechtssache Manfredi

Mit dem *Courage/Crehan*-Urteil stellte der EuGH klar, dass jedermann den Ersatz des durch einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag erlittenen Schadens verlangen kann. Die Verwendung des Wortes „jedermann“ bezog sich in der Entscheidung indes stets darauf, dass sowohl Opfer des kartellrechtswidrigen Vertrages, als auch Täter, Schadenersatz begehren können. Zweifel erweckte die Formulierung des EuGH hinsichtlich der Frage, welcher Adressatenkreis nun tatsächlich davon befähigt wird. Sohin, ob mit jedermann vielleicht doch nicht wirklich jeder gemeint war. Zur Klärung dieser Fragestellung nahm der EuGH in der Rs *Manfredi*⁴⁰¹ eine Präzisierung des *Courage/Crehan*-Grundsatzes vor.

i. Sachverhalt

Die italienische Wettbewerbsbehörde Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁴⁰² stellte fest, dass die Prämien für Kfz-Haftpflichtversicherungen in den 1990er Jahren in Italien im Vergleich zum restlichen europäischen Markt ungewöhnlich stark angestiegen waren. Als Folge leitete sie 1999 und 2000 mehrere Kartellverfahren gegen verschiedene Versicherungsgesellschaften ein. Durch die Ermittlungen der AGCM zeigte sich bald, dass zwischen den konkurrierenden Versicherungsunternehmen ein umfassender und ausgedehnter Informationsaustausch über Preise, Abschläge, Einnahmen sowie Schadens- und Vertriebskosten stattfand, welcher nahezu den gesamten italienischen Markt betraf. Auf Grundlage dieser Erkenntnisse erging im Juli 2000 das abschließende Urteil der italienischen Behörde, in dem unzulässige

³⁹⁹ Schmidt, Anwendung und Kontrolle des europäischen Gemeinschaftsrechts (2008) 35; Stockenhuber/Wittmann, „Private enforcement“ jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (333).

⁴⁰⁰ Eilmannsberger/Thyri, Die Aufrechnung von gemeinschaftsrechtlichen Rückerstattungsansprüchen mit Bereicherungsansprüchen, in Holoubek/Lang, Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht (2006) 311 (316).

⁴⁰¹ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619.

⁴⁰² Nachfolgend: „AGCM“.

Vereinbarungen über den Austausch von Informationen befunden wurden. Diese hatten ungerechtfertigt hohe Prämienaufschläge ermöglicht. Die Versicherungsgesellschaften fochten diese Entscheidung an, unterlagen im Wesentlichen jedoch vor dem Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sowie dem Consiglio di Stato in zwei Instanzen. Soweit ein bis dato normales Kartellrechtsverfahren. Doch nun forderten mehrere geschädigte Versicherungsnehmer, darunter auch *Vincenzo Manfredi*, von den betreffenden Unternehmen die zu viel bezahlten Prämien zurück. Das nun mit der Schadenersatzforderung befasste Gericht war der Auffassung, dass die am Kartell beteiligten Gesellschaften nicht nur gegen das nationale Kartellverbot sondern ebenso gegen Art 101 AEUV verstoßen hatten. Durch den in der Rs *Courage/Crehan*⁴⁰³ aufgestellten Grundsatz, wonach jedermann den Ersatz des erlittenen Schadens verlangen könne, sah sich das nationale Gericht mit dem Umstand konfrontiert, dass nun jeder Dritte, darunter der Verbraucher und Endempfänger einer Dienstleistung, somit eine Unzahl, Forderungen gegen die Kartellanten geltend machen könnte.⁴⁰⁴

Da in diesem Falle italienische Gesetze der wirksamen Durchsetzung des EU-Kartellverbots zuwiderlaufen könnten, wandte sich das Giudice di pace di Bitonto zur Vorabentscheidung an den EuGH. Im Wesentlichen gab es zwei Fragen zu beantworten. Zum einen, ob die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts schon durch die Beteiligung von Unternehmungen aus verschiedenen Mitgliedstaaten gegeben sei und zum anderen, ob Dritte, welche kausal durch das Kartell geschädigt wurden, sich auf Nichtigkeit der unter wettbewerbswidrigen Bedingungen abgeschlossenen Verträge berufen und den Ersatz des erlittenen Schadens verlangen können.⁴⁰⁵

ii. Entscheidung des EuGH

Zur Beantwortung der ersten Frage führte der EuGH aus, dass nach ständiger Rechtsprechung das unionsweite und das nationale Wettbewerbsrecht parallel anwendbar sind, da sie restriktive Praktiken nach verschiedenen Gesichtspunkten beurteilen. Art 101 und 102 AEUV erfassen Verstöße, welche dazu geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinflussen. Nationale Normen gehen demgegenüber von eigenen Erwägungen aus und beurteilen die Zuwiderhandlung allein

⁴⁰³ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297.

⁴⁰⁴ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619 Rn 7-19.

⁴⁰⁵ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619 Rn 20-22.

nach diesen.⁴⁰⁶ Der Vorrang des Unionsrechts erfordert jedoch, dass nationale Regelungen, welche dem europäischen Recht entgegenstehen, unangewendet bleiben. Unabhängig davon, ob diese Vorschriften jünger oder älter sind.⁴⁰⁷ Die Anwendbarkeit des EU-Wettbewerbsrechts hängt allerdings letztlich davon ab, ob das Kartell dazu geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Eine derartige Beeinträchtigung liegt vor, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Kartelltätigkeit unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell dazu geeignet ist, den mitgliedstaatlichen Handel zu beeinträchtigen und über die Geringfügigkeit hinausgeht.⁴⁰⁸ Die bloße Tatsache, dass an einem nationalem Kartell Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten beteiligt sind, reicht nicht aus, um auf eine Beeinflussung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten zu schließen. Dennoch bewirkt ein sich auf das gesamte Hoheitsgebiet erstreckendes Kartell schon dem Wesen nach die Abschottung dieses Marktes. Ob eine derartig abschreckende Wirkung gegenüber ausländischen Wettbewerbern vorliegt, hat das nationale Gericht konkret zu prüfen. Ist dieser Umstand zu bejahen, so ist der unionsweite Handel mit diesem Mitgliedstaat beeinträchtigt, wodurch die Anwendbarkeit von Art 101 und 102 AEUV gegeben ist.⁴⁰⁹

Hinsichtlich der Frage, ob nach Art 101 AEUV nun auch Dritten Schadenersatz zuzuerkennen ist, nimmt der EuGH zu Beginn seiner Ausführungen Bezug auf ältere Judikatur, wonach die Nichtigkeit des Kartellverbots absolut ist. Dementsprechend kann eine nach dieser Vorschrift nichtige Vereinbarung keine Wirkung zwischen den ursprünglichen Vertragspartnern entfalten und ebenso Dritten nicht entgegengehalten werden.⁴¹⁰ Nach dieser Normierung sind alle Beschlüsse oder Vereinbarungen in allen ihren vergangenen oder zukünftigen Wirkungen nichtig.⁴¹¹ Aus der Kombination der in den Entscheidungen *BRT/SABAM*⁴¹², wonach Art 101 AEUV in den Beziehungen

⁴⁰⁶ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619 Rn 35-38; EuGH, 09.09.2003, Rs C-137/00, *Milk Marque/National Farmers Union*, Slg 2003, I-7975 Rn 61; EuGH, 10.07.1980, verb Rs 253/78 und 1/79 bis 3/79, *Giry/Guerlain*, Slg 1980, 2327 Rn 15; EuGH, 13.02.1969, Rs 14/68, *Wilhelm* ua, Slg 1969, 1 Rn 3.

⁴⁰⁷ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619 Rn 39; EuGH, 09.09.2003, Rs C-198/01, *C/F*, Slg 2003, I-8089 Rn 47.

⁴⁰⁸ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619 Rn 42; EuGH, 11.07.1985, Rs 42/84, *Remia*, Slg 1985, 2545 Rn 22.

⁴⁰⁹ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619 Rn 43-52.

⁴¹⁰ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619 Rn 57; EuGH, 25.11.1979, Rs 22/71, *Beguelin*, Slg 1971, 949 Rn 29; EuGH, 09.07.1969, Rs 10/69, *Portelange*, Slg 1969, 309 Rn 10.

⁴¹¹ EuGH, 06.02.1973, Rs 48/72, *Brasserie de Haecht II*, Slg 1973, 77 Rn 26.

⁴¹² EuGH, 30.01.1974, Rs 127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, 51.

zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkung entstehen lässt, und *Courage/Crehan*⁴¹³, wonach jedermann den Ersatz des erlittenen Schadens geltend machen kann, aufgestellten Grundsätze folgern die Unionsrichter, dass jeder Schadenersatz verlangen kann, wenn zwischen dem Schaden und dem nach Art 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Welche Gerichte zur Erlangung dieses Schadenersatzes zuständig sind, wie das Rechtsbehelfsverfahren gestaltet ist und wann ein solcher ursächlicher Zusammenhang besteht, ist in Ermangelung einer unionsweiten Normierung Sache der Mitgliedstaaten. Grenzen erfährt die nationale Gestaltungsautonomie vor allem durch die Grundsätze der Äquivalenz und Effizienz⁴¹⁴, welche stets zu wahren sind.⁴¹⁵

iii. Jedermann ist doch jedermann

Mit der *Manfredi*-Entscheidung erfolgte im Hinblick auf die Rs *Courage/Crehan* die wenig überraschende Klarstellung, dass sich nicht nur jedermann auf die Nichtigkeit des unter wettbewerbswidrigen Bedingungen geschlossenen Vertrages berufen kann, sondern darüber hinaus ebenso jedermann Schadenersatz verlangen kann, der durch das Kartell ursächlich geschädigt wurde. Die sogenannte Jedermann-Formel umfasst sohin ebenso Verbraucher und leitet sich unmittelbar aus dem Unionsvertrag ab.⁴¹⁶ Es darf zur Anspruchsberechtigung auch nicht darauf ankommen, ob der Dritte in vertraglicher Beziehung zu einem Kartellanten steht, da der EuGH in seinen Ausführungen lediglich auf einen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem erlittenen Schaden und der Kartelltätigkeit abstellt.⁴¹⁷ Die Höhe des Anspruchs beschränkt sich dabei nicht nur auf den Ersatz des bloßen Vermögensschadens. Vielmehr sind ebenso der entgangene Gewinn und die Zinsen zu ersetzen.⁴¹⁸ Anderenfalls würde es zur Konterkarierung des Effektivitätsgrundsatzes kommen. Mangels unionsrechtlicher Normierungen richtet sich die Höhe der Zinszahlungen jedoch nach nationalem Recht.⁴¹⁹ Ein Strafschadenersatz, wie man ihn aus dem US-Kartellrecht⁴²⁰ kennt, ist nur dann verhängbar, wenn dieser auch bei vergleichbaren Sachverhalten auf nationaler Ebene gewährt werden und

⁴¹³ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297.

⁴¹⁴ *Schmidt*, Anwendung und Kontrolle des europäischen Gemeinschaftsrechts (2008) 35.

⁴¹⁵ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619 Rn 56-64.

⁴¹⁶ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619 Rn 61 f.

⁴¹⁷ *Karollus*, Schadenersatz wegen EG-Kartellverstoßes auch für Verbraucher, *ecolex* 2006, 797 (797 ff).

⁴¹⁸ *Stockenhuber/Wittmann*, "Private enforcement" jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (332); EuGH, 08.03.2001, verb Rs C-397/98 und C-410/98, *Metallgesellschaft*, Slg 2001, I-1727 Rn 91; EuGH, 02.08.1993, Rs C-271/91, *Marshall*, Slg 1993, I-4367 Rn 34 f.

⁴¹⁹ *Karollus*, Schadenersatz wegen EG-Kartellverstoßes auch für Verbraucher, *ecolex* 2006, 797 (798).

⁴²⁰ Clayton Antitrust Act § 4, Title 15 of the U.S.C. § 15.

darüber hinaus zu keiner unrechtmäßigen Bereicherung des Geschädigten führen würde.⁴²¹

Zwar unterliegen nationale Vorschriften grundsätzlich keiner unmittelbaren Wirkung des Art 101 AEUV, jedoch gilt dies nur, solange nicht gegen den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz verstoßen wird. Denn die mitgliedschaftlichen Normierungen dürfen nicht so weit gehen, dass die Erlangung des Schadenersatzanspruchs praktisch unmöglich wird.⁴²² Im Hinblick auf die Rs *Manfredi* bedeutet dies, dass eine italienische Verjährungsfrist, welche zu laufen beginnt, sobald das Kartellverhalten verwirklicht wurde und darüber hinaus nicht unterbrochen werden kann, nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist. In dieser Konstellation besteht nämlich die Möglichkeit, dass bei fortwährenden Kartellrechtsverstößen die Verjährungsfrist abgelaufen ist, bevor das wettbewerbswidrige Verhalten überhaupt eingestellt wurde.⁴²³

Letztlich kommt dem *Manfredi*-Urteil durch die darin getroffenen Verfeinerungen und Präzisierungen bestehender Grundsätze entscheidende Bedeutung für die private Kartellrechtsdurchsetzung zu. Klar erkennbar ist die weitergeführte Rechtsprechungslinie des EuGH, welche das Private Enforcement als unabdingbaren Bestandteil des europäischen Wettbewerbsrechts festigt, da nur so die volle Wirkung der kartellrechtlichen Bestimmungen des Unionsvertrages sichergestellt werden kann.

e. Die Rechtssache Otis

Der EuGH hatte sohin unmissverständlich festgestellt, dass von seiner Jedermann-Formel wirklich jedermann, und somit ebenso von Streuschäden betroffene Verbraucher, umfasst ist. Man sollte denken, diese Thematik sei nun abschließend geklärt. Dennoch tauchte 2011 eine erweiterte Problemstellung auf. So stellte sich die Frage, ob nun die Kommission, als Vertreter der Union, den durch ein Kartell der Union selbst zugefügten Schaden einfordern kann. Dieser nahmen sich der EuGH in der *Otis*-Entscheidung⁴²⁴ an.

⁴²¹ *Stockenhuber/Wittmann*, "Private enforcement" jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (332).

⁴²² *Gruber*, Versicherungskartelle und Schadenersatz – Neues vom EuGH, RdW 2007, 16 (17).

⁴²³ *Karollus*, Schadenersatz wegen EG-Kartellverstoßes auch für Verbraucher, ecolex 2006, 797 (798).

⁴²⁴ EuGH, 06.11.2012, Rs C-199/11, *Otis*, noch nicht in der amtl Slg.

i. Sachverhalt

Die Kommission leitete im Jahr 2004 durch mehrere Beschwerden eine Untersuchung über das Bestehen eines Kartells der vier größten Aufzugs- und Fahrtreppenhersteller ein. Dies umfasste die Unternehmen *Otis*, *Kone*, *Schindler* und *ThyssenKrupp*. Mit Entscheidung vom 21.02.2007 stellte die Kommission einen Verstoß aller vier Unternehmungen gegen Art 101 AEUV fest.⁴²⁵ Hierbei teilten sich die Kartellanten untereinander Aufträge und Ausschreibungen in mehreren Mitgliedstaaten zu, um die Märkte aufzuteilen und Preise festzusetzen. Die zu insgesamt 992 Mio Euro an Bußgeldzahlungen – bis dahin die höchste je verhängte Kartellstrafe in der EU – verurteilten Unternehmensgruppen fochten den Kommissionsentscheid jeweils beim EuG an. Mit Ausnahme von dem von der *ThyssenKrupp*-Gruppe eingelegten Rechtsmittel, welchem das EuG hinsichtlich der Höhe der Geldbuße teilweise stattgab, wurden die Klagen abgewiesen.⁴²⁶ Daraufhin legten die Unternehmen Rechtsmittel beim EuGH ein, welche auf Aufhebung der Urteile gerichtet waren.⁴²⁷ Die Urteile hierzu waren zum Zeitpunkt der gegenständlichen Entscheidung noch anhängig, sie blieben jedoch letztlich erfolglos.⁴²⁸

Brisanz erlangte der Fall schließlich am 20.06.2008, als die Kommission als Vertreter der EU bei der Rechtbank van koophandel te Brussel Klage auf Ersatz des der Union, aufgrund der festgestellten wettbewerbswidrigen Praktiken, entstandenen Schadens in Höhe von Euro 7 Mio einbrachte. Denn die Union selbst war zum Opfer des Kartells geworden, indem mehrere Organe an die Kartellanten Aufträge für den Einbau, die Wartung und die Erneuerung von Aufzügen und Fahrtreppen vergeben hatten. Die Beklagten sprachen der Kommission jedoch die Befugnis ab, die Union zu vertreten, da es an einer ausdrücklichen Vertretungsvollmacht der anderen geschädigten Unionsorgane fehle. Des Weiteren sahen sie die Grundsätze der richterlichen Unabhängigkeit und der Waffengleichheit verletzt, da die Kommission ebenso über die

⁴²⁵ Kommission, 21.02.2007, COMP/E-1/38.823, *Aufzugs- und Fahrtreppenkartell*, ABl 2008 C 75, 19.

⁴²⁶ EuG, 13.07.2011, Rs T-138/07, *Schindler Holding*, Slg 2011, II-4819; EuG, 13.07.2011, verb Rs T-141/07, T-142/07, T-145/07 und T-146/07, *General Technic-Otis*, Slg 2011, II-4977; EuG, 13.07.2011, verb Rs T-144/07, T-147/07 bis T-150/07 und T-154/07, *ThyssenKrupp Liften*, Slg 2011, II-5129; EuG, 13.07.2011, Rs T-151/07, *Kone*, Slg 2011, II-5313.

⁴²⁷ EuGH, 06.11.2012, Rs C-199/11, *Otis*, noch nicht in der amtl Slg Rn 18-22.

⁴²⁸ EuGH, 24.10.2013, Rs C-510/11 P, *Kone*, noch nicht in der amtl Slg; EuGH, 18.07.2013, Rs C-501/11 P, *Schindler Holding*, noch nicht in der amtl Slg.

Feststellung der Zuwiderhandlung entscheide und nun auf Grundlage ihrer eigenen Entscheidung Schadenersatz fordere.⁴²⁹

Das mit dem Fall befasste belgische Gericht hatte hinsichtlich des geltend gemachten Schadens seine Unzuständigkeit festgestellt und dem EuGH im Wesentlichen zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. So wurde festgehalten, dass nach Art 282 EGV die Union durch die Kommission vertreten werde. Gleichzeitig bestimme Art 103 und 104 der VO 1995/2006⁴³⁰, dass sich die betreffenden Organe in Verwaltungsfragen, die ihre Funktion betreffen, selbst vor Gericht vertreten könnten. Daraus resultiere die Frage, ob die Kommission nicht zumindest über eine Vertretungsvollmacht der Organe verfügen müsse, um ihre Interessen vor Gericht zu vertreten. Zweitens führte die Rechtbank van koophandel te Brussel aus, dass Art 47 der Charta der Grundrechte und Art 6 Abs 1 EMRK jedem das Recht auf ein faires Verfahren und den damit zusammenhängenden Grundsatz, wonach niemand Richter in eigener Sache sein kann, gewährleisten müssten. Daher fragte das Gericht, ob die Stellung der Kommission, welche in erster Phase als Richter und anschließend als Kläger auftritt, mit diesen Grundsätzen vereinbar sei.⁴³¹

ii. Entscheidung des EuGH

Die Unionsrichter stellten fest, dass VO 1995/2006 sowie Art 274 und 279 EGV die Befugnisse der Organe zur Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans festlegt. Art 282 EGV begründet hingegen die Rechtsfähigkeit der Union und regelt deren Vertretung vor den Gerichten der Mitgliedstaaten. Sohin ist die Kommission zur Vertretung der Union im gegenständlichen Schadenersatzprozess befugt, ohne hierzu eine Vertretungsvollmacht der Organe einholen zu müssen.⁴³² Zur zweiten Frage wiederholte der EuGH abermals seine aufgestellten Grundsätze, wonach jedermann den Ersatz des, durch wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, erlittenen Schadens verlangen können muss. Da anderenfalls die praktische Wirksamkeit von Art 101 AEUV beeinträchtigt werden würde, steht dieses Recht ebenso der Union zu. In Zusammenhang mit dem Recht auf Zugang zu einem Gericht iSd Art 47 der Charta der

⁴²⁹ EuGH, 06.11.2012, Rs C-199/11, *Otis*, noch nicht in der amtl Slg Rn 23-24.

⁴³⁰ VO (EG, Euratom) Nr 1995/2006 des Rates vom 13.12.2006 zur Änderung der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaft, ABI 2006 L 390, 1.

⁴³¹ EuGH, 06.11.2012, Rs C-199/11, *Otis*, noch nicht in der amtl Slg Rn 25-26.

⁴³² EuGH, 06.11.2012, Rs C-199/11, *Otis*, noch nicht in der amtl Slg Rn 27-36.

Grundrechte wurde festgestellt, dass das Unionsrecht für Kommissionsentscheide in Kartellrechtsfällen ein System gerichtlicher Kontrolle vorsieht, wovon im gegenständlichen Fall auch Gebrauch gemacht wurde. Nationale Gerichte sind zwar an die Feststellung der Kommission über das Bestehen des Kartells gebunden, jedoch sind sie alleine dafür zuständig im Einzelfall den kausalen Zusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten und dem entstandenen Schaden zu beurteilen. Die Kommission verstößt damit nicht gegen den Grundsatz *nemo iudex in sua causa*.⁴³³ Zum Grundsatz der Waffengleichheit, welcher der Wahrung des Gleichgewichts zwischen den Prozessparteien dient, führte der EuGH aus, dass sich die Kommission im Schadenersatzverfahren ausschließlich auf Informationen gestützt hat, die in der nichtvertraulichen Fassung ihrer Entscheidung zu finden und somit ebenso für jeden anderen Geschädigten zugänglich waren. Ferner hatten die, für das Ausgangsverfahren zuständigen, Ämter der Kommission keinen privilegierten Zugang zu Unterlagen der Wettbewerbsdirektion. Ein Verstoß gegen die Waffengleichheit ist somit ebenso auszuschließen.⁴³⁴

iii. *Nemo iudex in sua causa*

Die *Otis*-Entscheidung bringt für die private Anspruchsdurchsetzung letztlich wenig Neues. Bekräftigt wurden abermals die Grundsätze des *Courage/Crehan*-⁴³⁵ und *Manfredi*-Urteils⁴³⁶, wonach jedermann den Ersatz des, durch ein gegen Art 101 AEUV verstoßendes Kartell, zugefügten Schadens verlangen kann. Erfolgte 2006 die Feststellung, dass von dieser Normierung ebenso Verbraucher umfasst sind, wurde nunmehr wenig überraschend klargestellt, dass auch die Union selbst diesen Anspruch geltend machen kann. Aufgrund der im Unionsrecht vorgesehen Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Kommission, verletzt diese bei der Geltendmachung von Unionsansprüchen nicht den Unbefangenheitsgrundsatz. Keinesfalls ungeachtet bleiben dürfen dabei die Grundrechte der Beklagten. In weiser Voraussicht stützte die Kommission ihre Schadenersatzklage nur auf öffentlich zugängliche Unterlagen, was

⁴³³ EuGH, 06.11.2012, Rs C-199/11, *Otis*, noch nicht in der amtl Slg Rn 37-64.

⁴³⁴ EuGH, 06.11.2012, Rs C-199/11, *Otis*, noch nicht in der amtl Slg Rn 65-73.

⁴³⁵ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297.

⁴³⁶ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619.

letztlich in nicht minderem Maße zur gegenständlichen Beurteilung der Unionsrichter beigetragen haben dürfte.⁴³⁷

2. Dezentralisierung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung

Durch Inkrafttreten der VO 1/2003⁴³⁸ am 01.05.2003 wurden neue rechtliche Rahmenbedingungen für die zivilrechtliche Anspruchsdurchsetzung auf europäischer Ebene geschaffen. Diese VO ersetzt nunmehr die mehrfach abgeänderte erste Durchführungsverordnung zu den Art 85 und 86 des Vertrages vom 06.02.1962, kurz VO 17/62.⁴³⁹ Ergänzend wurden vom Rat und der Kommission Erklärungen, Leitlinien, Bekanntmachungen und Durchführungsverordnungen erlassen, welche die Inhalte näher präzisieren und ausgestalten. Hierzu zählt ebenso die Netzwerkbekanntmachung der Kommission.⁴⁴⁰

a. Zuständigkeit nationaler Gerichte

Nach Art 6 VO 1/2003 sind die einzelstaatlichen Gerichte für die Anwendung der nunmehrigen Art 101 und 102 AEUV zuständig. Teilweise war dies schon vor Erlass dieser VO der Fall. Die unmittelbare Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts beschränkte sich jedoch auf Art 101 Abs 1 sowie 102 Abs 1 AEUV. Für die private Kartellrechtsdurchsetzung bedeutet dies nun, dass ein nationales Gericht sowohl über die Anwendung der europarechtlichen Bestimmungen als auch über das Bestehen und die Höhe des Anspruchs aus dem Unionsvertrag entscheidet. Nach den Erwägungsgründen dieser VO haben die Gerichte der Mitgliedstaaten eine wesentliche Aufgabe bei der Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln zu erfüllen. Dabei erfolgt die Wahrung der subjektiven Rechte des Einzelnen indem dem Geschädigten angemessener Schadenersatz zugesprochen wird. Einzelstaatliche Zivilgerichte erfüllen

⁴³⁷ *Paulus*, Grundrechtecharta und Private Enforcement: Ist die Stellung der Europäischen Kommission als „Entscheidungsbehörde“ in Kartellrechtssachen mit jener des Klägers im nachfolgenden Zivilprozess unter dem Blickwinkel eines fairen Verfahrens vereinbar?, ÖZK 2012, 231 (235).

⁴³⁸ VO (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI 2003 L 1, 1.

⁴³⁹ VO (EWG) Nr 17 des Rates vom 21.02.1962 Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags, ABI 1962, 13.

⁴⁴⁰ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43.

ihre Funktion neben den Wettbewerbsbehörden und ergänzen deren Aufgabenbereich.⁴⁴¹

Auf Grundlage von Art 103 Abs 2 lit e AEUV hat vom nationalen Gesetzgeber eine Abwägung zwischen innerstaatlichem und unionsweitem Recht, mit der Zielsetzung der Harmonisierung der nationalen Vorschriften, zu erfolgen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der mitgliedstaatliche Gesetzgeber zwar grundsätzlich strengere Vorschriften erlassen darf, um das wettbewerbswidrige Verhalten abzustellen. Jedoch muss stets gewährleistet werden, dass die Anwendung des nationalen Kartellrechts iSd Art 101 Abs 1 AEUV nur dann zum Verbot solcher Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmten Verhaltensweisen führen darf, wenn es nach dem europäischen Wettbewerbsrecht vorgesehen ist. Dementsprechend wäre es auch möglich, strafrechtliche Sanktionen gegenüber natürlichen Personen vorzusehen, sofern dies als zweckmäßiges Mittel dient, um die für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln durchzusetzen.⁴⁴²

b. Kollusion der Rechtsordnungen

Der Grundsatz, wonach Unionsrecht Vorrang vor einzelstaatlichem Recht genießt, klingt sehr einfach, gestaltet sich in der Praxis jedoch etwas komplexer. Denn sobald ein Kartellrechtsverstoß dazu geeignet ist den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, sind, parallel zum nationalen Kartellrecht, Art 101 und 102 AEUV anzuwenden. Wie bereits ausführlich in den Entscheidungen *Courage/Crehan*⁴⁴³ und *Manfredi*⁴⁴⁴ dargestellt, obliegt es den mitgliedstaatlichen Gerichten über den sich unmittelbar aus dem Unionsvertrag ergebenden Anspruch auf Ersatz des Schadens, welcher ursächlich durch ein Kartell verursacht wurde, zu entscheiden. Da Art 101 AEUV in diesem Falle unmittelbar anzuwenden ist, gilt dies ebenso, wenn die nationale Rechtsordnung keine diesbezügliche Regelung vorsieht. Verfahrensregelungen zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen finden sich ohnehin in allen Mitgliedstaaten. In diesem Punkt unterscheidet sich das Private Enforcement deutlich von der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung. Denn liegt im

⁴⁴¹ Erwägungsgrund 7 VO 1/2003.

⁴⁴² Erwägungsgrund 8 VO 1/2003.

⁴⁴³ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297.

⁴⁴⁴ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619.

Public Enforcement ein Verstoß mit unionsweiter Auswirkung vor, nimmt sich die Kommission, sohin ein allen Mitgliedstaaten übergeordnetes Organ, des Sachverhaltes an und erlässt eine unionsweit gültige Entscheidung. Zur privaten Anspruchsdurchsetzung hat hingegen in jedem Fall ein nationales Zivilgericht zu entscheiden, dessen Urteil nur im jeweiligen Unionsstaat gilt.

Probleme für Kartellgeschädigte ergeben sich insbesondere durch die Zersplitterung der innerstaatlichen zivilrechtlichen Normierungen der EU-Mitglieder. In diesem Zusammenhang kann durchwegs von einer Erschwerung der Anspruchsdurchsetzung aufgrund unterschiedlichster Schadenersatzregelungen gesprochen werden. Die Differenzierungen der einzelnen Regelungen werden schon bei der Frage, ob zur Zuerkennung des Schadenersatzes eine subjektive vorwerfbare Zuwiderhandlung vorliegen muss, offenkundig. Daneben besteht eine Unzahl weiterer Unterscheidungen, wie beispielsweise die Art und Weise der Prüfung des kausalen Zusammenhangs, wie schwerwiegend ein Verstoß sein muss, um überhaupt Ansprüche entstehen zu lassen, welche Anforderungen an die Beweislast des Klägers gerichtet werden sowie nach welcher Dauer Schadenersatzansprüche verjähren.⁴⁴⁵ Die dadurch herrschende Gefahr von Rechtsunsicherheit und des Forum Shoppings kann nur durch eine entsprechende Harmonisierung gebannt werden. Diese gestaltet sich jedoch schwierig, da dem Unionsgesetzgeber, im Hinblick auf das materielle Zivilrecht, keine horizontale Legislativkompetenz zukommt. Dennoch ist das innerstaatliche Privatrecht nicht der Einwirkung des Unionsrechts entzogen, weshalb es schon in der Vergangenheit zu Privatrechtsbeschränkungen sowie Privatrechtsschöpfungen durch die Union in den Mitgliedstaaten gekommen ist.⁴⁴⁶

3. Grünbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts

Am 19.12.2005 wurde von der Kommission das Grünbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts vorgelegt.⁴⁴⁷ Zweck des Grünbuches ist

⁴⁴⁵ Jäger, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“? Zur Zulässigkeit einer Harmonisierung der Zivilrechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts, JBl 2007, 349 (353 f).

⁴⁴⁶ Jäger, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“? Zur Zulässigkeit einer Harmonisierung der Zivilrechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts, JBl 2007, 349 (354 f).

⁴⁴⁷ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005.

die Feststellung von Haupthindernissen eines effizienten Systems von Schadenersatzklagen.⁴⁴⁸ Neben dem Aufzeigen von Hindernissen eines effektiveren Schadenersatzsystems bei wettbewerbswidrigem Verhalten, sollte das Grünbuch eine öffentliche Diskussion über die private Schadenersatzanspruchsdurchsetzung entfachen. Betont wird darin vor allem wie viel der Kommission am Private Enforcement zur wirksamen Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechtes liegt sowie, dass dadurch Unternehmungen von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen abgeschreckt werden können.⁴⁴⁹ Basis des Grünbuches bildet eine Vergleichsstudie, die sogenannte *Ashurst-Studie*, über die Rechtslage in den Mitgliedstaaten.⁴⁵⁰ Dabei stellt im Wesentlichen das US-amerikanische Gesetzssystem ein Vorbild dar, da dieses einige Erleichterungen zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung vorsieht. Durch diese Vereinfachung der Klagsführung werden in Übersee fast 90 Prozent der Kartellverfahren durch private Klagen initiiert und nur rund zehn Prozent beruhen auf behördlichen Untersuchungen.⁴⁵¹

Die Kommission verdeutlicht im Grünbuch die Problematik der Rechtsdurchsetzung im Bereich des Schadenersatzes auf Unionsebene. Demnach besteht zwar ein vom EuGH judizierter Anspruch unmittelbar aus den Verträgen der Union, welcher wiederum auf nationaler Ebene durchzusetzen ist.⁴⁵² Dennoch sei dieser Rechtsbereich in den Mitgliedstaaten als völlig unterentwickelt anzusehen. Wobei in Ermangelung einschlägiger unionsweiter Rechtsvorschriften, nach der Rechtsprechung des EuGH, Mitgliedstaaten die Pflicht hätten für eine detaillierte Regelung zur Erhebung von Schadenersatzklagen zu sorgen.⁴⁵³ Daraus resultieren bei verschiedenen EU-Mitgliedern weiterhin erhebliche Probleme, die einer wirksamen Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, welche durch Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht der Union entstanden sind, entgegenstehen.

⁴⁴⁸ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 4.

⁴⁴⁹ *Wollmann*, Zum Schwerpunkt „Private Enforcement“, *ecolex* 2006, 796 (796).

⁴⁵⁰ *Ashurst*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – Comparative Report (2004).

⁴⁵¹ *Gruber*, Die wichtigsten Neuerungen im Wettbewerbsrecht 2013, *SWK* 2013, 555 (557); *Gruber*, Die EU-Kronzeugenregelung 2006, *MR-Int* 2007, 3 (5); *Gruber*, Schadenersatz und Kartellrecht – das Grünbuch der Kommission, *MR-Int* 2006, 17 (17).

⁴⁵² Näheres dazu unter Kapitel IV. B. 1. c. Die Rechtssache *Courage/Crehan* und Kapitel IV. B. 1. d. Die Rechtssache *Manfredi*.

⁴⁵³ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 4.

Das Grünbuch zielt durch das Aufzeigen der Problemzonen im jetzigen System der Schadenersatzklagen und dem Anbieten von Maßnahmen zur Optimierung dieses Regelungsbereichs – in Hinsicht auf eigenständige Klagen ebenso wie Follow-on-Klagen – darauf ab, Mitgliedstaaten mögliche Optionen zur Harmonisierung anzubieten.⁴⁵⁴ Geschädigten Unternehmen und Verbrauchern soll hierdurch die Durchsetzung ihrer Schadenersatzansprüche erleichtert werden.⁴⁵⁵ Die Vorschläge der Kommission sind sehr weitreichend. Neben den Punkten Verschuldungserfordernis, Umfang des Schadenersatzes, Passing-on-Defense⁴⁵⁶, Schutz der Verbraucherinteressen, Prozesskosten, Koordinierung der staatlichen und privaten Wettbewerbsrechtsdurchsetzung, gerichtliche Zuständigkeit und anwendbares Recht wird auch der Zugang zu den Beweismitteln als eines der wichtigsten Punkte des Grünbuchs angeführt.⁴⁵⁷

Da die, an wettbewerbswidrigen Vereinbarungen, beteiligten Unternehmen meist erheblichen Aufwand zur Geheimhaltung betreiben, besteht die wesentliche Schwierigkeit für Kartellgeschädigte in der Beibringung von Beweismitteln. Nach Ansicht der Kommission könnten eine gerichtliche Anordnung der Offenlegung von Informationen, eine Sanktionierung für die Vernichtung von Beweisen und der Zugang von Parteien eines Zivilprozesses zu den Unterlagen der Wettbewerbsbehörden den Nachweis Geschädigter wesentlich erleichtern. Des Weiteren sollen ebenso die Entscheidungen der Kommission verbindliche Grundlage der angerufenen Zivilgerichte darstellen.⁴⁵⁸ Der Zugang zu Beweismitteln aus dem öffentlichen Kartellverfahren wird somit jedenfalls bejaht.⁴⁵⁹ Gleichzeitig soll der Zugang zu Kronzeugenanträgen völlig verwehrt werden, um die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen zu erhalten.⁴⁶⁰

⁴⁵⁴ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 4 f.

⁴⁵⁵ Möschel, Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, WuW 2007, 483 (483).

⁴⁵⁶ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 8.

⁴⁵⁷ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 5 ff.

⁴⁵⁸ Stockenhuber/Wittmann, "Private enforcement" jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (335).

⁴⁵⁹ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 5.

⁴⁶⁰ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 11.

4. Weißbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts

Das Europäische Parlament⁴⁶¹ verbuchte die, durch das Grünbuch angeregten, Diskussionen als Erfolg und beauftragte die Kommission im Jahr 2007 mit dem Weißbuch, um konkrete Vorschläge zur wirksamen Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen im europäischen Wettbewerbsrecht zu entwickeln. Schließlich wurde am 02.04.2008 das Weißbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts veröffentlicht.⁴⁶² Die im Weißbuch dargelegten Empfehlungen verfolgen das Ziel, Geschädigten von Wettbewerbsverstößen durch die Einführung unionsweiter Mindeststandards den Zugang zu wirksamen Rechtsbehelfen zu sichern. So soll der Betrag des nicht geltend gemachten oder nicht zugesprochenen Schadenersatzes wegen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht, welcher sich jährlich auf mehrere Mrd Euro beläuft, minimiert werden.⁴⁶³ Klar ist dabei, dass hierzu eine Angleichung materieller und formeller Vorschriften unumgänglich ist, weshalb die Kommission ein Tätigwerden des Unionsgesetzgebers, als auch der Mitgliedstaaten, anregt.⁴⁶⁴

Eine Intention der Kommission ist es, dass jeder Kartellgeschädigte wirksam Schadenersatzklagen einbringen kann. Hierzu sollen Verbandsklagen durch qualifizierte Einrichtungen zugelassen werden. Des Weiteren werden Opt-In-Gruppenklagen vorgeschlagen, damit sich Opfer zusammenschließen und ihre Ansprüche in einer einzigen Klage geltend machen können.⁴⁶⁵ Seitdem klar ist, dass auch Verbraucher und somit eine Unzahl von Geschädigten Ansprüche geltend machen können, wird die Diskussion über die Einführung von Sammelklagen ohnehin immer lauter. Hinsichtlich der zu erlangenden Höhe des Schadenersatzes hatte sich die Kommission im Grünbuch nicht festgelegt. Nun erfolgte die Klarstellung, dass die Schadenersatzpflicht den

⁴⁶¹ Nachfolgend: „Parlament“.

⁴⁶² Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008.

⁴⁶³ Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008, 2.

⁴⁶⁴ Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008, 2; *Paulus*, Das Weißbuch der Europäischen Kommission, Teil II: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Private Enforcement), ÖZK 2008, 83 (83).

⁴⁶⁵ Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008, 4 f; *Paulus*, Das Weißbuch der Europäischen Kommission, Teil III: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Private Enforcement), ÖZK 2008, 123 (123 f).

positiven Schaden sowie entgangenen Gewinn und Zinsen umfassen soll⁴⁶⁶, was im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung steht.⁴⁶⁷ Von der Idee, in Anlehnung an die Punitive Damages des Clayton Act im US-amerikanischen Kartellrecht⁴⁶⁸, wettbewerbswidrig handelnde Unternehmungen zum Ersatz des mehrfachen Schadens zu verpflichten, kam die Kommission hingegen wieder ab.⁴⁶⁹ Eine derartige Normierung hätte für fast alle Mitgliedstaaten, mit Ausnahme von England und Irland⁴⁷⁰, eine fundamentale Neuerung dargestellt. Verjähren sollten – nach den Empfehlungen – derartige Schadenersatzansprüche keinesfalls unter zwei Jahren, wobei der Fristenlauf erst dann beginnen sollte, wenn die Zuwiderhandlung eingestellt wurde und das Opfer Kenntnis von Schaden und Schädiger hat.⁴⁷¹ Hinsichtlich jener freiwillig von Kronzeugen vorgelegten Beweismittel, die Schadenersatzklagen überhaupt erst möglich machen, nimmt die Kommission im Weißbuch ausdrücklich Stellung.⁴⁷² Demnach sollen solche Dokumente einen angemessenen Schutz vor Offenlegung genießen, da ansonsten die Qualität der Eingaben der Antragsteller sinken oder diese völlig davon Abstand nehmen könnten das Kronzeugenprogramm in Anspruch zu nehmen.⁴⁷³

5. Richtlinienentwurf zum Private Enforcement

Am 11.06.2013 wurde von der Kommission ein Richtlinienentwurf über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union veröffentlicht.⁴⁷⁴ Damit soll insbesondere das vorherrschende Spannungsverhältnis zwischen Private Enforcement und dem

⁴⁶⁶ Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008, 8.

⁴⁶⁷ *Stockenhuber/Wittmann*, "Private enforcement" jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (332); EuGH, 08.03.2001, verb Rs C-397/98 und C-410/98, *Metallgesellschaft*, Slg 2001, I-1727 Rn 91; EuGH, 02.08.1993, Rs C-271/91, *Marshall*, Slg 1993, I-4367 Rn 34 f.

⁴⁶⁸ Clayton Antitrust Act § 4, Title 15 of the U.S.C. § 15.

⁴⁶⁹ *Niemeier*, Das Weißbuch – eine Abkehr von „amerikanischen Verhältnissen“?, WuW 2008, 927 (927).

⁴⁷⁰ *Kozioł*, Punitive Damages – A European Perspective, Louisiana Law Review 68/2008, 741 (747 ff).

⁴⁷¹ Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008, 10.

⁴⁷² *Reidlinger/Steinbach*, Schadenersatz wegen Kartellrechtsverstößen – Das Weißbuch der Kommission und die Rechtslage in Österreich, MR-Int 2008, 205 (205 f).

⁴⁷³ Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008, 12.

⁴⁷⁴ Pressemitteilung der Kommission vom 11.06.2013, Kartellrecht: Kommission schlägt Rechtsvorschriften vor, um den Opfern von Kartellrechtsverstößen Schadensersatzansprüche zu erleichtern, IP/13/525; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, KOM(2013) 404 endg vom 11.06.2013.

Einsichtsrecht Kartellgeschädigter in Verfahrensakten der Kommission sowie der einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden, welches Kronzeugenprogrammen und somit einem wesentlichen Standbein der öffentlich-rechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung empfindlich entgegen steht, entschärft sowie Rechtssicherheit geschaffen werden. Seit 04.02.2014 liegt zu dem Kommissionsvorschlag ein provisorisches Übereinkommen der Änderungsvorschläge des Parlaments und des Rates⁴⁷⁵ sowie seit 17.04.2014 der Standpunkt des Parlaments nach der ersten Lesung im Gesetzgebungsverfahren vor.⁴⁷⁶

a. Ursprung und Anforderungen

Der Richtlinienentwurf der Kommission geht einher mit der Kundmachung der Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Art 101 oder 102 AEUV, welche einen Leitfaden zur Ermittlung der Schadenshöhe darstellt.⁴⁷⁷ Des Weiteren machte die Kommission eine Empfehlung zur Einführung kollektiver Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten publik, worin es zur Ausgestaltung und Präzisierung der im Weißbuch vorgeschlagenen kollektiven Schadenersatz- und Unterlassungsklagen kommt. Die Umsetzung einer Gruppenklage nach dem Opt-in-Modell wird darin nicht weiter verfolgt.⁴⁷⁸ Dieses Bündel bildet einen vorläufigen Meilenstein einer äußerst turbulenten Kartellrechtsentwicklung seit der Rs *Courage/Crehan*.⁴⁷⁹ Der Weg dazu verlief über das bereits dargestellte Grünbuch⁴⁸⁰ mit der Studie der Anwaltssozietät *Ashurst*⁴⁸¹, wodurch die mangelnden Erfolgsaussichten privater Schadenersatzklagen

⁴⁷⁵ Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/185(COD) vom 04.02.2014.

⁴⁷⁶ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

⁴⁷⁷ Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.06.2013, ABI 2013 C 167, 19.

⁴⁷⁸ Empfehlung der Kommission über gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten vom 26.07.2013, ABI 2013 L 201, 60.

⁴⁷⁹ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297.

⁴⁸⁰ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 4.

⁴⁸¹ *Ashurst*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – Comparative Report (2004).

durch rechtliche und faktische Hindernisse erstmals dargestellt wurden, und das Weißbuch⁴⁸², welches den Grundstein des nunmehrigen Kommissionsentwurfs darstellt.

Die Kommission konzentriert sich in der Richtlinienvorlage insbesondere auf die Stärkung der Rechte einzelner Kartellgeschädigter und gibt konkrete Empfehlungen für die materiell- und verfahrensrechtliche Normierung von Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen das europäische Wettbewerbsrecht ab. Diese Regelungen müssen drei Aufgaben gerecht werden. Zum einen sollen sie eine effektive Rechtsgrundlage zur Durchsetzung von Schadenersatz- und Unterlassungsansprüchen aufgrund von Wettbewerbsverstößen bereitstellen. Gleichzeitig soll dem von der Kommission gesteckten Ziel, die private Kartellrechtsdurchsetzung neben dem Public Enforcement zu etablieren, Rechnung getragen werden. Dies lässt sich wiederum nur bewerkstelligen, wenn dahingehende Rechte eine attraktive und wirksame Anspruchsdurchsetzung ermöglichen. Hierbei gilt es jedoch sicherzustellen, dass es durch die Attraktivierung des Private Enforcement zu keiner Konterkarierung der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung kommt. Zuletzt sind ebenso die vom EuGH judizierten Anforderungen an das Schadenersatzrecht bei Wettbewerbsverstößen zu berücksichtigen.⁴⁸³

b. Unionsweite Legislativkompetenz

Eine grundlegende Problematik, welche bei diesem Richtlinienentwurf aufkommt, ist die Frage nach der Rechtsgrundlage der Union zur Harmonisierung des materiellen und formellen Zivilrechts der Mitgliedstaaten. Die Kritik gegen die Rechtsangleichung richtet sich in zwei Richtungen. Einerseits habe die EU diesbezüglich keine Harmonisierungskompetenz und andererseits sei gegenüber den bestehenden Einzelrechtsordnungen keine Effizienzsteigerung bei der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen zu erwarten.⁴⁸⁴ Als Grundlage infrage käme Art 81 AEUV,

⁴⁸² Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008.

⁴⁸³ Empfehlung der Kommission über gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten vom 26.07.2013, ABl 2013 L 201, 60 Rn 6 ff; EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg; EuGH, 06.11.2012, Rs C-199/11, *Otis*, noch nicht in der amtl Slg; EuGH, 14.06.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161; EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619; EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297.

⁴⁸⁴ Jäger, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“? Zur Zulässigkeit einer Harmonisierung der Zivilrechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts, JBl 2007, 349 (354).

welcher die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug regelt und wozu explizit der Erlass von Maßnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften gestattet ist. Doch nach herrschender Meinung umfasst die Ermächtigung des Art 81 AEUV nicht das materielle, sondern beschränkt sich auf das formelle Zivilrecht.⁴⁸⁵ So lässt der Wortlaut des Vertrages erkennen, dass sich die Bestimmungen vielmehr auf die Zusammenarbeit von Behörden und Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten untereinander beziehen, weshalb dieser nicht als Grundlage zur heterogenen Angleichung von Schadenersatzklagen herangezogen werden kann.

Sehr wohl aber kann sich das innerstaatliche Privatrecht den Einwirkungen des Unionsrechts nicht entziehen. In den letzten Jahren wurden immer wieder Art 114 und 115 AEUV, welche der Union Legislativkompetenz zur Sicherstellung der Funktion des Binnenmarktes zusprechen, als allgemeine Rechtsgrundlage zur Harmonisierung herangezogen. Gefährden sohin mitgliedstaatliche Gesetze die Binnenmarktfunktion oder stehen einer Verwirklichung der Ziele entgegen, hat die EU entsprechende Normierungskompetenzen, welche – zumindest punktuell und auf das zur Zielerreichung Notwendige beschränkt⁴⁸⁶ – materielles sowie formelles Zivilrecht umfassen.⁴⁸⁷ Im Hinblick auf die Vielzahl von Problemen, womit sich Kartellgeschädigte bei der Erlangung ihres durch den Unionsvertrag gewährleisteten Recht auf Schadenersatz in unterschiedlichen Mitgliedstaaten mit divergierenden Einzelrechtsordnungen konfrontiert sehen, ist es sehr fraglich, ob bei momentaner Rechtslage von einer wirksamen Durchsetzbarkeit gesprochen werden kann. Gleichzeitig steht außer Frage, dass die private Kartellrechtsdurchsetzung einen wichtigen Bestandteil des europäischen Wettbewerbsrechts darstellt, wodurch eine Gefährdung der reibungslosen Funktion des Binnenmarktes zu rechtfertigen ist. Nach *Schuhmacher* ist die von der Kommission

⁴⁸⁵ *Ludwigs*, Harmonisierung des Schuldvertragsrechts in Europa - Zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeit für eine Europäisierung des Privatrechts, EuR 2006, 370 (380 f).

⁴⁸⁶ *Roth*, Rechtssetzungskompetenzen für das Privatrecht in der Europäischen Union, EWS 2008, 401 (402).

⁴⁸⁷ *Jäger*, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“? Zur Zulässigkeit einer Harmonisierung der Zivilrechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts, JBl 2007, 349 (356 f).

herangezogene Rechtsgrundlage, welche aus Art 103 und 114 AEUV besteht⁴⁸⁸, jedenfalls tragfähig.⁴⁸⁹

c. Wesentliche Änderungsvorschläge

Der Vorschlag der Kommission umfasst einige entscheidende Punkte zur wirksamen privaten Kartellrechtsdurchsetzung, wie den Zugang zu Akten der Wettbewerbsbehörden und Gerichte⁴⁹⁰, die Haftung der an dem Kartell beteiligten Unternehmungen sowie dem Weg zur Erlangung des Schadenersatzanspruchs. Zur Sicherstellung einer wirksamen Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs werden in Art 3 des Vorschlags⁴⁹¹ die bereits aus der Judikatur bekannten Grundsätze der Effektivität und Äquivalenz⁴⁹² sekundärrechtlich verankert. Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens blieb dieser Normierungsvorschlag im Wesentlichen erhalten. Lediglich die Formulierung wurde richtigerweise an jene des EuGH in der Rs *Donau Chemie* angepasst.⁴⁹³

i. Bindungswirkung einzelstaatlicher Entscheidungen

Zur Erleichterung des Nachweises über das Bestehen eines Kartells sieht Art 9 des Richtlinienentwurfs der Kommission die Bindungswirkung rechtskräftiger Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden für einzelstaatliche Gerichte vor. So hätten zivilrechtliche Follow-on-Kläger einen unbestreitbaren Nachweis über das Bestehen der Zuwiderhandlung, welcher darüber hinaus in allen Mitgliedstaaten gültig wäre. Verfahren sollen so vereinfacht, die Kosten gesenkt und die Rechtssicherheit gestärkt werden.⁴⁹⁴

⁴⁸⁸ Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/185(COD) vom 04.02.2014, Änderungsantrag 3.

⁴⁸⁹ *Schuhmacher*, Schadenersatzklagen im Wettbewerbsrecht – der Richtlinienentwurf der Kommission, *ecolex* 2014, 193 (193).

⁴⁹⁰ Näheres dazu unter Kapitel V. M. Disclosure nach dem Richtlinienentwurf zum Private Enforcement.

⁴⁹¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, KOM(2013) 404 endg vom 11.06.2013.

⁴⁹² EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297 Rn 31.

⁴⁹³ EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg.

⁴⁹⁴ *Schuhmacher*, Schadenersatzklagen im Wettbewerbsrecht – der Richtlinienentwurf der Kommission, *ecolex* 2014, 193 (195).

Deutschland und Österreich nehmen in dieser Hinsicht eine Vorreiterrolle ein und haben eine derartige Bindungswirkung bereits in § 33 Abs 4 des deutschen GWB sowie in § 37a Abs 3 KartG vorgesehen. Die nun vorliegende Stellungnahme des Parlaments sieht in Art 3 indes eine Unterscheidung von Entscheidungen einer inländischen Wettbewerbsbehörde und Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaates vor. Während Urteile von inländischen Wettbewerbsbehörden vor inländischen Gerichten als unwiderlegbarer Beweis der Zuwiderhandlung gelten, sind solche eines anderen Unionsmitgliedes lediglich zumindest als *Prima-facie*-Beweis zu werten, dessen Widerlegung durch die Parteien möglich ist.⁴⁹⁵ Mit diesem Hintergrund werden die Normierungen des deutschen und österreichischen Gesetzgebers wohl die Ausnahme bleiben. Dem Gedanken einer unionsweiten Harmonisierung wird hiermit jedenfalls nicht Rechnung getragen.

ii. Verjährung der Ansprüche

Art 10 des Vorschlags der Kommission sieht eine Verjährungsfrist für derartige Schadenersatzansprüche von mindestens fünf Jahren vor. Gleichzeitig ist angedacht, dass der Fristenlauf nicht beginnt, solange der Geschädigte nicht selbst Kenntnis von Schaden, Schädiger sowie der Zuwiderhandlung, welche als Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht eingestuft wurde, hat, solange der andauernde oder fortgesetzte Verstoß nicht beendet wurde oder bei einer Wettbewerbsbehörde wegen des mutmaßlichen Verstoßes ein Verfahren anhängig ist. Die Änderungen des Parlaments sehen nun vor, dass die Verjährungsfrist frühestens dann beginnt, wenn die Zuwiderhandlung eingestellt wurde und der Kläger Kenntnis erlangt, dass das Verhalten einen wettbewerbsrechtlichen Verstoß darstellt, ihm ein Schaden entstanden und ihm die Identität des zuwiderhandelnden Unternehmens bekannt ist.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

⁴⁹⁶ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

Insgesamt führen die vorgeschlagenen Verjährungsregeln durchaus zu einer klägerfreundlicheren Anspruchsdurchsetzung.⁴⁹⁷ Darüber hinaus würden sich diese Regelungen in § 1489 ABGB einfügen. Eine Verlängerung der Verjährungsfrist von drei auf fünf Jahre in Kartellfällen lässt sich insbesondere durch Aufdeckungs- und Beweisschwierigkeiten begründen. Ferner findet sich eine die Verjährung hemmende Normierung bei Anhängigkeit des Sachverhalts bei einer Wettbewerbsbehörde bereits in § 37a Abs 4 KartG.⁴⁹⁸

iii. Solidarische Haftung

Der Entwurf der Kommission zur gesamtschuldnerischen Haftung fällt teilweise etwas eigenartig aus. Grundsätzlich ist nach Art 11 eine Solidarhaftung für alle am Kartellverstoß beteiligten Unternehmen angedacht, was größtenteils der Regelung des § 1301 ABGB entspricht und wogegen nichts einzuwenden ist. Jeder Kartellant ist damit zu vollständigem Schadenersatz verpflichtet und kann sich im Innenverhältnis regressieren. Um die Attraktivität von Kronzeugenprogrammen aufrecht zu erhalten, nennt Abs 2 jedoch eine Ausnahme. Demnach soll in Anlehnung an das US-Recht die Haftung von Unternehmen, denen eine Ermäßigung oder ein Erlass der Geldbuße gewährt werde, auf jenen Schaden beschränkt werden, den diese seinen eigenen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat. Eigenwillig wird es jedoch für den Fall, dass die Geschädigten von den anderen Kartellanten keinen vollständigen Ersatz des erlittenen Schadens erhalten können. Denn dann soll, bzw muss, die gesamtschuldnerische Haftung des Kronzeugen wieder aufleben.

Vom Parlament wurde in Art 11 Abs 1 und 2 eine gänzlich neue Formulierung angedacht, welche im Wesentlichen jedoch nur eine weitere Ausnahmeregelung hinzufügt. Demnach soll künftig, unbeschadet des Rechts auf vollständigen Ersatz des Schadens, gewährleistet werden, dass, wenn die zuwiderhandelnde Unternehmung ein kleines oder mittleres Unternehmen ist, nur gegenüber seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern haftet, wenn ihr Marktanteil weniger als fünf Prozent beträgt und die Anwendung der normalen, vollen gesamtschuldnerischen Haftung die wirtschaftliche Lebensfähigkeit unwiederbringlich gefährden würde. Die schon im Kommissionsentwurf

⁴⁹⁷ Gussone, Private Kartellrechtsdurchsetzung, WuW 2013, 1040 (1050).

⁴⁹⁸ Schuhmacher, Schadenersatzklagen im Wettbewerbsrecht – der Richtlinienvorschlag der Kommission, ecolex 2014, 193 (195).

angedachte Sonderregelung für Unternehmen, denen der Erlass der Geldbuße zuerkannt wurde, bleibt erhalten.⁴⁹⁹

Eine derartige Haftungsbeschränkung ist grundsätzlich abzulehnen, da diese keine gehörige Rechtfertigung findet. An dieser Stelle wird offenkundig versucht, mit den Behörden kooperierende Unternehmen vor einem Hagel an Schadenersatzklagen zu schützen. Gleichzeitig werden mit Recht Bedenken gehegt, dass eine absolute Haftungsbeschränkung, bei der Geschädigte, im Falle mangelnder Liquidität der übrigen Kartellanten, womöglich keinen vollen Ersatz des erlittenen Schadens erhalten, die ständige Rechtsprechung des EuGH konterkariert.⁵⁰⁰ Ferner ist diese Sekundärhaftung in der Praxis nicht umsetzbar. Denn durch diese Regelung könnte über Schadenersatzansprüche erst entschieden werden, wenn alle Verfahren der Wettbewerbsbehörden rechtskräftig abgeschlossen sind, da erst dann feststeht, welche Unternehmungen eine Ermäßigung oder einen Erlass der Geldbuße erhalten haben. Sohin wissen die geschädigten Parteien erst zu diesem Zeitpunkt an wen sie sich schadlos halten sollen.⁵⁰¹ Darüber hinaus hätten die Geschädigten zu beweisen, dass sie von anderen Kartellmitgliedern keinen vollständigen Ersatz erlangen können, was sehr schwierig zu belegen wäre und so abermals in einer ungerechtfertigten Haftungsbefreiung von Kronzeugen münden würde.⁵⁰² Zusätzlich würde sich die Dauer der Verfahren bis zur vollständigen Erlangung des zustehenden Schadenersatzes derart in die Länge ziehen, dass dies einer wirksamen Anspruchsdurchsetzung entgegenstünde.

⁴⁹⁹ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

⁵⁰⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, KOM(2013) 404 endg vom 11.06.2013, 19; EuGH, 14.06.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161; EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619; EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297.

⁵⁰¹ *Steiner*, Der neue RL-Vorschlag der Kommission zum Private Enforcement, *ecolex* 2013, 1000 (1003).

⁵⁰² *Schuhmacher*, Schadenersatzklagen im Wettbewerbsrecht – der Richtlinienvorschlag der Kommission, *ecolex* 2014, 193 (195).

iv. Einwand der Schadensabwälzung

In Art 12 des Richtlinienvorschlags der Kommission finden sich Regelungen zum Einwand des Passing-on-Defense sowie in Art 13 Normierungen über die Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer. Grund einer solchen Regelung ist jedenfalls die Befürchtung einer mehrfachen Haftung, wenn Abnehmer verschiedener Marktstufen parallel Schadenersatzklagen betreiben.⁵⁰³ Die Kommission gewährt deshalb dem Kartellschädiger, welcher vom Geschädigten auf Schadenersatz wegen überhöhter Preise geklagt wird, den Einwand, dass diesem kein Schaden entstanden sei, da er selbst den teilweisen oder gesamten Preisaufschlag an seine Abnehmer weitergegeben hat. Die Beweislast dafür trägt das zuwiderhandelnde Unternehmen. Nach österreichischem Recht ist eine solche Ausgestaltung dieses Einwandes nicht vorgesehen.⁵⁰⁴ Sollte es den mittelbaren Abnehmern jedoch rechtlich unmöglich sein den Ersatz des erlittenen Schadens zu erlangen, so soll der Einwand der Passing-on-Defense nicht zulässig sein. Auch im Standpunkt des Parlaments nach der ersten Lesung findet sich diese Normierung im Wesentlichen wieder. Zusätzlich wird darin festgelegt, dass der Beklagte zum Beweis der Weitergabe des Preisaufschlages in angemessener Weise Offenlegungen vom Kläger und von Dritten fordern kann.⁵⁰⁵

Aus rein wirtschaftlicher Betrachtung ist diese Sonderregelung durchaus nachvollziehbar, da sich durch die Weitergabe des erhöhten Preises die Produzentenrente erhöht. Leidtragende sind die Konsumenten, deren Rente sich verringert sowie der dadurch generierte ökonomische Wohlfahrtsverlust. Die rechtliche Umsetzung der angedachten Lösung für diese Problematik wird jedoch nicht grundlos kritisch betrachtet. Zum einen argumentiert *Steiner*, dass nicht dargelegt wird wann eine solche rechtliche Unmöglichkeit vorliegt und insbesondere im Hinblick darauf, dass der Richtlinienentwurf die Problematik der rechtlichen Unmöglichkeit der Schadenersatzdurchsetzung abstellen soll, unverständlich ist.⁵⁰⁶ Zum anderen legt dazu *Schuhmacher* dar, dass durch das rechtlich Unmögliche ebenso Fragen der Kausalität

⁵⁰³ *Schreiber*, Klagebefugnis mittelbarer Abnehmer und "Passing-on-Defence" - zwei Seiten einer Medaille?, WuW 2014, 355 (355).

⁵⁰⁴ § 37a Abs 1 KartG.

⁵⁰⁵ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

⁵⁰⁶ *Steiner*, Der neue RL-Vorschlag der Kommission zum Private Enforcement, ecolex 2013, 1000 (1003).

und Schadenersatzzurechnung erfasst werden, da sich der Ausschluss des Passing-on-Defense nur dadurch rechtfertigen lässt, wenn der Nachweis des Schadens durch mittelbare Abnehmer nicht möglich ist.⁵⁰⁷

v. Berechnung des Schadensumfangs

Die Kommission spricht sich in Art 2 ihres Entwurfs, wie schon im Weißbuch, für den Ersatz des vollständigen Schadens aus. Hierzu stellt die Parlamentsfassung nunmehr klar, dass davon ebenso der entgangene Gewinn und Zinsen umfasst sind.⁵⁰⁸ Dieser über den Vermögensschaden hinausgehende Anspruch, welcher den Geschädigten in jene Lage versetzen soll, in der er sich befunden hätte, wenn die Zuwiderhandlung nicht begangen worden wäre, stellt die ständige Rechtsprechungspraxis dar und findet nun sekundärrechtliche Verankerung.⁵⁰⁹ Zusätzlich wird nunmehr klargestellt, dass dieser vollständige Ersatz des Schadens keinesfalls zu einer Überkompensation führen darf, da Punitive Damages nicht vorgesehen sind.

Zur Erlangung dieses Schadenersatzes soll nach Art 16 des Richtlinienvorschlags der Kommission künftig die generelle Vermutung zulässig sein, dass bei Bestehen eines Kartells die Zuwiderhandlung Schaden verursacht hat. Ein kartellrechtswidrig agierendes Unternehmen trägt somit im Schadenersatzverfahren die Beweislast dafür, dass durch das Kartell niemand geschädigt wurde. Nach dem Wesen eines Kartells dürfte sich dies äußert schwierig gestalten. Für die geschädigte Partei stellt indes nicht nur der Nachweis des Schadens an sich, sondern ebenso dessen Höhe, eine große Hürde dar. Insbesondere für finanziell schwächere Kläger, wovon oftmals eine Vielzahl durch Streuschäden betroffen ist, gilt dies als problematisch.⁵¹⁰ In Art 16 Abs 2 des Richtlinienvorschlags hält die Kommission deswegen die Mitgliedstaaten dazu an, Regelungen zu erlassen, welche den Kartellgeschädigten die Durchsetzung ihres Schadenersatzanspruchs nicht praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert.

⁵⁰⁷ *Schuhmacher*, Schadenersatzklagen im Wettbewerbsrecht – der Richtlinienvorschlag der Kommission, *ecolex* 2014, 193 (196).

⁵⁰⁸ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

⁵⁰⁹ *Stockenhuber/Wittmann*, "Private enforcement" jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (332); EuGH, 08.03.2001, verb Rs C-397/98 und C-410/98, *Metallgesellschaft*, Slg 2001, I-1727 Rn 91; EuGH, 02.08.1993, Rs C-271/91, *Marshall*, Slg 1993, I-4367 Rn 34 f.

⁵¹⁰ *Steiner*, Der neue RL-Vorschlag der Kommission zum Private Enforcement, *ecolex* 2013, 1000 (1003).

Ferner sollen einzelstaatliche Gerichte die Befugnis haben, den Schadensumfang zu schätzen. Die Normierungen des Parlaments hierzu, welche sich nun in Art 17 wiederfinden, sehen eine Einschränkung vor, dass mitgliedstaatliche Gerichte nur dann zur Schätzung des Schadensumfangs befugt sind, wenn erwiesen ist, dass dem Kläger ein Schaden entstanden ist, es jedoch praktisch unmöglich oder übermäßig schwer ist, diesen mit den vorhandenen Beweismitteln zu beziffern.⁵¹¹

Im Hinblick darauf, dass die Marktentwicklung ohne Einwirkung des Kartells und damit auch der Marktpreis, welcher sich unter Bedingungen des Wettbewerbs gebildet hätte, ohnehin nur hypothetisch bestimmt werden können sowie der hiermit verknüpften Beweisprobleme, sind Normierungen, welche das Abschätzen einer Schadenssumme ermöglichen, als zielführend zu erachten.⁵¹² Ebenso die hinzugefügte Einschränkung im Entwurf des Parlaments nach der ersten Lesung ist richtig, da die Schätzung nur dann in Betracht gezogen werden sollte, wenn die Bezifferung des Betrages ansonsten gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen wäre. § 37a Abs 1 KartG sieht bereits eine solche Regelung vor, wonach das Gericht gemäß § 273 ZPO den Betrag des Schadens nach freier Überzeugung festsetzen kann.

vi. Bewertung

Obwohl vom EuGH klargestellt wurde, dass private und öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung als gleichwertige Instrumente zur Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbsrechts anzusehen sind, versucht die Kommission in ihrem Richtlinienentwurf weiterhin die führende Rolle des Public Enforcement aufrecht zu erhalten.⁵¹³ Trotz alledem werden notwendige Zugeständnisse gemacht, um die private Anspruchsdurchsetzung effektiv zu stärken. Den dabei dargelegten Vorschlägen ist großteils zuzustimmen.⁵¹⁴ Positiv anzusehen ist des Weiteren das Abkommen von der Vereinheitlichung mit dem US-amerikanischen Kartellrecht. Das Einführen von Punitive Damages würde weitestgehend den Grundzügen der mitgliedstaatlichen

⁵¹¹ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

⁵¹² *Schuhmacher*, Schadenersatzklagen im Wettbewerbsrecht – der Richtlinienentwurf der Kommission, *ecolex* 2014, 193 (196).

⁵¹³ *Steiner*, Der neue RL-Vorschlag der Kommission zum Private Enforcement, *ecolex* 2013, 1000 (1004).

⁵¹⁴ *Schuhmacher*, Schadenersatzklagen im Wettbewerbsrecht – der Richtlinienentwurf der Kommission, *ecolex* 2014, 193 (196).

Schadenersatzregelungen und Rechtstraditionen zuwiderlaufen. Ferner ist im derzeitigen Stadium der Rechtslage zur privaten Anspruchsdurchsetzung ebenso keine derartige Verschiebung der Kartellaufklärung von der öffentlichen zur privaten Hand – wie im amerikanischen System – möglich.

Nichtsdestotrotz beinhaltet die gegenwärtige Entwurfsfassung der Richtlinie nach den Änderungen des Parlaments vom 17.04.2014 weiterhin teils abstruse Privilegierungen für wettbewerbsrechtliche Schadenersatzverfahren. Die Beschränkung der solidarischen Haftung für Kronzeugen mag sich zwar durch die Erhaltung der Attraktivität des öffentlichen Durchsetzungsapparates begründen lassen, stellt aber aus deliktsrechtlicher Sicht dennoch einen Systembruch dar. Selbiges gilt für die komplexe neue Regelung für kleine und mittlere Unternehmungen.⁵¹⁵

C. Grundzüge des Private Enforcement in Österreich

Als Folge der Dezentralisierung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung sehen sich Kartellgeschädigte zum Teil stark divergierenden zivilprozessualen Bestimmungen der Mitgliedstaaten ausgesetzt. In Abhängigkeit der erfolgten Umsetzung der Vorschläge der Kommission und der Anpassung an die ständige Rechtsprechung des EuGH werden Geschädigten mehr oder weniger Steine auf dem Weg zur Erlangung des unionsrechtlich garantierten Schadenersatzes gelegt. Dabei dürfte jedoch ebenso die – über mehr als eine Dekade – publizierte Stellung der Kommission, woraus letztlich hervorging, dass die öffentlich-rechtliche Kartellrechtsdurchsetzung das Mittel der Wahl zur Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbs darstellt, nicht minder zur Vernachlässigung des Private Enforcement geführt haben. Erst durch das *Manfredi*-Judikat⁵¹⁶ des EuGH im Jahr 2006 wurde ein allmählicher Umbruch initiiert. Zur erstmaligen Judizierung der zivilrechtlichen Ersatzfähigkeit von Kartellschäden in Österreich kam es 2007 in Zusammenhang mit dem Grazer Fahrschulkartell.⁵¹⁷ Europaweite Bekanntheit erlangte vor allem das Aufzugs- und Fahrtreppenkartell, welches eine Vielzahl an Zivilverfahren nach sich zog, womit sich noch heute

⁵¹⁵ *Steinle*, Kartellschadenersatzrichtlinie – Auf dem Weg zum Sanktions-Overkill? EuZW 2014, 481 (482).

⁵¹⁶ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619.

⁵¹⁷ OLG Wien als KG, 28.10.2005, 25 Kt 31, 36, 42, 249, 250/05, nicht veröffentlicht; *Ginner*, Erstes österreichisches Urteil zum Private Enforcement – Fahrschulkartell Graz, ÖZK 2008, 132 (132 f).

österreichische und europäische Gerichte beschäftigen.⁵¹⁸ In Verbindung mit diesem Fall wurde österreichweit erstmals entschieden, dass durch wettbewerbsrechtliche Verstöße geschädigten Lieferanten, Kunden und Mitbewerbern Schadenersatz zu gewähren ist.⁵¹⁹ Ferner war in diesem Zusammenhang vor Kurzem die Vorlagefrage des OGH, ob die *Österreichischen Bundesbahnen* als geschädigte Partei auch Ansprüche wegen Kartellschäden gegenüber ehemaligen Kartellmitgliedern geltend machen können, die nicht von diesen selbst, sondern von Kartellaußenseitern infolge der wettbewerbswidrigen Tätigkeit zugefügt wurden, beim EuGH anhängig.⁵²⁰ Nach österreichischer Rechtslage wäre dieses Umbrella Pricing mangels Kausal- und Rechtswidrigkeitszusammenhangs nicht ersatzfähig.⁵²¹ Der EuGH folgte in seinem Urteil der Ansicht von Generalanwältin *Kokott*, wonach der kategorische Ausschluss der Ersatzfähigkeit derartiger Kartellschäden der Wirksamkeit des Art 101 AEUV zuwiderlaufen würde.⁵²²

Das österreichische Kartellrecht kannte bis zum Jahr 2013, im Gegensatz zu anderen nationalen Rechtsordnungen, keine Sonderformen zur Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Schadenersatzansprüche. Ansprüche waren daher stets nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen zum Schadenersatzrecht nach §§ 1295 ff ABGB zu stellen. Unter gewissen Umständen kam zusätzlich § 1 UWG in Betracht.⁵²³ Zur Stärkung der Rechte Kartellgeschädigter wurden im Zuge der KaWeRÄG-Novelle für wettbewerbsrechtliche Schadenersatzfälle Sonderregeln im KartG, und somit eine eigene Anspruchsgrundlage, erlassen. Auf die wesentlichen Grundlagen wird im Folgenden eingegangen.

1. Grundlagen im Kartellgesetz

Das KartG war während des letzten Jahrzehnts einem starken Wandel ausgesetzt. So wurden beispielsweise mit der Novelle im Jahr 2002⁵²⁴ strafrechtliche

⁵¹⁸ OGH als KOG, 08.10.2008, 16 Ok 5/08, RdW 2008, 780.

⁵¹⁹ OGH, 17.10.2012, 7 Ob 48/12b, ÖZK 2013, 29; OGH, 02.08.2012, 4 Ob 46/12m, ÖZK 2012, 190; OGH, 14.02.2012, 5 Ob 39/11p, ÖZK 2012, 53.

⁵²⁰ OGH, 17.10.2012, 7 Ob 48/12b, ÖZK 2013, 29.

⁵²¹ *Werdnik*, Schadenersatzansprüche bei Kartellrechtsverstoß: Sonderbestimmungen durch das KaWeRÄG 2012, SWK 2013, 634 (636).

⁵²² EuGH, 05.06.2014, Rs C-557/12, *Kone* ua, noch nicht in der amlt Slg.

⁵²³ *Kofler-Senoner/Siebert*, Die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Ansprüchen – Status Quo in Österreich, EuZW 2012, 650 (651).

⁵²⁴ BGBl I 62/2002.

Sanktionsmöglichkeiten weitestgehend abgeschafft und durch ein, an die Union angelehntes, Geldbußensystem ersetzt. International ist dennoch ein Trend zur Kriminalisierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auszumachen. Insbesondere das amerikanische Kartellrecht entfaltet durch seine strafrechtliche Komponente abschreckende Wirkung. Im Zuge dieser Gesetzesnovelle wurden ebenso die bereits erwähnte BWB und der Bundeskartellanwalt eingeführt.⁵²⁵ Damit wurde dem KG die Doppelzuständigkeit als Ankläger und Richter genommen, wodurch man sich eine Effizienzsteigerung versprochen hat. Schon im Jahre 2005 folgte die nächste Novelle des KartG.⁵²⁶ Die wesentlichen Änderungen betrafen das materielle Verfahrensrecht und den Harmonisierungsbedarf durch die Legal Ausnahme in Art 101 AEUV. Die mit 01.03.2013 in Kraft getretene KaWeRÄG-Novelle stellt die jüngste Überarbeitung dar.

a. Kartellverbot

Gemäß § 1 KartG ist ein Kartell eine Vereinbarung zwischen Unternehmern oder ein Beschluss von Unternehmervereinigungen oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Klar ist somit, dass Kartellabsprachen nur zwischen Unternehmen stattfinden können. Dennoch war zu Beginn nicht sicher, wem eine solche Unternehmereigenschaft iSd KartG zukommt, da der Gesetzestext keine entsprechende Legaldefinition kennt. Diese Lücke wurde durch ein Urteil des OGH geschlossen. Demnach ist *„unter dem Begriff "Unternehmen" im Sinn des Kartellrechts...jede selbständige, nicht rein private und außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit einer Person in der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder gewerblichen Leistungen zu verstehen“*.⁵²⁷ Dabei reicht es aus, wenn die Unternehmereigenschaft bloß potentiell besteht, nicht aber nur die abstrakte Möglichkeit vorliegt, Waren oder Leistungen für den Markt zu erbringen, um Unternehmer iSd KartG zu sein.⁵²⁸ Die Absicht zur Gewinnerzielung ist hingegen nicht erforderlich. Vielmehr wird auf das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit abgezielt.⁵²⁹ Ferner ist dieser Unternehmensbegriff funktional zur Sicherung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs und somit weit

⁵²⁵ Näheres dazu unter Kapitel III. D. 1. Aufgabenverteilung im öffentlichen Durchsetzungsapparat.

⁵²⁶ BGBl I 61/2005.

⁵²⁷ OGH als KOG, 15.12.2003, 16 Ok 12/03, im RIS veröffentlicht; *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht (1998) 93 f; *Barfuß/Tahedi/Wollmann*, Österreichisches Kartellrecht (1996) 17.

⁵²⁸ OGH als KOG, 20.12.1999, 16 Ok 9/99, ÖBl 2000, 226.

⁵²⁹ *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht – Ein Handbuch für Praktiker (2008) 34 f.

auszulegen⁵³⁰, weshalb ebenso natürliche und freiberuflich tätige Personen Adressaten dieser Norm sein können.⁵³¹ Letztlich wird sich der Unternehmerbegriff des KartG nicht wesentlich von dem des AEUV unterscheiden.⁵³² Ebenso sind zur Auslegung des Kartellverbots grundsätzlich die Entscheidungspraxis der Unionsgerichte sowie die Leitlinien und Bekanntmachungen der Kommission heranzuziehen.⁵³³

Subsidiär zum allgemeinen Kartellverbot erfasst § 1 Abs 4 KartG darüber hinaus sogenannte „Empfehlungskartelle“. Demnach stehen Empfehlungen zur Einhaltung von Preisen, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatten, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirken oder bewirken sollen, einem Kartell gleich. Denn eine solche Empfehlung stellt eine Anregung dar, die beabsichtigt, das Verhalten des Empfängers zu beeinflussen.⁵³⁴ Diesbezüglich weicht die einzelstaatliche Bestimmung von Art 101 AEUV ab. Ein derartiges Verbot einseitiger Wettbewerbsbeschränkungen ist jedoch durch Art 3 VO 1/2003 möglich. Grundlegend sind Vereinbarungen oder Beschlüsse, die unter Art 101 AEUV oder § 1 KartG fallen *ex tunc* nichtig.⁵³⁵ Dieses gesetzliche Verbot zieht bei Übertretung gemäß § 879 Abs 1 ABGB die grundsätzliche Nichtigkeit der getroffenen Vereinbarung oder des Beschlusses nach sich. Wie weit die Folge der Nichtigkeit reicht, ergibt sich aus dem Zweck der übertretenen Norm.⁵³⁶

b. Bagatellkartelle

Der Restbestand der seit 1972 bestehenden quantitativen Legalausnahme für Bagatellkartelle⁵³⁷ wurde ebenfalls durch das KaWeRÄG reformiert, an die unionsrechtlichen Vorgaben der *De-minimis*-Bekanntmachung der Kommission⁵³⁸ angepasst und ist durch die rechtsangleichende Wirkung grundsätzlich sinnvoll. Nach

⁵³⁰ *Petsche/Tautscher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 (2007) § 1 KartG Rn 6; EuGH, 19.01.1994, Rs C-364/92, *Eurocontrol*, Slg 1994, I-43, 60 ff.

⁵³¹ *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht (2013) 65 f.

⁵³² EuGH, 23.04.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elstner*, Slg 1991, I-1979 Rn 21.

⁵³³ OGH als KOG, 26.06.2006, 16 Ok 51/05, RdW 2007, 25.

⁵³⁴ OGH, 11.03.1965, 9 Os 85/64, ÖBl 1965, 74; OGH, 25.03.1963, 11 Os 29/63, ÖBl 1963, 94.

⁵³⁵ Art 101 Abs 2 AEUV; § 1 Abs 3 KartG.

⁵³⁶ *Graf*, Zivilrechtliches zum Aufzugskartell – Folgeverträge sind teilnichtig!, *ecolex* 2010, 646 (647); *Wollmann*, Zur Nichtigkeit von Folgeverträgen – eine Replik, *ecolex* 2010, 688 (690); *Eilmansberger*, Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen (Teil 1), JBI 2009, 337 (346).

⁵³⁷ *Gruber*, Die wettbewerbsrechtliche Bagatellregelung, ÖZK 2011, 52 (52).

⁵³⁸ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (*de minimis*) vom 22.12.2001, ABI 2001 C 368, 13.

der alten Regelung waren bisher horizontale Absprachen zwischen Unternehmungen mit maximal fünf Prozent Anteil des österreichischen Gesamtmarktes und maximal 25 Prozent des allfälligen räumlichen Teilmarktes vom Kartellverbot ausgenommen. Die neue Bestimmung des § 2 Abs 2 Z 1 KartG sieht nun eine Differenzierung zwischen horizontalen und vertikalen Zusammenschlüssen vor. Horizontale Kartelle sind demnach unbedenklich, wenn der gesamte Marktanteil der beteiligten Unternehmen nicht größer als zehn Prozent ist. Die Unbedenklichkeit vertikaler Kartelle ist nun gegeben, wenn der Marktanteil jedes beteiligten Unternehmens auf dessen eigenem Markt 15 Prozent nicht überschreitet. Unabhängig vom Marktanteil verboten sind Kernbeschränkungen, wie die Festsetzung von Verkaufspreisen, die Vereinbarung von Produktions- oder Absatzbeschränkungen sowie die Aufteilung der Märkte.⁵³⁹ Diese geänderte Fassung gilt ausschließlich für nach dem 28.02.2013 gebildete Kartelle.⁵⁴⁰ Für davor getroffene Bagatellkartellabsprachen gelten weiterhin die Bestimmungen des KartG 2005. Dies folgt aus dem Umkehrschluss der Übergangsbestimmung des § 86 Abs 4 KartG. Aus diesem Grund können ebenso gegen die Kernbestimmungen verstoßende Kartelle, welche vor dem Stichtag verwirklicht wurden, sanktionslos weitergeführt werden, wenn sie die alten Marktanteils Grenzen nicht überschreiten und nicht in den Anwendungsbereich des Art 101 AEUV fallen.⁵⁴¹

2. Zivilrechtliche Schadenersatzbestimmungen

Durch das KaWeRÄG wurde eine in § 37a Abs 1 KartG normierte Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche wegen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht geschaffen. Demnach ist, wer schuldhaft eine Rechtsverletzung nach § 29 Z 1 KartG begeht, zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Davon umfasst sind sohin nicht nur Verletzungen des Kartellverbots, sondern ebenso weitere Zuwiderhandlungen gegen das KartG, wie das Missbrauchsverbot.⁵⁴² Ferner wird festgelegt, dass, wenn eine Ware oder Dienstleistung zu einem überhöhten Preis bezogen wird, nicht deshalb der Schadenersatzanspruch auszuschließen ist, weil diese weiterveräußert wurde. In den Erläuterungen zum Ministerialentwurf wird jedoch

⁵³⁹ Gruber, Die wichtigsten Neuerungen im Wettbewerbsrecht, SWK 2013, 555 (555 f).

⁵⁴⁰ § 86 Abs 4 KartG; Innerhofer/Maierhofer, Verschärfung für Bagatellkartelle auf allen Fronten?, ÖZK 2013, 48 (50); Wollmann, Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, ecolex 2013, 252 (253).

⁵⁴¹ Innerhofer/Maierhofer, Verschärfung für Bagatellkartelle auf allen Fronten?, ÖZK 2013, 48 (52).

⁵⁴² § 5 KartG.

ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dadurch keine Entscheidung gegen einen Vorteilsausgleich getroffen werden soll. Trotz der nun eigenen Anspruchsgrundlage für Kartellgeschädigte, sind weiterhin die allgemeinen, materiellen Schadenersatzbestimmungen der §§ 1295 ff ABGB anzuwenden.⁵⁴³ Deshalb haben die allgemeinen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs bei Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliches oder unionsweites Wettbewerbsrecht eingehalten zu werden. Hierzu zählen kartellrechtswidriges Verhalten, dass der Anspruchsteller Betroffener des Verstoßes ist, der Eintritt eines Schadens, Kausalität und Zurechnungszusammenhang zwischen Verstoß und Schaden sowie ein Verschulden.⁵⁴⁴ In der Praxis hat sich daher nicht viel geändert, da die neuen Bestimmungen teilweise nur klarstellenden Charakter haben und der bestehenden Judikatur entsprechen.

a. Anspruchsvoraussetzungen

Rechtswidrigkeit ist gegeben, wenn durch das gesetzte Verhalten ein Ge- oder Verbot gebrochen wird. Abzustellen ist dabei auf das Verhalten und nicht auf den Erfolg der Schädigung. Verstößt ein Unternehmen gegen Art 101 AEUV oder das österreichische Pendant, § 1 KartG, so ist das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit erfüllt. Kartellschäden stellen grundsätzlich reine Vermögensschäden dar, da kein weiterer Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut vorliegt. Diese sind im österreichischen Zivilrecht jedoch nur ausnahmsweise ersatzpflichtig. Eine solche Ausnahme stellt die Verletzung von Schutzgesetzen dar. In ständiger Rechtsprechung judiziert der OGH eine solche Schutzgesetzverletzung iSd § 1311 Satz 2 Fall 2 ABGB⁵⁴⁵, wodurch in Kartellfällen stets auch reine Vermögensschäden zu ersetzen sind.⁵⁴⁶ Sowohl der Schadenseintritt, als auch die Höhe, sind, obwohl es sich um eine Schutzgesetzverletzung handelt, vom Kläger zu beweisen. Selbiges gilt für den Zurechnungszusammenhang zwischen Verstoß und Schaden. Hierzu reicht ein bloßer Verweis auf den Umstand, dass der Großteil der am Markt erhältlichen Waren oder

⁵⁴³ *Kofler-Senoner/Siebert*, Die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Ansprüchen – Status Quo in Österreich, EuZW 2012, 650 (653).

⁵⁴⁴ *Hauck*, Schadenersatz nach Kartellrechtsverstoß, ÖZK 2013, 190 (192); OGH, 02.08.2012, 4 Ob 46/12m, ÖZK 2012, 190.

⁵⁴⁵ OGH, 02.08.2012, 4 Ob 46/12m, ÖZK 2012, 190; OGH, 15.05.2012, 3 Ob 1/12m, RdW 2012, 472; OGH, 14.02.2012, 5 Ob 39/11p, ÖZK 2012, 53.

⁵⁴⁶ *Kühnert*, Kartellrechtsnovelle stärkt Bundeswettbewerbsbehörde, CFOaktuell 2013, 101 (103); *Primus/Solé*, Zur Bindungswirkung kartellgerichtlicher Entscheidungen, ÖKZ 2008, 15 (15 ff); *Jäger*, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“?, JBI 2007, 349 (349); *Wilhelm*, Lombard-Club – Schadenersatz wegen Kartellverstoß, ecolex 2002, 557 (557).

Dienstleistungen von der Absprache umfasst seien, jedoch nicht aus. Grundsätzlich ist der Kartellschaden nach § 1323 ABGB konkret zu berechnen.⁵⁴⁷ Nach herrschender Lehrmeinung ist für die Berechnung der Schadenshöhe die Differenzmethode heranzuziehen.⁵⁴⁸ Demnach ist vom – aus Sicht des Wettbewerbs – überhöhten Kartellpreis der hypothetische Wettbewerbspreis abzuziehen.⁵⁴⁹ Lässt sich die Höhe des Schadens dennoch nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermitteln, ist gemäß § 273 ZPO der Richter dazu berechtigt, die Schadenshöhe nach freier Überzeugung festzusetzen. Nach § 37a Abs 1 KartG kann in diesem Fall nun insbesondere der Vorteil, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Zur Durchsetzbarkeit der Schadenersatzansprüche ist ferner das Verschulden des Schädigers erforderlich. Durch die Schutzgesetzverletzung tritt eine echte Beweislastumkehr nach §§ 1298 iVm 1311 ABGB ein, wonach der Schädiger beweisen muss, dass er mit seinem kartellrechtswidrigen Verhalten weder fahrlässig, noch vorsätzlich gehandelt hat.⁵⁵⁰ Geschädigte in wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzfällen werden so besser gestellt als bei der Geltendmachung normaler deliktischer Schadenersatzansprüche. Zusammengefasst haben Kartellgeschädigte im Schadenersatzverfahren schlüssig zu behaupten und zu beweisen, dass ein Schaden eingetreten ist und das kartellrechtswidrige Verhalten hierfür kausal war.⁵⁵¹ Die Ersatzforderung ist unter sinngemäßer Anwendung des § 1333 ABGB ab Eintritt des Schadens zu verzinsen⁵⁵², wodurch der ständigen Rechtsprechung entsprochen wird.⁵⁵³ Jedenfalls ist auch der entgangene Gewinn, unabhängig vom Grad des Verschuldens, zu ersetzen.⁵⁵⁴

⁵⁴⁷ OGH, 15.05.2012, 3 Ob 1/12m, RdW 2012, 472.

⁵⁴⁸ *Stockenhuber/Wittmann*, "Private enforcement" jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (334 f).

⁵⁴⁹ *Abele/Kodek/Schäfer*, Zur Ermittlung der Schadenshöhe bei Kartellverstößen – Eine Integration juristischer und ökonomischer Überlegungen, ÖZK 2008, 211 (215 f).

⁵⁵⁰ *Hack*, Handlungsmöglichkeiten Einzelner bei Kartellrechtsverletzungen, ecolex 2003, 311 (312 f).

⁵⁵¹ *Kofler-Senoner/Siebert*, Die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Ansprüchen – Status Quo in Österreich, EuZW 2012, 650 (653).

⁵⁵² § 37a Abs 1 Satz 4 KartG.

⁵⁵³ *Stockenhuber/Wittmann*, "Private enforcement" jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330 (332); EuGH, 08.03.2001, verb Rs C-397/98 und C-410/98, *Metallgesellschaft*, Slg 2001, I-1727 Rn 91; EuGH, 02.08.1993, Rs C-271/91, *Marshall*, Slg 1993, I-4367 Rn 34 f.

⁵⁵⁴ *Wessely*, Private Enforcement im Interesse von Verbrauchern – Verfahrensrechtliche Fragen, MR-Int 2006, 404 (405).

b. Sonstige Bestimmungen

Durch die solidarische Haftung der Kartellanten für den Gesamtschaden bleibt es dem Geschädigten überlassen an welchem Kartellmitglied er sich schadlos hält. Hierzu stellte der OGH klar, dass mehrere Täter, die mit gemeinsamem Vorsatz handeln, eine Norm zu übertreten, die Schädigungen vorbeugen will, eine solidarische Haftung nach § 1302 ABGB trifft. Ferner ist es nicht nötig, dass sich der Vorsatz auf den vollen Schadenserfolg erstreckt.⁵⁵⁵ Die Verjährungsfrist zur Geltendmachung derartiger Ansprüche beträgt nach der allgemeinen zivilrechtlichen Norm des § 1489 ABGB drei Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger. Die absolute Verjährungsfrist beträgt 30 Jahre nach Vornahme der schädigenden Tätigkeit.⁵⁵⁶ § 37a Abs 4 KartG normiert darüber hinaus, dass die Verjährung für die Dauer eines Verfahrens des KG, der Kommission oder einer anderen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde gehemmt ist. Diese Hemmung endet sechs Monate nach Rechtskraft der Entscheidung oder einer anderwärtigen Beendigung des Kartellverfahrens.

3. Private Anspruchsdurchsetzung

Das KG hat die Aufgabe über Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht zu entscheiden und diese abzustellen. Das Tätigwerden in Kartellsachen setzt nach dem Antragsprinzip einen entsprechenden Antrag einer dazu berechtigten Partei voraus.⁵⁵⁷ In der Praxis ist die antragstellende Partei meist die BWB, wobei es grundsätzlich ebenso der Bundeskartellanwalt, die Wirtschaftskammer, die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, die Landwirtschaftskammer und jeder Unternehmer und jede Unternehmervereinigung, der oder die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung haben, sein kann.⁵⁵⁸ Vor allem die Arbeiterkammer, welche sich zielstrebig dem Konsumentenschutz verschrieben hat, macht des Öfteren von dieser Klagebefugnis Gebrauch. Die BWB und der Bundeskartellanwalt genießen auch in Individualverfahren als Amtsparteien das Recht ihre Parteistellung wahrzunehmen.⁵⁵⁹ Den Amtsparteien kommt dabei jedoch nicht die Aufgabe zu den privaten Antragsteller zu unterstützen. Vielmehr führen sie ihre Funktion nur zur Wahrung des öffentlichen

⁵⁵⁵ OGH, 14.02.2012, 5 Ob 39/11p, ÖZK 2012, 53.

⁵⁵⁶ § 1479 ABGB.

⁵⁵⁷ § 36 KartG.

⁵⁵⁸ § 36 Abs 4 KartG.

⁵⁵⁹ § 40 KartG.

Interesses aus. Wesentlich ist, dass das österreichische Kartellrecht nicht systematisch zwischen einer öffentlichen Verfolgung durch Antragstellung der Ermittlungsbehörden und der Sondergerichtsbarkeit des KG für Entscheidungen zwischen Privaten unterscheidet. Die Verfolgungshandlung und die Entscheidung des KG ist daher stets öffentlicher Natur.⁵⁶⁰ Da dem privaten Antragsteller nicht viele Möglichkeiten bleiben in das Verfahren einzugreifen, kann sich die private Initiative lediglich auf die Aufgriffshandlung begrenzen. Nach Antragstellung an das Gericht befassen sich im Wesentlichen die beiden Amtsparteien mit dem Sachverhalt.⁵⁶¹

a. Feststellung der Zuwiderhandlung

Durch das KaWeRÄG haben Geschädigte nunmehr die Möglichkeit den Verstoß insbesondere zur Vorbereitung einer Schadenersatzklage vor dem KG feststellen zu lassen. Die Geltendmachung erfolgt im Anschluss durch eine Schadenersatzklage bei einem ordentlichen Gericht.⁵⁶² Hierzu kann ein betroffenes Unternehmen, aufgrund des berechtigten Interesses, nach § 28 Abs 1a KartG gegen mutmaßliche Kartellanten einen Feststellungsantrag beim KG einbringen. Die Möglichkeit einen solchen Antrag beizubringen besteht ebenso gegen Kartellmitglieder, denen die BWB den Kronzeugenstatus gewährt hat.⁵⁶³ Diese Befugnis ist indes grundsätzlich nicht gegeben, wenn die BWB oder der Bundeskartellanwalt bereits ein Verfahren eingeleitet haben, das KG gegen die Zuwiderhandlung bereits eine Abstellungsentscheidung erlassen oder eine Geldbuße verhängt hat.⁵⁶⁴ Ferner gibt der Wortlaut des Gesetzes zu verstehen, dass die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht für Feststellungen nach § 28 Abs 1 KartG beendet zu sein hat. Offenkundig zielt diese Normierung darauf ab, Geschädigten die Anspruchsdurchsetzung in einem zweistufigen Verfahren zu erleichtern. Demnach muss in der ersten Verfahrensstufe beim KG eine Vorentscheidung eingeholt und in der zweiten eine Follow-on-Klage beim ordentlichen Zivilgericht eingebracht werden. Des Weiteren ist klar ersichtlich, dass diese Regelung keinen Unterschied zwischen Kronzeugen und anderen nicht-kooperierenden Unternehmen macht. Unionsrechtlich ist sie damit jedenfalls konform. Welche Auswirkungen dies auf die Effizienz der

⁵⁶⁰ OGH als KOG, 17.12.2001, 16 Ok 7/01, ecolex 2002, 823.

⁵⁶¹ *Thyri*, Wieviel „Private Enforcement“ braucht die Kartellrechtsdurchsetzung?, ecolex 2006, 800 (801 f).

⁵⁶² § 28 Abs 1a Z 2 KartG; *Gruber*, Die wichtigsten Neuerungen im Wettbewerbsrecht, SWK 2013, 555 (557 f).

⁵⁶³ § 28 Abs 1a Z 1 KartG.

⁵⁶⁴ *Kofler-Senoner/Siebert*, Die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Ansprüchen – Status Quo in Österreich, EuZW 2012, 650 (653).

Kronzeugenregelung hat, wird sich zeigen.⁵⁶⁵ Durch die solidarische Haftung für den Gesamtschaden des Kartells und in Abhängigkeit des Einsichtsrechts in Kronzeugendokumente, könnten Geschädigte eine Schadenersatzklage gegen kooperierende Unternehmen präferieren.⁵⁶⁶

b. Geltendmachung des Schadenersatzes

Dem KG kommt nicht die Kompetenz zu dem Geschädigten Schadenersatz zuzusprechen. Es wird im kartellgerichtlichen Verfahren lediglich der Verstoß gegen das Kartellrecht festgestellt, gegebenenfalls abgestellt und eine Geldbuße gegen das zuwiderhandelnde Unternehmen verhängt. Die Entscheidung kommt somit hinsichtlich ihrer Wirkung einer Feststellungs- und Unterlassungsklage gleich. Die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes durch das KG ist jedoch ein sehr beliebtes Sprungbrett für einen darauf folgenden Zivilprozess durch die geschädigten Parteien. Denn das KG hat, im Gegensatz zum Zivilgericht, alle Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln. Ferner haben KG und KOG mehr Erfahrung und sind somit besser geeignet, um Wettbewerbsverstöße beurteilen zu können. Einen weiteren Vorteil stellt das relativ geringe Prozessrisiko dar, da jede Partei vor dem KG nur die eigenen Kosten zu tragen hat. Aus diesen Gründen nehmen Unternehmen gerne den Umweg in Kauf, um vorerst eine Feststellung der Zuwiderhandlung vor dem KG anzustrengen. Zu diesem Zweck sieht das KaWeRÄG vor, dass aus Transparenzgründen der wesentliche Inhalt kartellgerichtlicher Entscheidungen, wozu insbesondere die beteiligten Unternehmen, der Kern des Entscheidungsinhalts und die verhängten Sanktionen zählen, künftig in einer Ediktsdatei zu veröffentlichen ist. Über Antrag der Parteien können Teile von der Veröffentlichung ausgenommen werden. Hierüber entscheidet das KG mit Beschluss, welcher mit Rekus beim KOG angefochten werden kann.⁵⁶⁷ Im Gegensatz dazu war bisher zu vielen Kartellurteilen nur ein kurzer Bericht der BWB verfügbar. Letztlich ist dies nicht nur für potentiell Geschädigte interessant, da die Urteilsveröffentlichungen ebenso dazu beitragen sollten, kartellgerichtliche Entscheidungen besser nachvollziehen zu können.⁵⁶⁸

⁵⁶⁵ *Wollmann/Urlesberger*, Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz, *ecolex* 2013, 252 (253 f).

⁵⁶⁶ *Bien*, Überlegungen zu einer haftungsrechtlichen Privilegierung des Kartellkronzeugen, *EuZW* 2011, 889 (890).

⁵⁶⁷ *Gruber*, Die wichtigsten Neuerungen im Wettbewerbsrecht, *SWK* 2013, 555 (558).

⁵⁶⁸ *Gruber*, Die wichtigsten Neuerungen im Wettbewerbsrecht, *SWK* 2013, 555 (558); *Kühnert*, Kartellrechtsnovelle stärkt Bundeswettbewerbsbehörde, *CFOaktuell* 2013, 101 (103).

Liegt eine Feststellung über das Bestehen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot vor, haben Geschädigte *ex lege* das Recht, den aus der Zuwiderhandlung entstandenen Schaden vor einem Zivilgericht geltend zu machen. Der Anspruch leitet sich bei Verletzung von Art 101 AEUV oder § 1 KartG direkt aus § 37a Abs 1 KartG ab. Das ordentliche Gericht ist dabei an die rechtskräftige Feststellung des KG, der Kommission oder einer anderen Wettbewerbsbehörde iSd VO 1/2003, dass ein Kartellant die in der Entscheidung angeführte Rechtsverletzung rechtswidrig und schuldhaft begangen hat, gebunden.⁵⁶⁹ Da Kartelle Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen oder unternehmensähnlichen Gebilden darstellen, die rechtswidrig handelnde Partei sohin immer der Definition eines Unternehmens gerecht wird, fällt die Schadenersatzklage stets in die Zuständigkeit eines Handelsgerichtes. Unterschieden wird ferner nach der Wertzuständigkeit gemäß § 51 JN zwischen dem Bezirksgericht für Handelssachen und dem Handelsgericht, wenn der Streitwert über Euro 10.000 liegt.

Neben dem Schadenersatz kann die Nichtigkeit der mit dem Kartellverbot in Verbindung stehenden Verträge geltend gemacht werden. Dies ist sowohl in Art 101 Abs 2 AEUV als auch in Art 1 Abs 3 KartG normiert und wirkt *ex tunc*. Unbestritten ist somit jedenfalls das Vorhandensein der Möglichkeit einer privaten Anspruchsdurchsetzung bei Verstößen gegen das Kartellverbot in Österreich. Der vom EuGH geforderten praktischen Wirksamkeit des Private Enforcement in der nationalen Rechtsordnung dürfte damit größtenteils entsprochen werden.

⁵⁶⁹ § 37a Abs 3 KartG.

V. DISCLOSURE

A. Weg der Disclosure-Problematik

Kartellgeschädigte sind bei der Durchsetzung ihres, aus dem Unionsrecht garantierten, Anspruchs auf Schadenersatz regelmäßig mit einem nahezu unbewältigbarem Beweisproblem konfrontiert. Selbst wenn das Bestehen des Kartells durch eine Wettbewerbsbehörde bereits festgestellt wurde, ist im Zivilprozess weiterhin zu beweisen, dass alle zivilrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen⁵⁷⁰ erfüllt sind. Insbesondere der Nachweis der Schadenshöhe und des Schadenseintritts gestalten sich in der Regel sehr schwierig. Aus dieser Beweisproblematik lässt sich unwiderstreitbar ein begründetes Interesse des Geschädigten ableiten in die Unterlagen des Kartellverfahrens einzusehen. Denn letztlich kann von der Einsichtnahme abhängen, ob sich der Schadenersatzanspruch gegen Kartellanten wirksam durchsetzen lässt. Eine grundlegende Verweigerung des Zugangs zu solchen Beweismitteln würde gar die komplette private Anspruchsdurchsetzung gefährden.

Das Unionsrecht kennt grundsätzlich mehrere mögliche Quellen zur Regelung der Offenlegung für, in Besitz von Unionsorganen befindliche, Dokumente. Die elementaren Bestimmungen hierzu finden sich im Unionsvertrag unter Art 15 AEUV, welcher insbesondere durch VO 1049/2001⁵⁷¹ und VO 1/2003⁵⁷² näher konkretisiert wird. Ferner gibt die Kommission mit ihrem Grünbuch, dem Weißbuch und dem jüngsten Richtlinienentwurf, über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der EU, konkrete Anregungen für eine effizientere Umsetzung dieses Regelungsbereiches. Darüber hinaus bilden zahlreiche Judikate des EuGH ein immer weiter verdichtendes Regelwerk ab. Sicherzustellen ist jedenfalls, dass die in den Rs *Courage/Crehan*⁵⁷³ und *Manfredi*⁵⁷⁴ aufgestellten Grundsätze zum Schutz eines wirksamen Wettbewerbs gewahrt bleiben und kein

⁵⁷⁰ Näheres dazu unter Kapitel IV. C. 2. Zivilrechtliche Schadenersatzbestimmungen.

⁵⁷¹ VO (EG) Nr 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABI 2001 L 145, 43.

⁵⁷² VO (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI 2003 L 1, 1.

⁵⁷³ EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297.

⁵⁷⁴ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619.

Umstand die Erlangung des Schadenersatzanspruchs praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert.

B. Primär- und sekundärrechtliche Grundlagen

Nach Art 15 Abs 3 AEUV haben alle Unionsbürger und natürliche oder juristische Personen mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat das Recht auf Zugang zu Dokumenten der Unionsorgane. Der genaue Wortlaut des Vertrages lautet: *„Jeder Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder satzungsgemäßem Sitz in einem Mitgliedstaat hat das Recht auf Zugang zu Dokumenten der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, unabhängig von der Form der für diese Dokumente verwendeten Träger, vorbehaltlich der Grundsätze und Bedingungen, die nach diesem Absatz festzulegen sind. Die allgemeinen Grundsätze und die aufgrund öffentlicher oder privater Interessen geltenden Einschränkungen für die Ausübung dieses Rechts auf Zugang zu Dokumenten werden vom Europäischen Parlament und vom Rat durch Verordnungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren festgelegt.“*

Diese nach dem Unionsvertrag notwendige Festlegung erfolgt seit dem 03.12.2001⁵⁷⁵ durch die VO 1049/2001 des Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Parlaments, des Rates und der Kommission. Da mit VO 1049/2001 angedacht ist die Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Handlungsweisen der Unionsorgane zu steigern, wird diese auch „Transparenzverordnung“ genannt. Auf diese Weise kamen die EU-Organe ihrem durch den nunmehrigen Art 15 AEUV erhaltenen Auftrag fristgerecht nach, welche sich durch Erklärung Nr 41 der Schlussakte des Vertrages von Amsterdam verpflichtet hatten, den Dokumentenzugang grundsätzlich zu ermöglichen. Die primärrechtliche Verankerung dieses Grundrechtes auf Aktenzugang entspricht Art 42 der Charta der Grundrechte, welche durch den Vertrag von Lissabon bindend ist.⁵⁷⁶ Art 15 Abs 3 AEUV selbst wäre nicht unmittelbar anwendbar, da dessen Durchführung vom Erlass weiterer Maßnahmen abhängt.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Art 18 VO 1049/2001.

⁵⁷⁶ Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009) 445 f; Wägenbaur, Der Zugang zu EU-Dokumenten – Transparenz zum Anfassen, EuZW 2001, 680 (680).

⁵⁷⁷ EuG, 11.12.2001, Rs T-191/99, Petrie ua, Slg 2001, II-3677 Rn 34 f.

Mit dem Erlass der VO 1049/2001 sollte sichergestellt werden, dass Entscheidungen möglichst offen und bürgernah ergehen sowie der Entscheidungsprozess nachvollziehbar wird. All dies stellt eine Konkretisierung des in Art 1 Abs 2 EUV aufgestellten Grundsatzes der Nähe der Verwaltung zu den Bürgern der Union dar. Deshalb haben diese Normierungen zum Ziel, dem Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten, welche sich im Besitz der Organe der EU befinden, größtmögliche Wirksamkeit zu verschaffen.⁵⁷⁸ Damit folgten die EU-Organe einem, schon über Dekaden verfolgten Ansatz, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung zu stärken. Erste konkrete Maßnahmen hierzu erfolgten im Jahr 1993 mit der Mitteilung über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten, die sich im Besitz der Gemeinschaftsorgane befinden⁵⁷⁹ und dem Verhaltenskodex für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten.⁵⁸⁰

In Art 2 VO 1049/2001 wird nunmehr verdeutlicht, dass alle Unionsbürger sowie natürliche und juristische Personen mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat, vorbehaltlich der in dieser VO festgelegten Grundsätze, Bedingungen und Einschränkungen, ein Recht auf Einsicht in alle Dokumente haben. Diese Regelung umfasst Dokumente aus allen Geschäftsbereichen der Unionsorgane, sohin solche, die von dem jeweiligen Organ erstellt wurden und solche, die dort eingegangen sind und sich nunmehr in dessen Besitz befinden.⁵⁸¹ Das Zugangsrecht erstreckt sich dadurch ebenso auf Dokumente Dritter.⁵⁸² Ferner können die Organe der Union ebenso allen natürlichen und juristischen Personen, die keinen Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat haben, Zugang zu diesen Dokumenten gewähren. Dies hat nach denselben Grundsätzen, Bedingungen und Einschränkungen wie für Unionsbürger zu erfolgen.⁵⁸³

⁵⁷⁸ Erwägungsgründe 1 und 4 der VO 1049/2001.

⁵⁷⁹ Mitteilung der Kommission über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten, die sich im Besitz der Gemeinschaftsorgane befinden vom 08.06.1993, ABl 1993 C 156, 5.

⁵⁸⁰ Beschluss (EG) Nr 93/730 des Rates vom 31.12.1993 über den Verhaltenskodex für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten, ABl 1993 L 340, 41.

⁵⁸¹ Art 2 Abs 3 VO 1049/2001.

⁵⁸² *Wägenbaur*, Der Zugang zu EU-Dokumenten – Transparenz zum Anfassen, EuZW 2001, 680 (682).

⁵⁸³ Art 2 Abs 2 VO 1049/2001.

1. Zugangshindernisse mit Interessensabwägung

Schranken erfährt diese Regelung durch die in Art 4 VO 1049/2001 genannten Ausnahmen, welche restriktiv auszulegen sind.⁵⁸⁴ Demnach haben die Unionsorgane den Dokumentenzugang zum einen zu verweigern, wenn die Verbreitung den Schutz des öffentlichen Interesses im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit, die Verteidigung und militärische Belange, internationale Beziehungen sowie der Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik, gefährdet.⁵⁸⁵ Zum anderen bleiben die Daten ebenso unter Verschluss, wenn der Schutz der Privatsphäre und der Integrität des Einzelnen beeinträchtigt wäre. In beiden Fällen liegen absolute Zugangshindernisse vor.⁵⁸⁶ Art 4 Abs 2 VO 1049/2001 sieht ferner den Verschluss von Dokumenten vor, durch deren Publikation der Schutz der geschäftlichen Interessen von natürlichen oder juristischen Personen, einschließlich deren geistigen Eigentums, der Schutz von Gerichtsverfahren und der Rechtsberatung sowie der Schutz des Zwecks von Inspektions- und Untersuchungstätigkeiten konterkariert werden würde. Diese Schutzregelung zugunsten Einzelner gilt jedoch nur solange kein überwiegendes Interesse an der Verbreitung besteht und stellt somit ein relatives Zugangshindernis dar.⁵⁸⁷ Es hat somit eine fallbezogene Interessensabwägung stattzufinden, deren Ziel die Prüfung sein muss, ob das öffentliche Interesse am Informationszugang das Interesse des Einzelnen an der Geheimhaltung überwiegt. Grundlegend gelten diese Schutzregelungen nicht zeitlich unbegrenzt. Vielmehr nur solange der Inhalt der Dokumente dies rechtfertigt, längstens jedoch 30 Jahre. Sensible Unterlagen sowie solche, die Privatsphäre oder Geschäftsinteressen betreffen, können – falls erforderlich – nach Ablauf dieser Frist weiterhin unter Verschluss bleiben.⁵⁸⁸

Hinsichtlich des Zugangs zu Informationen von Kronzeugen sind insbesondere Art 4 Abs 1 lit b VO 1049/2001, welcher die Integrität und die Privatsphäre schützt sowie Art 4 Abs 2 VO 1049/2001, dessen Zweck im Schutz von Geschäftsinteressen, Gerichtsverfahren sowie Inspektions- und Untersuchungstätigkeiten liegt, relevant. Jedoch, selbst wenn Teile der Unterlagen einer der Ausnahmeregelungen des

⁵⁸⁴ *Röling*, Transparenz bei der Finanzierung und Genehmigung des straßengebundenen ÖPNV (2008) 140; *Soltész/Marquier/Wendenburg*, Zugang zu den Kartellrechtsakten für jedermann – das EuG-Urteil Österreichische Banken, EWS 2006, 102 (103 f).

⁵⁸⁵ Art 4 Abs 1 lit a VO 1049/2001.

⁵⁸⁶ *Röling*, Transparenz bei der Finanzierung und Genehmigung des straßengebundenen ÖPNV (2008) 140; EuGH, 11.01.2000, verb Rs C-174/98 P und C-189/98 P, *Van der Wal*, Slg 2000, I-1 Rn 26 ff.

⁵⁸⁷ Art 4 Abs 2 letzter Satzteil VO 1049/2001.

⁵⁸⁸ Art 4 Abs 7 VO 1049/2001.

Art 4 VO 1049/2001 unterliegen, sind die übrigen Teile des Dokuments freizugeben.⁵⁸⁹ Unterliegen sohin freiwillig offengelegte Beweismittel von – mit den Wettbewerbsbehörden kooperierenden – Unternehmen einer der Schutzbestimmungen der Transparenzverordnung und kommt die Interessensabwägung zu dem Schluss, dass das Geheimhaltungsinteresse des Einzelnen grundsätzlich überwiegt, so gilt es gleichzeitig festzustellen, ob dieser Schutz wirklich alle vorgelegten Informationen umfasst. Insbesondere hinsichtlich solcher die kooperationswilligen Unternehmungen nicht selbst belastenden Unterlagen wäre zu hinterfragen, ob diese zur Wahrung des öffentlichen Interesses nicht zugänglich sein sollten, da der Nutzen an der Geheimhaltung dieser Dokumententeile für den Kronzeugen gewiss geringer ist.

Die Kommission verweigert den Zugang zu Kronzeugenunterlagen für Dritte regelmäßig unter Berufung auf den Schutz der Inspektions- und Untersuchungstätigkeiten des Art 4 Abs 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001, da das öffentliche Interesse an der Aufdeckung von Kartellen mit Hilfe kooperationswilliger Unternehmen dem Zugangsrecht entgegenstehe.⁵⁹⁰ Dienen die Kronzeugendokumente des Weiteren noch in anderen Entscheidungsprozessen, wie beispielsweise einem Beschwerdeverfahren, kann die Kommission den Zugang ebenfalls nach Art 4 Abs 3 VO 1049/2001 verwehren.⁵⁹¹ Sein Recht am Schutz der offengelegten Dokumente verwirkt der Kronzeuge nach Auffassung der Kommission jedoch, wenn dieser selbst den Inhalt seiner Unternehmenserklärung gegenüber Dritten offengelegt.⁵⁹²

2. Exkurs: Antrag auf Dokumentenzugang

Ebenso vom Regelungsbereich der VO 1049/2001 umfasst ist die Antragstellung des Zugangs zu Dokumenten der Unionsorgane. Anträge sind demnach in schriftlicher, einschließlich elektronischer, Form zu stellen. Diese haben in einer der Amtssprachen verfasst und ausreichend präzise formuliert zu sein, sodass es dem Organ möglich ist,

⁵⁸⁹ Art 4 Abs 6 VO 1049/2001.

⁵⁹⁰ Bericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, KOM(2004) 45 endg vom 30.01.2004, 17.

⁵⁹¹ Jüntgen, Zur Verwertung von Kronzeugenerklärungen in Zivilprozessen, WuW 2007, 128 (130); Soltész/Marquier/Wendenburg, Zugang zu den Kartellrechtsakten für jedermann – das EuG-Urteil Österreichische Banken, EWS 2006, 102 (106 f).

⁵⁹² Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 33 letzter Satz.

das betreffende Dokument zu ermitteln.⁵⁹³ Grundlegend kann jedermann und ohne Begründung Einsicht nehmen. Dennoch ist die Darlegung der Beweggründe überaus sinnvoll.⁵⁹⁴ Enthält der Antrag keine Argumente, welche für den Zugang sprechen, ergibt sich, dass das betroffene Unionsorgan bei der Abwägung der Interessen nur solche Interessen des Antragstellers berücksichtigen kann, die jeder Bürger am Zugang zu den Dokumenten der Organe hat. Besondere Interessen bleiben in diesem Falle unberücksichtigt.⁵⁹⁵ Ist der Antrag nicht hinreichend präzise formuliert oder fordert eine zu große Anzahl von Dokumenten an, führt dies nicht automatisch zu dessen Ablehnung, sondern lediglich zu einer Aufforderung des Organs diesen zu präzisieren. Das betreffende Unionsorgan kann den Antragsteller hierzu auch informell konsultieren.⁵⁹⁶

Nach Art 7 Abs 1 VO 1049/2001 sind Anträge unverzüglich zu bearbeiten. Dem Antragsteller wird eine Empfangsbestätigung übermittelt und binnen 15 Tagen der Zugang zu den gewünschten Dokumenten gewährt oder schriftlich über die teilweise oder vollständige Ablehnung informiert. In Ausnahmefällen kann sich diese Frist um weitere zehn Tage verlängern.⁵⁹⁷ Im Falle einer Ablehnung kann binnen 15 Tagen ein Zweitantrag zur Überprüfung des Standpunktes des Organes gestellt werden.⁵⁹⁸ Der Ablauf des Zweitantrages gleicht im Wesentlichen dem des ersten. Der entscheidende Unterschied liegt jedoch darin, dass ein negativer Zweitantrag dem Antragsteller die Klagemöglichkeit gegen den Organentscheid beim EuG eröffnet. Selbiges gilt für einen nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist erledigten Zweitantrag.⁵⁹⁹ Wird der Zugang gewährt, kann die Einsichtnahme, nach Wunsch des Antragstellers, vor Ort oder durch Bereitstellung von Kopien erfolgen. Der Zugriff kann ebenso in elektronischer Form über ein Register des Unionsorganes erfolgen.⁶⁰⁰ Wird eine Vervielfältigung gewünscht, sind die Aufwendungen vom Einsichtnehmer zu tragen, wobei nur die tatsächlich anfallenden Kosten weiterverrechnet werden dürfen.⁶⁰¹

⁵⁹³ Art 6 Abs 1 VO 1049/2001.

⁵⁹⁴ EuG, 17.06.1998, Rs T-174/95, *Svenska Journalistförbundet*, Slg 1998, II-2289 Rn 65; EuG, 06.02.1998, Rs T-124/96, *Interporc*, Slg 1998, II-231 Rn 48.

⁵⁹⁵ EuG, 10.10.2001, Rs T-111/00, *British American Tobacco*, Slg 2001, II-2997 Rn 42.

⁵⁹⁶ Art 6 Abs 2 und 3 VO 1049/2001.

⁵⁹⁷ Art 7 Abs 2 VO 1049/2001.

⁵⁹⁸ Art 7 Abs 3 VO 1049/2001.

⁵⁹⁹ Art 7 Abs 1 und 3 VO 1049/2001.

⁶⁰⁰ Art 12 Abs 1 VO 1049/2001; *Roling*, Transparenz bei der Finanzierung und Genehmigung des straßengebundenen ÖPNV (2008) 137.

⁶⁰¹ Art 10 Abs 1 VO 1049/2001.

C. Akteneinsicht nach VO 1/2003?

Mit Art 11 der VO 1/2003 wurde die Zusammenarbeit der Kommission und der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, welche bis 30.04.2004 unter Art 10 VO 17/62⁶⁰² geregelt war, wesentlich erweitert. VO 1/2003 und die Netzwerkbekanntmachung⁶⁰³ des ECN sehen nunmehr eine umfassende Zusammenarbeit der Kommission und der einzelstaatlichen Behörden während des gesamten Verfahrens vor. Zweck des ständigen Informationsflusses ist es, dem System der parallelen Zuständigkeit zwischen der Kommission und den nationalen Behörden in Kartellrechtssachen gerecht zu werden. Wettbewerbsverfahren sollen so möglichst effizient gestaltet und institutionelle Konflikte vermieden werden. Gleichzeitig zielt diese Regelung auf eine einheitliche Anwendung der in Art 101 und 102 AEUV festgelegten Wettbewerbsregeln durch die Kommission, welche als „Hüterin der Verträge“ bekannt ist, ab.⁶⁰⁴

1. Dokumente aus dem amtlichen Informationsaustausch

Informationen, welche im Rahmen der amtlichen Zusammenarbeit erlangt wurden, können von den Netzwerkmitgliedern gemäß Art 12 Abs 1 VO 1/2003 als Beweismittel in Wettbewerbsverfahren nach unionsweitem und mitgliedstaatlichem Recht verwendet werden.⁶⁰⁵ Der Informationsaustausch umfasst dabei tatsächliche oder rechtliche Umstände sowie vertrauliche Angaben. Um der am besten geeigneten Behörde das Verfahren zu überlassen, unabhängig davon welche bisher die Ermittlungstätigkeit durchführte, hat der Austausch nicht nur zwischen der Kommission und den einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden, sondern vielmehr ebenso unter den nationalen Behörden stattzufinden. Die so erlangten Dokumente dürfen nur zu dem Zweck verwendet werden, zu dem sie eingeholt wurden. Bei Wettbewerbsverstößen liegt dieser Zweck in der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV.⁶⁰⁶ Mit dieser Normierung entfiel die

⁶⁰² VO (EWG) Nr 17 des Rates vom 21.02.1962 Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags, ABI 1962, 13.

⁶⁰³ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43.

⁶⁰⁴ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 14 f.

⁶⁰⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43 Rn 26 ff.

⁶⁰⁶ Art 28 VO 1/2003; Ritter in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (2012) Art 12 VO 1/2003 Rn 1.

Beschränkung, wonach nationale Wettbewerbsbehörden von der Kommission erlangte Informationen nur als Anlass für eigene Ermittlungen verwenden, nicht jedoch als Beweismittel verwerten durften.⁶⁰⁷ Verbindliche Beweiskraft in zivilrechtlichen Verfahren haben gemäß Art 16 Abs 1 VO 1/2003 und der Rechtsprechung des EuGH⁶⁰⁸ ebenso Entscheidungen der Kommission, in denen Verstöße gegen das EU-Kartellverbot festgestellt werden. Anhaltspunkte für ein Einsichtsrecht Dritter finden sich in Art 11 und 12 VO 1/2003 somit jedenfalls nicht.⁶⁰⁹

Eine Sonderproblematik stellt die Behandlung von Informationen, welche Wettbewerbsbehörden im Rahmen von Kronzeugenprogrammen erhalten haben, dar. Die Netzwerkbekanntmachung schreibt hierzu vor, dass derartige Beweise grundlegend nur mit Einverständnis des, den Kronzeugenantrag stellenden, Unternehmens weitergegeben werden dürfen.⁶¹⁰ Ohne eine solche Einverständniserklärung nur dann, wenn die Empfangsbehörde garantiert, dass sie ihrerseits keine Sanktionen auferlegt.⁶¹¹ Dieser Beschränkung unterliegen jedoch nicht Informationen, welche zum Nachweis des Verstoßes gegen Art 101 und 102 AEUV erforderlich sind.⁶¹² Diese können somit verwertet werden und sind von der zu veröffentlichenden Entscheidung der Kommission nicht ausgenommen. Insofern können derartige Beweismittel, auch wenn ihre Herkunft nicht offengelegt wird, einzelstaatlichen Behörden zugänglich gemacht und somit prinzipiell als Grundlage zivilrechtlicher Schadenersatzprozesse herangezogen werden.⁶¹³ Ferner dürfen in einer Entscheidung veröffentlichte Informationen nicht einzig deshalb ausgenommen werden, weil sie die Geltendmachung privater Schadenersatzansprüche unterstützen.⁶¹⁴

⁶⁰⁷ Ritter in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (2012) Art 12 VO 1/2003 Rn 1; EuGH, 16.07.1992, Rs C-67/91, *Spanische Banken*, Slg 1992, I-4785 Rn 33 ff.

⁶⁰⁸ EuGH, 14.12.2000, Rs C-344/98, *Masterfoods*, Slg 2000, I-11369.

⁶⁰⁹ Schlussanträge des Generalanwalts Mazák zu EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 25.

⁶¹⁰ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABl 2004 C 101, 43 Rn 37 ff.

⁶¹¹ Ritter in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (2012) Art 12 VO 1/2003 Rn 11; Näheres dazu unter Kapitel III. C. 3. b. Beschränkung des Informationsaustausches für Kronzeugendokumente.

⁶¹² 27 Abs 2 Satz 4 VO 1/2003.

⁶¹³ Ritter in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (2012) Art 12 VO 1/2003 Rn 11; EuGH, 22.01.2004, Rs C-353/01 P, *Olli Mattila*, Slg 2004, I-1073 Rn 32.

⁶¹⁴ EuG, 06.10.2005, verb Rs T-22/02 und 23/02, *Sumitomo*, Slg 2005, II-4065 Rn 140 ff.

2. Beschränkter Zugang für Parteien des Wettbewerbsverfahrens

Zur Wahrung der Verteidigungsrechte der Parteien des Kartellverfahrens haben diese Anspruch auf Einsicht in die Akten der Kommission. Dieses Recht unterliegt jedoch, wie schon in der Transparenzverordnung vorgesehen, Zugangshindernissen. Dementsprechend sieht Art 27 Abs 2 Satz 3 VO 1/2003 vor, dass von der Akteneinsicht vertrauliche Informationen sowie interne Schriftstücke der Kommission und einzelstaatlicher Behörden ausgenommen sind.⁶¹⁵ Darüber hinaus ist die Korrespondenz zwischen den Wettbewerbsbehörden vom Einsichtsrecht völlig ausgenommen. Grundlegend umfasst diese Normierung jedoch nur Parteien des Wettbewerbsverfahrens, sohin mutmaßliche Kartellanten.⁶¹⁶ Ein Zugangsrecht Dritter lässt sich daraus nicht ableiten. Die Bestimmungen des Dokumenteneinsichtsrechts in Art 27 Abs 2 VO 1/2003 – welche sich pauschal auf alle Unterlagen, die der Kommission zur vorläufigen Beurteilung zugrunde liegen, beziehen⁶¹⁷ – regeln darüber hinaus die Akteneinsicht in Wettbewerbsverfahren und stellen somit eine *lex specialis* der allgemeinen Normierungen der VO 1049/2001 dar und dürfen nicht umgangen werden.⁶¹⁸

D. Einsicht durch Beschwerde nach VO 773/2004?

Durch Erlass der VO 1/2003 wurde die Kommission zur Regelung bestimmter Aspekte von Verfahren wegen Wettbewerbsverstößen nach Art 101 und 102 AEUV ermächtigt. Hierzu war es von Seiten der Kommission nötig, entsprechende Normierungen zu erlassen, welche die überlassenen Regelungsbereiche näher bestimmen. Dies erfolgte durch die VO über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Art 81 und 82 EGV.⁶¹⁹ Grundlegend ist der Erlass dieser VO als weiterer Nachweis für die Spezialität der Vorschriften zur Akteneinsicht in Kartellrechtsfällen zu werten. Denn mit Inkrafttreten der VO 773/2004 im Jahr 2004 war VO 1049/2001 schon fast drei Jahre

⁶¹⁵ Dittrich, Kronzeugenanträge und Rechtsschutz, WuW 2012, 133 (136).

⁶¹⁶ Jüntgen, Zur Verwertung von Kronzeugenerklärungen in Zivilprozessen, WuW 2007, 128 (130).

⁶¹⁷ Art 8 VO 773/2004.

⁶¹⁸ Soltész/Marquier/Wendenburg, Zugang zu den Kartellrechtsakten für jedermann – das EuG-Urteil Österreichische Banken, EWS 2006, 102 (104); Wägenbaur, Der Zugang zu EU-Dokumenten – Transparenz zum Anfassen, EuZW 2001, 680 (681).

⁶¹⁹ VO (EG) Nr 773/2004 der Kommission vom 07.04.2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABI 2004 L 123, 18.

lang gültig. Wollte man an den Zugang zu Dokumenten bei Wettbewerbsverstößen keine engeren Voraussetzungen knüpfen, hätte es den Erlass dieser speziellen Normierungen nicht bedurft.⁶²⁰ Ebenso spricht das EuG davon, dass die den Zugang zu Dokumenten betreffenden Bestimmungen der VO 1/2003 mit VO 773/2004 näher präzisiert wurden.⁶²¹

1. Begrenztes Einsichtsrecht des Beschwerdeführers

Natürliche und juristische Personen sowie Mitgliedstaaten sind dazu berechtigt, bei Verdacht auf wettbewerbswidrige Verhaltensweisen eine Beschwerde nach Art 7 Abs 2 VO 1/2003 bei der Kommission einzureichen. Diese förmliche Variante der Beschwerde ist, im Gegensatz zur Möglichkeit der Kommission formlos Bedenken mitzuteilen⁶²², an bestimmte rechtliche Voraussetzungen gebunden. So haben Beschwerdeführer hieran ein berechtigtes Interesse darzulegen, um zur Einreichung befugt zu sein. Des Weiteren ist die, in einer Amtssprache der Union verfasste, Beschwerde in dreifacher Ausführung auf Papier sowie nach Möglichkeit in elektronischer Form zu übermitteln. Enthält die Beschwerdeschrift vertrauliche Angaben, ist ebenso eine nicht vertrauliche Fassung einzureichen.⁶²³ Kommt die Kommission zu dem Schluss die Beschwerde abzuweisen, hat der Beschwerdeführer das Recht, Einsicht in jene Unterlagen zu nehmen, worauf die Entscheidung der Behörde fußt. VO 1/2003 sieht zwar grundsätzlich für andere als Verfahrensparteien kein Zugangsrecht zur Verwaltungsakte der Kommission vor, dennoch ist nach Art 27 VO 1/2003 im allgemeinen Kontext der Sicherstellung der Verteidigungsrechte jenen Unternehmen, die Teil des Verfahrens sind, Aktenzugang zu gewähren. Schranken erfährt jedoch auch dieses Einsichtsrecht, indem Geschäftsgeheimnisse und sonstige vertrauliche Unterlagen anderer Verfahrensbeteiligter davon ausgenommen sind.⁶²⁴ Von dieser Regelung umfasst dürften ebenso freiwillig vorgelegte Dokumente kooperierender Unternehmen sein. Die so erlangten Dokumente unterliegen ferner der Einschränkung, dass diese nur für Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zur Anwendung der Art 101 und

⁶²⁰ *Soltész/Marquier/Wendenburg*, Zugang zu den Kartellrechtsakten für jedermann – das EuG-Urteil Österreichische Banken, EWS 2006, 102 (104 f).

⁶²¹ EuG, 22.05.2012, Rs T-344/08, *EnBW*, noch nicht in der amtl Slg Rn 60.

⁶²² Kontaktmöglichkeiten der Kommission abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/competition/consumers/contacts_de.html#1.

⁶²³ Art 5 VO 773/2004.

⁶²⁴ Art 8 Abs 1 VO 773/2004; *Grill* in *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge Kommentar (2012) Art 103 AEUV Rn 41; EuG, 26.04.2007, verb Rs T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 und T-136/02, *Bollere* ua, Slg 2007, II-947 Rn 45.

102 AEUV verwendet werden dürfen.⁶²⁵ Sohin können Unternehmungen, gegen die sich das behördliche Kartellverfahren richtet, ebenso wie Führer nicht stattgebener Beschwerden, in bestimmte Dokumente der Kommissionsakte einsehen. Gleichzeitig unterliegt dieses Recht jedoch bestimmten Einschränkungen, welche fallbezogen zu beurteilen sind.⁶²⁶ Ein Einsichtsrecht Dritter, und damit potentieller Schadenersatzkläger, lässt sich für Beschwerdeführer sohin grundsätzlich nicht ableiten, da dieser kein über Art 8 Abs 1 VO 773/2004 hinausgehendes Recht auf Akteneinsicht besitzt.⁶²⁷

Geht die Kommission einer Beschwerde nach und entdeckt mögliche Missstände, teilt sie den betroffenen Unternehmen die konkreten Beschwerdepunkte mit und ersucht innerhalb bestimmter Frist um Stellungnahme.⁶²⁸ Gleichzeitig werden die Empfänger der Mitteilungen der Beschwerdepunkte durch die Kommission Parteien des Beschwerdeverfahrens. Diese haben ebenso Recht auf Einsicht in die Unterlagen des gegenständlichen Verfahrens, welches durch Antrag geltend gemacht wird.⁶²⁹ Analog zum Einsichtsrecht des Beschwerdeführers enden die Rechte der Parteien jedoch ebenso bei Geschäftsgeheimnissen und vertraulichen Unterlagen.⁶³⁰ Darüber hinaus unterbindet die Kommission den Zugang zu Dokumenten, welche den Parteien Aufschluss über den derzeitigen Ermittlungsstand geben. Hierzu sind ebenfalls interne Unterlagen der Kommission, der einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden sowie die Korrespondenz zwischen den Netzwerkmitgliedern von der Akteneinsicht ausgenommen.⁶³¹

2. Einsicht für Parteien in Unternehmenserklärungen

Die Einsichtnahme in Unternehmenserklärungen ist für Parteien unter bestimmten Umständen und in lediglich begrenztem Maße grundsätzlich möglich. Der Schutz von Corporate Statements im öffentlichen Interesse steht einer Offenlegung den anderen mutmaßlichen Kartellanten, zur Wahrung ihrer Interessen im Kartellverfahren, nicht entgegen, wenn es technisch möglich ist, sowohl das Interesse des Kronzeugen als

⁶²⁵ Art 8 Abs 2 und Art 15 Abs 4 VO 773/2004.

⁶²⁶ EuG, 22.05.2012, Rs T-344/08, *EnBW*, noch nicht in der amtl Slg Rn 57 ff.

⁶²⁷ *Jüntgen*, Zur Verwertung von Kronzeugenerklärungen in Zivilprozessen, WuW 2007, 128 (130).

⁶²⁸ Art 10 Abs 1 VO 773/2004.

⁶²⁹ Art 15 Abs 1 VO 773/2004.

⁶³⁰ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 33.

⁶³¹ Art 15 Abs 2 VO 773/2004.

auch der übrigen Kartellmitglieder zu wahren. Die Kommission gewährt diese besondere Einsichtnahme ausschließlich in ihren eigenen Räumlichkeiten sowie ein einziges Mal nach förmlicher Zustellung der Beschwerdepunkte.⁶³² Rechtfertigen lässt sich dieses Einsichtsrecht insbesondere durch das gemeinsame Interesse aller Kartellanten an der Geheimhaltung jeglicher Unterlagen gegenüber Dritten, da diese zur Vorbereitung von Schadenersatzklagen dienen könnten. Durch die gesamtschuldnerische Haftung ist jede Schadenersatzforderung gegen eines der Kartellmitglieder potentiell bedrohlich.

In Rn 33 der Kronzeugenmitteilung legt die Kommission ihre Handhabe der Einsichtnahme in die von Kronzeugen abgegebenen Unternehmenserklärungen dar.⁶³³ So müssen sich Empfänger der Beschwerdepunkte sowie deren Rechtsbeistände dazu verpflichten, die bei der Akteneinsicht erhaltenen Informationen nur für Zwecke der Rechts- und Verwaltungsverfahren im Rahmen des unionsweiten Wettbewerbsrechts zu verwenden, das jenem Verfahren, aufgrund dessen der Zugang gewährt wurde, zugrunde liegt. Eine anderswertige Verwendung wird strikt untersagt.⁶³⁴ Des Weiteren müssen betreffende Unternehmen garantieren, Informationen der Unternehmenserklärung, zu denen ihnen Zugang gewährt wird, nicht mit elektronischen oder mechanischen Mitteln zu kopieren. Zulässig sind somit nur das Anfertigen handschriftlicher Notizen und das Anhören von Tonbandaufnahmen. Ein Verstoß gegen diese Regeln würde eine Verletzung der Zusammenarbeitspflicht nach Rn 12 und 27 der Kronzeugenmitteilung 2006 bedeuten und kann dazu führen, dass das jeweilige Unternehmen diesbezüglich sanktioniert wird. Sollten Dokumente verwendet werden, nachdem eine Verbotsentscheidung für das betreffende Verfahren erlassen wurde, kann dies dazu führen, dass die Kommission in etwaigen Verfahren vor den Unionsgerichten eine Erhöhung der Geldbuße beantragt.⁶³⁵ All diese Schutzfunktionen kommen einer Unternehmenserklärung jedoch nur zu, solange der Kronzeugenantragsteller den Inhalt seiner eigenen Erklärung nicht gegenüber Dritten offengelegt hat.⁶³⁶

⁶³² Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 7.

⁶³³ *Bauer, Leniency & Private Enforcement: ein kartellrechtliches Spannungsverhältnis?*, *ecolx* 2007, 357 (358).

⁶³⁴ Art 15 Abs 4 VO 773/2004; EuG, 22.05.2012, Rs T-344/08, *EnBW*, noch nicht in der amtl Slg Rn 57 ff; Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 34.

⁶³⁵ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 34.

⁶³⁶ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 33.

Erkennbar ist, dass die Kommission zwischen den Interessen des Antragstellers auf Vertraulichkeit der abgegebenen Erklärung und dem entgegenstehenden Einsichtsinteresse anderer Adressaten der Beschwerdepunkte abzuwägen versucht. Diese Interessensabwägung erkennt die Kommission jedoch einzig Adressaten der Beschwerdepunkte zu, wodurch nur diese Recht auf Einsicht in Corporate Statements erhalten.⁶³⁷ Kartellgeschädigten wird lediglich die Möglichkeit eingeräumt sich am Verfahren zu beteiligen, wodurch sie Einsicht in eine nicht vertrauliche Fassung der einzelnen Beschwerdepunkte erhalten sowie an mündlichen Anhörungen teilnehmen können. Ob die angedachte Sanktionierung in Form einer Erhöhung des Bußgeldes letztlich ausreichend wäre, um Unternehmen im Falle von Repressalien tatsächlich davon abzuhalten die vertraulichen Informationen in Schadenersatzverfahren zu verwenden, darf angezweifelt werden.⁶³⁸

E. Empfehlungen im Grünbuch der Kommission

Das im Jahr 2005 veröffentlichte Grünbuch, dessen Zweck in der Feststellung von Haupthindernissen eines effizienten Systems von Schadenersatzklagen bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen liegt, befasst sich in Punkt 2.1 mit dem Zugang zu Beweismitteln bei privater Anspruchsdurchsetzung.⁶³⁹ Die Kommission geht darin einerseits auf die Beweisnot Kartellgeschädigter ein, wodurch sie den Zugang zu Beweismitteln als eine Grundvoraussetzung für eine wirksame Durchsetzung privater Schadenersatzklagen billigt. In diesem Zusammenhang spricht sich die Wettbewerbshüterin für die Offenlegung der aus eigenen Ermittlungstätigkeiten der Behörden erlangten Dokumente aus, da dies Follow-on-Klagen deutlich erleichtern könnte. Hierzu sieht die etwas eigenartige Empfehlung jedoch vor, dass die Einsichtnahme nicht bei den Wettbewerbsbehörden, sondern vielmehr bei den Kartellmitgliedern stattfinden solle, um die Behörden zu entlasten. Als Zugeständnisse zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung werden insbesondere Erleichterungen in der Beweislast und der Beweisforderung angedacht. Dennoch ist klar erkennbar, dass die Kommission die öffentliche Verfolgung von wettbewerbswidrig agierenden Unternehmen

⁶³⁷ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 7.

⁶³⁸ *Hartung*, Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, wbl 2007, 63 (64).

⁶³⁹ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 5.

und die damit verbundenen Kronzeugenprogramme schutzwürdiger als das System der privaten Kartellrechtsdurchsetzung erachtet. Gleichzeitig wird der Eindruck erweckt, den Arbeitsaufwand der Kommission durch Einsichtsrechte keinesfalls steigern zu wollen. Im Folgenden werden die wesentlichen Vorschläge der Kommission zur Lockerung des zugrunde liegenden Interessenskonflikts dargelegt.

1. Offenlegung von Urkundenbeweisen in Schadenersatzverfahren

Zunächst wird auf die Möglichkeit zur Sonderregelung der Offenlegung von Urkundenbeweisen in zivilrechtlichen Schadenersatzverfahren nach Art 101 und 102 AEUV eingegangen. Nach Ansicht der Kommission soll eine Offenlegung derartiger Beweise erfolgen, wenn ein Geschädigter alle relevanten Fakten eines Falles sowie alle ihm mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Beweismittel zur Untermauerung vorgelegt hat. Dies entspricht dem amerikanischen System des Fact Pleadings. Die darauf erfolgende Offenlegung sollte sich auf für den Sachverhalt relevante Dokumente begrenzen und von einem Gericht angeordnet werden. Darüber hinaus soll gerichtlich ebenso ein Informationszugang zwischen den Parteien des Schadenersatzverfahrens erwirkt werden können. Ferner wird angedacht, dass die Prozessgegner ein Verzeichnis der in ihrem Besitz befindlichen Dokumente zur Verfügung stellen. Um die Einhaltung dieser Normen und die Offenlegung zu gewährleisten, wird angedacht die Vernichtung von Beweismitteln künftig zu sanktionieren. Eine weitere Möglichkeit bestünde nach der im Grünbuch vertretenen Ansicht der Kommission darin, dass Geschädigte schon vor Beginn des Zivilprozesses die Aufbewahrung von Beweisen auf gerichtlichem Wege erwirken könnten. Hierzu sollte die beantragende Partei wiederum die mit zumutbarem Aufwand erlangten Beweise vorlegen, um glaubhaftes Interesse darzulegen.⁶⁴⁰

⁶⁴⁰ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 6, Frage A.

2. Regeln für Dokumente im Besitz der Wettbewerbsbehörde

Als zweiten Punkt widmet sich die Kommission der Frage, ob besondere Regeln für den Zugang zu Dokumenten, die sich im Besitz der Wettbewerbsbehörden befinden, für wettbewerbsrechtliche Schadenersatzklagen hilfreich sein könnten und wie ein derartiger Zugang zu diesen Informationen aussehen könnte. Erwogen wird, die an einem Verfahren beteiligten Parteien dazu zu verpflichten, dem Richter alle Dokumente, die auch bei der Wettbewerbsbehörde eingereicht wurden, auszuhändigen. Bei Anträgen auf Kronzeugenbehandlung soll diese Bestimmung jedoch eine Ausnahme finden. Kronzeugenanträge sollen demnach in jedem Fall unter Verschluss bleiben, da den Auswirkungen von Schadenersatzklagen auf die Funktionsweise von Kronzeugenprogrammen besondere Beachtung geschenkt werden sollte, um die Wirksamkeit derartiger Normierungen nicht zu gefährden.⁶⁴¹ Für die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen käme dabei das Recht jenes Mitgliedstaates zur Anwendung, in dem der Prozess anhängig ist. Hinsichtlich des Zugangs zu Dokumenten, die sich im Besitz der Kommission befinden, möchte die Kommission insbesondere den vertraulichen Umgang sicherstellen. Hierzu ersucht sie um Mitteilung, wie die einzelstaatlichen Gerichte gedenken, die geforderte Vertraulichkeit der in den Unterlagen enthaltenen Geschäftsgeheimnissen oder vertraulichen Informationen zu gewährleisten und in welchen Fällen die Gerichte um Informationen, welche ebenso von den Prozessparteien erbracht werden könnten, ansuchen würden.⁶⁴²

3. Erleichterungen für den Kläger

Des Öfteren kam bereits die Diskussion auf, ob Klägern in Schadenersatzprozessen wegen Verstößen gegen das EU-Wettbewerbsrecht eine Erleichterung der Beweislast zukommen sollte. Oftmals stehen in solchen Prozessen Geschädigten Kartellanten mit viel größerer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit gegenüber. Die Erbringung aller erforderlichen Nachweise kann deshalb ebenso aus finanzieller Sicht als problematisch erachtet werden. Zur Minderung dieser Bürde für Kartellgeschädigte sieht die Kommission die Verbindlicherklärung von Entscheidungen nationaler

⁶⁴¹ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 11.

⁶⁴² Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 6, Frage B.

Wettbewerbsbehörden in darauf folgenden Zivilprozessen vor. Somit wäre zumindest der Beweis des Bestehens des Kartells einfacher zu erbringen. Des Weiteren wird statt der Anerkennung der behördlichen Entscheidungen, bei Vorliegen solcher, eine Beweislastumkehr angedacht. Dies würde bedeuten, dass bei Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht die generelle Vermutung besteht, dass diese zu einem Schaden geführt hat. Die Kartellmitglieder hätten den äußerst schwierigen Nachweis zu erbringen, dass dem nicht so ist. Durch eine solche Verlagerung der Beweislast denkt die Kommission an, die Informationsasymmetrie zwischen den Parteien zu beseitigen, ohne den Kartellgeschädigten Einsicht in ihre Unterlagen gewähren zu lassen. Ferner wird die Option dargelegt, dass Kartellmitglieder selbst verpflichtet werden Beweise im Schadenersatzprozess vorzulegen. Wird dies ungerechtfertigt verweigert, könnte dies Einfluss auf die Beweislast haben.⁶⁴³

F. Empfehlungen im Weißbuch der Kommission

Durch die erfolgreiche Diskussionsanregung mit dem Grünbuch, legte die Kommission mit dem Weißbuch 2008 erneut einige Vorschläge zur Offenlegung von Beweismitteln zwischen Parteien vor.⁶⁴⁴ Die im Weißbuch vorgelegten Grundsätze verfolgen das Ziel, Geschädigten von Wettbewerbsverstößen durch die Einführung unionsweiter Mindeststandards den Zugang zu wirksamen Rechtsbehelfen zu sichern. Dementsprechend soll für Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht ein unionsweites Mindestniveau der Offenlegung von Beweismitteln zwischen den Streitparteien geschaffen werden. Der im Grünbuch angedachte Grundsatz des Fact Pleadings wird weiterhin verfolgt. So soll unter Prüfung des Tatsachenvortrages durch die Gerichte verhältnismäßig über das Zugangsbegehren entschieden werden. Ebenso wird daran festgehalten, dass das Einsichtsrecht nicht über die Wettbewerbsbehörden, sondern nur zwischen den Prozessparteien oder Dritten stattfinden sollte. Einzelstaatliche Gerichte sollen dazu – unter bestimmten Voraussetzungen – Schädiger oder Dritte zur Offenlegung genau bezeichneter Kategorien relevanter Beweismittel verpflichten. Im Falle einer Zuwiderhandlung oder der Vernichtung von Unterlagen werden wiederholt Sanktionen in den Raum gestellt. Des

⁶⁴³ Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005, 7, Frage C.

⁶⁴⁴ Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008, 5.

Weiteren sollte ein derartiger Offenlegungsbeschluss – in dem die verschiedenen Kategorien von Beweismitteln, die offengelegt werden müssen, genau zu nennen sind – nur zu gewähren sein, wenn dieser bestimmten Kriterien genügt. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, soll der Kläger alle Tatsachen und Beweismittel, welche ihm vernünftigerweise zugänglich sind, darlegen und plausible Gründe für die Schädigung durch den Beklagten liefern. Ferner soll diesem Beschluss nur stattgegeben werden, wenn es nicht möglich ist die erforderlichen Beweise anderweitig aufzubringen. Vor allem aber soll das Gericht davon überzeugt sein, dass die Offenlegung für die Klage erheblich, erforderlich und verhältnismäßig ist.⁶⁴⁵

Im Weißbuch ist eine Intention der Kommission zu erkennen, dass jeder Kartellgeschädigte wirksam den Ersatz des erlittenen Schadens einfordern kann. Gleichzeitig vergisst sie nicht zu erwähnen, dass all dies unter dem Vorbehalt geschehen soll, dass Kronzeugenprogramme und die Untersuchungstätigkeit der Wettbewerbsbehörden mit angemessenem Schutz gesichert werden sollen.⁶⁴⁶ Letztlich verdeutlicht die Wettbewerbshüterin klar, dass zur Lösung des Interessenskonfliktes eine Angleichung materieller und formeller Vorschriften unumgänglich ist, weshalb sie ein Tätigwerden des Unionsgesetzgebers, als auch der Mitgliedstaaten, anregt.⁶⁴⁷

G. Erwägungsgründe der Kronzeugenmitteilung 2006

Unter Rn 6 der Kronzeugenmitteilung 2006⁶⁴⁸ festigt die Kommission ebenfalls ihre Position, wonach die wirksame Aufdeckung von kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen durch Kronzeugenprogramme nur gesichert werden kann, wenn dem nicht zivilrechtliche Offenlegungsanordnungen, sogenannte „Discovery Orders“, gegenüberstehen. Denn Unternehmen, welche sich für die Kronzeugenbehandlung eignen, würden unter Umständen von der Kooperation mit der Kommission abgehalten werden, wenn dies ihre Position im zivilrechtlichen Schadenersatzverfahren – verglichen mit nicht

⁶⁴⁵ Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008, 5 f.

⁶⁴⁶ Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008, 6.

⁶⁴⁷ Weißbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008, 2; *Paulus*, Das Weißbuch der Europäischen Kommission, Teil II: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Private Enforcement), ÖZK 2008, 83 (83).

⁶⁴⁸ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17.

kooperierenden Unternehmen – verschlechtern würde. Die Beeinträchtigung kooperationswilliger Unternehmungen resultiert insbesondere daraus, dass die Kommission von Kartellmitgliedern, welche nicht den Weg der Zusammenarbeit gewählt haben, nur über eine weitaus geringere Dichte an Beweismitteln verfügt. Eine derart unerwünschte Auswirkung würde dem allgemeinen Interesse einer wirksamen Durchsetzung des Kartellverbots nach Art 101 AEUV widersprechen und dadurch ebenso der anschließenden oder parallelen privaten Durchsetzbarkeit schaden.

Fraglich ist, ob die durch Einsicht gewonnenen Informationen aus, von Kronzeugen freiwillig vorgelegten, Unternehmenserklärungen zu Beweis Zwecken in zivilgerichtlichen Verfahren verwendet werden dürfen. Die Kronzeugenmitteilung sieht in diesem Zusammenhang bloß vor, dass diese nur in mit dem konkreten Verfahren zusammenhängenden Rechts- und Verwaltungsverfahren verwertet werden dürfen. Doch legt man diese Bestimmung weit aus und die Tatsache zugrunde, dass der Entscheidung der Kommission im Schadenersatzprozess ebenso bindende Wirkung der Feststellung der Zuwiderhandlung zukommt, könnte man zu dem Schluss kommen, dass die Verwendung im Zivilverfahren zulässig ist. Kritisch dazu auch *Hartung*⁶⁴⁹, welche die Meinung vertritt, dass eine Regelung, wonach die gewonnen Informationen für Zwecke des konkreten Verwaltungsverfahrens vor der Kommission, wie auch allfällige daran anschließende Rechtsmittelverfahren, verwendet werden dürfen, treffender gewesen wäre. Betrachtet man hingegen den bereits bekannten Willen der Kommission hinsichtlich der Einsichtnahme von Schadenersatzklägern in Kronzeugenunterlagen, wäre der Zugang jedenfalls zu verwehren.

H. Allgemeine Rechtsprechung zum Einsichtsrecht in Dokumente der Unionsorgane

Schon bevor der Interessenskonflikt zwischen Private und Public Enforcement und dem damit verbundenen Einsichtsrecht in Kronzeugendokumente große Bedeutung erlangt hatte, gab es immer wieder Streitfälle über den Zugang zu, bei der Kommission oder anderen Organen der Union befindlichen, Unterlagen. Die Rechtsprechung hat hierzu einen interessanten Pfad aufgezeichnet, wie die umfangreichen Zugangsrechte der

⁶⁴⁹ *Hartung*, Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, wbl 2007, 63 (63).

Öffentlichkeit zu im Besitz der Organe befindlichen Dokumenten beschränkt werden können, welchen Ermessensspielraum den Entscheidungsträgern dabei zuzumessen ist und wo die Grenzen des Verweigerungsrechtes liegen. Im Folgenden werden ausgewählte Judikate zur Skizzierung dieses Weges eingehend behandelt.

1. Die Rechtssache Van der Wal

Vor der *Van der Wal*-Entscheidung⁶⁵⁰ war bereits klar, dass der Öffentlichkeit ein umfassendes Recht auf Zugang zu den Dokumenten der Organe durch die Unionsverträge eingeräumt wird. Durch den Verhaltenskodex des Beschlusses 94/90⁶⁵¹, in dem die Kommission Grundsätze für den Zugang zu den ihr vorliegenden Unterlagen festlegt, wird aufgelistet, unter welchen Bedingungen das umfangreiche Einsichtsrecht Ausnahmen findet. Der Frage, wie weit diese Ausnahmen letztlich auszulegen sind, nahmen sich die Unionsrichter in der gegenständlichen Entscheidung an.

a. Sachverhalt

Der Kläger, *Gerard van der Wal*, ein prozessbevollmächtigter Rechtsanwalt, erbat als Teilhaber einer Firma, die Rechtssachen des Wettbewerbsrechts auf Unionsebene bearbeitet, Einsicht in Kommissionsdokumente. Unter den beantragten Unterlagen fanden sich das Antwortschreiben des Generaldirektors der Generaldirektion Wettbewerb an das OLG Düsseldorf über die Vereinbarkeit einer Vertriebsvereinbarung mit der VO 1983/83⁶⁵², die Antwort des Kommissionsmitglieds *Van Miert* an das Tribunal d'instance St. Briec über die Auslegung bestimmter Wettbewerbsregeln auf landwirtschaftliche Erzeugnisse sowie das Schreiben der Kommission an den Cour d'appel Paris zur Stellungnahme zu Vertragsklauseln über die Verkaufsziele von Vertriebshändlern von Kraftfahrzeugen. Der Generaldirektor der Generaldirektion Wettbewerb wies das Ansuchen mit der Begründung zurück, dass die Bekanntgabe den Schutz des öffentlichen Interesses beeinträchtigen könnte und die Dokumente seines

⁶⁵⁰ EuGH, 11.01.2000, verb Rs C-174/98 P und C-189/98 P, *Van der Wal*, Slg 2000, I-1.

⁶⁵¹ Beschluss (EGKS, EG, Euratom) Nr 94/90 der Kommission vom 08.02.1994 über den Zugang der Öffentlichkeit zu den der Kommission vorliegenden Dokumenten, ABl 1994 L 46, 58.

⁶⁵² VO (EWG) Nr 1983/83 der Kommission vom 22.06.1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen beziehungsweise Alleinbezugsvereinbarungen, ABl 1983 C 355, 7.

Erachtens Teile nationaler Verfahren seien. *Van der Wal* stellte daraufhin einen Zweitantrag und legte dar, dass für ihn nicht ersichtlich sei, weshalb der Zugang zu nicht vertraulichen Auskünften, welche die Kommission den einzelnen Gerichten erteilte, den Ablauf einzelstaatlicher Verfahren beeinträchtigen könnte. Doch auch durch den Zweitantrag erlangte der Rechtsanwalt mit der Begründung, dass dies der geordneten Rechtspflege abträglich sein könnte, keine Einsicht. Darauf erhob er Klage auf Nichtigerklärung des Kommissionsentscheids beim EuG, welches die Klage abwies. *Van der Wal* legte jedoch mit der niederländischen Regierung als Streithelfer Rechtsmittel beim EuGH ein. Sie stützten sich auf drei Argumente. Zum einen liege ein Verstoß gegen Beschluss 94/90 sowie Art 33 iVm Art 44 der EG-Satzung des Gerichtshofes vor. Darüber hinaus seien gegen die EMRK, die Begründungspflicht, den Grundsatz der Gleichstellung der Parteien und den Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte sowie gegen den Rechtsmittelgrund des Beschlusses 94/90 verstoßen worden.⁶⁵³

b. Entscheidung des EuGH

Die Unionsrichter stellten dazu fest, dass nach Art 6 EMRK jede Person Anspruch hat in billiger Weise von einem unabhängigen Gericht gehört zu werden. Aus diesem allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatz ergibt sich indes nicht zwingend, dass einzig das Gericht, bei dem die Rechtsstreitigkeit anhängig ist, befugt ist, Zugang zu den Dokumenten zu gewähren. Ebenso kann aus gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten kein solcher Grundsatz sowie aus Art 6 EMRK keine derartige ausschließliche Befugnis, den Zugang zu gewähren, hergeleitet werden. Die Unabhängigkeit der Gerichte bleibt ferner durch den Beschluss 94/90 und den auf Unionsebene gewährten Rechtsschutz gewahrt.

Die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den einzelstaatlichen Gerichten begründet sich darin, dass sich nationale Richter zur Beurteilung erkundigen können, ob angemeldete Vereinbarungen oder Verhaltensweisen vorliegen, eine Aussetzung des Urteilsspruchs in Betracht käme oder einstweilige Maßnahmen ergriffen werden sollten. Ferner können sie die Kommission bei Rechtsfragen über die Anwendung von Art 101 und 102 AEUV konsultieren und Statistiken, Marktstudien sowie Wirtschaftsanalysen anfordern. Daraus folgt, dass die Kommission meist Schriftstücke übersendet, die,

⁶⁵³ EuGH, 11.01.2000, verb Rs C-174/98 P und C-189/98 P, *Van der Wal*, Slg 2000, I-1 Rn 1-6.

wenngleich sie auch für ein bestimmtes Verfahren erstellt wurden, nur eine allgemeine, vom gegenständlichen Sachverhalt des einzelstaatlichen Gerichts unabhängige, Stellungnahme beinhalten. Daher muss von der Kommission in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die gegenständlichen Dokumente unter die Ausnahme des Beschlusses 94/90 fallen. In Fällen, in denen die von der Kommission übermittelten Unterlagen juristische Untersuchungen oder Wirtschaftsanalysen enthalten, die aufgrund der Angaben eines nationalen Gerichts erstellt wurden, übernimmt die Kommission die Tätigkeit eines Rechts- oder Wirtschaftsgutachters. Die durch Erfüllung dieser Aufgabe erstellten Dokumente unterliegen hinsichtlich ihrer Bekanntgabe, ebenso wie Sachverständigengutachten, den einzelstaatlichen Verfahrensregeln. Das nationale Recht kann dabei dem Zugang Dritter zu den Dokumenten entgegenstehen.

Dokumente im Besitz der Kommission fallen unter den Beschluss 94/90, welcher einen umfassenden Zugang der Öffentlichkeit vorsieht. Ausnahmen von diesem Zugang müssen somit stets eng ausgelegt und angewandt werden.⁶⁵⁴ Die Kommission hat bei der Gewährung des Zugangs die nationalen Rechtslagen zu berücksichtigen, indem sie sicherstellt, dass die Bekanntgabe nicht gegen diese verstößt. Im Zweifel kann sie das einzelstaatliche Gericht konsultieren und um Auslegung bitten. Dieser Ablauf erspart es dem Kläger, sich an das nationale Gericht und anschließend an die Kommission wenden zu müssen, und entspricht damit den Erfordernissen ordnungsgemäßer Verwaltung. Im gegenständlichen Fall kam der EuGH zu dem Schluss, dass der Beschluss 94/90 rechtsirrig ausgelegt wurde.⁶⁵⁵

c. Ausnahmen vom Einsichtsrecht sind eng auszulegen

Die Kommission hat somit, indem sie den Dokumentenzugang verweigert hatte, ohne zu prüfen, ob diese Unterlagen aufgrund von Angaben eines nationalen Gerichts erstellte juristische Untersuchungen oder Wirtschaftsanalysen enthielten, und darüber hinaus ohne sich vergewissert zu haben, dass die Bekanntgabe nicht gegen nationale Regelungen verstößt, das Recht auf Zugang zu den Unterlagen konterkariert. Somit wurde von den Unionsrichtern klargestellt, dass pauschale Verweigerungen der Einsicht

⁶⁵⁴ EuGH, 11.01.2000, verb Rs C-174/98 P und C-189/98 P, *Van der Wal*, Slg 2000, I-1 Rn 27.

⁶⁵⁵ EuGH, 11.01.2000, verb Rs C-174/98 P und C-189/98 P, *Van der Wal*, Slg 2000, I-1 Rn 7-33.

in bestimmte Arten von Dokumenten nicht rechtskonform sind und vielmehr eine Überprüfung für jeden Einzelfall stattzufinden hat. Da die Öffentlichkeit grundsätzlich ein Recht auf Einsicht in bei den Unionsorganen befindliche Dokumente hat, sind Ausnahmen von diesem Recht stets eng auszulegen und anzuwenden.

2. Die Rechtssache Denkavit

Durch die *Van der Wal*-Entscheidung war nunmehr verdeutlicht, dass die Organe der Union der Öffentlichkeit nur unter strengen Maßstäben den Zugang zu Dokumenten verweigern dürfen. Insbesondere die Kommission würde ansonsten gegen den von ihr selbst erlassenen Beschluss 94/90 verstoßen. Dem sehr ähnliche Bestimmungen kennt ebenso der Rat mit Beschluss 93/731⁶⁵⁶, weshalb die Rs *Van der Wal*, obwohl sie auf einen Kommissions-Beschluss bezogen war, nicht nur auf das Einsichtsrecht bei dieser Causa anzuwenden ist. In der Rs *Denkavit*⁶⁵⁷ erfolgte hierzu eine Unterteilung in Gruppen von Ausnahmen vom Recht auf Veröffentlichung der im Besitz der Organe befindlichen Unterlagen.

a. Sachverhalt

Im Jahr 1997 traten in verschiedenen Erzeugungsgebieten der Niederlande Fälle von klassischer Schweinepest auf, welche sich rasch verbreitete. Die Kommission erließ deswegen VO 413/97⁶⁵⁸ mit Sondermaßnahmen zur Stützung des niederländischen Schweinemarktes, wodurch die Behörden zur Gewährung von Beihilfen, welche zu 70 Prozent aus dem Unionshaushalt getragen wurden, ermächtigt wurden. Nach einer Kontrolle der Ausgaben durch die Kommission im August 1997 wurden die Erkenntnisse in einem Inspektionsbericht festgehalten. Darauf erließ die Kommission die Entscheidung 98/25⁶⁵⁹, aufgrund dieser die Niederlande einen Vorschuss zur Entschädigung von der Seuche betroffener Betriebe bekamen. *Denkavit Nederland BV*, ein niederländischer Futtermittelhersteller, beantragte bei der Kommission Einsicht in

⁶⁵⁶ Beschluss (EG) Nr 93/731 des Rates vom 20.12.1993 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Ratsdokumenten, ABI 1993 L 340, 43.

⁶⁵⁷ EuG, 13.09.2000, Rs T-20/99, *Denkavit Nederland*, Slg 2000, II-3011.

⁶⁵⁸ VO (EG) Nr 413/97 der Kommission vom 03.03.1997 mit Sondermaßnahmen zur Stützung des Schweinemarktes in den Niederlanden, ABI 1997 L 62, 26.

⁶⁵⁹ Entscheidung (EG) Nr 98/25 der Kommission vom 15.12.1997 über eine Finanzhilfe der Gemeinschaft zur Tilgung der klassischen Schweinepest in den Niederlanden, ABI 1998 L 8, 28.

den Inspektionsbericht, bekam jedoch keine Antwort. Darauf stellte *Denkavit* einen Zweitantrag, welcher vom Generalsekretär der Kommission mit zwei Begründungen abgelehnt wurde. Erstens ergebe sich durch die Verbreitung des Berichtes eine Beeinträchtigung des Schutzes des öffentlichen Interesses, insbesondere der Inspektions- und Untersuchungstätigkeiten, da die Tätigkeit in Bezug auf die in den Niederlanden herrschende Schweinepest noch nicht abgeschlossen sei. Deshalb müssten die Kontakte mit dem Mitgliedstaat in einem Klima gegenseitigen Vertrauens geführt werden. Zweitens werde in dem Bericht auf mögliche Unionsrechtsverstöße Bezug genommen, weshalb dessen Veröffentlichung erforderlich werdende rechtliche Schritte vereiteln könnte. Darüber hinaus könne die Bekanntmachung der Unterlagen den Schutz von Geschäftsgeheimnissen beeinträchtigen, da der Bericht Angaben über namentlich genannte Betriebe enthält. Gegen diese Entscheidung erhob *Denkavit* Klage beim EuG, worin eine Verletzung des Beschlusses 94/90 durch die Heranziehung der Ausnahme zum Schutz des öffentlichen Interesses sowie des ehemaligen Art 253 EGV geltend gemacht wurde.⁶⁶⁰

b. Entscheidung des EuG

Das Gericht erster Instanz führte hierzu aus, dass der durch Beschluss 94/90 angenommene Verhaltenskodex der Kommission grundlegend zwei Gruppen von Ausnahmen vom Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu den Dokumenten der Organe vorsieht. Die erste Gruppe umfasst zwingende Ausnahmen, welche darauf abzielen Interessen Dritter oder der Allgemeinheit zu schützen. Zweitere ist hingegen fakultativ, bezieht sich auf die internen Beratungen des Organes und kann sich nur auf dessen Interessen auswirken. Die Kommission kann sich bei einer Versagung des Zugangs zugleich auf eine Ausnahme der ersten und eine Ausnahme der zweiten Gruppe stützen.⁶⁶¹ Gleichzeitig kann sie sich zugleich auf mehrere zwingende Ausnahmen berufen, da nicht auszuschließen ist, dass die Verbreitung bestimmter Dokumente sowohl das öffentliche Interesse als auch Interessen Dritter beeinträchtigt. Im gegenständlichen Fall wurden gleichzeitig zwei zwingende Ausnahmen herangezogen. Eine zum Schutz des öffentlichen Interesses und die zweite zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses. Da der Antrag auf Zugang zu nur einem Dokument abzielt, ist

⁶⁶⁰ EuG, 13.09.2000, Rs T-20/99, *Denkavit Nederland*, Slg 2000, II-3011 Rn 5-23.

⁶⁶¹ EuG, 17.06.1998, Rs T-174/95, *Svenska Journalistförbundet*, Slg 1998, II-2289 Rn 114; EuG, 05.03.1997, Rs T-105/95, *WWF UK*, Slg 1997, II-313 Rn 61.

zu prüfen, ob die Kommission berechtigt war, die Ablehnung auf eine dieser zwingenden Ausnahmen zu stützen, da jede Ausnahme an sich einen ausreichenden Ablehnungsgrund darstellt.

Zu jenen Ausnahmen, die vom Schutz des öffentlichen Interesses erfasst werden, gehören ebenso Dokumente, die Inspektionsunterlagen betreffen. Der Inspektionsbericht betraf eine solche Tätigkeit. Dennoch reicht der bloße Umstand, dass das Dokument eine Inspektionstätigkeit betrifft, nicht aus, um die Heranziehung der Ausnahme zum Schutz des öffentlichen Interesses zu rechtfertigen, da diese eng auszulegen sind. Diesbezüglich ist daher zu prüfen, ob ein Ermessensfehler der Kommission vorliegt, als sie die Ansicht vertrat, die Veröffentlichung des Berichts könnte den Schutz des öffentlichen Interesses beeinträchtigen. Maßgeblich ist dabei der Umstand, dass das den Inspektionstätigkeiten zugrunde liegende Verfahren, mit dem sich die Kommission vergewissern wollte, ob veterinärmedizinische Vorschriften eingehalten werden, zum Zeitpunkt des Antrages auf Zugang, noch nicht beendet war. Vielmehr wurde noch nach Antragstellung eine Entscheidung über die Gewährung von Finanzhilfen erlassen. Daher ist die Kommission zur Annahme berechtigt, dass die Fortsetzung der Inspektionstätigkeit es erfordere, den Zugang zum betreffenden Bericht zu verwehren, um einen störungsfreien Verfahrensablauf und das nötige Klima des Vertrauens aufrechtzuerhalten.⁶⁶²

c. Zwei Gruppen von Ausnahmen

In der Entscheidung kam es vor allem zu einer Konkretisierung der zwei Gruppen von Ausnahmen vom Zugang zu im Besitz der Unionsorgane befindlichen Dokumenten. Ihren Ausgang nahm diese Argumentationslinie schon in der Rs *WWF UK*.⁶⁶³ So wurde klargestellt, dass die erste Gruppe Ausnahmen mit zwingendem Charakter enthält, welche Interessen der Allgemeinheit oder Dritter schützen. Die zweite Gruppe umfasst fakultative Ausnahmen, welche sich auf interne Beratungen beziehen und sich so auf Interessen der Organe auswirken können. Des Weiteren erfolgte – wenig überraschend – die Klarstellung, dass Unionsorgane die Verweigerung des Zugangs zugleich auf eine Ausnahme der ersten und eine Ausnahme der zweiten Gruppe stützen

⁶⁶² EuG, 13.09.2000, Rs T-20/99, *Denkavit Nederland*, Slg 2000, II-3011 Rn 39-49.

⁶⁶³ EuG, 05.03.1997, Rs T-105/95, *WWF UK*, Slg 1997, II-313.

können, da ihnen der Verhaltenskodex dies nicht untersagt.⁶⁶⁴ Ist eine Ausnahme vom Zugangsrecht erfüllt, bedarf es keiner weiteren Prüfung mehr, ob weitere Ausnahmen erfüllt wären. Im vorliegenden Fall wurde daher nur die Ausnahme vom Schutz des öffentlichen Interesses durch Inspektionstätigkeiten geprüft. Auf die Frage, ob ebenso die ferner herangezogene Ausnahme zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses gerechtfertigt wäre, wurde damit nicht eingegangen.

3. Die Rechtssache *British American Tobacco*

Mit der Rs *British American Tobacco*⁶⁶⁵ folgte in einem Abstand von weniger als zwei Jahren schon das dritte richtungsweisende Urteil zum Einsichtsrecht in, im Besitz der EU-Organe befindliche, Dokumente. Nachdem die Gruppe der zwingenden Ausnahmen vom Recht auf Zugang durch die Rechtsprechung eingehend behandelt wurde, nahm sich das Gericht erster Instanz nun der zweiten Gruppe – den fakultativen Ausnahmen – an und legte dar, wie die Interessensabwägung der Organe zur Wahrung des eingeräumten Ermessens ausgestaltet zu sein hat.

a. Sachverhalt

British American Tobacco (Investments) Ltd, welche im gegenständlichen Verfahren als Klägerin auftritt und zum zweitgrößten privatwirtschaftlichen Tabakunternehmen der Welt, dem *British American Tobacco*-Konzern, gehört, führte zum fraglichen Zeitpunkt expandierten Tabak vom Vereinigten Königreich in andere europäische Mitgliedstaaten aus. *British American Tobacco* erfuhr im Jahr 1998 über Behörden des Vereinigten Königreichs von Sitzungsprotokollen des Verbrauchsteuerausschusses der Kommission. Der Ausschuss hatte den Willen geäußert, expandierten Tabak hinsichtlich seiner Besteuerung dem Rauchtabak iSd Art 5 Nr 1 Richtlinie 95/59⁶⁶⁶ gleichzustellen und somit einer Verbrauchssteuer gemäß Richtlinie 92/12⁶⁶⁷ zu unterwerfen. Daraufhin beantragte *British American Tobacco* bei der Kommission die Frage der steuerlichen

⁶⁶⁴ EuG, 13.09.2000, Rs T-20/99, *Denkavit Nederland*, Slg 2000, II-3011 Rn 39; EuG, 05.03.1997, Rs T-105/95, *WWF UK*, Slg 1997, II-313 Rn 60 f.

⁶⁶⁵ EuGH, 10.10.2001, Rs T-111/00, *British American Tobacco*, Slg 2001, II-2997.

⁶⁶⁶ Richtlinie 95/59/EG des Rates vom 27.11.1995 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer, ABI 1995 L 291, 40.

⁶⁶⁷ Richtlinie 92/12/EWG des Rates vom 25.02.1992 über das allgemeine System, den Besitz, die Beförderung und die Kontrolle verbrauchsteuerpflichtiger Waren, ABI 1992 L 76, 1.

Regelung für expandierten Tabak erneut zu prüfen und in entgegengesetzter Richtung zu entscheiden. Die Kommission warf die Frage der Besteuerung erneut auf, die abermalige Erörterung wurde von den Mitgliedern des Ausschusses jedoch abgelehnt und die Position, expandierten Tabak künftig als verbrauchssteuerpflichtige Ware behandeln zu wollen, bestätigt. Um zu sehen, was genau in der Sitzung geschehen war, beantragte *British American Tobacco* im Jänner 2000 bei der Kommission Zugang zu jenen Teilen der Sitzungsprotokolle, welche sich auf die gegenständliche Tabakbesteuerung beziehen. Der Antrag wurde von der Kommission mit der Begründung, dass die Veröffentlichung der fraglichen Dokumente den Schutz der Vertraulichkeit jener juristischen Personen, die die Informationen zur Verfügung gestellt hatten, beeinträchtigen könnte. Im Anschluss reichte *British American Tobacco* einen Zweitantrag gemäß Art 2 Nr 2 des Beschlusses 94/90⁶⁶⁸ ein. Dieser wurde mit der zusätzlichen Begründung, dass der Zugang den Schutz des Interesses des Organs an der Geheimhaltung seiner Beratungen beeinträchtigen könnte, verweigert. *British American Tobacco* erhob darauf Klage auf Nichtigkeitsklärung des Kommissionsentscheids beim EuG. Während des mündlichen Verfahrens gab die Kommission teilweise nach und gab bekannt, Einsicht in die nicht vertrauliche Fassung der Protokolle zu geben. Sohin richtete sich die zu entscheidende Frage nur noch danach, ob die Kommission berechtigt war, den Zugang teilweise zu verwehren. Als Begründung hierzu wurde insbesondere ausgeführt, dass geheim gehalten werde, welche Vertretung der Mitgliedstaaten welche Auffassung in den Sitzungen hatte.⁶⁶⁹

b. Entscheidung des EuG

Das EuG wiederholte zu Beginn den in der Rs *Denkavit* begründeten Grundsatz, wonach der Verhaltenskodex des Beschlusses 94/90 zwingende und fakultative Ausnahmen vom Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu den Dokumenten der Kommission vorsieht.⁶⁷⁰ Im gegenständlichen Fall erfolgte die Entscheidung der Kommission ausschließlich auf Grundlage der fakultativen Ausnahme, um den Schutz des Organs hinsichtlich der Geheimhaltung der Beratungen zu gewährleisten. Einzig der Umstand, dass die Dokumente auf Beratungsgespräche Bezug nehmen, reicht jedoch nicht aus, um die

⁶⁶⁸ Beschluss (EGKS, EG, Euratom) Nr 94/90 der Kommission vom 08.02.1994 über den Zugang der Öffentlichkeit zu den der Kommission vorliegenden Dokumenten, ABI 1994 L 46, 58.

⁶⁶⁹ EuGH, 10.10.2001, Rs T-111/00, *British American Tobacco*, Slg 2001, II-2997 Rn 6-25.

⁶⁷⁰ EuG, 13.09.2000, Rs T-20/99, *Denkavit Nederland*, Slg 2000, II-3011 Rn 39.

Einsicht verweigern zu können. Denn wie schon in der Rs *Van der Wal*⁶⁷¹ postuliert wurde, sind Ausnahmen vom Recht auf Zugang stets eng auszulegen.

Dennoch ist der Kommission bei dessen Auslegung ein Ermessensspielraum einzuräumen, bei dem sie das tatsächliche Interesse des Bürgers am Zugang gegen ihr etwaiges Interesse an der Geheimhaltung abzuwägen hat. Die Rolle des Gerichtes liegt somit darin, zu prüfen, ob die Interessen derartig abgewogen sowie ob dabei Grenzen überschritten wurden. Grundlegend kann jedermann und ohne Angabe von Gründen Einsicht in, im Besitz der Organe befindliche, Dokumente verlangen. Enthält der Antrag jedoch keine persönlichen Gründe, so kann dem betroffenen Organ nicht vorgeworfen werden, dass es bei der Interessensabwägung keine besonderen Interessen des Antragstellers würdigt, da es in diesem Fall keine Kenntnis davon hat. Im gegenständlichen Sachverhalt wurden die Ziele, die *British American Tobacco* durch die Einsichtnahme verfolgte, bei der Antragstellung dargelegt und lagen darin, von den im Ausschuss abgegebenen Stellungnahmen zu erfahren. Ein besonderes Interesse der Klägerin an der Einsichtnahme war sohin gegeben und bei der Abwägung zu berücksichtigen. Das bloße Argument, den Dokumentenzugang mit der Begründung zu verwehren, dass diese Stellungnahmen der Vertreter der Mitgliedstaaten enthalten, erfüllt jedoch nicht die Verpflichtung der Interessensabwägung. Darüber hinaus wurden von *British American Tobacco* Protokolle beantragt, welche Beratungen betrafen, die zum Zeitpunkt der Einrichtung des Antrages bereits abgeschlossen waren. Daher kann die Bekanntgabe der Identität der Vertreter der Mitgliedstaaten nicht mehr deren Stellungnahme beeinflussen. Aus diesem Grund lässt sich, unter echter Abwägung widerstreitender Interessen, nicht die Annahme eines Interesses der Kommission zur Wahrung des Beratungsgeheimnisses rechtfertigen. Sohin liegt ein Ermessensfehlgebrauch vor und die Entscheidung der Kommission, den Zugang zu verwehren, wurde für nichtig erklärt.⁶⁷²

c. Ermessensspielraum beim Dokumentenzugang

Das gegenständliche Urteil des EuG bekräftigt abermals den Grundsatz, wonach Ausnahmen vom Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu, im Besitz der Unionsorgane

⁶⁷¹ EuGH, 11.01.2000, verb Rs C-174/98 P und C-189/98 P, *Van der Wal*, Slg 2000, I-1 Rn 27.

⁶⁷² EuGH, 10.10.2001, Rs T-111/00, *British American Tobacco*, Slg 2001, II-2997 Rn 26-58.

befindlichen, Dokumenten grundsätzlich eng auszulegen sowie anzuwenden sind. Ferner ebenso die Unterteilung der Ausnahmen in zwei Gruppen. Dabei ist bei Vorliegen einer der fakultativen Ausnahmen, wie der Ausdruck „fakultativ“ bereits nahelegt, dem jeweiligen Unionsorgan ein Ermessensspielraum zu gewähren. Bei dessen Ausübung hat das jeweilige Organ das tatsächliche Interesse des Bürgers am Zugang zu diesen Dokumenten gegen ihr etwaiges Interesse an der Geheimhaltung abzuwägen. Pauschale Versagungen der Einsicht, wie sie im gegenständlichen Fall durch die grundsätzliche Verweigerung wegen der in den Dokumenten enthaltenen Stellungnahmen der Vertreter der Mitgliedstaaten vorlag, stellen jedoch keine derartig geforderte Interessensabwägung, sondern vielmehr einen Fehlgebrauch, dar.

4. Die Rechtssache *Kuijer*

Bis zum Kasus *Kuijer*⁶⁷³ hat die Rechtsprechung immer wieder einzelne Teilaspekte der Prüfung, ob die Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten der Unionsorgane von den Ausnahmen zum Schutz des öffentlichen Interesses oder des Interesses des Organes erfasst ist, behandelt. In diesem Judikat legte das EuG jedoch ein vollständiges Schema vor, welches vom Organ zu prüfen ist, wenn dieses Bedenken über den Zugang zu den beantragten Unterlagen hat. Dabei fällt die Entscheidung nicht ganz iSd Unionsorgane aus, da das Gericht diesen damit einen erheblichen Verwaltungsaufwand aufbürdet.

a. Sachverhalt

Aldo Kuijer lehrte und forschte zum gegenständlichen Zeitpunkt an einer Hochschule auf dem Gebiet des Asyl- und Einwanderungsrechts. Er beantragte beim Generalsekretär des Rates Zugang zu Unterlagen, welche im Zusammenhang mit dem Informations-, Reflexions und Austauschzentrum für Asylfragen⁶⁷⁴ standen. Es handelte sich dabei um Berichte, die vom CIREA oder in Zusammenarbeit mit *Kuijer* erstellt worden waren sowie um Berichte über, von Mitgliedstaaten in Drittländern durchgeführte, Informationsreisen. Des Weiteren beantragte er eine vom CIREA oder in Zusammenarbeit mit ihm erstellte Liste der mit Asylanträgen befassten Kontaktpersonen. Der Generalsekretär teilte ihm

⁶⁷³ EuG, 07.02.2002, Rs T-211/00, *Kuijer II*, Slg 2002, II-485.

⁶⁷⁴ Nachfolgend: „CIREA“.

mit, dass der Zugang zu den CIREA-Berichten sowie zu der Liste der Kontaktpersonen gemäß Art 4 Abs 1 des Beschlusses 93/731⁶⁷⁵ zu verweigern sei, da die Verbreitung der Liste den Schutz Einzelner und ihrer Privatsphäre gefährden könne. Von *Kuijer* für das CIREA erstellte Berichte gäbe es hingegen gar nicht. *Kuijer* stellte darauf einen Zweitantrag und legte darin Gründe dar, warum er annahm, dass die Antwort, solche Berichte gäbe es nicht, falsch sei. Ebenso wandte er sich gegen die Verweigerung des Zugangs zu der Liste der Kontaktpersonen. Der Rat lehnte auch diesen Antrag ab. Hierzu prüfte der Rat jedes Dokument und kam zu dem Schluss, dass diese Unterlagen sensible Daten über die politische, wirtschaftliche und soziale Lage in den betreffenden Ländern enthalten, welche von den jeweiligen Missionschefs stammen. Daher sei die Veröffentlichung dieser Informationen dazu geeignet, den Beziehungen der EU zu den jeweiligen Ländern zu schaden. Der Zugang wurde somit zum Schutz des öffentlichen Interesses, im Speziellen der internationalen Beziehungen, verweigert. Hinsichtlich der Liste der Kontaktpersonen teilte der Generalsekretär mit, dass eine solche nicht in den Dokumenten gefunden werden konnte.

Einige Wochen später wurde *Kuijer* mitgeteilt, dass ihm durch Nachforschungen nun Zugang zu zehn Berichten der dänischen Behörden gewährt werde. Ferner wurde gleichzeitig der Zugang zu vier weiteren, für das CIREA erstellten, Berichten verwehrt, da die Veröffentlichung bilaterale Beziehungen gefährden könnte. Gegen den Ratsentscheid erhob *Kuijer* Nichtigkeitsklage beim EuG. Dennoch übermittelte das Generalsekretariat fünf Monate später eine neue Antwort auf den Zweitantrag. Darin teilte der Rat mit, dass es doch eine Liste mit Kontaktpersonen in einem CIREA-Dokument gäbe, der Zugang dazu werde jedoch verwehrt, da die Verbreitung das öffentliche Interesse am Funktionieren des Informationsaustausches und an der Koordinierung zwischen den Mitgliedstaaten hinsichtlich des Asylrechts beeinträchtigen würde. Denn die Offenlegung sei Sache der Mitgliedstaaten und diese hätten sich teilweise dagegen ausgesprochen. Am 06.04.2000 erging in der Rs *Kuijer* das erste Urteil des EuG, worin die Entscheidung des Rates für nichtig erklärt wurde.⁶⁷⁶ Die Begründung lag darin, dass der Ratsentscheid nicht die Begründungserfordernisse des ehemaligen Art 253 EGV erfüllt und zum anderen hat der Rat die Ausnahme des öffentlichen Interesses in unverhältnismäßiger Weise angewandt, indem er den Zugang auch zu jenen Dokumententeilen abgelehnt hat, die von der Ausnahme nicht gedeckt

⁶⁷⁵ Beschluss (EG) Nr 93/731 des Rates vom 20.12.1993 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Ratsdokumenten, ABI 1993 L 340, 43.

⁶⁷⁶ EuG, 06.04.2000, Rs T-188/98, *Kuijer I*, Slg 2000, II-1959.

waren. Fußend auf diesem Urteil des EuG erließ der Rat eine neuerliche Entscheidung. Im Wesentlichen wiederholte der Rat jedoch seine Begründung zur Verweigerung des Zugangs und legte dar, dass die Berichte gemeinsame Merkmale aufweisen, die es rechtfertigen sie einheitlich zu behandeln. Die fraglichen Dokumente wurden hierzu einer knappen Prüfung unterzogen. *Kuijer* erhob dagegen abermals Klage und beantragte Zugang zu den CIREA-Berichten sowie zur Liste der Kontaktpersonen ohne deren Telefon- und Faxnummern.⁶⁷⁷

b. Entscheidung des EuG

Das Gericht führte in seinem Urteil aus, dass der Rat bei Entscheidungen über den Zugang zu Dokumenten ein Ermessen im Rahmen seiner politischen Verantwortung, welche ihm die Verträge zuweisen, ausübt. Die Kontrolle des Gerichtes hat sich somit auf die Prüfung zu beschränken, ob die Verfahrensregeln und Bestimmungen über die Begründung eingehalten wurden, der Sachverhalt zutrifft, bei der Tatsachenwürdigung kein offensichtlicher Fehler unterlaufen ist und kein Ermessensmissbrauch vorliegt. Das EuG stellte hierzu genau die Voraussetzungen dar, unter denen der Zugang der Öffentlichkeit verweigert werden kann. Erstens erfolgte vorweg die Klarstellung, dass der Zugang der Öffentlichkeit zu den, im Besitz der Organe befindlichen, Dokumenten den Grundsatz darstellt und die Ablehnung die Ausnahme. Darüber hinaus ist eine Ablehnung nur rechtsgültig, wenn sie auf einer der Ausnahmen des Art 4 des Beschlusses 93/731 beruht. Um den Grundsatz des Zugangs nicht zu beeinträchtigen, sind die Ausnahmen nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen. Selbiges gilt für den Beschluss 94/90⁶⁷⁸ für den Zugang zu Dokumenten der Kommission. Zweitens hat der Rat jedes Dokument, zu dem Zugang beantragt wurde, zu prüfen, ob dessen Offenlegung tatsächlich geeignet ist, eine der Ausnahmen zum Schutz des öffentlichen Interesses zu verletzen. Ausnahmen sind nur dann anzuwenden, wenn die Beeinträchtigung des Interesses absehbar und nicht rein hypothetisch ist. Im dritten Schritt ist Art 4 Abs 1 des Beschlusses 93/731 unter Berücksichtigung der Grundsätze des Rechts auf Information und der Verhältnismäßigkeit auszulegen. Aus diesem Grund hat der Rat zu prüfen, ob nicht ein teilweiser Zugang zu gewähren ist, da dieser möglicherweise nicht von den Ausnahmen gedeckt ist. Eine Befreiung von der

⁶⁷⁷ EuG, 07.02.2002, Rs T-211/00, *Kuijer II*, Slg 2002, II-485 Rn 9-27.

⁶⁷⁸ Beschluss (EGKS, EG, Euratom) Nr 94/90 der Kommission vom 08.02.1994 über den Zugang der Öffentlichkeit zu den der Kommission vorliegenden Dokumenten, ABI 1994 L 46, 58.

Verpflichtung teilweisen Zugang zu gewähren, kommt jedoch in Betracht, wenn die Unkenntlichmachung der nicht verbreitbaren Stellen die Verwaltung in vernünftigerweise nicht mehr vertretbarem Maße belasten würde.⁶⁷⁹

Bezogen auf den gegenständlichen Fall führte das Gericht aus, dass bestimmte Dokumente, wie beispielsweise Berichte mit sensiblen militärischen Daten, gemeinsame Merkmale aufweisen können, die erlauben, eine Verbreitung abzulehnen. Der bloße Umstand, dass Unterlagen negative Informationen oder Aussagen über die politische Lage oder den Schutz der Menschenrechte in einem Drittland enthalten, reicht jedoch – abstrakt betrachtet – nicht aus, um einen Antrag auf Zugang abzulehnen. Vielmehr müsste die Verweigerung auf einer Inhaltsanalyse jedes einzelnen Berichtes beruhen, die den Schluss zulässt, dass die Verbreitung eine Gefahr des öffentlichen Interesses darstellt. Die Inhalte der gegenständlichen Berichte betreffen die Beziehungen der EU mit den jeweiligen Ländern weder mittelbar noch unmittelbar. Die darin enthaltenen Informationen über die politische Lage und den Menschenrechtsschutz sind ferner bereits öffentlich zugänglich, weshalb dem Rat bei der Verweigerung des Zugangs ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist. Im öffentlichen Interesse zu rechtfertigen ist allerdings, dass bestimmte Passagen, in denen Personen genannt werden, vertraulich behandelt werden. Doch selbst in diesem Fall ist eine vollständige Verweigerung des Zugangs zum betreffenden Dokument unzulässig. Der teilweise Zugang zu den nicht unter die Ausnahmen fallenden Stellen wahrt die Grundsätze der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit. Ferner hat der Rat hinsichtlich der Liste der Kontaktdaten einen Rechtsfehler begangen. Denn hierbei hätte er Zugang zu jenen Informationen gewähren müssen, die ebenso durch die jeweiligen Mitgliedstaaten zugänglich sind, um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren. Der Ratsentscheid war sohin für nichtig zu erklären.⁶⁸⁰

c. Drei-Stufen-Schema für Ausnahmen

Die *Kuijer*-Entscheidung hat die Rechtssicherheit von Antragstellern und Organen hinsichtlich des Zugangs zu Unterlagen wesentlich gestärkt. Denn erstmals wurde vom Gericht ein genaues Schema dargelegt, welches bei einer Verweigerung der Einsicht zu

⁶⁷⁹ EuG, 07.02.2002, Rs T-211/00, *Kuijer II*, Slg 2002, II-485 Rn 54-57.

⁶⁸⁰ EuG, 07.02.2002, Rs T-211/00, *Kuijer II*, Slg 2002, II-485 Rn 58-75.

durchlaufen ist. Demnach ist auf der ersten Stufe sicherzustellen, dass die Ablehnung von einer der eng auszulegenden Ausnahmen jenes Beschlusses, welcher den Dokumentenzugang zum jeweiligen Organ regelt, umfasst ist. Stufe zwei sieht eine Einzelprüfung jedes beantragten Dokumentes, ob es tatsächlich geeignet ist, eine der Ausnahmen zum Schutz des öffentlichen Interesses zu verletzen, vor, da eine pauschale Zugangsverweigerung bestimmter Dokumententypen nicht zulässig sind. Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist auf der dritten Stufe zu prüfen, ob nicht zumindest ein teilweiser Zugang ermöglicht werden muss. Die hierzu erforderliche Analyse aller beantragten Dokumente obliegt jedoch dem Organ, nicht dem Gericht.

I. Die Rechtssache Lombard Club

Eine direkt das Einsichtsrecht in Akten eines Kartellverfahrens bei der Kommission betreffende Entscheidung folgte im Jahr 2005 mit der Rs *Österreichische Banken*. Der in diesem Fall maßgebliche Unternehmenszusammenschluss, der sogenannte „*Lombard Club*“, wurde von der *Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG*, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG*, *Bank Austria AG*, *BAWAG AG*, *Österreichische Postsparkasse AG*, *Österreichische Volksbanken AG*, *Niederösterreichische Landesbank-Hypothekenbank AG* und der *Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG* gebildet.

1. Vorgeschichte

Zur Vorgeschichte sei auszuführen, dass die Kommission am 11.06.2002 gegen besagte Institute eine hohe Geldbuße wegen Zuwiderhandlungen gegen Art 101 AEUV verhängt hatte.⁶⁸¹ Hierzu kam es, da die österreichische Staatsanwaltschaft sowie politische Parteien von einem ehemaligen Vorstandsmitglied einer Bank Dokumente mit Vermerken über Maßnahmen zur Ertragsverbesserung der beteiligten Banken übersandt bekommen hatten. Die Kommission gelangte in Kenntnis dieser Unterlagen und es folgte eine Beschwerde einer politischen Partei wegen des Verdachts wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen gegen acht Banken. Darauf führte die Kommission Hausdurchsuchungen in den Geschäftsräumlichkeiten der belasteten

⁶⁸¹ Kommission, 11.06.2002, COMP/36.571/D-1, *Österreichische Banken*, ABI 2004 L 56, 1.

Institute durch und fand umfangreiche Beweise. So konnte letztlich nachgewiesen werden, dass sich leitende Vertreter des *Lombard Clubs* nahezu monatlich trafen und dabei die Änderung von Zinssätzen, Konditionen und Wettbewerbsmaßnahmen besprachen. Ferner gab es eine Vielzahl an Gesprächsrunden, welche nahezu den gesamten österreichischen Bankenmarkt abdeckten und so ein enges Geflecht regelmäßiger und umfassender Abstimmungen und Absprachen darstellten. All dies hatte zum Zweck die Ertragslage der Banken zu Lasten der Konsumenten zu verbessern.⁶⁸² Die Kreditinstitute wurden sohin zu Bußgeldern in Millionenhöhe verurteilt.⁶⁸³ Doch damit war der Fall noch nicht abgeschlossen, denn nun wurden auf dem Zivilrechtsweg Schadenersatzansprüche geltend gemacht.⁶⁸⁴ Währenddessen ergriffen die Banken gegen die Bußgeldentscheidung der Kommission Rechtsmittel. Dieses Verfahren war während der nun behandelten Entscheidung noch nicht abgeschlossen. Letztlich unterlagen die Kreditinstitute im Wesentlichen vor dem EuG.⁶⁸⁵

2. Sachverhalt

Der österreichische *Verein für Konsumenteninformation*⁶⁸⁶, dem Verbraucher Ansprüche zu deren zivilrechtlichen Geltendmachung abgetreten hatten, führte sohin mehrere Zivilprozesse vor österreichischen Gerichten. Hierbei wurde insbesondere geltend gemacht, dass die *BAWAG* ihren Kunden durch unkorrekte Zinsanpassungen jahrelang überhöhte Zinsen verrechnet hatte. Im Juni 2002 beantragte der VKI bei der Kommission Einsicht in die Akte des *Lombard Clubs*. Der Antrag stützte sich im Wesentlichen darauf, dass die Informationen wichtige, wenn nicht sogar unverzichtbare, Grundlage seien, um konkrete Prozessbehauptungen im Schadenersatzverfahren aufstellen zu können. Die Kommission forderte in ihrem Antwortschreiben den VKI auf, den Antrag insbesondere auf dessen rechtliche Grundlage zu präzisieren. Dieser erwiderte, dass sich der Antrag in erster Linie auf Art 15 AEUV, VO 1049/2001⁶⁸⁷ sowie Art 42 der Charta der Grundrechte stütze und wies später darauf hin, dass sich der VKI verpflichten würde, die durch Einsicht erlangten Informationen nur für den gegenständlichen Prozess gegen die

⁶⁸² Kommission, 11.06.2002, COMP/36.571/D-1, *Österreichische Banken*, ABI 2004 L 56, 1 Rn 13-83.

⁶⁸³ Kommission, 11.06.2002, COMP/36.571/D-1, *Österreichische Banken*, ABI 2004 L 56, 1 Rn 560.

⁶⁸⁴ *Gehmacher/Hauck/Madl*, Schadenersatz bei Kartellrechtsverstoß – Zur Lombard-Club Entscheidung der Kommission, *ecolex* 2002, 564 (564).

⁶⁸⁵ EuG, 14.12.2006, verb Rs T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02, *Lombard Club II*, Slg 2006, II-5169.

⁶⁸⁶ Nachfolgend: „VKI“.

⁶⁸⁷ VO (EG) Nr 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABI 2001 L 145, 43.

BAWAG zu verwenden. Dennoch lehnte die Kommission, gestützt auf VO 1049/2001, den Antrag in vollem Umfang ab. Der VKI stellte in Folge einen Zweitantrag und wies darauf hin, dass es ihm nicht um die internen Dokumente der Kommission gehe. Auf diesen folgte ebenfalls eine ablehnende Entscheidung mit fünf Begründungen. So führte die Kommission aus, dass die *Lombard Club*-Akte, mit Ausnahme der internen Dokumente, mehr als 47.000 Seiten umfasse, welche in elf Kategorien unterteilt seien. Ferner legte sie dar, warum jede einzelne Kategorie unter eine oder mehrere Ausnahmen der VO 1049/2001, insbesondere zum Schutz des Zweckes von Inspektionstätigkeiten, falle. Zusätzlich wurde angeführt, dass der VKI für jene Ausnahmen, bei denen eine Interessensabwägung stattzufinden hat, kein überwiegendes öffentliches Interesse geltend gemacht habe, welches die Einsicht rechtfertigen würde. Der teilweise Zugang zu der Akte sei ebenso nicht möglich, da die hierfür erforderliche Prüfung eine unangemessene und unverhältnismäßige Arbeitslast verursache. Abschließend wurde angemerkt, dass eine Konsultation Dritter hinsichtlich der Veröffentlichung gemäß Art 4 Abs 4 VO 1049/2001 nicht notwendig sei, da klar sei, dass die Dokumente nicht verbreitet werden dürfen.⁶⁸⁸ Gegen diesen Entscheid erhob der VKI Nichtigkeitsklage beim EuG.

3. Entscheidung des EuG

Das Gericht wiederholte zu Beginn die schon aufgestellten Grundsätze, wonach die zur Bearbeitung eines Antrages auf Dokumentenzugang erforderliche Prüfung konkret sein muss. Der Umstand, dass ein Dokument ein durch eine Ausnahme geschütztes Interesse betrifft, reicht alleine nicht aus um die Ausnahme zu begründen.⁶⁸⁹ Zu rechtfertigen ist eine Ausnahme nur dann, wenn zuvor geprüft wurde, ob der Zugang tatsächlich und konkret in den Ausnahmeregelungen Deckung findende Interessen verletzen würde und, im Falle fakultativer Ausnahmen, kein höherrangiges öffentliches Interesse besteht, welches die Einsicht begründet. Ferner hat die Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses absehbar und nicht nur hypothetisch zu sein.⁶⁹⁰ Daher hat die Prüfung, welche vom Organ durchzuführen ist, stets konkret zu sein und aus der Entscheidungsbegründung hervorzugehen.⁶⁹¹ Diese konkrete und individuelle Prüfung

⁶⁸⁸ EuG, 13.04.2005, Rs T-2/03, *Lombard Club I*, Slg 2005, II-1121 Rn 6-22.

⁶⁸⁹ EuG, 13.09.2000, Rs T-20/99, *Denkavit Nederland*, Slg 2000, II-3011 Rn 45.

⁶⁹⁰ EuG, 07.02.2002, Rs T-211/00, *Kuijer II*, Slg 2002, II-485 Rn 56.

⁶⁹¹ EuG, 07.02.2002, Rs T-211/00, *Kuijer II*, Slg 2002, II-485 Rn 38.

hat wiederum für jedes angeforderte Dokument durchgeführt zu werden. Schon die Rechtsprechung zur Anwendung des Verhaltenskodex, welche durch die Beibehaltung des Konjunktivs in Art 4 Abs 1 bis 3 VO 1049/2001 auf diesen Beschluss übertragbar ist, bestätigt dies. Letztlich ermöglicht nämlich nur eine solche Prüfung dem Organ die Beurteilung, ob dem Antragsteller teilweiser Zugang nach Art 4 Abs 6 VO 1049/2001 gewährt werden kann. Entbehrlich kann jedoch eine solche Prüfung sein, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Falles offenkundig ist, dass der Zugang zu verweigern oder zu gewähren ist. Im gegenständlichen Fall hat die Kommission jedenfalls keine konkrete und individuelle Prüfung vorgenommen, um beurteilen zu können, ob zumindest teilweiser Zugang zu gewähren ist. Dies war jedenfalls nicht gerechtfertigt. Denn schon aus der angefochtenen Entscheidung der Kommission geht hervor, dass die geltend gemachten Ausnahmen nicht unbedingt die gesamte Akte, sondern möglicherweise nur bestimmte Abschnitte, betreffen.⁶⁹²

Hinsichtlich der Frage, ob eine Ausnahme der Prüfpflicht durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besteht, führte das EuG zunächst aus, dass sich nach Art 6 Abs 3 VO 1049/2001 das Organ in diesem Falle mit dem Antragsteller informell beraten kann, um eine angemessene Lösung zu finden. Hierbei kam es jedoch nicht zu einer solchen Übereinkunft. Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dürfen Handlungen der Unionsorgane nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet oder erforderlich ist. Stehen mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl, ist das am wenigsten belastende zu wählen. Des Weiteren haben die verursachten Nachteile im Verhältnis zu den angestrebten Zielen zu stehen⁶⁹³ und die Ausnahmen dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Zielerreichung angemessen und erforderlich ist.⁶⁹⁴ Im vorliegenden Fall würde die konkrete und individuelle Prüfung der Dokumente der Erreichung des, mit den Ausnahmen des Art 4 Abs 1 bis 3 VO 1049/2001 verfolgten, Zieles dienen. Die teilweise Ermöglichung der Einsicht stellt in Bezug auf das Zugangsrecht eine weniger belastende Maßnahme als die vollständige Verweigerung dar. Somit stellt die Weigerung eines Organes die Dokumente konkret und individuell zu prüfen einen offenkundigen Verstoß gegen diesen Grundsatz dar. Es besteht jedoch ebenso die Möglichkeit, dass ein Antragsteller Zugang zu einer offenkundig unangemessen großen Zahl von Dokumenten beantragt, sodass

⁶⁹² EuG, 13.04.2005, Rs T-2/03, *Lombard Club I*, Slg 2005, II-1121 Rn 65-97.

⁶⁹³ EuG, 27.09.2002, Rs T-211/02, *Tideland Signal*, Slg 2002, II-3781 Rn 39; EuGH, 05.05.1998, Rs C-157/96, *National Farmers*, Slg 1998, I-2211 Rn 60.

⁶⁹⁴ EuG, 19.07.1999, Rs T-14/98, *Hautala*, Slg 1999, II-2489 Rn 69 und 85; EuGH, 15.05.1986, Rs 222/84, *Johnston*, Slg 1986, 1651 Rn 38.

die Bearbeitung dieses Antrags die ordnungsgemäße Funktion des Organs erheblich beeinträchtigen könnte. In diesem Falle muss die Möglichkeit bestehen, dass das Organ die Bedeutung des Zugangs der Öffentlichkeit und die sich daraus ergebende Belastung gegeneinander abwägt. Diese Möglichkeit besteht jedoch nur ausnahmsweise, da die konkrete und individuelle Prüfung der Dokumente und der Zugang der Öffentlichkeit zu diesen wesentliche Pflichten der Organe darstellen. Ausnahmen von diesen Pflichten sind stets eng auszulegen und anzuwenden. Ferner stünde eine Befugnis der Kommission keine solche Prüfung vornehmen zu müssen, entgegen den Grundsätzen der ordentlichen Verwaltung. Kommt aus Sicht des Organs eine Ausnahme aufgrund der Unverhältnismäßigkeit des Arbeitsaufwandes in Betracht, trägt es die Beweislast für diesen Aufwand. Sodann hat es sich mit dem Antragsteller zu beraten, um eine weniger belastende Maßnahme treffen zu können. Von einer konkreten und individuellen Prüfung kann sohin nur abgesehen werden, wenn es alle anderen denkbaren Lösungen untersucht hat und diese ebenfalls zu unverhältnismäßigem Aufwand führen würden.⁶⁹⁵

Festzuhalten ist, dass die *Lombard Club*-Akte grundsätzlich ein außerordentlich umfangreiches Dokument darstellt, welches zahlreiche Informationen enthält, die hinsichtlich der Ausnahmen vom Zugangsrecht, insbesondere jener zum Schutz der Geschäftsinteressen der Banken, zu prüfen sind. Ferner sind Informationen Dritter enthalten, welche die Konsultation dieser erforderlich machen könnte. All dies sind Indizien, die für einen erheblichen Arbeitsaufwand sprechen. Jedoch hat die Kommission keine konkrete und individuelle Prüfung vorgenommen, wodurch diese nicht rechtmäßig zu dem Schluss kommen kann, dass alle Alternativen zur Beschränkung des Arbeitsaufwandes die Grenzen dessen überschritten hätten, was vernünftigerweise von ihr verlangt werden kann. Die schlichte Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten ist folglich rechtsfehlerhaft, wodurch die Entscheidung für nichtig zu erklären war.⁶⁹⁶

4. Konkrete und individuelle Prüfung erforderlich

Mit dem *Lombard Club*-Urteil wurde sohin klargestellt, dass die Unionsorgane grundsätzlich dazu verpflichtet sind, Anträge auf Akteneinsicht konkret und individuell zu prüfen. Hierbei hat nicht nur das Dokument als Ganzes, sondern vielmehr einzeln und

⁶⁹⁵ EuG, 13.04.2005, Rs T-2/03, *Lombard Club I*, Slg 2005, II-1121 Rn 98-115.

⁶⁹⁶ EuG, 13.04.2005, Rs T-2/03, *Lombard Club I*, Slg 2005, II-1121 Rn 116-131.

detailliert analysiert zu werden, ob Einsicht genommen werden darf oder nicht. Von der Prüfung abgesehen werden kann nur dann, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Falles offenkundig ist, ob der Zugang zu gewähren oder zu verweigern ist. Doch selbst wenn die Akte 47.000 Seiten umfasst, ist einzig der Umfang der Arbeit kein Grund einen, die ordnungsgemäße Funktion des Organs erheblich beeinträchtigenden, Arbeitsaufwand zu begründen. Sohin muss selbst in diesem Fall eine individuelle Prüfung zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stattfinden, da die teilweise Ermöglichung der Einsicht in Bezug auf das Zugangsrecht eine weniger belastende Maßnahme als die vollständige Verweigerung darstellt.⁶⁹⁷ Sucht der Antragsteller um eine unverhältnismäßig große Dokumentenzahl an, hat das Organ diesen zu konsultieren und nach einer weniger arbeitsaufwendigen Lösung zu suchen. Nur wenn die Bearbeitung der am wenigsten aufwändigen Alternative einen derartigen Arbeitsaufwand darstellen würde, dass sogar die ordnungsgemäße Funktion des Organs und ihrer Verwaltungstätigkeit erheblich beeinträchtigt wäre, könnte eine Abwägung erfolgen, ob das Interesse an der Funktion des Organs das der Öffentlichkeit am Zugang überwiegt.

Letztlich ist in der Entscheidung abermals zu erkennen, dass die europäischen Gerichte das Recht auf Zugang zu Dokumenten im Besitz der Unionsorgane als sehr umfassend ansehen und somit dazu tendieren, Kartellgeschädigten Zugang zu den Verfahrensakten der Kommission zu gewähren. Zur Haltung der Kommission äußert sich *Eilmansberger* kritisch.⁶⁹⁸ Denn einerseits vertritt die Kommission den Standpunkt, dass die zivilrechtliche Geltendmachung von Kartellverstößen einen wesentlichen Teil eines effektiven europäischen Wettbewerbssystems ausmacht. Andererseits steht die Verweigerung des Zugangs zu den in ihrem Besitz befindlichen Dokumenten entgegen der Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Schadenersatzklagen.

J. Die Rechtssache Energie Baden-Württemberg

Mit dem Fall *Energie Baden-Württemberg AG*⁶⁹⁹ folgte die nächste bedeutende Entscheidung des EuG über ein auf VO 1049/2001 gestütztes Recht auf Einsicht in, bei

⁶⁹⁷ *Nordmann*, Rechtswidrig durch Kommission verweigerter Akteneinsichtsanspruch – Lombard Club, EuZW 2005, 566 (574 ff).

⁶⁹⁸ *Eilmansberger*, Die Lombard-Club Entscheidung der Kommission, *ecolex* 2002, 560 (560 ff).

⁶⁹⁹ Nachfolgend: „EnBW“.

der Kommission aufliegende, Dokumente eines Kartellverfahrens. Die Kommission hatte zuvor gegen das sogenannte *Gasisolierte Schaltanlagen*-Kartell eine Geldbuße in Gesamthöhe von Euro 750 Mio verhängt.⁷⁰⁰ Die elf größten europäischen und japanischen Elektronik-Konzerne sprachen dabei auf dem Markt für elektronische Geräte, welche in Umspannwerken der Stromversorgung eingesetzt werden, von 1988 bis 2004 Preise ab und fingierten Angebote. Zur Aufdeckung verhalf die *ABB Ltd*, welche selbst Mitglied der wettbewerbswidrigen Absprachen war und das Kartell im Rahmen eines Kronzeugenprogramms freiwillig offenlegte. Im Gegenzug erhielt die *ABB* einen vollständigen Erlass des Bußgeldes, welches Euro 215 Mio betragen hätte. Gegen den Kommissionsentscheid wurde Rechtsmittel⁷⁰¹ vom Kartellführer, der *Siemens AG* ergriffen. Im Wesentlichen wurden die Geldstrafen jedoch letztlich vom EuGH bestätigt.⁷⁰²

1. Sachverhalt

Die Klägerin des gegenständlichen Verfahrens, die EnBW, ist ein Energieversorgungsunternehmen und als solches Abnehmerin des Kartells. So beantragte sie gemäß Art 2 Abs 1 VO 1049/2001 bei der Kommission Einsicht in alle und somit ebenso vom Kronzeugen vorgelegte Dokumente des *Gasisolierte Schaltanlagen*-Verfahrens. Nach Gesprächen mit der Kommission präzisierte die Klägerin ihren nunmehr eingereichten Zweitantrag dahin, dass sie den Zugang zu drei Dokumentenkategorien ausschließe. Davon umfasst sind alle Unterlagen, die sich ausschließlich auf die Struktur der beteiligten Unternehmen beziehen, solche, die ausschließlich die richtigen Adressaten der Entscheidung betreffen sowie jene in japanischer Sprache. Zur Prüfung des Antrages hatte die Kommission die Dokumente in die fünf Kategorien Kronzeugendokumente, Auskunftersuchen der Parteien, Ermittlungsunterlagen, Mitteilung der Beschwerdepunkte und interne Dokumente unterteilt. Die Kategorie der internen Dokumente wurde weiter in sachverhaltsbezogene und verfahrensbezogene Unterlagen gesplittet. Mit Verweis auf Art 4 Abs 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 für jede einzelne Kategorie und Art 4 Abs 3

⁷⁰⁰ Kommission, 24.01.2007, COMP/F/38.899, *Gasisolierte Schaltanlagen*, ABl 2008 C 5, 7.

⁷⁰¹ EuG, 03.03.2011, Rs T-110/07, *Gasisolierte Schaltanlagen*, Slg 2011, II-477.

⁷⁰² EuGH, 19.12.2013, verb Rs C-239/11 P, C-489/11 P und C-498/11 P, *Gasisolierte Schaltanlagen*, noch nicht in der amtl Slg; Pressemitteilung der Kommission vom 19.12.2013, Der Gerichtshof weist die das Kartell auf dem Markt für gasisolierte Schaltanlagen betreffenden Rechtsmittel von Siemens, Mitsubishi und Toshiba zurück, CJE/13/161.

VO 1049/2001 für sachverhaltsbezogene Dokumente lehnte die Kommission den Antrag auf Einsicht in vollem Umfang ab. Ferner führte sie aus, dass die ersten vier Kategorien unter die Ausnahme des Art 4 Abs 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 fielen und kein überwiegendes Interesse vorliege, welches den Zugang rechtfertigen würde. Im Hinblick auf die *Lombard-Club*-Entscheidung⁷⁰³ war vor allem brisant, dass wiederholt kein teilweiser Zugang gewährt wurde. EnBW legte dagegen Rechtsmittel ein, welches vom Königreich Schweden unterstützt wurde. Auf Seite der Beklagten standen als Streithelfer *Siemens* und *ABB* zur Verfügung. Letztere hatte insbesondere Interesse an der Geheimhaltung ihrer vorgelegten Kronzeugenunterlagen.⁷⁰⁴

2. Entscheidung des EuG

Das Gericht erster Instanz nahm zu Beginn dieser sehr umfangreichen Entscheidung Bezug auf die Pflicht zur konkreten und individuellen Prüfung des Inhalts der Dokumente und hielt fest, dass die Rechtsprechung, unter den im *Lombard Club*-Fall erörterten Bedingungen, Ausnahmen von dieser Prüfpflicht zugelassen hat. Klargestellt wurde sogleich, dass die Kommission jedoch nicht ohne konkrete Analyse jedes einzelnen Dokuments annehmen kann, dass bei allen beantragten Unterlagen eine offenkundige Ausnahme vorliegt. Sie durfte sohin nicht unter Berufung auf Art 4 Abs 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 von der konkreten und individuellen Prüfung absehen.⁷⁰⁵ Die Kommission stützte ihre Begründung ferner auf die in Rn 73 des *Lombard Club*-Urteils angeführte Prüfung nach Dokumentengruppen. Hierzu wurde insbesondere deutlich gemacht, dass diese Kategorien nach Maßgabe der darin enthaltenen Informationen definiert werden. Dennoch ist innerhalb dieser Kategorien zwischen Informationen zu unterscheiden, welche unter eine Ausnahme des Art 4 Abs 2 VO 1049/2001 fallen und solchen, die einen derartigen Schutz nicht erfordern. Da für die Unterscheidung eine Prüfung notwendig ist, muss die Einteilung in Dokumentenkategorien anhand von Kriterien erfolgen, die es der Kommission erlauben, auf alle Unterlagen der jeweiligen Kategorie eine gemeinsame Argumentation anzuwenden. Somit ist es notwendig, dass Dokumente derselben Kategorie, im Hinblick auf ihre Entscheidungsrelevanz, gemeinsame Merkmale aufweisen. Eine dem

⁷⁰³ EuG, 13.04.2005, Rs T-2/03, *Lombard Club I*, Slg 2005, II-1121.

⁷⁰⁴ EuG, 22.05.2012, Rs T-344/08, *EnBW*, noch nicht in der amtl Slg Rn 1-24.

⁷⁰⁵ EuG, 22.05.2012, Rs T-344/08, *EnBW*, noch nicht in der amtl Slg Rn 25-62.

entgegenstehende Aufteilung, wie dies im gegenständlichen Sachverhalt zum Großteil der Fall ist, wäre künstlich und unzweckmäßig.⁷⁰⁶

Hinsichtlich der geltend gemachten Ausnahme der Inspektions- und Untersuchungstätigkeiten führte das Gericht ferner aus, dass von Art 4 Abs 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 nicht die Untersuchungstätigkeit als solche, sondern deren Zweck der Aufdeckung und Ahndung von Kartellverstößen, geschützt werden soll. Solange dieser Zweck noch nicht erreicht wurde, kann, selbst wenn die konkrete Untersuchung abgeschlossen ist, der Zugang hierzu verwehrt werden.⁷⁰⁷ Bei Antragstellung lag die Entscheidung der Kommission über das *Gasisolierte-Schaltanlagen*-Kartell jedoch bereits 17 Monate zurück. Eine darauf gerichtete Untersuchungstätigkeit war somit nicht mehr gegeben, weshalb diese mit Erlass der endgültigen Entscheidung – ungeachtet einer späteren Nichtigerklärung – als abgeschlossen zu betrachten ist. Würde dem nicht so sein und die Ausnahme auch dann gelten, wenn das Verfahren vollständig abgeschlossen ist, sowie wenn eine Klage erhoben wurde, die möglicherweise eine Wiederaufnahme des Verfahrens bewirkt, läuft dies darauf hinaus, dass der Zugang zu Dokumenten von unvorhersehbaren Ereignissen abhängt. Dies steht wiederum entgegen dem Ziel der Öffentlichkeit den größtmöglichen Zugang zu Dokumenten der Unionsorgane zu gewährleisten. Darüber hinaus wurde klargestellt, dass ebenso durch bloßen Zeitablauf das berechtigte Interesse am Schutz von Informationen abnehmen kann. Dementsprechend kann an alten Geschäftsgeheimnissen nicht mehr dasselbe Geheimhaltungsinteresse angenommen werden, wie an jüngeren. Mit dieser Schlussfolgerung stellte das EuG fest, dass das Interesse von *Siemens* und *ABB* an der Nichtveröffentlichung der Unterlagen nicht zur Wahrung ihrer Wettbewerbsstellung, sondern vielmehr dem Schutz vor Schadenersatzklagen dient.⁷⁰⁸ Die Entscheidung der Kommission, der EnBW Zugang zur Verfahrensakte zu verwehren wurde sohin aus mehreren Gründen für nichtig erklärt.⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ EuG, 22.05.2012, Rs T-344/08, *EnBW*, noch nicht in der amtl Slg Rn 63-79.

⁷⁰⁷ EuG, 12.09.2007, Rs T-36/04, *API*, Slg 2007, II-3201 Rn 133; EuG, 06.07.2006, verb Rs T-391/03 und T-70/04, *Franchet* und *Byk*, Slg 2006, II-2023 Rn 110.

⁷⁰⁸ EuG, 22.05.2012, Rs T-344/08, *EnBW*, noch nicht in der amtl Slg Rn 80-169.

⁷⁰⁹ EuG, 22.05.2012, Rs T-344/08, *EnBW*, noch nicht in der amtl Slg Rn 171-178.

3. Ausflüchte der Kommission ändern nichts an der Rechtslage

Die EnBW-Entscheidung bringt zwar keine wesentlichen Neuerungen und wiederholt in weitläufigen Teilen des Urteils die Grundsätze des *Lombard Club*-Urteils. Dennoch ist deutlich erkennbar, dass die Kommission mit allen Mitteln versucht ihr vorliegende Dokumente aus Kartellverfahren geheim zu halten, da dies einer freiwilligen Offenlegung im Rahmen eines Kronzeugenprogramms abträglich sein könnte. Hierzu betont die Kommission immer wieder, dass sie bei der Erfüllung ihrer Aufgabe, der Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, wesentlich auf die freiwillige Kooperation mit Unternehmen angewiesen sei.⁷¹⁰ Dennoch erteilte das EuG dieser Kronzeugen-Argumentation eine klare Absage, indem betont wurde, dass Kronzeugenprogramme nicht das einzige Mittel sind, um die Einhaltung der Wettbewerbsregeln der Union zu gewährleisten. Darüber hinaus wurde ausgeführt, dass Schadenersatzklagen vor nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs beitragen. Doch bereits durch die *CDC Hydrogene Peroxide*-Entscheidung⁷¹¹ wurde klargestellt, dass die von der Kommission vorgeschlagene Auslegung über die Geheimhaltung von Kronzeugenunterlagen darauf hinauslaufen würde, ihr zu gestatten, alle Dokumente einer Wettbewerbsbehörde ohne zeitliche Beschränkung einzig durch den Verweis auf eine mögliche zukünftige Beeinträchtigung der Kronzeugenregelung der Anwendung der Transparenzverordnung zu entziehen. Ferner finden sich in dieser VO keine Anhaltspunkte dafür, die Wettbewerbspolitik der Union anders zu behandeln als andere Politiken der Union.⁷¹²

K. Die Rechtssache Pfeiderer

Der Fall *Pfeiderer* gegen deutsches Bundeskartellamt stellt einen Paukenschlag für die Kronzeugenprogramme der Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden dar. So setzte sich der EuGH in der Rs C-360/09⁷¹³ vom 14.6.2011 mit der Frage auseinander, ob Kartellgeschädigten ein grundsätzliches Einsichtsrecht in die Unterlagen eines Kronzeugenprogramms bei einer mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde

⁷¹⁰ EuG, 15.12.2011, Rs T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide*, Slg 2011, II-8251 Rn 56.

⁷¹¹ EuG, 15.12.2011, Rs T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide*, Slg 2011, II-8251.

⁷¹² EuG, 15.12.2011, Rs T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide*, Slg 2011, II-8251 Rn 70 ff.

⁷¹³ EuGH, 14.06.2011, Rs C-360/09, *Pfeiderer*, Slg 2011, I-5161.

zukommt. Von dem Urteil erhoffte man sich insbesondere eine Klarstellung des Akteneinsichtsrechts und somit eine Justierung des Spannungsverhältnisses zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung. Doch letztlich kam die Entscheidung der Unionsrichter selbst für den Generalanwalt überraschend. Aufgrund der Bedeutung dieses Judikates hinsichtlich des Einsichtsrechts Geschädigter in, bei den Wettbewerbsbehörden befindliche, Kronzeugenunterlagen und die damit verbundene Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ansprüche, wird dieses im Folgenden eingehend behandelt.

1. Sachverhalt

Im Jänner 2008 hatte das Bundeskartellamt gegen die drei größten europäischen Hersteller von Dekorpapieren – dies sind Spezialpapiere zur Oberflächenbehandlung von Holzwerkstoffen, um Holzoberflächen zu imitieren – und fünf Verantwortliche wegen Verstöße gegen das europäische Kartellrecht, wegen Preis- und Kapazitätsstilllegungsabsprachen, Geldbußen in Höhe von Euro 62 Mio verhängt.⁷¹⁴ Hauptgegenstand der Absprachen waren koordinierte Preiserhöhungen über den Zeitraum August 2005 bis November 2007. Um dabei den Überkapazitäten am Markt entgegen zu wirken, wurden zusätzlich koordinierte Kapazitätsstilllegungen vereinbart. Infolge von Durchsuchungen durch das Bundeskartellamt stellten mehrere am Kartell beteiligte Unternehmen sogenannte Bonusanträge⁷¹⁵, um umfassend mit den Behörden zu kooperieren.

Die *Pfleiderer AG*, eine der weltweit größten Herstellerinnen von Holzwerkstoffen, Oberflächenbehandlungen und Laminatfußböden, hatte über den, von den Absprachen betroffenen, Zeitraum von den Kartellmitgliedern Waren im Wert von Euro 60 Mio erworben. Da *Pfleiderer* den Ersatz des durch die Kartelltätigkeit erlittenen Schadens geltend machen wollte, suchte sie beim Bundeskartellamt um Akteneinsicht an. Als Begründung wurde angeführt, dass durch die Abnahme von Waren davon auszugehen sei, dass dafür kartellbedingt überhöhte Preise bezahlt wurden. Das Bundeskartellamt übermittelte daraufhin lediglich drei anonymisierte Bußgeldbescheide und ein Verzeichnis der bei der Hausdurchsuchung sichergestellten Beweismittel. *Pfleiderer*

⁷¹⁴ Amtsgericht Bonn, 18.01.2012, Az 51 Gs 53/09, *Bundeskartellamt/Pfleiderer*, BeckRS 2011, 15699.

⁷¹⁵ Bonusanträge sind das deutsche Pendant zu Kronzeugenanträgen.

beantragte darauf die vollständige Akteneinsicht, einschließlich Bonusanträge, freiwillig durch Kronzeugen übermittelte Unterlagen und sichergestellte Beweismittel. Diesem Antrag wurde vom Bundeskartellamt teilweise stattgegeben und es wurde eine um Geschäftsgeheimnisse, interne Unterlagen und Bonusanträge bereinigte Kopie der Verfahrensakte zur Verfügung gestellt. Diese Einschränkung der Offenlegung rechtfertigte das Bundeskartellamt mit Rn 22 der Bekanntmachung 9/2006, welche lautet: *„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.“*⁷¹⁶ Eine weitere Offenlegung sollte nicht gewährt werden.

Die Geschädigte stellte dagegen einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung beim Amtsgericht Bonn. Dieses vertrat die Auffassung, dass aufgrund § 406e Abs 1 StPO iVm § 46 Abs 1 OWiG dem Bevollmächtigten Rechtsanwalt der *Pfleiderer* begrenzte Einsicht zu gewähren sei.⁷¹⁷ Demnach sei der Zugang zur – um Geschäftsgeheimnisse und interne Vorgänge bereinigten – Fassung der Akte sowie ebenso in diesem Umfang zu den beigezogenen Asservaten zu gewähren. Nach einer Anhörungsgrüe⁷¹⁸ setzte das Amtsgericht das Verfahren allerdings wieder in die Lage vor Erlass dieses Beschlusses zurück. Grundsätzlich wollte das Gericht an seiner Rechtsansicht festhalten, war jedoch gleichzeitig der Ansicht, dass Rn 22 der Bonusregelung des Bundeskartellamtes unvereinbar mit § 406e Abs 1 StPO iVm § 46 Abs 1 OWiG sei. Es folgte ein neuer Beschluss, welcher das Verfahren aussetzte und das Gericht legte dem EuGH folgende Frage zur Auslegung des Unionsrechts gemäß Art 267 AEUV zur Vorabentscheidung vor:

„Sind die kartellrechtlichen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts – insbesondere die Art. 11 und 12 der Verordnung Nr. 1/2003 sowie Art. 10 Abs. 2 EG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG – dahin gehend auszulegen, dass Geschädigte eines Kartells zur Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche keine Akteneinsicht in Bonusanträge und von Bonusantragstellern in diesem Zusammenhang freiwillig herausgegebene

⁷¹⁶ Bekanntmachung 9/2006 des Bundeskartellamt über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen vom 07.03.2006, Merkblätter zum Kartellrecht 2006, 1-5; *Mäger/Zimmer/Milde*, Konflikt zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung, WuW 2009, 885 (887).

⁷¹⁷ *Glass*, AG Bonn: Beschluss vom 18.01.2012 – 51 Gs 53/09: Keine Akteneinsicht in Kronzeugenanträge, EWeRK 2012, 62 (62).

⁷¹⁸ Eine Anhörungsgrüe ist ein besonderer Rechtsbehelf des deutschen Prozessrechtes, welcher erlaubt, Verstöße einer Entscheidung gegen rechtliches Gehör geltend zu machen.

*Informationen und Unterlagen erhalten dürfen, die eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde nach Maßgabe eines nationalen Bonusprogramms im Rahmen eines (auch) auf die Durchsetzung von Art. 81 EG gerichteten Bußgeldverfahrens erhalten hat?*⁷¹⁹

2. Schlussanträge des Generalanwalts

Generalanwalt *Mazák* bekräftigt zu Beginn seiner Schlussanträge, dass bei dieser Entscheidung insbesondere eine Abwägung zwischen möglicherweise gegenläufigen Interessen vorzunehmen sein wird. Einerseits bestehe das Interesse daran, die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen, welche der Aufdeckung, Verfolgung und Abschreckung kartellrechtswidriger Verhaltensweisen iSd Art 101 AEUV dienen, zu erhalten sei. Auf der anderen Seite wären die Interessen einzelner Betroffener, welche die durch Kartelle verursachten Schäden geltend machen wollen und welchen durch die Einsicht die Durchsetzung ihres Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf erleichtert werden würde. Dieses Verfahren verlange somit eine Bewertung dieser widerstreitenden Interessen. *Mazák* sah in diesem Fall die Grundlage des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf in Art 47 iVm Art 51 Abs 1 der Charta der Grundrechte. Er führte weiter aus, dass die Wirksamkeit und Funktionsfähigkeit der Bestimmungen von Art 101 und 102 AEUV erfordern, Kartellgeschädigten Einsicht in die Kronzeugenanträge und sonstiger freiwillig vorgelegter Unterlagen zu versagen. Anderenfalls würde das Bundeskartellamt keine Informationen von Kronzeugen mehr übermittelt bekommen. Ebenso würden die Mitglieder des ECN keine Dokumente mehr zur Verfügung stellen. Dies könne die Kooperation und die Fallverteilung des ECN stören. Ferner würden Unternehmungen künftig abgehalten werden zu kooperieren und Kartelle somit weiter unentdeckt bleiben.⁷²⁰

⁷¹⁹ Amtsgericht Bonn, 18.01.2012, Az 51 Gs 53/09, *Bundeskartellamt/Pfleiderer*, BeckRS 2011, 15699 Rn 15; EuGH, 14.06.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 18; *Heller*, Akteneinsicht in Unterlagen eines kartellbehördlichen Bonusprogramms, EWeRK 2011, 135 (136).

⁷²⁰ Schlussanträge des Generalanwalts *Mazák* zu EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 1-13.

a. Vorbemerkungen

Der Generalanwalt hielt in den Vorbemerkungen fest, dass in diesem Verfahren keine Akteneinsicht von einem Mitglied der Öffentlichkeit auf Grundlage nationaler Transparenzvorschriften begehrt werde. *Pfleiderer* habe als Geschädigte, wodurch sich ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in die Akten zur Vorbereitung eines zivilrechtlichen Schadenersatzprozesses begründen lasse, vielmehr durch nationale Verfahrensrechte ein Recht auf Zugang zu den Dokumenten. Zudem lasse sich eine Analogie zu den Normen über den Zugang der Öffentlichkeit zu Unterlagen der Unionsorgane nach VO 1049/2001⁷²¹ und der hierzu ergangenen Rechtsprechung nicht herstellen, da dies den offenbar weiter gehenden Anspruch auf Zugang in unzulässiger Weise beschränken würde. Ferner würde die Einsichtnahme in die strittigen Unterlagen die Untersuchung oder die Entscheidung des Bundeskartellamtes nicht beeinflussen, da das Verfahren zum Zeitpunkt des Antrages auf Akteneinsicht bereits rechtskräftig abgeschlossen war. Aus diesem Grund sei dieser Fall grundsätzlich von solchen Fällen zu unterscheiden, in denen ein geschädigter Dritter in die Unterlagen einer nationalen Wettbewerbsbehörde Einsicht nehmen will, bevor diese eine Entscheidung erlassen hat. Da das Amtsgericht Bonn bereits entschieden habe, dass das Einsichtsrecht im Hinblick auf Geschäftsgeheimnisse und interne Unterlagen begrenzt sei, seine Haltung diesbezüglich auch nicht ändern wolle und nur um eine Entscheidung bezüglich der Einsichtnahme in Kronzeugenunterlagen erbat, folgte *Mazák*, dass es sich bei den Informationen des Kronzeugenantragstellers in dieser Vorlagefrage weder um Geschäftsgeheimnisse, noch interne Unterlagen handle.⁷²²

Der Generalanwalt verneinte in Rn 25 seines Schlussantrages indes die Anwendbarkeit von Art 11 und 12 VO 1/2003 und der Netzwerkbekanntmachung⁷²³ zur Gewährung von Akteneinsicht für Dritte in von Kronzeugen freiwillig vorgelegte Unterlagen, da diese keine derartigen Vorschriften enthalten würden. Unter der Anmerkung, dass das ECN-Modell für Kronzeugenprogramme keinen legislativen Charakter, jedoch dennoch praktische Wirkung habe, schlussfolgerte er, dass unter Berücksichtigung von Rn 30 des

⁷²¹ VO (EG) Nr 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABI 2001 L 145, 43.

⁷²² Schlussanträge des Generalanwalts *Mazák* zu EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 19-21.

⁷²³ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43.

ECN-Modells und in Ermangelung einer entsprechenden Regelung im Unionsrecht, unterschiedliche Regelungen zur Weitergabe freiwillig offengelegter Informationen eines Kronzeugen durch die Behörden an Dritte wohl nicht mit den Vorschriften zur Zusammenarbeit im ECN nach VO 1/2003 vereinbar seien.⁷²⁴

b. Klima der Unsicherheit für Kartellanten

Beginnend in Rn 30 widmet sich der Schlussantrag dem Kernpunkt. Nämlich, ob die Gewährung der Akteneinsicht in freiwillig vom Kronzeugen vorgelegte Informationen durch die Wettbewerbsbehörde zugunsten eines Geschädigten, welcher hierdurch eine Schadenersatzklage anstrebt, der wirksamen Durchsetzung des Art 101 AEUV entgegensteht. *Mazák* folgte im Wesentlichen der Linie der Kommission, wonach das Interesse der Öffentlichkeit an der Aufklärung und Ahndung von Kartellen größer sei als das Interesse Bußgelder gegen Unternehmen zu verhängen, die helfen diese kartellrechtswidrigen Zusammenschlüsse aufzudecken. So sieht er die besondere Bedeutung der Kronzeugenprogramme, neben der Hilfe an der Aufdeckung, darin, dass dadurch ein „*allgemeines Klima der Unsicherheit*“⁷²⁵ unter potentiellen Kartellanten geschaffen werde, welches wiederum präventive Wirkung gegenüber Kartellen entfalte. Ferner seien Transparenz und Vorhersehbarkeit der Behandlung des Kronzeugen unerlässliche Voraussetzungen für ein effektives Kronzeugensystem, da Unsicherheiten potentielle Antragsteller abschrecken würden. Deshalb müsse ein mit der Wettbewerbsbehörde nach der Kronzeugenregelung kooperierendes Unternehmen damit rechnen dürfen, dass das von ihm freiwillig vorgelegte Corporate Statement nicht gegenüber Dritten offengelegt wird. Einsicht in Dokumente von Kronzeugen sei Dritten nur in Unterlagen zu gewähren, welche vor Übermittlung durch den Antragsteller der Behörde bereits vorlagen.⁷²⁶

Der Generalanwalt führt weiter aus, dass die Einführung von Kronzeugenprogrammen auf nationaler Ebene nicht verpflichtend sei. Dennoch zeige die Bereitschaft der Mitgliedstaaten für die Umsetzung eines solchen Programms, dass die Mehrheit der

⁷²⁴ Schlussanträge des Generalanwalts *Mazák* zu EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 25-27.

⁷²⁵ Schlussanträge des Generalanwalts *Mazák* zu EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 31.

⁷²⁶ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17 Rn 6, 7 und 33.

einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden derartige Systeme präferiert, um die wirksame Durchsetzung von Art 101 AEUV sicherzustellen. Entscheidet sich ein Mitgliedstaat für die Umsetzung eines solchen Programms, so habe er, trotz der bei der Durchsetzung der Vorschriften bestehenden Verfahrensautonomie, die Pflicht, das Kronzeugenprogramm in seiner Konzeption effektiv auszugestalten. Gleichzeitig bliebe jedoch das Recht Kartellgeschädigter, wirksam Ersatz des erlittenen Schadens erlangen zu können, davon unberührt. Denn wie von der Rechtsprechung festgestellt worden sei, wäre die wirksame Durchsetzung von Art 101 AEUV und insbesondere die praktische Wirksamkeit des Verbots in Art 101 Abs 1 AEUV beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Schadenersatz erlangen könne, der ihm durch einen den Wettbewerb beschränkenden Vertrag entstanden ist.⁷²⁷

c. Grundrecht auf Akteneinsicht

Mazák räumt ein, dass es für Kartellgeschädigte zur Vorbereitung einer Schadenersatzklage vor einzelstaatlichen Gerichten wegen eines Verstoßes gegen Art 101 AEUV grundsätzlich als hilfreich anzusehen sei, wenn die nationale Wettbewerbsbehörde Informationen aus Kronzeugenprogrammen gegenüber geschädigten Dritten offenlegt. Da die Verweigerung des Zugangs zu diesen Dokumenten die Beweisführung mutmaßlich Geschädigter bei der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche gegen Kartellanten einschränken könnte, seien die nationalen Behörden dazu verpflichtet, Einsicht zu gewähren. Anderenfalls würde das *de facto* Grundrecht der Betroffenen auf einen wirksamen Rechtsbehelf eingeschränkt werden, welches nach Art 101 AEUV, Art 47 iVm Art 51 der Charta der Grundrechte sowie Art 6 Abs 1 EMRK geschützt sei. Gleichzeitig könne die Offenlegung aller Unterlagen, welche die Behörde vom Antragsteller erhalten hat, die Attraktivität und somit die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen ernsthaft gefährden. Denn durch die überlassenen und sich selbst belastenden Dokumente könnten sich Kronzeugen im Hinblick auf Schadenersatzklagen benachteiligt fühlen. Deswegen könne aus Sicht eines potentiellen Antragstellers der Anreiz, dass die Geldbuße reduziert oder erlassen wird, vom erhöhten Risiko der Schadenersatzhaftung überwogen werden. Dies gelte insbesondere für Fälle, in denen einzelstaatliche zivilrechtliche Normierungen vorsehen,

⁷²⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Mazák* zu EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 33-36.

dass Kartellanten gesamtschuldnerisch haften. Aus diesen Gründen könne ein Kartellant davon absehen einen Kronzeugenantrag zu stellen oder während des Verfahrens zu kooperieren. Klar erkenntlich sei somit ein Spannungsverhältnis zwischen der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung mit den damit verbundenen Kronzeugenprogrammen und der Erleichterung von Schadenersatzklagen durch Einsichtnahme in, von Kronzeugen überlassenen, Informationen.⁷²⁸

d. Bedeutung der Kronzeugenregelung im Wettbewerbsrecht

Nach *Mazák* bestehe durch VO 1/2003 und der Rechtsprechung *de iure* zwischen öffentlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadenersatzklagen zwar kein Rang- oder Prioritätsverhältnis. Dennoch sei die Rolle der Kommission und der Wettbewerbsbehörden für die Durchsetzung von Art 101 und 102 AEUV derzeit von weit größerer Bedeutung als jene privater Schadenersatzklagen. Ferner komme die öffentlich-rechtliche Kartellrechtsdurchsetzung mit Kronzeugenprogrammen ebenso geschädigten privaten Dritten zugute, da ohne wirksame Kronzeugenregelungen viele Kartelle niemals aufgedeckt werden würden und die schädigende Wirkung somit unkontrolliert anhalten würde. Des Weiteren könne die durch Kronzeugenanträge erwirkte Verfolgung von Kartellen zu Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden führen, welche Geldbußen auferlegen und gleichzeitig geschädigten Parteien bei der Erhebung von Schadenersatzklagen hilfreich sein können. Zwar bestimme Art 16 Abs 1 VO 1/2003 nicht, welches Gewicht den Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden vor den Zivilgerichten zuzumessen sei, dennoch seien diese als erhärtender Beweis zu behandeln. Aus diesen Gründen sei es sowohl zum Schutz des öffentlichen als auch des privaten Interesses erforderlich, die Attraktivität von Kronzeugenregelungen nationaler Behörden aufrecht zu erhalten, ohne dabei das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf Geschädigter unangemessen einzuschränken. Auch wenn die Verweigerung der Einsicht eine Behinderung dieses Grundrechtes darstellen könne, sei der Eingriff durch den legitimen Zweck der wirksamen Durchsetzung von Art 101 AEUV und ebenso der privaten Interessen an der Aufdeckung und Verfolgung von Kartellen zu rechtfertigen. Ferner überwiege das berechtigte Vertrauen des Antragstellers, dass Erklärungen, in

⁷²⁸ Schlussanträge des Generalanwalts *Mazák* zu EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 37-39.

denen er sich selbst belastet, unter Verschluss bleiben. Zusammenfassend sei die Einsicht in freiwillig vom Kronzeugenantragsteller abgegebene Erklärungen, in denen er sich selbst belastet, grundsätzlich nicht zu gewähren. Informationen, die dazu dienen könnten die entstandene Schädigung oder einen Kausalzusammenhang zwischen Verstoß und Schaden nachzuweisen und in denen sich Kronzeugenantragsteller nicht selbst belasten, seien mutmaßlich Geschädigten jedoch offenzulegen. Denn solche Informationen hätten – zumindest theoretisch – auch andersorts gefunden werden können. Würde die Akteneinsicht auch in solche Unterlagen verweigert werden, sei dies mit dem Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf unvereinbar.⁷²⁹

3. Urteil des EuGH

Mazák sah in der Charta der Grundrechte und den EMRK ein verankertes *de facto* Grundrecht auf Akteneinsicht, welches er auf das Grundrecht eines wirksamen Rechtsbehelfs stützte. Seiner Ansicht nach sei dieses Grundrecht durch das Interesse am Erhalt der Attraktivität von Kronzeugenprogrammen einzuschränken, um Schadenersatzklägern den Zugang zu freiwillig vorgelegten Informationen zu verwehren. Die Unionsrichter nahmen sich dieser Grundrechtsthematik jedoch gar nicht an und schlugen in ihrem Urteil eine ganz andere Richtung ein.

a. Keine Regelung der Akteneinsicht im Unionsrecht

Die Richter des EuGH führten vorweg aus, dass die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte zur Anwendung von Art 101 und 102 AEUV verpflichtet sind. Die Mitgliedstaaten haben dabei die, für die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts, zuständigen Behörden gemäß Art 35 Abs 1 VO 1/2003 so zu bestimmen, dass die Bestimmungen dieser VO wirksam angewandt werden.⁷³⁰ Des Weiteren wurde klargestellt, dass weder die Wettbewerbsregeln des EGV noch VO 1/2003 eine gemeinsame Kronzeugenregelung oder Vorschriften über den Zugang zu freiwillig übermittelten Dokumenten eines Kronzeugenverfahrens

⁷²⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Mazák* zu EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 40-47.

⁷³⁰ EuGH, 07.12.2010, Rs C-439/08, *VEBIC*, Slg 2010, I-12471 Rn 56.

vorsehen. Ferner sind weder die Netzwerkbekanntmachung der Kommission⁷³¹, die Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen⁷³² sowie das ECN-Kronzeugenmodell⁷³³ für Mitgliedstaaten und deren Gerichte verbindlich. Darüber hinaus bezieht sich die Kronzeugenmitteilung nur auf, von der Kommission selbst durchgeführte, Kronzeugenprogramme. Auch wenn die Leitlinien der Kommission Auswirkungen auf die Praxis einzelstaatlicher Wettbewerbsbehörden haben, ist es in Ermangelung einer verbindlichen unionsweiten Regelung Sache der Mitgliedstaaten, Vorschriften hinsichtlich des Zugangs von Kartellgeschädigten zu Informationen aus Kronzeugenprogrammen zu erlassen und anzuwenden. Doch auch wenn Erlass und Anwendung dieser Vorschriften im nationalen Zuständigkeitsbereich liegen, haben die Mitgliedstaaten bei deren Ausübung stets das Unionsrecht zu beachten. Einzelstaatliche Normierungen dürfen insbesondere die Verwirklichung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Ferner müssen die erlassenen oder angewendeten Vorschriften – speziell im Wettbewerbsrecht – dafür sorgen, dass sie die wirksame Anwendung der Art 101 und 102 AEUV nicht beeinträchtigen.⁷³⁴

b. Akteneinsicht mit Interessensabwägung

Die Unionsrichter bestätigten, dass Kronzeugenprogramme nützliche Instrumente sind, um Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht effektiv aufzudecken und zu beenden. Ferner wurde die Ansicht des Generalanwalts geteilt, dass die Übermittlung von Dokumenten eines Kronzeugenverfahrens an Personen, die Schadenersatzklagen anstrengen, die Wirksamkeit dieser Programme beeinträchtigen könnte. Auch dann, wenn die nationalen Wettbewerbsbehörden dem Kronzeugen das Bußgeld erlassen, da angenommen werden kann, dass die Möglichkeit der Offenlegung der übermittelten Informationen dazu führen könnte, dass potentielle Kronzeugen von der Antragstellung abgeschreckt werden. Zumal die vorgelegten Unterlagen nach Art 11 und 12 VO 1/2003 zwischen Kommission und Wettbewerbsbehörden ausgetauscht werden können. Dennoch besagt die ständige Rechtsprechung, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch das wettbewerbsbeschränkende Verhalten entstanden

⁷³¹ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43.

⁷³² Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17.

⁷³³ ECN-Leniency-Modell abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_de.pdf.

⁷³⁴ EuGH, 14.06.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 19-24.

ist.⁷³⁵ Dieser Anspruch auf Schadenersatz erhöht die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln und ist geeignet von wettbewerbswidrigen Vereinbarungen und Verhaltensweisen abzuhalten. So kann die private Anspruchsdurchsetzung vor einzelstaatlichen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs beitragen.⁷³⁶

Unter Berücksichtigung dieser Aspekte kam der EuGH zu dem Schluss, dass hinsichtlich des Zugangs zu Dokumenten eines Kronzeugenprogramms, welcher von Personen beantragt wird, die Schadenersatzklagen erheben wollen, darauf zu achten ist, dass die anwendbaren innerstaatlichen Vorschriften nicht weniger günstig als für vergleichbare nationale Fälle sind, dass die Erlangung des Schadenersatzes nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird und dass zwischen den Interessen, die den Zugang zu den Unterlagen rechtfertigen sowie dem Schutz der Kronzeugen abzuwägen ist. Diese Abwägung können einzelstaatliche Gerichte jedoch nur im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte des Falles vornehmen.⁷³⁷

4. Direkte Folgen der Entscheidung

Neben dem Verfahren der *Pfleiderer* vor dem Amtsgericht Bonn hatte die Entscheidung des EuGH ebenso direkte Auswirkungen auf ein Verfahren vor dem High Court of Justice im Vereinigten Königreich. Dieses befasste sich zwar nicht mit dem Zugang zu Dokumenten im Besitz der Wettbewerbsbehörden, dennoch handelte es sich dabei um die Einsichtnahme in Dokumente, welche von Kronzeugen freiwillig vorgelegt wurden. Beide Urteile stellen nur einen Teil der in der Zwischenzeit im Lichte der *Pfleiderer*-Entscheidung ergangenen Fälle hinsichtlich des Zugangs zu Kronzeugenunterlagen dar.⁷³⁸ Sie bilden jedoch die aufgeworfene Problematik treffend ab.

⁷³⁵ EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619 Rn 59 und 61; EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297 Rn 24 und 26.

⁷³⁶ EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 25-28.

⁷³⁷ EuGH, 16.12.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 26-32.

⁷³⁸ Siehe beispielsweise auch OLG Düsseldorf, 22.08.2012, Beschluss V-4 Kart 5 + 6/11 (OWi), *Kaffeeröster*, BeckRS 2012, 18635.

a. Urteil des Amtsgericht Bonn

Im Urteil über den Zugang der *Pfleiderer* zu den freiwillig vorgelegten Informationen des Kronzeugen beim Bundeskartellamt bestätigte das Amtsgericht Bonn zunächst das berechnigte Interesse der Geschädigten an der Einsichtnahme. So führte es aus, dass insbesondere ein berechtigtes Interesse an der Akteneinsicht bestehe, wenn es der Prüfung der Frage dienen soll, ob und in welchem Umfang der Geschädigte gegen den Beschuldigten Schadenersatzansprüche geltend machen kann.⁷³⁹ Dennoch sei die Akteneinsicht in Unterlagen iSd Rn 22 der Bonusregelung des Bundeskartellamtes, unter Abwägung der unionsrechtlich geschützten Interessen, nach nationalem Recht zu versagen. Zur Begründung dieser Entscheidung bekräftigte das Amtsgericht, dass der Zweck des Kronzeugenprogramms des Bundeskartellamtes in der Aufdeckung und Verfolgung von Wettbewerbsverstößen liege. Würde Einsicht in diese freiwillig vorgelegten Dokumente gewährt werden, dürfe angenommen werden, dass ein an einer wettbewerbsrechtlichen Zuwiderhandlung Beteiligter sich künftig davon abhalten lasse, von einer solchen Bonusregelung Gebrauch zu machen. So würde sich die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen verringern, was letztlich ebenso der privaten Durchsetzung abträglich sei. Dementsprechend überwiege nach der vom EuGH veranlassten Abwägung der Interessen das Geheimhaltungsinteresse des Kronzeugen. Denn gegenwertig bestehe kein ebenso wirksames Untersuchungsinstrument zur Aufdeckung und Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht wie Kronzeugenprogramme und eine Marktbeobachtung führe regelmäßig nicht zur Aufdeckung von Kartellen. Das Amtsgericht führte hinsichtlich der Interessen der Geschädigten aus, dass es diese durch die Verweigerung des Zugangs nicht benachteilige, da hierdurch die Anspruchsdurchsetzung nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert werde. Insbesondere jene Beweismittel, zu denen Einsicht gewährt wurde, würden eine Bezifferung der Schadenssumme nicht unmöglich machen.⁷⁴⁰

So folgte das Amtsgericht Bonn im Wesentlichen der Position des Bundeskartellamtes, welches die Einsicht bereits verweigert hatte. Zugang wurde der *Pfleiderer* letztlich in sichergestellte Asservate gewährt, was ihr zuvor ebenfalls versagt wurde. Ein

⁷³⁹ BVerfG, 04.12.2008, 2 BvR 1043/08, Akteneinsichtsrecht nach § 406e StPO bei zivilrechtlichem Schadenersatzanspruch, BeckRS 2009, 18693 Rn 15 ff.

⁷⁴⁰ Amtsgericht Bonn, 18.01.2012, Az 51 Gs 53/09, *Bundeskartellamt/Pfleiderer*, BeckRS 2011, 15699; Glass, AG Bonn: Beschluss vom 18.01.2012 – 51 Gs 53/09: Keine Akteneinsicht in Kronzeugenanträge, EWeRK 2012, 62 (63).

Rechtsmittel gegen diesen Beschluss war gemäß § 62 Abs 2 Satz 3 OWiG nicht möglich. Doch das Amtsgericht stand nach der Beschlussfassung sogleich unter Kritik über seine Auslegung der deutschen Rechtslage. Denn die Verweigerung der Akteneinsicht stützte sich auf § 406e Abs 2 Satz 2 StPO wegen Gefährdung des Untersuchungszweckes. Doch ob hierunter ein noch nicht eingeleitetes Kartellverfahren subsumiert werden kann, gilt als strittig.⁷⁴¹ Ebenso ist fraglich, ob das herangezogene Recht auf informationelle Selbstbestimmung das Ergebnis stützt, da dies besagt, dass juristische Personen intensivere Eingriffe in dieses Recht hinnehmen müssen. Ferner sei nach *Kapp* ebenso eine Aussage des Landesgerichts Berlin⁷⁴², wonach beim Zugang zu Dokumenten eine nähere Bestimmung des Umfanges des Einsichtsrechts zu erfolgen hat, da die Interessensabwägung für unterschiedliche Aktenteile verschieden ausfallen kann, vom Amtsgericht unzutreffend interpretiert worden.⁷⁴³

b. Urteil des High Court of Justice

Im Vereinigten Königreich war seit Ende 2008 eine Schadenersatzklage gegen ehemalige Kartellanten des *Gasisolierte-Schaltanlagen*-Kartells anhängig, welche sich auf den Kommissionsentscheid von 2007 stützten.⁷⁴⁴ Schon vor Eröffnung des Hauptverfahrens wurde mit einem sogenannten Discovery-Verfahren begonnen, welches der Sicherung von Beweismitteln dient. Die Gerichte des Vereinigten Königreichs lehnten bisher regelmäßig Anträge eines Kartellgeschädigten auf Offenlegung der Kronzeugenunterlagen unter Berufung auf die Kronzeugenregelung der Kommission ab. Dies obwohl Geschädigte nach nationalen Discovery-Rules ein Recht auf Zugang zu diesen Dokumenten gehabt hätten. Doch durch die Klarstellung des EuGH in der Rs *Pfleiderer*, wonach die Kronzeugenregelung der Kommission keine verbindliche Wirkung gegenüber den Mitgliedstaaten entfaltet und ebenso das Unionsrecht keine Regelung offeriert, hatte der High Court of Justice seine Rechtsprechungspraxis grundlegend zu ändern.

⁷⁴¹ *Dück/Eufinger/Schultes*, Das Spannungsverhältnis zwischen kartellrechtlicher Kronzeugenregelung und Akteneinsichtsanspruch nach § 406 e StPO, EuZW 2012, 418 (420 ff); *Kapp*, Das Akteneinsichtsrecht kartellgeschädigter Unternehmen: Bonn locuta, causa finita?, WuW 2012, 474 (478).

⁷⁴² Landesgericht Berlin, 20.05.2008, 514 AR 1/07, Akteneinsichtsrecht des Verletzten im Falle einer Manipulation des Börsenkurses durch Scalping, BeckRS 2008, 10186.

⁷⁴³ *Kapp*, Das Akteneinsichtsrecht kartellgeschädigter Unternehmen: Bonn locuta, causa finita?, WuW 2012, 474 (478 ff).

⁷⁴⁴ Kommission, 24.01.2007, COMP/F/38.899, *Gasisolierte Schaltanlagen*, ABl 2008 C 5, 7.

In diesem Fall verlangte *National Grid Electricity Transmission Plc*⁷⁴⁵, ein vom Kartell geschädigtes Unternehmen, von den ehemaligen Kartellmitgliedern die Herausgabe vertraulicher Dokumente, welche diese aufgrund ihres Akteneinsichtsrechts als Verfahrensbeteiligte erlangt hatten sowie die vertrauliche Fassung des Kommissionsentscheids und den eingebrachten Kronzeugenantrag. Im Hinblick auf nur der Kommission vorliegende Unterlagen, wie den Kronzeugenantrag, machte das Gericht von der Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Gerichte nach Art 15 VO 1/2003 Gebrauch und kündigte vorab an, dass es, sollte die Kommission die Informationen herausgeben, diese an die Geschädigten weitergeben würde. Begründet wurde diese Vorgehensweise insbesondere damit, dass nach Auffassung des zuständigen Gerichts die Interessensabwägung des *Pfleiderer*-Urteils hinsichtlich jener Unterlagen, die durch die nationalen Disclosure-Rules vom Prozessgegner herausverlangt werden können, gar nicht anwendbar sei. Die Kommission versagte daraufhin die Übermittlung der ihr vorliegenden Dokumente. Der High Court of Justice hatte dennoch das Prinzip der Einzelabwägung der *Pfleiderer*-Entscheidung anzuwenden. So ließ sich der Richter von zwei Kartellmitgliedern jene Unterlagen, welche von *National Grid* verlangt wurden, vorlegen und führte eine Interessensabwägung durch. Unter Berücksichtigung der divergierenden Interessen kam das Gericht zu dem Schluss, dass alle Unterlagen, die der Kartellgeschädigte zur Geltendmachung zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche benötigt, offenzulegen seien.

National Grid erlangte sohin zumindest Einsicht in einen Teil der Unterlagen. Letztlich handelte es sich nicht um ein direkt das Einsichtsrecht bei einer Wettbewerbsbehörde betreffendes Verfahren, sondern um die Pflicht zur Offenlegung von Kronzeugendokumenten in einem Zivilprozess, wenn, wie im englischen Recht, Discovery-Rules eine Herausgabe vom Prozessgegner vorsehen. Doch diese Einzelfallentscheidung verdeutlicht die weitreichenden Auswirkungen des *Pfleiderer*-Urteils, da nunmehr klargestellt wurde, dass im Vereinigten Königreich derartige Beweismittel offenzulegen sind.

⁷⁴⁵ High Court of Justice, 04.07.2011, Claim Number HC08C03243, *National Grid*, BeckRS 2012, 11131.

5. Reichweite des Urteils

Das Urteil des EuGH in der Rs *Pfleiderer* brachte wiederholt die Bestätigung, dass es keinen Vorrang von Kronzeugenprogrammen vor dem Private Enforcement gibt. Neu war allerdings, dass stets eine Einzelabwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Kronzeugen und dem Interesse des Geschädigten an der Einsichtnahme stattzufinden hat. In Ermangelung unionsweiter Normierungen hat dies nach einzelstaatlichem Recht zu erfolgen. Da hierbei ferner die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität zu wahren sind, dürfen die für die Einsicht anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften nicht weniger günstig sein als ähnliche innerstaatliche Rechtsbehelfe und nicht so ausgestaltet sein, dass die Erlangung des Schadenersatzes praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird. Der Wortlaut der Entscheidung lässt zunächst vermuten, dass diese nur Auswirkungen auf Einsichtsbegehren bei mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden hat. Dabei lässt die sehr allgemein gehaltene Formulierung die Annahme zu, dass die dargelegten Grundsätze des Aktenzugangs ebenso von der Kommission berücksichtigt werden müssen.⁷⁴⁶

Auf große Kritik stößt das Urteil hinsichtlich der Entscheidung, dass die Einsicht in Kronzeugenakten von nationalen Gerichten in jedem Fall einzeln, unter Berücksichtigung des gesamten Sachverhalts und der Interessen der Parteien, zu erfolgen hat. Aus diesem Umstand resultieren letztlich Rechtsunsicherheit beider Prozessseiten und die Gefahr einer uneinheitlichen und unkoordinierten Gewährung des Einsichtsrechts.⁷⁴⁷ Denn einerseits kann sich der Kronzeuge nicht mehr sicher sein, dass seine Unternehmenserklärung gegenüber Dritten unter Verschluss bleibt, da dies nunmehr von der jeweiligen nationalen Rechtslage und der Interessensabwägung des Gerichts abhängt. Andererseits wird den Geschädigten nicht kategorisch die Einsicht verwehrt oder zugesprochen. Geschädigte haben hierdurch bei der jeweiligen Behörde einen Antrag auf Akteneinsicht zu stellen und müssen den Ausgang des Verfahrens abwarten. Daraus resultieren letztlich erhöhter Verwaltungsaufwand und eine längere Verfahrensdauer. Jedenfalls aber stärkt dieses Urteil auf indirektem Wege die Rechte Kartellgeschädigter, da nun zumindest deren Interessen bei der Einzelabwägung zu

⁷⁴⁶ Werdnik, Einsichtsrecht in Kronzeugenanträge für Kartellgeschädigte: EuGH überlässt nationalen Gerichten Interessenabwägung, SWK 2012, 786 (789).

⁷⁴⁷ Busch/Sellin, Vertrauen in die Vertraulichkeit – Kronzeugenverfahren in Europa auf der Probe, BB 2012, 1167 (1168).

berücksichtigen sind.⁷⁴⁸ Erstreckt sich das wettbewerbswidrige Verhalten von Unternehmen auf mehrere Staaten der EU, hat der Kartellant Kronzeugenanträge in allen Mitgliedstaaten einzubringen, auf die sich die Kartelltätigkeit räumlich auswirkt.⁷⁴⁹ Im Hinblick darauf stellt sich die Frage, welche Auswirkungen es hat, wenn die Geschädigten in allen betroffenen Ländern Anträge auf Akteneinsicht stellen. Berechtigterweise ergibt sich daraus die Befürchtung divergierender Entscheidungen der innerstaatlichen Gerichte, wodurch sich die Chance der Offenlegung des Kronzeugenantrages in zumindest einem der Mitgliedstaaten deutlich erhöht. Gleichzeitig wurde Kronzeugen mit dieser Rechtsauslegung das Vertrauen in die Vertraulichkeit ihrer Informationen genommen, wodurch künftig potentielle Antragsteller von der Offenlegung des wettbewerbswidrigen Verhaltens abgeschreckt werden könnten.⁷⁵⁰

Grundlegend nehmen sich die Unionsrichter nicht dem Spannungsverhältnis zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung an. Dementsprechend wird keine Aussage über einen Vorrang einer Durchsetzungsform getroffen. Dies resultiert wohl insbesondere aus dem Umstand, dass eine Bevorzugung einer der beiden Formen eine rein rechtspolitische Entscheidung darstellen würde.⁷⁵¹ Denn letztlich ist die Gewichtung einzelner Durchsetzungsinstrumente Sache der europäischen Wettbewerbspolitik. Damit lässt sich auch die schweigsame Haltung des EuGH in seiner Entscheidung erklären, da die Bereinigung dieses Konfliktes sowie eine rechtlich verbindliche Normierung der Kronzeugenprogramme nicht in seinem Aufgabenbereich, sondern vielmehr in dem des europäischen Gesetzgebers liegt.⁷⁵²

L. Die Rechtssache Donau Chemie

Die Rs *Donau Chemie* ist ein österreichischer Fall, welcher direkt an die *Pfleiderer*-Entscheidung anknüpft. Die nunmehr vom EuGH erfolgte Klarstellung, wonach bei Einsichtnahme in Dokumente des Kartellverfahrens stets im Einzelfall zwischen divergierenden Interessen abzuwägen ist, ließ gleichzeitig eine Vielzahl von Fragen

⁷⁴⁸ *Pellech*, Zur Akteneinsicht im Lichte der EuGH-Entscheidung *Pfleiderer* C-360/09, ÖZK 2011, 147 (149).

⁷⁴⁹ Näheres dazu unter Kapitel III. C. 2. Probleme des Kronzeugen infolge der parallelen Zuständigkeit.

⁷⁵⁰ *Pellech*, Zur Akteneinsicht im Lichte der EuGH-Entscheidung *Pfleiderer* C-360/09, ÖZK 2011, 147 (149).

⁷⁵¹ *Ditz*, Apropos: Aktuelles zur Akteneinsicht im Kartellverfahren, *ecolex* 2012, 409 (409); *Raff*,

Anmerkungen zur Rs. C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, GPR 2011, 296 (296).

⁷⁵² *Mäger/Zimmer/Milde*, Chance vertan? – Zur Akteneinsicht in Kartellakten nach dem *Pfleiderer*-Urteil des EuGH, *WuW* 2011, 935 (939).

ungeklärt. Da die Unionsrichter wohl danach trachteten sich auf das Wesentliche zu beschränken, kam es, dass das OLG Wien nur vier Monate nach dem letzten Urteil in dieser Sache eine neue Frage zur Vorabentscheidung an den EuGH richten musste.

1. Vorgeschichte

Die BWB hatte monatelang gegen ein von vier Unternehmensgruppen gebildetes Kartell auf dem Großhandelsmarkt der Druckchemikalienindustrie ermittelt. Fahrt nahmen die Ermittlungen vor allem durch die beiden Kronzeugen, die *Donau Chemie AG* und die *DC Druck-Chemie Süd GmbH & Co KG*, auf. Zwischen zwei der am Kartell beteiligten Unternehmen bestand seit Mitte der 1990er Jahre intensiver geschäftlicher Kontakt. Die daraus resultierenden Vereinbarungen zielten vor allem darauf ab, dass Kunden, welche in der Vergangenheit stets bei einem der Unternehmen eingekauft hatten, bei diesem verbleiben sollten. Somit wurde vereinbart, dass ein Abwerben durch niedrigere Preise nicht stattfinden soll. Zur Sicherung dieser Vereinbarung wurden durch telefonische Rücksprachen wechselseitig Preise abgeglichen. Durch die Beibehaltung des angestammten Kundenstocks sollte ebenso ein hohes Preisniveau erhalten bleiben. Im Jahr 2004 kam es zu einer Rohstoffverknappung und es wurden weitere Unternehmen in das *Druckchemikalien-Kartell* einbezogen. Hierdurch umfasste es sieben Mitglieder aus vier Unternehmensgruppen. Ziel war weiterhin der Erhalt des jeweiligen Kundenstocks und eines hohen Preisniveaus. Hierzu wurden Scheinangebote gelegt, Lieferengpässe vorgetäuscht sowie einheitlich Preise erhöht. Im Jahr 2006 traten schließlich zwei Mitglieder aus dem wettbewerbswidrigen Zusammenschluss aus. Die verbleibenden Unternehmen sprachen sich weiterhin untereinander ab. Auf Antrag der BWB verhängte das OLG Wien schließlich gegen alle vier Unternehmensgruppen eine Geldbuße in Gesamthöhe von Euro 1,5 Mio wegen Zuwiderhandlungen gegen Art 101 AEUV. Aufgrund des eingelegten Rekurses ging der Fall vor den OGH, welcher die Entscheidung des OLG jedoch bestätigte.⁷⁵³

Brisanz erlangte das Verfahren schon in diesem Stadium, da in Österreich erstmals gegen einen Kronzeugen ein Bußgeld verhängt wurde. Denn *Donau Chemie* hatte in dem Verfahren als erster Kronzeuge zwar bestimmte Informationen offengelegt. Wie sich durch die Ermittlungstätigkeiten der BWB zeigte, wurde gleichzeitig aber der wahre

⁷⁵³ OGH als KOG, 04.10.2010, 16 Ok 5/10, ÖZK 2010, 234.

Umfang und der Zeitraum der Beteiligung in vorwerfbarer Weise verschwiegen. Das Unternehmen erhielt dadurch nur eine Reduktion der Geldbuße und keinen vollständigen Erlass. Der Zweitantragsteller, die *DC Druck-Chemie Süd*, hatte korrekt mit der BWB kooperiert und erhielt deshalb eine reduzierte Geldbuße.

2. Sachverhalt

Im Anschluss an das Kartellverfahren beantragte die Unternehmensvereinigung *Verband Druck & Medientechnik* beim OLG Wien Einsicht in die Akten des von der BWB betriebenen Gerichtsverfahrens, inklusive der Kronzeugenunterlagen. Der Einsichtsantrag, welcher sich auf § 219 Abs 2 ZPO stützte, zielte darauf ab Beweismittel zur Führung eines zivilrechtlichen Schadenersatzprozesses zusammen zu tragen. Hierzu sei anzumerken, dass § 39 Abs 2 KartG als *lex specialis* bestimmt, dass in die Akten des KG am Verfahren nicht beteiligte Parteien nur mit Zustimmung der Parteien Einsicht nehmen können.⁷⁵⁴ Wenig überraschend verweigerten alle Prozessparteien unter Berufung auf § 39 Abs 2 KartG ihre Zustimmung. Das OLG Wien führte hierzu aus, dass der Gesetzgeber hierbei selbst die Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse der BWB an der Aufdeckung von Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht und dem Interesse Dritter an der Akteneinsicht zur Erleichterung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vorgenommen hat. Dabei wurde jedoch dem Interesse an der Geheimhaltung absoluter Vorrang eingeräumt. Da das OLG Wien im Lichte der *Pfleiderer*-Entscheidung Zweifel hegte, ob die zur Wahrung des Effektivitätsgrundsatzes notwendige Interessensabwägung im Einzelfall mit § 39 Abs 2 KartG vereinbar sei, wandte es sich zur Vorabentscheidung an den EuGH. Die Frage lautete im Wesentlichen, ob das Unionsrecht, insbesondere im Hinblick auf das Urteil *Pfleiderer*, einer solchen Bestimmung des § 39 Abs 2 KartG entgegensteht.⁷⁵⁵

3. Urteil des EuGH

Die Kommission hatte ihrem Drang zur Wahrung ihres Kronzeugenprogramms auch in diesem Verfahren wieder Rechnung getragen. So wurde zu Beginn die Zulässigkeit des

⁷⁵⁴ *Bauer/Kitzberger*, Die Verwertung von Kronzeugendokumenten in Schadenersatzprozessen, *ecolex* 2008, 547 (548).

⁷⁵⁵ EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg Rn 5-13.

Vorabentscheidungsverfahren in Frage gestellt, da dieses rein hypothetischen Charakter habe. Der Gerichtshof erteilte der Kommission jedoch ihre gewohnte Abfuhr und erklärte das Verfahren für zulässig.⁷⁵⁶ Die Unionsrichter wiederholen zu Beginn ihrer Entscheidung den Grundsatz des *Pfleiderer*-Urteils, wonach einzelstaatliche Gerichte eine Abwägung der Interessen am Schutz der vorgelegten Informationen und jener am Zugang zu den Dokumenten vorzunehmen haben.⁷⁵⁷

a. Notwendigkeit der Einzelfallabwägung

Die Notwendigkeit dieser Abwägung ergibt sich im Wettbewerbsrecht daraus, dass jede starre Regel – unabhängig ob diese den Zugang pauschal gewährt oder verwehrt – die wirksame Anwendung des Art 101 AEUV beeinträchtigen kann. Verweigert eine Normierung den Zugang zu den Dokumenten des Wettbewerbsverfahrens, ist sie insbesondere dann geeignet das Recht, bei einem Verstoß gegen Art 101 AEUV wirksam Schadenersatz durchzusetzen, zu konterkarieren, wenn es den Betroffenen nur aufgrund der Einsichtnahme möglich ist, über die für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen notwendigen Beweismittel zu verfügen. Gleichzeitig ist aber eine Regel, welche jedem Antragsteller Einsicht in Akten wettbewerbsrechtlicher Verfahren gewährt, weil dieser eine Schadenersatzklage anstrengt, nicht zwingend erforderlich, um das Recht auf Schadenersatz wirksam zu schützen. Denn es ist sehr unwahrscheinlich, dass es der Gesamtheit der Unterlagen bedarf, um die Klage zu stützen. Eine solche Regelung könnte sodann zur Verletzung der Rechte auf Wahrung des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses und des Schutzes personenbezogener Daten der betroffenen Unternehmen führen. Darüber hinaus könnte ein solch pauschaler Zugang ebenso dem öffentlichen Interesse an der Wirksamkeit der Ahndung wettbewerbsrechtlicher Verstöße zuwiderlaufen, da dies Kartellanten von der Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden abhalten könnte. Aus diesen Gründen kann eine Abwägung zwischen den Interessen, die eine Akteneinsicht rechtfertigen, und den Interessen, die deren Verschluss rechtfertigen, von nationalen Gerichten nur im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des jeweiligen Sachverhalts erfolgen.⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg Rn 14-19.

⁷⁵⁷ EuGH, 14.06.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161 Rn 30.

⁷⁵⁸ EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg Rn 29-34.

b. Keine systematische Abwägung gestattet

Die Abwägung hat zwar nach nationalem Recht zu erfolgen. Jedoch darf dieses nicht so ausgestaltet sein, dass den Gerichten jede Möglichkeit zur Abwägung im Einzelfall ausgeschlossen wird. Eine Normierung wie § 39 Abs 2 KartG, welche bestimmt, dass die Einsicht nur dann zu gewähren ist, wenn sich keine Verfahrenspartei dagegen widersetzt, gibt den Gerichten keine Möglichkeit zu einer solchen Abwägung. Ferner können sich die Parteien der Akteneinsicht widersetzen ohne Gründe anführen zu müssen. Dieser Umstand birgt vor allem, wenn Informationen betroffen sind, deren Veröffentlichung den Parteiinteressen entgegenstehen, die Gefahr, dass eine Einsicht systematisch abgelehnt wird. Da somit den Interessen der Geschädigten – für die der Zugang möglicherweise die einzige Möglichkeit ist, Beweise für eine Schadenersatzklage zu erlangen – nicht Rechnung getragen wird, ist die Regelung des § 39 Abs 2 KartG geeignet, die Geltendmachung des unionsrechtlich garantierten Schadenersatzanspruchs übermäßig zu erschweren. Die Anwendung einer solchen Vorschrift kann auch nicht durch die Argumentation, dass diese notwendig seien, um die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen zu erhalten, gerechtfertigt werden.⁷⁵⁹

c. Einsicht soweit erforderlich

Vom EuGH wird allerdings anerkannt, dass Kronzeugenprogramme nützliche Instrumente sind, um Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht effizient aufzudecken und abzustellen. Dadurch dienen solche Programme einer wirksamen Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln. Ebenso erfolgte das Zugeständnis, dass die Wirksamkeit von Kronzeugenregelungen durch die Offenlegung der Dokumente eines solchen Verfahrens an potentielle Schadenersatzkläger beeinträchtigt werden könnte. Dies kann zwar eine Verweigerung der Einsicht in bestimmte Dokumente rechtfertigen, nicht jedoch eine systematische Verweigerung des Zugangs. Zur Beurteilung des Falles haben einzelstaatliche Gerichte das Interesse an der Einsichtnahme zum Zweck der Vorbereitung von Schadenersatzklagen zu prüfen und dabei insbesondere darauf zu achten, welche Möglichkeiten dem Geschädigten sonst noch offen stünden. Es gilt dabei das Interesse am Zugang mit dem öffentlichen Interesse und jenem der betroffenen Unternehmen an der Geheimhaltung abzuwägen. In diesem Zusammenhang weisen die

⁷⁵⁹ EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg Rn 35-40.

Unionsrichter ausdrücklich darauf hin, dass die bloße Berufung auf die Gefahr, dass der Zugang zu den für die Begründung dieser Klagen notwendigen Unterlagen die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen beeinträchtigen könnte, eine Verweigerung des Zugangs nicht rechtfertigt. Da eine Verweigerung des Einsichtsrechts in einzelne Dokumente den betreffenden Unternehmen, welchen für ihre Kooperation bereits ein zumindest teilweiser Erlass der Geldbuße gewährt wurde, geeignet ist, sie ihrer Verpflichtung zum Ersatz des Schadens zu entziehen, sind für jedes Dokument, wozu der Zugang verweigert wird, zwingende Gründe für den Schutz des geltend gemachten Interesses zu verlangen. Zu rechtfertigen ist die Nichtweitergabe eines Schriftstückes nur dann, wenn die Gefahr besteht, dass es konkret die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme beeinträchtigen könnte. Der Grundsatz der Effektivität steht somit einer systematischen Verweigerung der Einsichtnahme entgegen.⁷⁶⁰

4. Reichweite des Urteils

Im Hinblick auf die in der *Pfleiderer*-Entscheidung judizierte einzelfallbezogene Interessensabwägung wurde wenig überraschend festgestellt, dass jede starre Regelung über den Zugang zur Akte des Kartellverfahrens geeignet ist, die wirksame Anwendung des unionsweiten Wettbewerbsrechts zu beeinträchtigen. Denn die Verweigerung der Dokumenteneinsicht kann, insbesondere wenn Geschädigte keine andere Möglichkeit haben die zur Vorbereitung einer Schadenersatzklage notwendigen Beweise zu erlangen, dem unionsrechtlich garantierten Anspruch auf Ersatz des durch die Kartelltätigkeit erlittenen Schadens empfindlich entgegenstehen. Die daraus resultierende Erschwerung der Anspruchsdurchsetzung ist wiederum nicht mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar. Wie schon in zahlreichen Judikaten zuvor, wurde auch in diesem Fall von einem europäischen Gericht der Kronzeugen-Argumentation eine Abfuhr erteilt. So wurde klargestellt, dass die bloße Berufung auf die Gefahr, dass der Zugang zu freiwillig offengelegten Unterlagen die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen beeinträchtigen könnte, eine Verweigerung des Zugangs nicht rechtfertigt. Da jede Verweigerung der Einsicht dazu geeignet ist, das Recht auf Schadenersatz wirksam durchsetzen zu können, ist vielmehr für jedes Dokument, zu dem der Zugang verwehrt wird, eine Begründung erforderlich. Mit Spannung bleibt

⁷⁶⁰ EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg Rn 41-50.

jedenfalls abzuwarten, zu welcher Entscheidung sich die österreichischen Gerichte im *Donau Chemie*-Fall letztlich durchringen.

a. Konkrete und individuelle Prüfung erforderlich?

Dennoch anerkennt der EuGH, dass ein vollständiger Zugang zur Verfahrensakte, und somit auch zu den Kronzeugenunterlagen, der Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen, und somit einem wesentlichen Standbein der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung, entgegenstehen könnte. Dementsprechend kann die vom Gericht durchzuführende Interessensabwägung zu keinem Ergebnis kommen, welches den Zugang zur Gesamtheit der Dokumente gewährt. Vielmehr sind ebenso alle für den Sachverhalt maßgeblichen sonstigen zur Verfügung stehenden Informationsquellen zu berücksichtigen und auf Grundlage dessen ist ein selektiver Zugang zu gewähren. Hierbei ist einerseits zu prüfen, ob ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme besteht, dies hinreichend dargelegt wurde und welche Informationen aus dem rechtskräftigen Urteil des KG sowie dem Geschädigten bereits vorliegende Unterlagen, wie sachverhaltsbezogene Rechnungen und Verträge, hervorgehen.⁷⁶¹ Daraus ergeben sich letztlich das Interesse und der notwendige Umfang der Akteneinsicht des Kartellgeschädigten zur Stützung der Schadenersatzklage.

Andererseits ist in der Verfahrensakte zu prüfen, welche Teile davon zum Schutz von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen⁷⁶² nicht zugänglich gemacht werden dürfen.⁷⁶³ Des Weiteren ist das öffentliche Interesse an der Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen zu berücksichtigen.⁷⁶⁴ Da nach einem Großteil der Lehre die Offenlegung von Kronzeugendokumenten sowie Unterlagen, die außerhalb von Kronzeugenprogrammen freiwillig vorgelegt wurden, konkret geeignet ist, die Kooperationswilligkeit von Kartellanten künftig erheblich zu mindern, dürfte dieses Geheimhaltungsinteresse der Öffentlichkeit ein sehr großes sein.⁷⁶⁵ Jedenfalls aber muss die Beeinträchtigung des

⁷⁶¹ *Urlesberger/Ditz*, EuGH kippt österreichische Regelung über die Akteneinsicht im Kartellverfahren, ÖZK 2013, 135 (138).

⁷⁶² *Ablasser-Neuhuber/Neumayr*, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Kartellsachen (Teil I), *ecolex* 2011, 103 (103).

⁷⁶³ *Polster/Hammerschmid*, Aktenzugang im österreichischen Kartellverfahren nach der Entscheidung *Donau Chemie*, ÖZK 2013, 140 (143).

⁷⁶⁴ *Thalhammer/Wartinger*, Die Möglichkeit zur Akteneinsicht in kartellgerichtliche Verfahrensakten im Spannungsverhältnis zwischen Public und Private Enforcement, ÖZK 2013, 143 (145).

⁷⁶⁵ *Kapp*, EuGH: Österreichische Regelung zum Ausschluss der Akteneinsicht Kartellgeschädigter nicht mit EU-Recht vereinbar, BB 2013, 1551 (1555); *Polster/Hammerschmid*, Aktenzugang im österreichischen

Interesses absehbar und nicht rein hypothetisch sein. Auch wenn diese Kronzeugen-Argumentation alleine die Verwehrung der Einsicht nicht rechtfertigt, ist der Zugang zur Akte des Kartellverfahrens ohnehin nur bis zu jenem Punkt zu gewähren, soweit es dem Zweck der Vorbereitung einer Schadenersatzklage dient. Diesem Zweck kann schon Rechnung getragen werden, wenn dem Geschädigten Einsichtnahme in jene Aktenteile gewährt wird, in denen sich das jeweils freiwillig offenlegende Unternehmen nicht gerade selbst belastet. Um das Recht auf Zugang in noch geringerem Umfang zu beschränken und das jeweilige Dokument nicht gänzlich unzugänglich zu machen, kommt freilich auch eine Schwärzung von Textstellen in Frage. Nicht vergessen werden darf dabei, dass jede Verweigerung der Einsicht hinreichend konkret zu begründen ist. Der nicht unbeträchtliche Aufwand der hierzu erforderlichen konkreten und individuellen Prüfung obliegt dem nationalen Gericht. Diesbezüglich lässt sich eine gewisse Analogie zum Einsichtsrecht in Dokumente der Unionsorgane herstellen, da in beiden Fällen ein Recht Dritter auf Dokumentenzugang besteht, welches nur in Ausnahmefällen beschränkt werden kann.⁷⁶⁶ Auch *Hempel* argumentiert, dass die gegenständliche Rechtsprechung zwar keine direkte Auswirkung auf die Einsichtnahme in Akten der Kommission hat, dennoch aber auf eine gewisse Konvergenz mit der antragstellerfreundlichen Rechtsprechung über den Dokumentenzugang nach der Transparenzverordnung hinweist.⁷⁶⁷ Da es nunmehr die Pflicht der einzelstaatlichen Gerichte ist eine solche Prüfung der Verfahrensakte vorzunehmen, steht dem der zu tätige Aufwand nur dann entgegen, wenn dieser sogar die ordnungsgemäße Funktion des jeweiligen Gerichts beeinträchtigt.

b. Einheitlicher Prüfungsmaßstab

Die Entscheidung der Unionsrichter in der Rs *Pfleiderer* wurde vielfach hinsichtlich darin nicht behandelte aber dennoch essentieller Fragen thematisiert.⁷⁶⁸ In der gegenständlichen Rs wurde nun die Frage, wie die einzelfallbezogene

Kartellverfahren nach der Entscheidung *Donau Chemie*, ÖZK 2013, 140 (142); *Richter*, Akteneinsicht in Kartellsachen: Abwägung widerstreitender Interessen durch Gesetzgeber oder Richter?, ZfRV 2013, 196 (201); *Urlesberger/Ditz*, EuGH kippt österreichische Regelung über die Akteneinsicht im Kartellverfahren, ÖZK 2013, 135 (139).

⁷⁶⁶ Näheres dazu unter Kapitel V. H. Allgemeine Rechtsprechung zum Einsichtsrecht in Dokumente der Unionsorgane.

⁷⁶⁷ *Hempel*, Kartellrecht: Akteneinsicht durch Schadensersatzkläger – *Donau Chemie*, EuZW 2013, 586 (590).

⁷⁶⁸ *Richter*, Akteneinsicht in Kartellrechtssachen: Abwägung widerstreitender Interessen durch Gesetzgeber oder Richter?, ZfRV 2013, 196 (199); *Mäger/Zimmer/Milde*, Chance vertan? – Zur Akteneinsicht in Kartellakten nach dem *Pfleiderer*-Urteil des EuGH, WuW 2011, 935 (941).

Interessensabwägung zur Akteneinsicht auszusehen hat, beantwortet. Dennoch ist diese nicht gänzlich zufriedenstellend ausgefallen. Grundlegend wird damit einzelstaatlichen Normierungen, welche den Zugang zu Kronzeugenunterlagen systematisch gewähren oder verweigern, eine Abfuhr erteilt. Damit werden nationale Regelungen zur Akteneinsicht in Kartellrechtsfällen der Anforderung gerecht, die Erlangung des unionsrechtlich garantierten Anspruchs auf Schadenersatz der Geschädigten nicht übermäßig zu erschweren oder unmöglich zu machen. Vom EuGH wurde völlig zu Recht erkannt, dass eine dem entgegenstehende Regelung der wirksamen Durchsetzung des Private Enforcement abträglich wäre. Ebenso, dass ein pauschaler Zugang Dritter zu Akten des Kartellverfahrens der Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen entscheidend entgegenstehen würde und somit die Aufdeckungsrate von Wettbewerbsverstößen empfindlich verringern könnte.

Grundsätzlich handelt es sich bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen um ein rechtspolitisches Problem, dessen Lösung nicht im Aufgabenbereich des EuGH, sondern in dem des Unionsgesetzgebers liegt. Die Vorgabe gesetzgeberischer Parameter zur Interessensabwägung auf Unionsebene wäre deshalb zu begrüßen.⁷⁶⁹ Vielmehr ist das Tätigwerden des europäischen Gesetzgebers längst überfällig, um Rechtssicherheit zu schaffen, Forum Shopping zu unterbinden und die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen auf hohem Niveau zu erhalten. Derartige Regelungen müssen jedoch den Spagat schaffen, um einerseits hinreichend abstrakt zu sein, damit eine sachgerechte Einzelfallabwägung weiterhin möglich ist und andererseits hinreichend bestimmt sein, um die Rechtssicherheit auf ein verträgliches Maß zu erhöhen.⁷⁷⁰

c. Es hagelt weiterhin Kritik

Auch wenn die Unionsrichter die Aufgabe des Gesetzgebers nicht übernehmen können, geraten sie abermals unter Kritik.⁷⁷¹ Die Interessensabwägung wurde nun zwar näher konkretisiert, es wäre dem EuGH jedoch durchaus möglich gewesen den hierbei anzuwendenden Maßstab näher zu skizzieren. Warum es nicht nur hier, sondern auch in

⁷⁶⁹ Pauer, Anmerkung zur Donau Chemie Entscheidung des EuGH (Rs C-536/11), ÖZK 2013, 151 (153).

⁷⁷⁰ Dworschak/Maritzen, Einsicht – der erste Schritt zur Besserung? Zur Akteneinsicht in Kronzeugendokumente nach dem Donau Chemie-Urteil des EuGH, WuW 2013, 829 (840); Werdnik, Neues zu Schadenersatzklagen wegen Kartellrechtsverstoß: EuGH setzt Rechtsprechungslinie in Sachen Pfeleiderer fort – Richtlinienvorschlag für Schadenersatzklagen, SWK 2013, 1004 (1007).

⁷⁷¹ Richter, Akteneinsicht in Kartellsachen: Abwägung widerstreitender Interessen durch Gesetzgeber oder Richter?, ZfRV 2013, 196 (199 f).

vielen anderen Fällen, eine ganze Reihe von Entscheidungen benötigt, bis eine unklare Rechtslage hinreichend genau präzisiert wird, ist angesichts der dadurch entstehenden Rechtsunsicherheit sowie der Vervielfachung des Verwaltungsaufwandes unverständlich. Weiterhin ist die Gefahr einer uneinheitlichen Praxis zur Offenlegung von Kronzeugendokumenten omnipräsent.⁷⁷² Ferner ist die Notwendigkeit den Zugang zu Kronzeugenunterlagen nicht generell zu untersagen, angesichts der Bedrohung für die öffentlich-rechtliche Kartellrechtsdurchsetzung, für einen Teil der Lehre unergründlich. Generalanwalt *Jääskinen* hätte interessanterweise eine absolute Beschränkung der Akteneinsicht in Kronzeugendokumente für angemessen erachtet. Ferner war nach seiner Ansicht die Normierung des Art 39 Abs 2 KartG mit dem Unionsrecht vereinbar, sofern andere Möglichkeiten zur Beschaffung der für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs notwendigen Beweismittel bestehen.⁷⁷³

M. Disclosure nach dem Richtlinienentwurf zum Private Enforcement

Nur fünf Tage nach dem *Donau Chemie*-Urteil veröffentlichte die Kommission ihren Richtlinienentwurf zum Private Enforcement.⁷⁷⁴ Zwar wurde von der Kommission verlautbart, dass die jüngste Rechtsprechung des EuGH Einfluss auf den Entwurf genommen hat. Jedoch darf dies schon einzig aufgrund des zeitlich sehr geringen Abstandes angezweifelt werden. Unter Art 5 bis 8 des Kommissionsvorschlags finden sich die angedachten Bestimmungen zur Offenlegung von Beweismitteln zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen infolge wettbewerbsrechtlicher Zuwiderhandlungen.⁷⁷⁵ Es bleibt insbesondere zu untersuchen, ob diese Regelungsvorschläge der nunmehrigen Judikatur gerecht werden. Seit 17.04.2014 liegt

⁷⁷² *Hummer/Leitner*, Was der EuGH in der Rs Donau Chemie verabsäumt hat..., ÖZK 2013, 147 (148 f).

⁷⁷³ Schlussanträge des Generalanwalts *Jääskinen* zu EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg Rn 37 und 55; *Hummer/Leitner*, Was der EuGH in der Rs Donau Chemie verabsäumt hat..., ÖZK 2013, 147 (148); *Rittenauer*, Akteneinsicht für Kartellgeschädigte – EuGH kippt österreichische Regelung, *ecolex* 2013, 645 (646).

⁷⁷⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, KOM(2013) 404 endg vom 11.06.2013.

⁷⁷⁵ Zum übrigen Teil des Richtlinienentwurfs siehe Kapitel IV. B. 5. Richtlinienentwurf zum Private Enforcement.

darüber hinaus der vom Parlament in der ersten Lesung des Gesetzgebungsverfahrens angenommene Text der Richtlinie vor.⁷⁷⁶

1. Offenlegungspflicht von Parteien und Dritten

Die vorgeschlagenen Normierungen in Art 5 des Entwurfs der Kommission sehen, wie jene zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums⁷⁷⁷, eine Verpflichtung von Beklagten und Dritten zur Offenlegung bestimmter Beweismittel vor. Nicht nur der Kläger, sondern ebenso der Beklagte und sohin der Kartellant, ist anspruchsberechtigt. Denn dieser kann vor allem für den Einwand der Passing-on-Defense auf, in Besitz des Klägers oder Dritten befindliche, Beweismittel angewiesen sein.⁷⁷⁸ Aus dem Text der Kommission geht nicht unmittelbar hervor, ob mit „Dritte“ ebenso Wettbewerbsbehörden umfasst sind und somit auch diese zur Offenlegung verpflichtet werden können.⁷⁷⁹ Die Änderungen des Parlaments stellen jedoch klar, dass dem so ist. Denn die Mitgliedstaaten sollen künftig gewährleisten, dass die zuständigen Gerichte einen Antrag auf Offenlegung bei der nationalen Wettbewerbsbehörde stellen, wenn der Beklagte die angeforderten Beweise nicht zur Verfügung stellt. Darüber hinaus behandelt Art 6 des Parlamentsentwurfs nun die Offenlegung von Beweismitteln in Akten einer Wettbewerbsbehörde.⁷⁸⁰

Zur Gewährung der Einsichtnahme sind nach dem Vorschlag der Kommission vom Kläger alle mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Beweise einem nationalen Gericht zur Untermauerung des Verdachts, dass dieser durch eine Zuwiderhandlung des Beklagten gegen das Wettbewerbsrecht Schaden erlitten hat und die Offenlegung zweckmäßig ist, vorzulegen. Dieser grundsätzliche Offenlegungsanspruch soll nicht nur Aktenbestandteile der Wettbewerbsbehörden, sondern vielmehr alle Gegenstände, die

⁷⁷⁶ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

⁷⁷⁷ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl 2004 L 195, 16.

⁷⁷⁸ Gussone, Private Kartellrechtsdurchsetzung, WuW 2013, 1040 (1043).

⁷⁷⁹ Steiner, Der neue RL-Vorschlag der Kommission zum Private Enforcement, ecolex 2013, 1000 (1002).

⁷⁸⁰ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

Informationen enthalten, umfassen. Die Änderungen durch das Parlament in der Fassung nach der ersten Lesung sehen zum Entwurf der Kommission vor, dass der Kläger die für ihn mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Beweismitteln und Tatsachen zum Nachweis des Anspruchs in einer fundierten Begründung vorzulegen hat, um Zugang zu den für das Schadenersatzklageverfahren relevanten Aktenteilen zu erhalten. Relevant sind demnach jene Dokumente, die zur Bewertung des Schadens, unter Berücksichtigung der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen, erforderlich sind. Nach Art 5 Abs 2 hat künftig gewährleistet zu werden, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte die Offenlegung von bestimmten Beweisstücken oder einschlägigen Arten von Beweismitteln anordnen können, welche so genau abgegrenzt sind, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen, die für den Antrag auf Offenlegung notwendigerweise fundierte Begründung bereits vorliegen müssen, möglich ist.⁷⁸¹ Damit erfolgte eine Anpassung des Kommissionsentwurfs an die jüngste Rechtsprechung und lässt eine Offenlegung nur in beschränktem Maße zu.

Diese Schranken des Zugangsrechts manifestieren sich vor allem darin, dass das Gericht im Rahmen einer Interessensabwägung zu entscheiden hat, ob die Offenlegung verhältnismäßig ist. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung umfasst insbesondere eine Prüfung inwieweit der Einsichtsanspruch durch zugängliche Tatsachen und Beweismittel, welche eine Offenlegung rechtfertigen, gestützt wird, des Umfangs und der Kosten der Offenlegung, ob die offenzulegenden Beweismittel vertrauliche Informationen enthalten und wie der Schutz solcher Informationen geregelt ist. Ebenso hat das zuständige Gericht Beklagten oder Dritten, von denen die Einsicht begehrt wird, vor dessen Anordnung die Gelegenheit zur Anhörung zu geben. Grundlegend wird sichergestellt, dass der Zugang zu Aktenbestandteilen, deren Offenlegung für die Fundierung der Schadenersatzklage sachdienlich erscheint und die vertrauliche Informationen enthalten, durch die mitgliedstaatlichen Gerichte erlaubt sein muss. Gleichzeitig hat jedoch sichergestellt zu werden, dass vertrauliche Informationen, deren Offenlegung für die Klagsführung nicht erforderlich ist, wirksam geschützt werden. Für Schadenersatzkläger ergeben sich durch diese Normierungen, welche sich offenkundig an der Rs *Donau Chemie*⁷⁸² orientieren, letztlich wesentliche Erleichterungen des bestehenden

⁷⁸¹ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

⁷⁸² EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg.

Beweisproblems, ohne sich zu weit von anerkannten zivilprozessualen Grundsätzen zu entfernen.

2. Absolute Beschränkung des Dokumentenzugangs

Art 6 und 7 des Richtlinienentwurfs der Kommission sehen hingegen eine starke Beschränkung des Zugangs zu kartellbehördlichen Akten vor. Einzelstaatliche Gerichte sollen demnach bestimmte Beweismittelkategorien zu keinem Zeitpunkt zur Offenlegung anordnen können. Unter diese absolute Zugangsbeschränkung fallen nach Art 6 Abs 1 des Vorschlags insbesondere Unternehmenserklärungen von Kronzeugen und Vergleichsausführungen. Zur Vervollständigung dieses absoluten Schutzgebotes sieht Art 7 Abs 1 des Entwurfs ein Verwertungsverbot derartiger Dokumente für Schadenersatzklagen vor. Demnach dürfen diese Beweismittel selbst dann nicht herangezogen werden, wenn sie allein durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde gemäß Art 27 VO 1/2003 oder einer vergleichbaren nationalen Regelung erlangt wurden. Von der Kommission wird dieser absolute Ausschluss von Beweisen abermals mit der Beeinträchtigung der Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen begründet.⁷⁸³ Nicht ersichtlich ist dabei, ob nur der Erstbeitrag des Kronzeugen absolut schützenswert ist oder ob ebenso später abgegebene Erklärungen umfasst werden.

Jedenfalls aber stehen derartige absolute Verwertungs- und Offenlegungsverbote entgegen der jüngsten Rechtsprechung des EuGH, worin ausdrücklich betont wurde, dass ein Ausschluss vom Einsichtsrecht in derartige Dokumente nur durch eine einzelfallbezogene Interessensabwägung erfolgen kann und begünstigt ferner einseitig die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung.⁷⁸⁴ Darüber hinaus würde dies abermals eine starre Regelung hinsichtlich des Zugangs zu Beweismitteln bei Verstößen gegen Art 101 AEUV darstellen. Doch gerade einer solchen Normierung attestierten die Unionsrichter die wirksame Anwendung des europäischen Kartellverbots beeinträchtigen

⁷⁸³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, KOM(2013) 404 endg vom 11.06.2013, 17.

⁷⁸⁴ *Schuhmacher*, Schadenersatzklagen im Wettbewerbsrecht – der Richtlinienvorschlag der Kommission, *ecolex* 2014, 193 (194).

zu können.⁷⁸⁵ Da, wie nun definitiv klargestellt wurde, das Interesse von Unternehmen, Schadenersatzklagen aufgrund von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht zu unterbinden, kein schutzwürdiges Interesse darstellt, sind sogar für jedes einzelne Dokument, in das die Einsicht verweigert wird, zwingende Rechtfertigungsgründe zu nennen.⁷⁸⁶

Diese Umstände wurden vom Parlament im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens erkannt und in Art 6 entsprechend bereinigt.⁷⁸⁷ So sieht die nunmehrige Entwurfsfassung nach der ersten Lesung vor, dass einzelstaatliche Gerichte bei der Anordnung der Offenlegung von wettbewerbsbehördlichen Unterlagen eine erweiterte Verhältnismäßigkeitsprüfung anzustellen haben. Diese umfasst die Prüfung, ob der Einsichts Antrag eigens Bezug zu Art, Gegenstand oder Inhalt der betreffenden Dokumente nimmt und somit spezifisch auf die begehrten Unterlagen formuliert wurde. Zusätzlich muss sichergestellt werden, dass die Einsichtnahme im Rahmen einer Schadenersatzklage vor einem mitgliedstaatlichen Gericht gestellt wurde. Dabei ist stets das Interesse an einer wirksamen behördlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu berücksichtigen. Um dies sicherzustellen, kann die Offenlegung nur dann angeordnet werden, wenn das wettbewerbsbehördliche Verfahren bereits in irgendeiner Weise eingestellt worden ist. Einsicht kann nach Abschluss des Kartellverfahrens in Informationen gewährt werden, die von natürlichen oder juristischen Personen eigens für das kartellbehördliche Verfahren erstellt wurden, solche, die von der Wettbewerbsbehörde während des Verfahrens erstellt und an die Parteien übermittelt wurden sowie zurückgezogene Angebote zur Streitbeilegung. Jedenfalls aber dürfen all diese Arten von Beweismitteln nur insoweit offengelegt werden, soweit dies für die Klagsführung unbedingt notwendig ist. Um folgenschwere Fehlentscheidungen zu unterbinden, müssen ebenso Wettbewerbsbehörden oder interessierte Kreise, die im Besitz relevanter Informationen sind, vor deren Offenlegung angehört werden.

⁷⁸⁵ EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg Rn 31.

⁷⁸⁶ Näheres dazu unter V. L. Die Rechtssache *Donau Chemie*.

⁷⁸⁷ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

Absolut verwehrt wird überraschend in Art 6 Abs 6 des Parlamentsentwurfs⁷⁸⁸ der Zugang zu Unternehmenserklärungen der Kronzeugen und Vergleichsausführungen, egal in welcher Form diese vorliegen. Abs 7 sieht darüber hinaus vor, dass das Gericht selbst Einsicht in diese Unterlagen nehmen kann, um zu überprüfen, ob es sich dabei tatsächlich ausschließlich um Unternehmenserklärungen oder Vergleichsausführungen handelt. Alle übrigen Teile sind nach den einschlägigen Offenlegungsbestimmungen freizugeben. Ob diese Normierung mit der Judikatur des EuGH vereinbar ist, kann kontrovers diskutiert werden. Zum einen steht der Grundsatz der Effektivität einer systematischen Verweigerung der Einsichtnahme in bestimmte Arten von Beweismitteln entgegen.⁷⁸⁹ Auf der anderen Seite ist indes die Nichtweitergabe eines Schriftstückes zu rechtfertigen, wenn die Gefahr besteht, dass es konkret die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme beeinträchtigen könnte. Doch im Ausnahmefall könnte sich der Schaden nur durch Teile der Unternehmenserklärung oder des getroffenen Vergleichs ausreichend nachweisen lassen und dann müsste zumindest der Zugang zu jenen, für die Untermauerung der Schadenersatzklage notwendigen, Passagen gewährt werden. Vor allem wird sich der Kronzeuge nicht in allen Teilen dieser Unterlagen selbst belasten.

3. Temporäre Beschränkung des Dokumentenzugangs

Art 6 Abs 2 und Art 7 Abs 2 des Kommissionsvorschlags sehen einen temporären Schutz vor, wonach Informationen, welche von einer natürlichen oder juristischen Person eigens für das Wettbewerbsverfahren erstellt wurden und solche, die von einer Wettbewerbsbehörde im Laufe des Verfahrens erstellt wurden, erst dann zum Zwecke von Schadenersatzklagen offengelegt werden, wenn eine Wettbewerbsbehörde das Verfahren eingestellt hat oder eine Entscheidung nach Art 5 VO 1/2003 erlassen wurde. Ferner unterliegen diese Unterlagen bis zum Eintreten eines dieser Umstände wieder einem Verwertungsverbot für, aus dem wettbewerbsrechtlichen Verstoß entspringende, Schadenersatzverfahren. Mit dieser Bestimmung soll insbesondere verhindert werden, dass durch die Offenlegung das behördliche Durchsetzungsverfahren behindert wird. Die

⁷⁸⁸ Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014.

⁷⁸⁹ EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg Rn 41-50.

Kommission führt hierzu in ihren Erwägungsgründen an, dass das Wissen, über welche Informationen die Behörde verfügt, dazu genutzt werden könnte, deren Untersuchungsstrategie zu durchkreuzen. Aus diesem Grund sind von der temporären Offenlegungsbeschränkung ebenfalls die Mitteilung der Beschwerdepunkte und das behördliche Auskunftsverlangen sowie deren Antworten umfasst.⁷⁹⁰ Übrige Unterlagen in den Akten der Behörden, welche nicht unter eine dieser beschränkten Beweismittelkategorien fallen, können nach Art 6 Abs 3 des Kommissionsvorschlags zur Vorbereitung von Schadenersatzklagen jederzeit offengelegt werden.⁷⁹¹ Da mit Verfahrensbeendigung der temporäre Schutz erlischt, steht diese Regelung der überwiegenden Anzahl an Schadenersatzklagen, den Follow-on-Klagen, nicht entgegen. Die von der Kommission in Art 7 des Entwurfs angedachten Beschränkungen für die Verwendung von einzig durch die Einsichtnahme in Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangten Beweise wurden im Standpunkt des Parlaments gänzlich gestrichen.⁷⁹²

4. Sanktionsmöglichkeiten

Art 8 des Kommissionsentwurfs sieht vor, dass Mitgliedstaaten sicherstellen, dass deren Gerichte bei Verstößen gegen die Offenlegungspflicht wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen gegen die Parteien, Dritte und ihre rechtlichen Vertreter verhängen können. Neben der Nichtbefolgung einer gerichtlichen Offenlegungsanordnung oder der Verweigerung der angeordneten Offenlegung ist ebenso die Vernichtung relevanter Beweismittel sowie die Unterlassung oder Verweigerung der Verpflichtungen zum Schutz vertraulicher Informationen und der Missbrauch dieser Offenlegungsrechte zu sanktionieren. Die Kommission sieht des Weiteren vor, dass als Sanktionsmaßnahme für ungebührliches Parteiverhalten in einem Schadenersatzverfahren nachteilige Schlussfolgerungen gezogen werden oder die jeweilige Partei zur Kostentragung verpflichtet wird. Das Parlament folgte dieser

⁷⁹⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, KOM(2013) 404 endg vom 11.06.2013, 17.

⁷⁹¹ Pustlausk, Europa rüstet auf gegen Kartelle: Der neue Richtlinienvorschlag zur Durchsetzung privater Schadenersatzklagen, EWeRK 2013, 301 (302).

⁷⁹² Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/185(COD) vom 04.02.2014, Änderungsantrag 20.

Möglichkeit der nachteiligen Auslegung jedoch nicht. Änderungsantrag Nr 25⁷⁹³ sieht stattdessen richtigerweise für die Nichtbefolgung oder Verweigerung einer gerichtlichen Offenlegungsanordnung oder einer Anordnung zum Schutz vertraulicher Informationen vor, dass Sanktionen verhängt werden, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind.

5. Bewertung

Letztlich sind Sanktionsmöglichkeiten bei der Vernichtung von Beweisen oder bei Verweigerung gerichtlicher Anordnungen zu begrüßen und als sinnvoll zu erachten, da dieses Verhalten sowohl der privaten als auch der öffentlich-rechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung entgegensteht. Ebenso ist eine Offenlegungspflicht zweckdienlich und unumgänglich, um die Beweisproblematik zu entschärfen. Wie die bereits getätigten Änderungen des Parlaments im laufenden Gesetzgebungsverfahren zeigen, waren nicht alle Vorschläge der Kommission zur Beschränkung der Offenlegungspflicht zielführend sowie partiell schon zum jetzigen Zeitpunkt nicht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung.⁷⁹⁴ Doch ebenso der nunmehrige Standpunkt des Parlaments wird auf Kritik stoßen. Denn ein Teil der Lehre sieht beispielsweise die Beschränkung der gesamtschuldnerischen Haftung⁷⁹⁵ sowie das weitgehende Zugangsrecht zu Beweismitteln als systemwidrige Fremdkörper in der europäischen Rechtstradition an. Darüber hinaus ist die absolute Beschränkung der Einsicht in Unternehmenserklärungen von Kronzeugen und Vergleichsausführungen nicht mit dem Standpunkt des EuGH in der Rs *Donau Chemie* vereinbar, da in Grenzfällen die Notwendigkeit der Offenlegung einer – durchaus teilweise geschwärzten Version – denkbar ist. Klar ersichtlich ist dennoch, dass diese neuen Regelungen die Position privater Kläger wesentlich stärkt, wodurch die Anzahl von Schadenersatzklagen aufgrund von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht zunehmen wird.

Die noch vorzunehmenden Änderungen an der nun vorliegenden Version der Richtlinie werden sich in Grenzen halten, da die Zustimmung des Rates als sicher gilt. Mit der

⁷⁹³ Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/185(COD) vom 04.02.2014.

⁷⁹⁴ *Schuhmacher*, Schadenersatzklagen im Wettbewerbsrecht – der Richtlinienvorschlag der Kommission, *ecolex* 2014, 193 (195).

⁷⁹⁵ Näheres dazu unter Kapitel IV. B. 5. c. iii. Solidarische Haftung.

endgültigen Verabschiedung sowie der anschließenden Veröffentlichung im Amtsblatt ist noch im Herbst 2014 zu rechnen. Die Mitgliedstaaten haben anschließend zwei Jahre Zeit, um die neuen Normierungen auf nationaler Ebene umzusetzen.⁷⁹⁶

N. Disclosure im österreichischen Kartellrecht

Das österreichische Zivilrecht sieht unter § 219 Abs 2 ZPO grundsätzlich vor, dass mit Zustimmung beider Prozessparteien auch Dritte in die bei Gericht befindliche Akte Einsicht nehmen sowie Abschriften und Ausdrucke erhalten können, soweit dem nicht überwiegende berechnigte Interessen eines anderen oder der Öffentlichkeit iSd § 26 Abs 2 erster Satz DSG 2000 entgegenstehen. Für den Fall, dass eine solche Zustimmung der Parteien nicht erfolgt, steht einem Dritten der Zugang insoweit zu, als er ein rechtliches Interesse glaubhaft macht. Nach dieser allgemeingültigen Verfahrensregel hat ein Gericht zwischen dem Interesse des Betroffenen am Verschluss und dem Offenlegungsinteresse eines Dritten abzuwägen. Das vom Dritten vorgebrachte, rechtliche Interesse muss ein in der Rechtsprechung begründetes und von ihr gebilligtes Interesse sein, welches über das bloße wirtschaftliche Interesse oder ein reines Informationsbedürfnis hinausgeht.⁷⁹⁷ Dementsprechend hat die Einsichtnahme Bedeutung für die rechtlichen Verhältnisse des Dritten zu haben und die Kenntnisnahme des Akteninhaltes hat sich ebenso auf dessen privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Verhältnisse auszuwirken.⁷⁹⁸ Unter diesen Voraussetzungen würde das rechtliche Interesse eines Kartellgeschädigten wohl stets eine Einsichtnahme begründen. Um den Zugang zu Kartellakten, insbesondere darin enthaltenen Kronzeugendokumenten, zu unterbinden, wurde vom Gesetzgeber bisher mit der in § 39 Abs 2 KartG verankerten *lex specialis* für Kartellrechtsfälle keine Möglichkeit des Aktenzugangs für den Fall, dass die Parteien keine Zustimmung erteilen, vorgesehen. Einsichtsbegehren werden von den Schädigern jedoch verständlicherweise kategorisch versagt. Nach der Rechtsprechung in der Rs *Donau Chemie*⁷⁹⁹ ist diese Form der Akteneinsichtsverweigerung bei Zuwiderhandlungen gegen Art 101 AEUV jedoch nicht mehr aufrechtzuerhalten.⁸⁰⁰

⁷⁹⁶ *Steinle*, Kartellschadensersatzrichtlinie – Auf dem Weg zum Sanktions-Overkill? EuZW 2014, 481 (482).

⁷⁹⁷ *Gitschthaler in Rechberger*, Kommentar zur ZPO (2006) § 219 ZPO Rn 3; OGH, 19.09.1995, 4 Ob 553/95, im RIS veröffentlicht.

⁷⁹⁸ OGH, 04.02.1993, 8 Ob 511/93, im RIS veröffentlicht.

⁷⁹⁹ Näheres dazu unter Kapitel V. L. Die Rechtssache *Donau Chemie*.

⁸⁰⁰ *Werdnik*, Neues zu Schadenersatzklagen wegen Kartellrechtsverstoß: EuGH setzt Rechtsprechungslinie in Sachen *Pfleiderer* fort – Richtlinienvorschlag für Schadenersatzklagen, SWK 2013, 1004 (1006).

Wird nun zur Einsichtnahme Kartellgeschädigter in Akten eines Kartellverfahrens § 219 Abs 2 ZPO herangezogen, bedarf es, im Falle einer Verweigerung der Zustimmung der Parteien, einer genaueren Betrachtung der berechtigten Interessen eines anderen sowie der öffentlichen Interessen iSd § 26 Abs 2 erster Satz DSG 2000. Mit berechtigten Interessen anderer werden durch diese Normierung insbesondere der Schutz von personenbezogenen Daten sowie die Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen juristischer Personen angesprochen.⁸⁰¹ Die Generalklausel des § 26 Abs 2 DSG 2000 enthält eine demonstrative Aufzählung von schützenswerten öffentlichen Interessen, wie dem Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtung der Republik Österreich, der Sicherung der Einsatzbereitschaft des Bundesheeres und der Landesverteidigung, dem Schutz wichtiger außenpolitischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Interessen der Republik Österreich oder der EU sowie der Vorbeugung, Verhinderung und Verfolgung von Straftaten. Eine Interessensabwägung, wie vom EuGH in der Rs *Donau Chemie* präzisiert wurde, ist somit durch § 219 Abs 2 ZPO nur begrenzt möglich. Denn sobald der Dokumentenzugang zur Aufrechterhaltung der Effektivität von Kronzeugenprogrammen begrenzt werden soll, findet sich der Anwender der Normierung in den Interessen der Öffentlichkeit wieder. Gleichzeitig ist die öffentlich-rechtliche Kartellrechtsdurchsetzung nicht unter die in § 26 Abs 2 DSG 2000 aufgezählten öffentlichen Interessen zu subsumieren, da diese Regelung auf den Schutz völlig anderer öffentlicher Interessen abzielt. Darüber hinaus findet ebenso, wie von den Unionsrichtern gefordert, die Berücksichtigung sonstiger gegebenenfalls zu Gebote stehenden Möglichkeiten, um Beweismittel zur Vorbereitung einer Schadenersatzklage zu erlangen, keinen Anhaltspunkt in dieser zivilprozessualen Bestimmung.

§ 219 Abs 2 ZPO ist sohin im derzeitigen Wortlaut nicht als Anspruchsgrundlage für die vom EuGH geforderte Interessensabwägung tauglich.⁸⁰² Da dieser Umstand ohnehin ein Tätigwerden des Gesetzgebers erfordert, wäre der Erlass eines neuen § 39 Abs 2 KartG, welcher allen Anforderungen der gegenwärtigen europarechtlichen Judikatur gerecht wird, als zielführend zu erachten. Bis dahin können Kartellgeschädigte ihren Akteneinsichtsanspruch auf die *Donau Chemie*-Entscheidung des EuGH stützen.⁸⁰³ Letztlich ist Österreich nicht das einzige Land mit Nachbesserungsbedarf. Auch deutsche Gerichte haben ihre Rechtsprechungslinie zur Akteneinsicht in

⁸⁰¹ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band 2 (2008) § 219 Rn 3.

⁸⁰² Thalhammer/Wartinger, Die Möglichkeit zur Akteneinsicht in kartellgerichtliche Verfahrensakten im Spannungsverhältnis zwischen Public und Private Enforcement, ÖZK 2013, 143 (146).

⁸⁰³ EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg.

Kartellrechtsfällen erneut zu überdenken, da ebenso die Rechtsauslegungen des Amtsgerichts Bonn⁸⁰⁴ und des OLG Düsseldorf⁸⁰⁵ nicht in vollem Umfang mit diesen Erkenntnissen vereinbar sind.

⁸⁰⁴ Amtsgericht Bonn, 18.01.2012, Az 51 Gs 53/09, *Bundeskartellamt/Pfleiderer*, BeckRS 2011, 15699.

⁸⁰⁵ OLG Düsseldorf, 22.08.2012, Beschluss V-4 Kart 5 + 6/11 (OWi), *Kaffeeröster*, BeckRS 2012, 18635.

VI. DIE ENTTHRONUNG DES KRONZEUGEN?

A. Allianz und Diskrepanz von Public und Private Enforcement

Kartellanten, die ihre wettbewerbsschädigende Tätigkeit einstellen und dabei mit den Wettbewerbsbehörden kooperieren möchten, haben mit dem Antrag, dem davon umfassten Corporate Statement sowie im Zuge des dadurch in Gang gesetzten Verfahrens, alle für die Wettbewerbsbehörde erforderlichen Unterlagen offenzulegen. Diese Offenlegungspflicht umfasst nicht nur Daten der übrigen Kartellmitglieder, sondern ebenfalls das kooperationswillige Unternehmen selbst belastende Informationen und Beweismittel. Das Kronzeugensystem zielt darauf ab, ein kartellrechtswidrig agierendes Unternehmen zur freiwilligen und uneingeschränkten Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde zu bewegen, um den wahren Umfang und die tatsächlichen Auswirkungen des Kartells abschätzen zu können. Durch die Möglichkeit eines Kartellmitgliedes jederzeit aussteigen und die wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung aufliegen lassen zu können, verbreitet unter allen beteiligten Unternehmen ein Klima der Unsicherheit. Als Gegenleistung für die uneingeschränkte und aus freien Stücken erfolgte Zusammenarbeit erhält der Kronzeuge verwaltungsrechtliche Straffreiheit. Sollten dem Erlass der Geldbuße wichtige Gründe entgegenstehen, kann von der Wettbewerbsbehörde zumindest eine wesentliche Reduzierung zuerkannt werden. Da die Kronzeugenregelung nicht nur dem ersten Antragsteller die Möglichkeit eines zumindest teilweisen Bußgelderlasses einräumt, werden ebenso weitere Kartellmitglieder angehalten mit der Wettbewerbsbehörde zu kooperieren. In manchen Fällen kamen erst durch die Beweisvorlage eines weiteren Unternehmens der tatsächliche Umfang des Kartells und der wahre Wille des vermeintlich vollständig kooperierenden Kronzeugen ans Licht. Oftmals wäre es den Wettbewerbsbehörden gar nicht möglich ohne einen Insider das Bestehen eines Kartells nachzuweisen. Häufig bestand nicht einmal der Verdacht, dass auf dem jeweiligen Markt der mit Risiken verbundene Wettbewerb von einer wettbewerbswidrigen Absprache abgelöst wurde. Durch die vom Anreiz des Bußgelderlasses erfolgte Kooperation mit der Behörde erlangt diese somit nicht nur Kenntnis des Verstoßes, sondern darüber hinaus auch eine solche Dichte an Beweisen gegen das Kartell, welche durch amtswegige Ermittlungstätigkeiten meist nicht erreichbar wäre. Letztlich stellt diese Form der öffentlich-rechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung ein kostengünstiges und vor allem wirksames Instrument zur

Aufdeckung, Abstellung und Ahndung von Kartellen und somit zur Wahrung eines wirksamen Wettbewerbs dar.

Von dieser verwaltungsrechtlichen Strafnachsicht unberührt bleiben jedoch grundsätzlich zivilrechtliche Schadenersatzforderungen, welche sich ursächlich aus der wettbewerbswidrigen Tätigkeit der Kartellanten begründen. Während die Höhe der durch das Public Enforcement verhängbaren Geldbuße mit zehn Prozent des Jahresumsatzes begrenzt ist, kann die durch die Zuwiderhandlung verursachte Schadenshöhe ein Vielfaches dessen ausmachen. Für den zugefügten Gesamtschaden haften wiederum alle Kartellmitglieder solidarisch und unabhängig davon, ob sich die Schädigungsabsicht nur auf einen Teil dessen bezog. In den 1990er Jahren war eine aktive Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen wegen Kartellrechtsverletzungen auf Unionsebene praktisch nicht gegeben. Abschreckungswirkung durch die private Kartellrechtsdurchsetzung war im europäischen Raum somit quasi nicht vorhanden. Dank der Rechtsprechung des EuGH wurde jedoch stückweise klargestellt, dass sich der Anspruch auf Ersatz des durch eine wettbewerbswidrige Tätigkeit erlittenen Schadens direkt aus dem Unionsrecht ableitet und jedermann zukommt. Ebenso wurde die Bedeutung des Private Enforcement zur Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs bekräftigt. Wird die Durchsetzung dieses Schadenersatzanspruchs praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert, verletzt dies die garantierten Rechte des Geschädigten. Die Grundsätze der Äquivalenz und Effizienz haben daher stets gewahrt zu bleiben. Durch diese bemerkenswerte Rechtsentwicklung wurden die rechtlichen Rahmenbedingungen einer attraktiven und effektiven privaten Anspruchsdurchsetzung im Kartellrecht wesentlich gestärkt. Als direkte Folge nahm die Bedeutung des Private Enforcement für das unionsweite Wettbewerbsrecht deutlich zu.

Nichtsdestotrotz sehen sich Kartellgeschädigte weiterhin mit erheblichen Problemen konfrontiert. Denn das Bestehen des Schadenersatzanspruchs stellt lediglich eine Seite der Medaille dar – dessen praktische Durchsetzung die andere. Ein der Erlangung der zustehenden Ansprüche entgegenstehendes Faktum stellt die Beweisproblematik dar. Selbst wenn das Bestehen des Kartells von einer Wettbewerbsbehörde oder einem Gericht festgestellt wurde, ist der Nachweis der kausalen Schädigung und der Schadenshöhe mit großen Schwierigkeiten verbunden. Entschärfen lässt sich diese Beweisnot des Kartellgeschädigten durch die Gewährung des Zugangs zur Akte eines abgeschlossenen Kartellverfahrens. Derartige Follow-on-Klagen stellen ohnehin die

häufigste Form der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen im europäischen Raum dar. Heikel ist diese Einsichtnahme jedoch in, von einem am Kartell beteiligten Unternehmen, freiwillig gegenüber der Wettbewerbsbehörde offengelegte Unterlagen. Denn der nun kooperierende Kartellant belastet darin nicht nur andere Unternehmungen, sondern ebenso sich selbst umfassend. Ebendieses Verhalten wird von den Wettbewerbsbehörden durch das Betreiben von Kronzeugenprogrammen auch angestrebt, da eine solche Fülle an Beweisen die Abschätzung der Auswirkungen des Kartells in genauerem Maße ermöglicht. Erhält der Geschädigte Einsicht in diese Akte, insbesondere zu den sich selbst belastenden Teilen der mit der Wettbewerbsbehörde kooperierenden Unternehmen, wäre dies grundsätzlich eines wirksamen Kronzeugenprogramms und somit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung abträglich. Gleichzeitig steht jedenfalls die vollständige Verweigerung des Zugangs zur Verfahrensakte einer wirksamen Durchsetzung der zivilrechtlichen Ansprüche entgegen. Den Interessen der Kronzeugen an der Geheimhaltung der freiwillig offengelegten Unterlagen steht somit der berechnete Anspruch auf Schadenersatz von geschädigten natürlichen oder juristischen Personen gegenüber. Nicht unberücksichtigt bleiben darf jedoch der Umstand, dass Behörden und Dritte vielfach nur durch die freiwillige Offenlegung des Kronzeugen Kenntnis von der Existenz eines Kartells erhalten. Das Bestreben der Geschädigten, Schadenersatzansprüche geltend zu machen, wird somit durch diese Aufdeckungshandlung erst ausgelöst. Erhalten nun Dritte umfassende Einsichtsrechte in die für den Kronzeugenstatus notwendigerweise vorzulegenden Informationen, resultiert daraus womöglich eine völlige Bloßstellung des Kronzeugen im Zivilprozess. Vor allem die meist höhere Beweislast über die Vergehen der Kronzeugen führt dazu, dass sich Geschädigte durch die gesamtschuldnerische Haftung grundsätzlich an diesen schadlos halten. Die Fähigkeit des Kartellgeschädigten, handfeste Beweise hinsichtlich der Schadenssumme und der tatsächlichen Auswirkungen vorzulegen, würde dadurch jedenfalls andere Dimensionen annehmen. Diese Konfrontation des Kartellmitglieds mit den meist sehr hohen Schadenersatzsummen kann dazu führen, dass der Kartellant von der Offenlegung absieht und im *Status quo* verweilt, wodurch die sozialschädigende Verhaltensweise weiterhin aufrechterhalten wird. Unverkennbar ist durch diese Abwägung der widerstreitenden Interessen jedenfalls das Spannungsverhältnis, welches zwischen der öffentlichen und der privaten Kartellrechtsdurchsetzung herrscht.

B. Eine heikle Situation

Private und öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung würden in friedlicher Koexistenz verweilen, sich gegenseitig ergänzen und gemeinsam einen wirksamen Wettbewerb sicherstellen, wenn damit nicht die Disclosure-Problematik einhergehen würde. Es hätte wohl keine Wettbewerbsbehörde triftige Gründe gegen die Einsichtnahme von Kartellgeschädigten in die Verfahrensakte einzuwenden, damit diesen die Vorbereitung einer Schadenersatzklage ermöglicht wird, wenn davon keine Abschreckungswirkung gegenüber potentiellen Kronzeugen ausgehen würde.

1. Dokumentenzugang bei nationalen Wettbewerbsbehörden

Ein Judikat maßgeblicher Brisanz für die gesamte Kartellrechtsdurchsetzung stellt zweifelsfrei die Rs *Pfleiderer* dar. Denn bis zu diesem Zeitpunkt folgten die Mitgliedstaaten bei der Handhabung um Ansuchen auf Akteneinsicht in Kartellverfahrensakten dem Standpunkt der Kommission, wonach jeder Zugang zu Kronzeugendokumenten dem Public Enforcement zuwiderlaufen würde und deshalb zu untersagen sei. Dies trotz der rechtlichen Unverbindlichkeit ihrer Mitteilungen und Leitlinien. So kam es durch Soft Law zu einer zumindest teilweisen Harmonisierung. Kronzeugen konnten sich durch diesen Umstand relativ sicher fühlen, in Schadenersatzprozessen grundsätzlich keine nachteilige Position zu erfahren. Geschädigte wurden mit dieser Regelung jedoch potentiell ihres Rechtes, wirksam Schadenersatzansprüche durchsetzen zu können, beraubt. Des Weiteren wurde mit dieser Rechtsprechung klargestellt, dass es keine entsprechende Regelung zur Einsicht in einzelstaatliche Kartellverfahrensakten im Unionsrecht gibt. Die Normierung fällt somit vollständig in den Regelungsbereich der einzelnen Mitgliedstaaten. Allerdings wurde an die einzelstaatlichen Gesetzgeber die Anforderung gestellt, dass dabei eine Abwägung der Interessen des Kronzeugen an der Geheimhaltung und jenen des Geschädigten an der Einsichtnahme stattzufinden hat.

Näher präzisiert wurde diese Interessensabwägung schließlich im *Donau Chemie*-Urteil. Demnach hat eine solche Berücksichtigung der divergierenden Interessen stets im Einzelfall zu erfolgen. Hierzu wurde betont, dass jede starre Regelung dazu geeignet ist, die wirksame Anwendung des Art 101 AEUV zu beeinträchtigen. Der Zugang zu den

Kronzeugenunterlagen darf somit nicht pauschal verwehrt, aber eben auch nicht grundlegend gewährt werden. Ebenso von größter Bedeutung ist der vom EuGH dabei aufgestellte Grundsatz über die Reichweite der Einsicht. Denn der Geschädigte erhält nur in Ausnahmefällen Einsicht in Kronzeugenunterlagen nationaler Wettbewerbsbehörden, da es kaum der Gesamtheit der Beweismittel bedarf, um eine Schadenersatzklage zu stützen. Insbesondere haben dabei alle Möglichkeiten berücksichtigt zu werden, die dem Kartellgeschädigten sonst noch offen stehen, um die zur Vorbereitung der Klage notwendigen Beweise zu erlangen. Macht die Beweisproblematik den Zugang zur Verfahrensakte letzten Endes notwendig, hat eine konkrete und individuelle Prüfung des gesamten Sachverhaltes und des Akteninhaltes stattzufinden, auf deren Basis teilweise Einsicht gewährt werden muss. Durch die Anspielung der Unionsrichter, die Wirksamkeit der Kronzeugenregelung dadurch nicht gefährden zu wollen, stellt der Zugang zu freiwillig vorgelegten Unterlagen, in denen sich kooperierende Unternehmen selbst belasten, auch weiterhin die absolute Ausnahme dar. Gerechtfertigt wäre dies nur, wenn sich auf der Gesamtheit der sonstigen Beweise keine Schadenersatzklage fundieren lässt. Eine solch dünne Beweislage würde indes gleichzeitig der Entscheidungserlassung einer Wettbewerbsbehörde entgegenstehen.

Nichtsdestotrotz können die vom EuGH dargelegten Grundsätze zu stark divergierenden Praktiken in den Mitgliedstaaten führen, da kein einheitlicher Prüfungsmaßstab existiert. Im Hinblick auf ein – durch den meist staatenübergreifenden räumlichen Wirkungsbereich eines Kartells – unionsweit möglichst stark zu harmonisierendes System, wirken sich diese Umstände zweifelsfrei katastrophal aus. Liegt beispielsweise der Fall vor, dass sich die wettbewerbsschädigende Tätigkeit auf mehrere Mitgliedstaaten erstreckt und der Sachverhalt von mehreren nationalen Wettbewerbsbehörden aufgegriffen wird, könnte der Zugang zu Kronzeugenunterlagen in einem Staat gewährt und im anderen verwehrt werden. Der Attraktivität von Kronzeugenprogrammen steht dies jedenfalls entgegen, zumal diese Rechtslage Forum Shopping begünstigt und der Zusammenarbeit innerhalb des Netzwerks des ECN abträglich ist. Zur Bannung dieser Gefahren gäbe es zwei Lösungsmöglichkeiten. Grundlegend ist angebracht, dass sich der Unionsgesetzgeber dieses Regelungsbereiches annimmt und entsprechende Normierungen zur Harmonisierung erlässt. Der erste Schritt hierzu ist mit dem Richtlinienentwurf zum Private Enforcement bereits getan. Doch auch diese neuen Regelungen stoßen aufgrund ihrer Ausgestaltung auf Kritik. Wesentlich entschärfen ließe sich das Spannungsverhältnis ebenso bereits,

wenn die Unionsrichter im nächsten, das Einsichtsrecht bei nationalen Wettbewerbsbehörden betreffenden, Fall genaue Kriterien für die Prüfung des Dokumentenzugangs vorlegen. In beiden Causaen darf keinesfalls unerwähnt bleiben, dass der Zugang zu jenen Kronzeugenunterlagen, in denen sich die offenlegende Unternehmung selbst belastet, jedenfalls die absolute Ausnahme und nicht die Regel darstellt. Die Rechtssicherheit von mit den Wettbewerbsbehörden kooperierenden Unternehmen würde damit auf einem verträglichen Niveau liegen und die Anreize der Offenlegung weiterhin überwiegen. Gleichzeitig würde Kartellgeschädigten nach den Grundsätzen des EuGH die zur Vorbereitung von Schadenersatzklagen notwendige Einsichtnahme gestattet werden. Dies würde die Wirksamkeit der privaten Kartellrechtsdurchsetzung sowie deren Abschreckungswirkung weiter erhöhen.

2. Dokumentenzugang bei der Kommission

Die Einsichtnahme in die Akte eines Verfahrens, welches von der Kommission selbst geführt wurde, sohin bei grenzüberschreitenden Kartellen, hat hingegen nach der Transparenzverordnung zu erfolgen. Zwar wurde von der Kommission schon vielfach versucht den Zugang grundsätzlich zu verweigern, diese scheiterten jedoch ebenso oft vor den europäischen Gerichten. Obwohl die Rs *Pfleiderer* und *Donau Chemie* nicht direkt die Kommission betrafen, lassen sich die darin dargelegten Grundsätze auf die europäische Wettbewerbshüterin übertragen. Der mit der Einsicht einhergehende, notwendige Aufwand zur individuellen und konkreten Dokumentenprüfung ist gewiss nicht minder. Da der Zugang der Öffentlichkeit zu bei der Kommission befindlichen Unterlagen zu den wesentlichen Pflichten des Organs zählt, kann dieser Aufwand indes nur entgegenstehen, wenn sogar die ordnungsgemäße Funktion des Organs und ihrer Verwaltungstätigkeit erheblich beeinträchtigt wäre. Wird dieser notwendige Prüfungsaufwand außen vor gelassen, stünde ohnehin nichts entgegen in die zur Vorbereitung einer Schadenersatzklage notwendigen Aktenteile Einsicht zu gewähren und gleichzeitig Kronzeugenprogramme zu schützen. Darüber hinaus findet diese teilweise Gewährung des Zugangs Deckung in der Transparenzverordnung. Jene Dokumententeile, in denen sich das jeweils freiwillig offenlegende Unternehmen selbst belastet, können durch die Ausnahme zum Schutz der Inspektions- und Untersuchungstätigkeiten nach Art 4 Abs 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001 weiterhin völlig unter Verschluss bleiben bzw durch Schwärzungen vollständig entschärft

werden. Diese Handhabe der Zugangsgewährung würde das Spannungsverhältnis zwischen Public und Private Enforcement für Kartelle mit unionsweiter Auswirkung jedenfalls wesentlich beruhigen. Dennoch würde die rechtliche Situation des Geschädigten wirksam den Ersatz des durch das Kartell erlittenen Schadens durchsetzen zu können – im Vergleich zur derzeitigen Situation – deutlich verbessert und zugleich den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität gerecht werden.

LITERATURVERZEICHNIS

Anmerkung: Alle Internetadressen wurden am 01.10.2014 letztmalig überprüft.

Abele/Kodek/Schäfer, Zur Ermittlung der Schadenshöhe bei Kartellverstößen – Eine Integration juristischer und ökonomischer Überlegungen, ÖZK 2008, 211

Ablasser-Neuhuber/Neumayr, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Kartellsachen (Teil I), ecolex 2011, 103

Apolte et al, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik (2007)

Ashurst, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – Comparative Report (2004)

Barbist/Hoffer, Neues aus Österreich – Schwerpunkte des Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, WuW 2013, 726

Barfuß, Gedanken zur Struktur der österreichischen Wettbewerbsbehörden, ÖBI 2008, 207

Barfuß/Tahedi/Wollmann, Österreichisches Kartellrecht (1996)

Bauer, Leniency & Private Enforcement: ein kartellrechtliches Spannungsverhältnis?, ecolex 2007, 357

Bauer/Kitzberger, Die Verwertung von Kronzeugendokumenten in Schadenersatzprozessen, ecolex 2008, 547

Bauer/Reisner, Das ECN-Modell für eine Kronzeugenregelung, ecolex 2007, 529

Bauer/Reisner, Erweiterte Zurechnung des Verhaltens Dritter bei der Festsetzung von Geldbußen im EG Kartellrecht?, WuW 2007, 737

Becker, Zu den Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs eines Kartellgeschädigten, ZNER 2012, 172

Bien, Überlegungen zu einer haftungsrechtlichen Privilegierung des Kartellkronzeugen, EuZW 2011, 889

Blake/Schnickels, Schutz der Kronzeugen im neuen EG-Wettbewerbsrecht, EuZW 2004, 551

Busch/Sellin, Vertrauen in die Vertraulichkeit – Kronzeugenverfahren in Europa auf der Probe, BB 2012, 1167

Buntscheck, Die gesetzliche Kappungsgrenze für Kartellgeldbußen, EuZW 2007, 423

BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 bis 6 WettbG (2013)

BWB, Pressemitteilung vom 14.05.2013, Lebensmitteleinzelhandel, K-252, <http://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarkmachtmissbrauch/Entscheidungen/Seiten/K-252.aspx>

de Bronett, Die Rechtmäßigkeit der neueren Geldbußenpraxis der EU-Kommission wegen Verstoß gegen Verfahrenspflichten nach Art. 23 Abs. 1 Verordnung Nr. 1/2003, WuW 2012, 1163

de Bronett, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht – VO 1/2003 (2005)

Diem, Die Möglichkeiten der Durchsetzung kartellgerichtlicher Entscheidungen, ÖZK 2013, 54

Ditz, Apropos: Aktuelles zur Akteneinsicht im Kartellverfahren, ecolex 2012, 409

Dittrich, Kronzeugenanträge und Rechtsschutz, WuW 2012, 133

Dück/Eufinger/Schultes, Das Spannungsverhältnis zwischen kartellrechtlicher Kronzeugenregelung und Akteneinsichtsanspruch nach § 406 e StPO, EuZW 2012, 418

Dworschak/Maritzen, Einsicht – der erste Schritt zur Besserung? Zur Akteneinsicht in Kronzeugendokumente nach dem Donau Chemie-Urteil des EuGH, WuW 2013, 829

Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (2009)

Eilmansberger, Die Lombard-Club Entscheidung der Kommission, ecolex 2002, 560

Eilmansberger, Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen (Teil 1), JBl 2009, 337

Eilmansberger/Reidlinger, Kronzeugenprogramme aus der Perspektive des Europarechts, in *Thanner/Soyer/Hölzl*, Kronzeugenprogramme: Kartellrecht – Strafrecht – Zivilrecht (2009) 78

Eilmansberger/Thyri, Die Aufrechnung von gemeinschaftsrechtlichen Rückerstattungsansprüchen mit Bereicherungsansprüchen, in *Holoubek/Lang*, Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht (2006) 311

Europäisches Parlament, Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD) vom 17.04.2014

Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen

wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 – C7-0170/2013 – 2013/185(COD) vom 04.02.2014

Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen (2008)

Frenz, Handbuch Europarecht: Band 2: Europäisches Kartellrecht (2005)

Gamerith, Wettbewerbsrecht II – Kartellrecht (2007)

Gehmacher/Hauck/Madl, Schadenersatz bei Kartellrechtsverstoß – Zur Lombard-Club Entscheidung der Kommission, *ecolex* 2002, 564

Ginner, Erstes österreichisches Urteil zum Private Enforcement – Fahrschulkartell Graz, *ÖZK* 2008, 132

Glass, AG Bonn: Beschluss vom 18.01.2012 – 51 Gs 53/09: Keine Akteneinsicht in Kronzeugenanträge, *EWeRK* 2012, 62

Gosch, Unterschiede in der Interpretation und Akzeptanz global verbindlicher Regeln innerhalb Multinationaler Unternehmen – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Kultur (2013)

Graf, Zivilrechtliches zum Aufzugskartell – Folgeverträge sind teilnichtig!, *ecolex* 2010, 646

Gruber, Das Handbuch der Kronzeugenregelung, *RdW* 2006, 261

Gruber, Die EU-Kronzeugenregelung 2006, *MR-Int* 2007, 3

Gruber, Die neue Kronzeugenregelung im Kartellrecht, *RdW* 2005, 535

Gruber, Die wettbewerbsrechtliche Bagatellregelung, *ÖZK* 2011, 52

Gruber, Die wichtigsten Neuerungen im Wettbewerbsrecht, *SWK* 2013, 555

Gruber, Geldbußen im europäischen Kartellrecht, *MR-Int* 2005, 11

Gruber, Österreichisches Kartellrecht (2013)

Gruber, Schadenersatz und Kartellrecht – das Grünbuch der Kommission, *MR-Int* 2006, 17

Gruber, Strengere Strafen im europäischen Kartellrecht, *ecolex* 2006, 669

Gruber, Versicherungskartelle und Schadenersatz – Neues vom EuGH, *RdW* 2007, 16

Gussone, Private Kartellrechtsdurchsetzung, *WuW* 2013, 1040

Häberle, Die Kronzeugenmittelung der Europäischen Kommission im EG-Kartellrecht (2005)

- Hack*, Handlungsmöglichkeiten Einzelner bei Kartellrechtsverletzungen, *ecolex* 2003, 311
- Haibach*, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, *NVwZ* 1998, 456
- Hartung*, Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, *wbl* 2007, 63
- Hauck*, Schadenersatz nach Kartellrechtsverstoß, *ÖZK* 2013, 190
- Haucap/Stühmeier*, Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, *WuW* 2008, 413
- Haudum*, Kronzeugen im Straf- und Kartellrecht (2013)
- Heertje/Wenzel*, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre (2008)
- Heller*, Akteneinsicht in Unterlagen eines kartellbehördlichen Bonusprogramms, *EWeRK* 2011, 135
- Hempel*, Kartellrecht: Akteneinsicht durch Schadensersatzkläger – Donau Chemie, *EuZW* 2013, 586
- Hintersteininger*, Gemeinschaftsrechtliche Schadenersatzpflicht bei Verstoß gegen Art. 81 EG – Anmerkungen zum EuGH-Urteil *Courage v Crehan*, Rs C-453/99, *wbl* 2001, 554
- Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (2011)
- Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht (2013)
- Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie (2006)
- Hotz-Hart/Dümmeler*, Volkswirtschaft der Schweiz: Aufbruch ins 21. Jahrhundert (2006)
- Hummer*, Kronzeugen – ein neues Zeitalter der Kartellbekämpfung, *ecolex* 2006, 11
- Hummer*, Neuerungen in der europäischen Kronzeugenregelung, *ecolex* 2007, 446
- Hummer*, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010)
- Hummer*, Vergleichsverfahren der Europäischen Kommission in Kartellfällen, *ÖZK* 2008, 132
- Hummer/Leitner*, Was der EuGH in der Rs Donau Chemie verabsäumt hat..., *ÖZK* 2013, 147
- Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (2012)

Innerhofer/Maierhofer, Verschärfung für Bagatellkartelle auf allen Fronten?, ÖZK 2013, 48

Jäger, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“? Zur Zulässigkeit einer Harmonisierung der Zivilrechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts, JBl 2007, 349

Jüntgen, Zur Verwertung von Kronzeugenerklärungen in Zivilprozessen, WuW 2007, 128

Kapp, Das Akteneinsichtsrecht kartellgeschädigter Unternehmen: Bonn locuta, causa finita?, WUW 2012, 474

Kapp, EuGH: Österreichische Regelung zum Ausschluss der Akteneinsicht Kartellgeschädigter nicht mit EU-Recht vereinbar, BB 2013, 1551

Kaps, KaWeRÄG 2012: Auskunftsverlangen und Versiegelung – alles neu?, wbl 2013, 369

Karbaum, Kartellrechtliche Compliance: Rechtsgrundlagen und Umsetzung (2010)

Karollus, Schadenersatz wegen EG-Kartellverstoßes auch für Verbraucher, ecolex 2006, 797

Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht: Mit Fusionskontrollverfahren (2005)

Kofler-Senoner/Siebert, Die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Ansprüchen – Status Quo in Österreich, EuZW 2012, 650

Kokott/Dittert, Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte, WuW 2012, 670

Kommission, Bericht über die Anwendung der Grundsätze der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, KOM(2004) 45 endg vom 30.01.2004

Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2007, KOM(2008) 368 endg vom 01.07.2008

Kommission, Grünbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg vom 19.12.2005

Kommission, Pressemitteilung vom 19.12.2013, Der Gerichtshof weist die das Kartell auf dem Markt für gasisolierte Schaltanlagen betreffenden Rechtsmittel von Siemens, Mitsubishi und Toshiba zurück, CJE/13/161, http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-13-161_de.htm

Kommission, Pressemitteilung vom 11.06.2013, Kartellrecht: Kommission schlägt Rechtsvorschriften vor, um den Opfern von Kartellrechtsverstößen Schadensersatzansprüche zu erleichtern, IP/13/525, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-525_de.htm

Kommission, Pressemitteilung vom 07.12.2006, Competition: revised Leniency Notice – frequently asked questions, MEMO/06/469, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-06-469_en.htm?locale=en

Kommission, Pressemitteilung vom 29.09.2006, Competition: Commission proposes changes to the Leniency Notice – frequently asked questions, MEMO/06/357, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-06-357_en.htm?locale=en

Kommission, Pressemitteilung vom 03.04.2006, Competition: European Competition Network launches one-stop access website, IP/06/421, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-421_en.htm

Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, KOM(2013) 404 endg vom 11.06.2013

Kommission, Weißbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg vom 02.04.2008

König/Schreiber, Europäisches Wettbewerbsrecht: Kartell- und Missbrauchsverbot, Fusionskontrolle, Beihilfen- und Vergaberecht (2010)

Koppensteiner, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht (1998)

Kozioł, Punitive Damages – A European Perspective, Louisiana Law Review 68/2008, 741

Kroes, Aktuelle Herausforderungen in der Wettbewerbspolitik, SPEECH/06/443, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-06-443_de.pdf

Kühnert, Kartellrechtsnovelle stärkt Bundeswettbewerbsbehörde, CFOaktuell 2013, 101

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht (2010)

Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar (2012)

Ludwigs, Harmonisierung des Schuldvertragsrechts in Europa - Zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeit für eine Europäisierung des Privatrechts, EuR 2006, 370

Lukaschek, Neuerungen im Bereich der Kronzeugenregelung, ÖZK 2013, 89

Mäger/Zimmer/Milde, Chance vertan? – Zur Akteneinsicht in Kartellakten nach dem Pfeleiderer-Urteil des EuGH, WuW 2011, 935

Mäger/Zimmer/Milde, Konflikt zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung, WuW 2009, 885

Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (2012)

- Maritzen/Pauer*, Der Kronzeuge in Österreich im Spannungsfeld von Public und Private Enforcement?, wrp 2013, 1151
- Metz*, Ursprünge der Zukunft: Die Geschichte der Technik in der westlichen Zivilisation (2005)
- Möschel*, Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, WuW 2007, 483
- Möschel/Bien*, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen? (2010)
- Nash*, The Bargaining Problem, Econometrica 1950, Volume 18, Issue 2, 155
- Niemeier*, Das Weißbuch – eine Abkehr von „amerikanischen Verhältnissen“?, WuW 2008, 927
- Nordmann*, Rechtswidrig durch Kommission verweigerter Akteneinsichtsanspruch – Lombard Club, EuZW 2005, 566
- OECD, Hard Core Cartels: Recent progress and challenges ahead (2003)
- Öhlberger*, Ein verlockendes Angebot?: Die österreichische Kronzeugenregelung in einer vergleichenden Analyse, ÖBI 2006, 100
- Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht (2004)
- Pauer*, Anmerkung zur Donau Chemie Entscheidung des EuGH (Rs C-536/11), ÖZK 2013, 151
- Paulus*, Das Weißbuch der Europäischen Kommission, Teil I: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Private Enforcement), ÖZK 2008, 43
- Paulus*, Das Weißbuch der Europäischen Kommission, Teil II: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Private Enforcement), ÖZK 2008, 83
- Paulus*, Das Weißbuch der Europäischen Kommission, Teil III: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Private Enforcement), ÖZK 2008, 123
- Paulus*, Grundrechtecharta und Private Enforcement: Ist die Stellung der Europäischen Kommission als „Entscheidungsbehörde“ in Kartellrechtssachen mit jener des Klägers im nachfolgenden Zivilprozess unter dem Blickwinkel eines fairen Verfahrens vereinbar?, ÖZK 2012, 231
- Pellech*, Zur Akteneinsicht im Lichte der EuGH-Entscheidung Pfeiderer C-360/09, ÖZK 2011, 147
- Petsche*, Das neue EG-Kartellverfahrensrecht, ecolex 2003, 304
- Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005 (2007)

Pfähler/Wiese, Unternehmensstrategien im Wettbewerb: Eine spieltheoretische Analyse (2008)

Polley/Seeliger, Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in EG-Kartellsachen, EuZW 2002, 397

Polster/Hammerschmid, Aktenzugang im österreichischen Kartellverfahren nach der Entscheidung Donau Chemie, ÖZK 2013, 140

Primus/Solé, Zur Bindungswirkung kartellgerichtlicher Entscheidungen, ÖKZ 2008, 15

Pustlauk, Europa rüstet auf gegen Kartelle: Der neue Richtlinienentwurf zur Durchsetzung privater Schadenersatzklagen, EWeRK 2013, 301

Raff, Anmerkungen zur Rs. C-360/09, Pfeiderer AG/Bundeskartellamt, GPR 2011, 296

Rechberger, Kommentar zur ZPO (2006)

Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht – Ein Handbuch für Praktiker (2008)

Reidlinger/Steinbach, Schadenersatz wegen Kartellrechtsverstößen – Das Weißbuch der Kommission und die Rechtslage in Österreich, MR-Int 2008, 205

Richter, Akteneinsicht in Kartellsachen: Abwägung widerstreitender Interessen durch Gesetzgeber oder Richter?, ZfRV 2013, 196

Rittenauer, Akteneinsicht für Kartellgeschädigte – EuGH kippt österreichische Regelung, ecolex 2013, 645

Röling, Transparenz bei der Finanzierung und Genehmigung des straßengebundenen ÖPNV (2008)

Roth, Rechtssetzungskompetenzen für das Privatrecht in der Europäischen Union, EWS 2008, 401

Sandhu, The European Commission's Leniency Policy: A Success?, ECLR 2007, 148

Schmidt, Anwendung und Kontrolle des europäischen Gemeinschaftsrechts (2008)

Schneider, Die Kronzeugenregelung im EG-Kartellrecht (2004)

Schreiber, Klagebefugnis mittelbarer Abnehmer und "Passing-on-Defence" - zwei Seiten einer Medaille?, WuW 2014, 355

Schuhmacher, Schadenersatzklagen im Wettbewerbsrecht – der Richtlinienentwurf der Kommission, ecolex 2014, 193

Schuhmacher/Muntean, Die Kartellgesetz-Novelle 2013 – Eine Beurteilung der wesentlichen materiell-rechtlichen Änderungen, wbl 2013, 181

Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft (2005)

Soltész/Marquier/Wendenburg, Zugang zu den Kartellrechtsakten für jedermann – das EuG-Urteil Österreichische Banken, EWS 2006, 102

Soyez, Die Bußgeldleitlinien der Kommission - mehr Fragen als Antworten, EuZW 2007, 596

Steinbach/Kühnert, Ein neues Vergleichsverfahren in Kartellsachen (Settlement Procedure), ecolex 2008, 441

Steiner, Der neue RL-Vorschlag der Kommission zum Private Enforcement, ecolex 2013, 1000

Steinle, Kartellschadensersatzrichtlinie – Auf dem Weg zum Sanktions-Overkill? EuZW 2014, 481

Stillfried/Stockenhuber, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 85 EG-V (Teil 2), wbl 1995, 345

Stockenhuber/Wittmann, „Private Enforcement“ jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtspraxis?, wobl 2007, 330

Streinz, Europarecht (2012)

Thalhammer/Wartinger, Die Möglichkeit zur Akteneinsicht in kartellgerichtliche Verfahrensakten im Spannungsverhältnis zwischen Public und Private Enforcement, ÖZK 2013, 143

Thanner/Soyer/Hölzl, Kronzeugenprogramme: Kartellrecht – Strafrecht – Zivilrecht (2009)

Theurer, Geldbußen im EU-Wettbewerbsrecht (2009)

Thyri, Wieviel „Private Enforcement“ braucht die Kartellrechtsdurchsetzung?, ecolex 2006, 800

Tirole, Industrieökonomik (1998)

Tresnak/Haubner, Competition Talk: „Hausdurchsuchungen – rechtlicher Umfang und aktuelle Entwicklungen“, ÖZK 2013, 10

Tresnak/Haubner, Competition Talk: „Neues Kronzeugenhandbuch“, ÖZK 2013, 112

Tucker, The Mathematics of Tucker: A Sampler, The Two-Year College Mathematics Journal 1983, Volume 14, Issue 3, 228

Urlesberger/Ditz, EuGH kippt österreichische Regelung über die Akteneinsicht im Kartellverfahren, ÖZK 2013, 135

Vocke, Die Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren (2006)

Wägenbaur, Der Zugang zu EU-Dokumenten – Transparenz zum Anfassen, EuZW 2001, 680

Weitbrecht, Europäisches Kartellrecht 2000/2001, EuZW 2002, 581

Werdnik, Einsichtsrecht in Kronzeugenanträge für Kartellgeschädigte: EuGH überlässt nationalen Gerichten Interessenabwägung, SWK 2012, 786

Werdnik, Neues zu Schadenersatzklagen wegen Kartellrechtsverstoß: EuGH setzt Rechtsprechungslinie in Sachen Pfeiderer fort – Richtlinienvorschlag für Schadenersatzklagen, SWK 2013, 1004

Werdnik, Schadenersatzansprüche bei Kartellrechtsverstoß: Sonderbestimmungen durch das KaWeRÄG 2012, SWK 2013, 634

Wessely, Private Enforcement im Interesse von Verbrauchern – Verfahrensrechtliche Fragen, MR-Int 2006, 404

Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts (2008)

Wildemann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Mikroökonomie und Wettbewerbspolitik (2010)

Wilhelm, Lombard-Club – Schadenersatz wegen Kartellverstoß, ecolex 2002, 557

Wollmann, Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, ecolex 2013, 252

Wollmann, Zum Schwerpunkt „Private Enforcement“, ecolex 2006, 796

Wollmann, Zur Nichtigkeit von Folgeverträgen – eine Replik, ecolex 2010, 688

Wollmann/Urlesberger, Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz, ecolex 2013, 252

Xeniadis, Klarstellungen des KOG zur Versiegelung gemäß § 12 Abs 5 WettbG, ÖZK 2012, 191

Xeniadis/Kühnert, Einvernehmliche Verfahrensbeendigung in Kartellverfahren, ÖZK 2012, 83

JUDIKATURVERZEICHNIS

I. Europäische Union

A. Gerichtshof der Europäischen Union

EuGH, 05.06.2014, Rs C-557/12, *Kone* ua, noch nicht in der amtl Slg

EuGH, 19.12.2013, verb Rs C-239/11 P, C-489/11 P und C-498/11 P, *Gasisolierte Schaltanlagen*, noch nicht in der amtl Slg

EuGH, 24.10.2013, Rs C-510/11 P, *Kone*, noch nicht in der amtl Slg

EuGH, 18.07.2013, Rs C-501/11 P, *Schindler Holding*, noch nicht in der amtl Slg

EuGH, 06.06.2013, Rs C-536/11, *Donau Chemie*, noch nicht in der amtl Slg

EuGH, 06.11.2012, Rs C-199/11, *Otis*, noch nicht in der amtl Slg

EuGH, 14.06.2011, Rs C-360/09, *Pfleiderer*, Slg 2011, I-5161

EuGH, 07.12.2010, Rs C-439/08, *VEBIC*, Slg 2010, I-12471

EuGH, 16.12.2008, Rs C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, Slg 2008, I-9895

EuGH, 13.07.2006, Rs C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619

EuGH, 29.06.2006, Rs C-301/04 P, *SGL Carbon*, Slg 2006, I-5915

EuGH, 27.04.2006, Rs C-125-05, *Vulcan Silkeborg*, Slg 2006, I-7637

EuGH, 28.06.2005, verb Rs C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, *Dansk Rorindustri*, Slg 2005, I-5425

EuGH, 22.01.2004, Rs C-353/01 P, *Olli Mattila*, Slg 2004, I-1073

EuGH, 25.09.2003, Rs C-170/02 P, *Schlüsselvertrag Moser*, Slg 2003, I-9889

EuGH, 09.09.2003, Rs C-198/01, *CIF*, Slg 2003, I-8089

EuGH, 09.09.2003, Rs C-137/00, *Milk Marque/National Farmers Union*, Slg 2003, I-7975

EuGH, 10.10.2001, Rs T-111/00, *British American Tobacco*, Slg 2001, II-2997

EuGH, 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-6297

EuGH, 08.03.2001, verb Rs C-397/98 und C-410/98, *Metallgesellschaft*, Slg 2001, I-1727

EuGH, 14.12.2000, Rs C-344/98, *Masterfoods*, Slg 2000, I-11369

EuGH, 16.11.2000, Rs C-297/98 P, *SCA Holding*, Slg 2000, I-10101

- EuGH, 11.01.2000, verb Rs C-174/98 P und C-189/98 P, *Van der Wal*, Slg 2000, I-1
- EuGH, 08.07.1999, Rs C-51/92 P, *Hercules Chemicals*, Slg 1999, I-4235
- EuGH, 08.07.1999, Rs C-199/92 P, *Hüls*, Slg 1999, I-4287
- EuGH, 01.06.1999, Rs C-126/97, *Eco Swiss*, Slg 1999, I-3055
- EuGH, 01.06.1999, Rs C-319/97, *Kortas*, Slg 1999, I-3143
- EuGH, 05.05.1998, Rs C-157/96, *National Farmers*, Slg 1998, I-2211
- EuGH, 05.03.1996, verb Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pecheur SA*, Slg 1996, I-1029
- EuGH, 19.01.1994, Rs C-364/92, *Eurocontrol*, Slg 1994, I-43
- EuGH, 27.10.1993, Rs C-128/92, *Banks/British Coal*, Slg 1994, I-1209
- EuGH, 02.08.1993, Rs C-271/91, *Marshall*, Slg 1993, I-4367
- EuGH, 16.07.1992, Rs C-67/91, *Spanische Banken*, Slg 1992, I-4785
- EuGH, 19.11.1991, verb Rs C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357
- EuGH, 23.04.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elsnher*, Slg 1991, I-1979
- EuGH, 15.05.1986, Rs 222/84, *Johnston*, Slg 1986, 1651
- EuGH, 09.11.1983, Rs 199/82, *San Giorgio*, Slg 1983, 3595
- EuGH, 08.11.1983, verb Rs 96/102, 104, 108 und 110/82, *NV IAZ International Belgium* ua, Slg 1983, 3369
- EuGH, 25.10.1983, Rs 107/82, *AEG*, Slg 1983, 3151
- EuGH, 19.01.1982, Rs 8/81, *Becker*, Slg 1982, 53
- EuGH, 14.07.1981, Rs 172/80, *Züchner*, Slg 1981, 2021
- EuGH, 10.07.1980, verb Rs 253/78 und 1/79 bis 3/79, *Giry/Guerlain*, Slg 1980, 2327
- EuGH, 05.07.1977, Rs 114/76, *Bela Mühle Bergmann*, Slg 1977, 1211
- EuGH, 30.01.1974, Rs 127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, 51
- EuGH, 06.02.1973, Rs 48/72, *Brasserie de Haecht II*, Slg 1973, 77
- EuGH, 14.07.1972, Rs 48/69, *Imperial Chemical Industries*, Slg 1972, 619
- EuGH, 25.11.1971, Rs 22/71, *Beguelin*, Slg 1971, 949

- EuGH, 06.10.1970, Rs 9/70, *Grad*, Slg 1970, 825
- EuGH, 09.07.1969, Rs 10/69, *Portelange*, Slg 1969, 309
- EuGH, 13.02.1969, Rs 14/68, *Wilhelm* ua, Slg 1969, 1
- EuGH, 30.06.1966, Rs 56/65, *Maschinenbau Ulm*, Slg 1966, 377
- EuGH, 15.07.1964, Rs 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg 1964, 1251
- EuGH, 05.02.1963, Rs 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg 1963, 1

B. Gericht der Europäischen Union

- EuG, 22.05.2012, Rs T-344/08, *EnBW*, noch nicht in der amtl Slg
- EuG, 15.12.2011, Rs T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide*, Slg 2011, II-8251
- EuG, 11.12.2001, Rs T-191/99, *Petrie* ua, Slg 2001, II-3677
- EuG, 13.07.2011, verb Rs T-144/07, T-147/07 bis T-150/07 und T-154/07, *ThyssenKrupp Liften*, Slg 2011, II-5129
- EuG, 13.07.2011, verb Rs T-141/07, T-142/07, T-145/07 und T-146/07, *General Technic-Otis*, Slg 2011, II-4977
- EuG, 13.07.2011, Rs T-138/07, *Schindler Holding*, Slg 2011, II-4819
- EuG, 13.07.2011, Rs T-151/07, *Kone*, Slg 2011, II-5313
- EuG, 03.03.2011, Rs T-110/07, *Gasisolierte Schaltanlagen*, Slg 2011, II-477
- EuG, 12.09.2007, Rs T-36/04, *API*, Slg 2007, II-3201
- EuG, 26.04.2007, verb Rs T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 und T-136/02, *Bollere* ua, Slg 2007, II-947
- EuG, 14.12.2006, verb Rs T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02, *Lombard Club II*, Slg 2006, II-5169
- EuG, 06.07.2006, verb Rs T-391/03 und T-70/04, *Franchet* und *Byk*, Slg 2006, II-2023
- EuG, 05.04.2006, Rs T-279/02, *Degussa*, Slg 2006, II-897
- EuG, 15.03.2006, Rs T15/02, *BASF*, Slg 2006, II-497
- EuG, 06.12.2005, Rs T-48/02, *Brouwerij Haacht*, Slg 2005, II-5259
- EuG, 25.10.2005, Rs T-38/02, *Groupe Danone*, Slg 2005, II-4407

- EuG, 06.10.2005, verb Rs T-22/02 und 23/02, *Sumitomo*, Slg 2005, II-4065
- EuG, 13.04.2005, Rs T-2/03, *Lombard Club I*, Slg 2005, II-1121
- EuG, 08.07.2004, verb Rs T-67/00, T-68/00, T-71/00 und T-78/00, *JFE Engineering*, Slg 2004, II-2501
- EuG, 08.07.2004, Rs T-48/00, *Corus*, Slg 2004, II-2325
- EuG, 17.12.2003, Rs T-219/99, *British Airways*, Slg 2003, II-5917
- EuG, 27.09.2002, Rs T-211/02, *Tideland Signal*, Slg 2002, II-3781
- EuG, 07.02.2002, Rs T-211/00, *Kuijjer II*, Slg 2002, II-485
- EuG, 20.03.2002, Rs T-23/99, *LR AF 1998*, Slg 2002, I-7653
- EuG, 13.12.2001, verb Rs T-45/98 und T-47/98, *Krupp Thyssen*, Slg 2001, II-3757
- EuG, 10.10.2001, Rs T-111/00, *British American Tobacco*, Slg 2001, II-2997
- EuG, 13.09.2000, Rs T-20/99, *Denkavit Nederland*, Slg 2000, II-3011
- EuG, 06.04.2000, Rs T-188/98, *Kuijjer I*, Slg 2000, II-1959.
- EuG, 19.07.1999, Rs T-14/98, *Hautala*, Slg 1999, II-2489
- EuG, 20.04.1999, verb Rs T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, *PVC II*, Slg 1999, II-931
- EuG, 17.06.1998, Rs T-174/95, *Svenska Journalistförbundet*, Slg 1998, II-2289
- EuG, 06.02.1998, Rs T-124/96, *Interporc*, Slg 1998, II-231
- EuG, 05.03.1997, Rs T-105/95, *WWF UK*, Slg 1997, II-313
- EuG, 17.12.1991, Rs T-7/89, *Hercules Chemicals*, Slg 1991, II-1711

C. Europäische Kommission

- Kommission, 04.12.2013, COMP/39.914, *LIBOR*, noch nicht im ABI
- Kommission, 05.12.2012, COMP/39.437, *Bildröhren*, ABI 2013 C 303, 13
- Kommission, 12.11.2008, COMP/39.125, *Automobilglas*, ABI 2009 C 173, 13
- Kommission, 21.02.2007, COMP/E-1/38.823, *Aufzugs- und Fahrtreppenkartell*, ABI 2008 C 75, 19

Kommission, 24.01.2007, COMP/F/38.899, *Gasisolierte Schaltanlagen*, ABI 2008 C 5, 7

Kommission, 29.11.2006, COMP/F/38.638, *BR/ESBR*, ABI 2008 C 7, 11

Kommission, 20.10.2005, COMP/C.38.238/B.2, *Rohtabak Indien*, ABI 2011 C 311, 53

Kommission, 03.09.2004, COMP/38.069, *Kupferinstallationsrohre*, ABI 2006 L 192, 21

Kommission, 01.10.2003, COMP/E 1/37.370, *Sorbate*, ABI 2005 L 182, 20

Kommission, 30.10.2002, COMP/35.587, COMP/35.706 und COMP/36.321, *Video Games*, ABI 2003 L 255, 33

Kommission, 11.06.2002, COMP/36.571/D-1, *Österreichische Banken*, ABI 2004 L 56, 1

Kommission, 18.07.2001, COMP/E-1/36.490, *Graphitelektroden*, ABI 2002 L 100, 1

Kommission, 05.07.2000, COMP.F.1/36.516, *Nathan-Bricolux*, ABI 2001 L 54, 1

II. Österreich

A. Oberster Gerichtshof

OGH als KOG, 20.11.2012, 16 Ok 7/11, wbl 2012, 175

OGH, 17.10.2012, 7 Ob 48/12b, ÖZK 2013, 29

OGH, 02.08.2012, 4 Ob 46/12m, ÖZK 2012, 190

OGH, 15.05.2012, 3 Ob 1/12m, RdW 2012, 472

OGH, 14.02.2012, 5 Ob 39/11p, ÖZK 2012, 53

OGH, 14.02.2012, 5 Ob 39/11p, ÖZK 2012, 53

OGH als KOG, 04.10.2010, 16 Ok 5/10, ÖZK 2010, 234

OGH als KOG, 08.10.2008, 16 Ok 5/08, RdW 2008, 780

OGH als KOG, 08.10.2008, 16 Ok 5/08, RdW 2008, 780

OGH als KOG, 11.10.2006, 16 Ok 7/06, ecolex 2007, 117

OGH als KOG, 26.06.2006, 16 Ok 51/05, RdW 2007, 25

OGH als KOG, 15.12.2003, 16 Ok 12/03, im RIS veröffentlicht

OGH als KOG, 17.12.2001, 16 Ok 7/01, ecolex 2002, 823

OGH als KOG, 20.12.1999, 16 Ok 9/99, ÖBI 2000, 226

OGH, 19.09.1995, 4 Ob 553/95, im RIS veröffentlicht

OGH, 04.02.1993, 8 Ob 511/93, im RIS veröffentlicht

OGH, 11.03.1965, 9 Os 85/64, ÖBl 1965, 74

OGH, 25.03.1963, 11 Os 29/63, ÖBl 1963, 94

B. Oberlandesgericht

OLG Wien als KG, 28.10.2005, 25 Kt 31, 36, 42, 249, 250/05, nicht veröffentlicht

III. Deutschland

OLG Düsseldorf, 22.08.2012, Beschluss V-4 Kart 5 + 6/11 (OWi), *Kaffeeröster*, BeckRS 2012, 18635

Amtsgericht Bonn, 18.01.2012, Az 51 Gs 53/09, *Bundeskartellamt/Pfleiderer*, BeckRS 2011, 15699

BGH, 28.06.2011, KZR 75/10, Schadensersatzanspruch eines indirekten Abnehmers der Kartellteilnehmer, BeckRS 2011, 26581

BVerfG, 04.12.2008, 2 BvR 1043/08, Akteneinsichtsrecht nach § 406e StPO bei zivilrechtlichem Schadensersatzanspruch, BeckRS 2009, 18693

Landesgericht Berlin, 20.05.2008, 514 AR 1/07, Akteneinsichtsrecht des Verletzten im Falle einer Manipulation des Börsenkurses durch Scalping, BeckRS 2008, 10186

IV. Vereinigtes Königreich

High Court of Justice, 04.07.2011, Claim Number HC08C03243, *National Grid*, BeckRS 2012, 11131

RECHTLICHE MATERIALIEN

Bekanntmachung 9/2006 des Bundeskartellamt über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen vom 07.03.2006, Merkblätter zum Kartellrecht 2006, 1

Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis) vom 22.12.2001, ABI 2001 C 368, 13

Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 43

Beschluss (EGKS, EG, Euratom) Nr 94/90 der Kommission vom 08.02.1994 über den Zugang der Öffentlichkeit zu den der Kommission vorliegenden Dokumenten, ABI 1994 L 46, 58

Beschluss (EG) Nr 93/730 des Rates vom 31.12.1993 über den Verhaltenskodex für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten, ABI 1993 L 340, 41

Beschluss (EG) Nr 93/731 des Rates vom 20.12.1993 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Ratsdokumenten, ABI 1993 L 340, 43

Empfehlung der Kommission über gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten vom 26.07.2013, ABI 2013 L 201, 60

Entscheidung (EG) Nr 98/25 der Kommission vom 15.12.1997 über eine Finanzhilfe der Gemeinschaft zur Tilgung der klassischen Schweinepest in den Niederlanden, ABI 1998 L 8, 28

Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 01.09.2006, ABI 2006 C 210, 2

Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden vom 14.01.1998, ABI 1998 C 9, 3

Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 81

Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art 81 Absatz 3 EG-Vertrag vom 27.04.2004, ABI 2004 C 101, 97

Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen vom 18.07.1996, ABI 1996 C 207, 4

Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABI 2006 C 298, 17

Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 19.02.2002, ABI 2002 C 45, 3

Mitteilung der Kommission über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten, die sich im Besitz der Gemeinschaftsorgane befinden vom 08.06.1993, ABI 1993 C 156, 5

Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13.06.2013, ABI 2013 C 167, 19

Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABI 2004 L 195, 16

Richtlinie 95/59/EG des Rates vom 27.11.1995 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer, ABI 1995 L 291, 40

Richtlinie 92/12/EWG des Rates vom 25.02.1992 über das allgemeine System, den Besitz, die Beförderung und die Kontrolle verbrauchsteuerpflichtiger Waren, ABI 1992 L 76, 1

VO (EU) Nr 330/2010 der Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABI 2010 L 102, 1

VO (EG, Euratom) Nr 1995/2006 des Rates vom 13.12.2006 zur Änderung der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaft, ABI 2006 L 390, 1

VO (EG) Nr 773/2004 der Kommission vom 07.04.2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABI 2004 L 123, 18

VO (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI 2004 L 24, 1

VO (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI 2003 L 1, 1

VO (EG) Nr 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABI 2001 L 145, 43

VO (EG) Nr 413/97 der Kommission vom 03.03.1997 mit Sondermaßnahmen zur Stützung des Schweinemarktes in den Niederlanden, ABI 1997 L 62, 26

VO (EWG) Nr 1983/83 der Kommission vom 22.06.1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen beziehungsweise Alleinbezugsvereinbarungen, ABI 1983 C 355, 7

VO (EWG) Nr 17 des Rates vom 21.02.1962 Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags, ABI 1962, 13

ABBILDUNGSVERZEICHNIS

Abbildung 1: Gleichgewicht beim Polypol.....	20
Abbildung 2: Langfristiges Gleichgewicht beim vollkommenen Markt.....	22
Abbildung 3: Gewinnmaximum beim Monopol.....	25
Abbildung 4: Nash-Gleichgewicht.....	28
Abbildung 5: Kartellabsprachen.....	31
Abbildung 6: Gefangenendilemma.....	37

ABSTRACT

Tritt an Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs eine kartellrechtswidrige Absprache, wird die Selbstregulierung des Marktes außer Kraft gesetzt. Durch zahllose Methoden, wie das Festsetzen von An- und Verkaufspreisen oder dem Fingieren von Produktengpässen, können Kartellmitglieder Profite erwirtschaften, welche einer Monopolrendite in nichts nachstehen. Obwohl die von Kartellen ausgehende ökonomische Ineffizienz massive betriebs- und volkswirtschaftliche Schädigungseignung aufweist, gibt es in der Europäischen Union erst seit den letzten Dekaden ernsthafte Bestrebungen derartige Verhaltensweisen aufzudecken, abzustellen und zu sanktionieren. Da Kartellanten jedoch keine Mühen scheuen, um ihre wettbewerbswidrige Tätigkeit geheim zu halten, gestaltet sich dieses Unterfangen äußerst schwierig. Zur Durchbrechung der Mauer des Schweigens, hat es sich in der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung als zielführend erwiesen, Kartellinsidern Anreize zur Kooperation mit Wettbewerbsbehörden zu offerieren. Durch die Offenlegung des rechtswidrigen Verhaltens erhält das jeweilige Unternehmen, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms, verwaltungsrechtliche Straffreiheit. Hierzu sind vom Kronzeugen umfassende Informationen und Beweismittel über das Kartell vorzulegen, welche nicht bloß die übrigen Kartellbeteiligten, sondern ebenso ihn selbst, belasten. Gänzlich unberührt lässt diese Privilegierung jedoch die Pflicht aller Kartellanten für den verursachten Gesamtschaden solidarisch einzustehen. Können Geschädigte zur Vorbereitung einer Schadenersatzklage nun Einsicht in die freiwillig vorgelegten Kronzeugendokumente nehmen, würde dies in einer Bloßstellung des Kronzeugen im Zivilprozess enden. Kartellmitglieder würden in diesem Fall künftig von einer Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde absehen. Ziel der gegenständlichen Arbeit liegt darin, dieses Spannungsverhältnis widerstreitender Interessen zu hinterleuchten, die turbulente rechtliche Entwicklung zu analysieren sowie Lösungsvorschläge zu behandeln. Gleichzeitig wird die gegenwärtige Rechtslage des Dokumentenzugangs bei den Wettbewerbsbehörden dargelegt.

LEBENS LAUF

Name	Andreas Satzinger, LL.B. BSc LL.M. MSc MBA
Geboren am	18.12.1987
Seit Oktober 2012	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften (Dr. iur.) Universität Wien, Universitätsring 1, 1010 Wien ▪ Unternehmens- und Wirtschaftsrecht ▪ Kartellrecht ▪ Europarecht
November 2011 - August 2013	Masterstudium Leadership and Management (MBA) Donau-Universität Krems, Dr.-Karl-Dorrek-Straße 30, 3500 Krems ▪ Internationales Projektmanagement ▪ Neurolinguistische Programmierung
November 2011 - Juni 2013	Masterstudium Leadership and Management (MSc) Donau-Universität Krems, Dr.-Karl-Dorrek-Straße 30, 3500 Krems ▪ Unternehmensführung und Strategieentwicklung ▪ Human Resource Management
Oktober 2011 - August 2012	Masterstudium Europäisches Wirtschaftsrecht (LL.M.) Universität Wien, Universitätsring 1, 1010 Wien ▪ Unternehmens- und Wirtschaftsrecht ▪ Europarecht
März 2010 - Juni 2011	Bachelorstudium Wirtschaftsrecht (LL.B.) Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien ▪ Europarecht ▪ Arbeitsrecht
Oktober 2008 - Oktober 2011	Bachelorstudium Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (BSc) Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien ▪ Finance ▪ Business Management und Entrepreneurship
September 2002 – Mai 2008	Höhere Technische Lehranstalt für Maschineningenieurwesen HTL St. Pölten, Waldstraße 3, 3100 St. Pölten ▪ Automatisierungstechnik ▪ Mechanik