



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Die Privilegierung des Kronzeugen in der
Richtlinie 2014/104/EU“

verfasst von / submitted by

Victor Sebastian Alff, LL.B.

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2016 / Vienna 2016

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

A 992 548

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht /
European and International Business Law

Betreut von / Supervisor:

o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Victor Sebastian Alff
Universität Wien
LL.M. Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht
SS 2016

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	5
1. EINLEITUNG	7
2. GRUNDLAGEN DES KARTELLRECHTS IN DER EU	9
2.1 Wettbewerbsregeln nach Art 101 und 102 AEUV	9
2.1.1 Kartellverbot nach Art 101	10
2.1.2 Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung nach Art 102	13
2.1.3 Verhältnis europäisches und nationales Kartellrecht	15
2.2 Sanktionen	16
2.3 Zusammenfassung	18
3. PRIVATE ENFORCEMENT UND LENIENCY	18
3.1 Grundstein des Private Enforcement	18
3.1.1 Rs Courage	19
3.1.2 Rs Manfredi	21
3.2 Kronzeugenregelung für Kartellsachen im Überblick	22
3.3 Verhältnis Private Enforcement und Leniency	23
3.3.1 Rs Pfeleiderer	24
3.3.2 Rs Donau Chemie	26
3.3.3 Rs EnBW	28
3.4 Fazit	30
4. DIE PRIVILEGIERUNG DES KRONZEUGEN IN DER RL 2014/104/EU	31
4.1 Hintergrund der Richtlinie	31
4.2 Erlass und Geltungsbereich	32
4.3 Konkrete Umsetzung	33
4.3.1 Begriffsbestimmungen	33
4.3.2 Kapitel II der RL	35
4.3.2.1 Problemaufriss	35
4.3.2.2 Offenlegung und Verwertung von Beweismitteln	36
4.3.2.2.1 Offenlegungsverbot gem Art 6	37
4.3.2.2.2 Erwägungsgrund 26	40

4.3.2.2.3	Verwertungsverbot gem Art 7	41
4.3.2.3	Kritik	42
4.3.3	Kapitel III der RL	46
4.3.3.1	Problemaufriss	46
4.3.3.2	Gesamtschuldnerische Haftung gem Art 11	47
4.3.3.3	Erwägungsgrund 37	49
4.3.3.4	Erwägungsgrund 38	50
4.3.3.5	Kritik	50
4.4	Fazit	54
5.	SCHLUSSBETRACHTUNG	57
LITERATURVERZEICHNIS		58
INTERNETQUELLEN		62
JUDIKATURVERZEICHNIS		63
ABSTRACT		64
EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG		66

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	andere Ansicht
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2008/115, 47
Art	Artikel
BGH	Bundesgerichtshof
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BKartA	Bundeskartellamt
BWB	Bundeswettbewerbsbehörde
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dh	das heißt
eA	eine Ansicht
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
ErwGrd	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union, ABl C 1992/191, 1
FN	Fußnote
gem	gemäß
grds	grundsätzlich
hM	herrschende Meinung

HS	Hauptsatz
idR	in der Regel
iHv	in Höhe von
iS	im Sinn
iSd	im Sinne des, - der
iVm	in Verbindung mit
mE	meines Erachtens
MS	Mitgliedsstaat
Nr	Nummer
NS	Nebensatz
oa	oben angeführt
oÄ	oder Ähnliche(s)
og	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache (bei Europäischen Gerichten)
s	siehe
S	Satz, Seite
sog	sogenannt, -e, -er, -es
ua	unter anderem
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
va	vor allem
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
zB	zum Beispiel

Der Binnenmarkt ist das Herzstück der Europäischen Union. Dieser ist abhängig von einem funktionierenden Wettbewerb, was gesamtwirtschaftlich zu den besten Ergebnissen führt. Auf diese Weise werden Unternehmen kontinuierlich dazu veranlasst, die Qualität und die Preise der Produkte zu optimieren. Die Konkurrenzsituation auf dem Markt führt jedoch auch dazu, dass Unternehmen fortwährend versuchen, den Wettbewerb durch Absprachen auszuschalten.¹ Solche Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen fallen unter das europäische Wettbewerbsrecht gem Art 101 AEUV und sind je nach Schweregrad verboten. Kartelle führen zu überhöhten Preisen, Arbeitslosigkeit und verschlechtern das Angebot.

„In keiner Zeit der deutschen Wirtschaftsgeschichte hat es denn auch so viele Arbeitslose gegeben als in jener Phase, da das Kartellwesen am üppigsten blühte. Immer aber müssen Kartelle mit einem geringeren Lebensstandard bezahlt werden“
(Ludwig Erhard, Wohlstand für Alle, Düsseldorf/Wien, 1964, 185-186).²

Das Hauptproblem an Wettbewerbsverstößen ist nicht nur der wirtschaftliche Schaden, der dadurch angerichtet wird, sondern auch deren Aufdeckung. Kartellabsprachen finden im Geheimen statt, was die Arbeit der Wettbewerbsbehörden ins Leere laufen lassen kann. Aus diesem Grund bedient sich die öffentliche Rechtsdurchsetzung einem der effektivsten Instrumente, der sog Kronzeugenregelung. Deren Bedeutung kann anhand des aktuell geahndeten LKW-Kartells aufgezeigt werden.

Die LKW-Hersteller MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco und DAF haben ua über 14 Jahre Preisabsprachen getroffen und somit gegen das europäische Kartellverbot gem Art 101 AEUV verstoßen. Infolgedessen hat die EU-Kommission am 19.07.2016 eine Rekordgeldbuße in Höhe von 2,927 Mrd. EUR verhängt.³ Berücksichtigt man die Schwere und die Dauer des Verstoßes, den gebündelten Marktanteil von etwa 90% und die enormen wirtschaftlichen Schäden, wird

¹ Vgl Bundeskartellamt Deutschland, Erfolgreiche Kartellverfolgung, Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher (2011), S 2.

² Das Zitat von L. Erhard bezieht sich nur auf die deutsche Wirtschaft, kann aber selbstverständlich als allgemein geltend verstanden werden.

³ Diese Summe übersteigt den bis dato geltenden Höchstbetrag einer Geldbuße von 1,47 Mrd. EUR aus dem Jahr 2012 um das doppelte. Vgl: sog Bildröhrenkartell: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1317_de.htm (Stand 25.07.2016).

einem klar, warum eine derart hohe Strafe festgesetzt wurde.⁴ Die Geldbuße muss jedoch nur von vier der fünf Kartellanten beglichen werden. Die VW-Tochter MAN trat im Voraus an die Europäische Kommission heran und setzte sie über das Kartell in Kenntnis. Damit steht dem Unternehmen als Kronzeuge eine Belohnung gemäß der Kronzeugenregelung zu.

„Wenn man die anderen verpfeift, bekommt man seine gesamte Geldbuße erlassen. In diesem Fall ist das eine ganze Menge. 1,2 Milliarden (Euro) würden für die meisten Menschen am Monatsende ins Gewicht fallen“ (EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager, Brüssel, 19.07.2016).⁵

Trotz der Sonderstellung der Firma MAN, die als Schlüsselfigur die Aufdeckung des Kartells ermöglicht hatten, haben diese zusammen mit den anderen vier Rechtsverletzern einen enormen Schaden angerichtet.

Spätestens seit dem EuGH-Urteil Courage⁶ aus dem Jahr 2001 steht nämlich fest, dass jedermann ein Recht auf Ersatz desjenigen Schadens hat, den er aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht erlitten hat. Daher steht es allen geschädigten Unternehmen und Personen des LKW-Kartells zu, ihre Ansprüche vor den mitgliedsstaatlichen Gerichten geltend zu machen.

Dass die Wettbewerbsverfolgung der Behörden durch die private Rechtsdurchsetzung vervollständigt wird, erscheint auf den ersten Blick einleuchtend. Doch dieses Zusammenwirken wirft Probleme auf: Steht es nicht im Widerspruch, dass Kronzeugen im Rahmen der Kronzeugenregelung belohnt werden und dann im Nachgang privatrechtlich vollumfänglich für sämtliche Schäden mithaften müssen?

In Konsequenz daraus ergibt sich ein schwieriges Spannungsverhältnis zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung. Abhilfe dabei soll die bereits 2014 verabschiedete Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU schaffen, die die MS bis zum 27.12.2016 umzusetzen haben. In Bezug auf das LKW-Kartell wird diese eine besondere Rolle spielen und gleichzeitig auf die Probe gestellt werden; denn die Richtlinie sieht aufgrund des Spannungsverhältnisses bestimmte Sonderregelungen in Bezug auf den Kronzeugen vor.

⁴ Siehe dazu: Statement der EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager: https://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommission-verh%C3%A4ngt-rekordgeldbu%C3%9Fe-von-293-milliarden-euro-gegen-lkw-kartell_de (Stand 25.07.2016).

⁵ Siehe: <http://www.eu-info.de/dpa-europaticker/273238.html> (Stand 25.07.2016).

⁶ EuGH 20.09.2001, C-453/99, Courage.

Um den Bedarf nach dieser Privilegierung verstehen zu können, geht die nachstehende Arbeit zu Beginn auf den Regelungsinhalt des europäischen Kartellrechts gem Art 101 und 102 AEUV ein. Im Zuge der Sanktionen der öffentlichen Wettbewerbsverfolgung, wird auf die Rechtsfigur des Kronzeugen hingewiesen. Im Weiteren wird der Grundstein der privaten Rechtsdurchsetzung anhand der bedeutendsten EuGH-Urteile dargelegt. Nach Veranschaulichung des og Spannungsverhältnisses, wird ein Lösungsweg erneut mittels richtungsweisender EuGH-Judikatur aufgezeigt. Ein Hauptproblem stellt die Akteneinsicht dar. Geschädigte fordern mehrfach die Einsicht von Kronzeugen-Unterlagen an, während die Behörden diese unter Verschluss halten, um den Kronzeugen weiterhin schützen zu können. Eine einheitliche unionsweite Regelung soll die 2014 erlassene Kartellschadensersatzrichtlinie schaffen. Diese rechtsangleichende Maßnahme soll das Recht der Kartellgeschädigten auf Schadensersatz stärken und gleichzeitig den Kronzeugen in mehrfacher Hinsicht schützen. Die Frage ist: Gelingt es dem europäischen Gesetzgeber ein Gleichgewicht zwischen den Interessen der Geschädigten und den der öffentlichen Rechtsdurchsetzung zu finden oder wird der Kronzeuge womöglich überprivilegiert?

2. GRUNDLAGEN DES KARTELLRECHTS IN DER EU

2.1 WETTBEWERBSREGELN NACH ART 101 UND 102 AEUV

Das europäische Wettbewerbsrecht innerhalb der EU ist im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union⁷ verankert. Ausschlaggebend hierbei sind vor allem das Kartellverbot gem Art 101 AEUV und das Verbot des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung gem Art 102 AEUV. Zur Verwirklichung dieses Primärrechts erlässt der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments nach Art 103 AEUV konkretisierende Verordnungen und Richtlinien im Rahmen des Sekundärrechts.⁸ Die Vorschriften der Art 101 bis 106 AEUV richten sich an Unternehmen und sollen sicherstellen, dass ein System des unverfälschten Wettbewerbs errichtet werden kann.

⁷ Im Weiteren: AEUV; s die ausschließliche Zuständigkeit der EU in Art 3 Abs 1 lit b AEUV.

⁸ Insbesondere die 16. Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 81 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (VerfahrensVO (EG) 1/2003); die 18. Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO oder Gruppenfreistellungsverordnung) und die 17. Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO).

Art 101 AEUV ist wie folgt aufgebaut: Abs 1 verbietet bestimmte Verhaltensweisen, um den Binnenmarkt vor Wettbewerbsverfälschungen zu schützen, Abs 2 regelt die Nichtigkeit von Verhaltensweisen oder Beschlüssen, die nach Abs 1 verboten sind und Abs 3 zeigt Voraussetzungen auf, unter denen das Kartellverbot für nicht anwendbar erklärt werden kann (Legalausnahme).

In Abs 1 wendet sich der europäische Gesetzgeber vom Begriff des „Gemeinsamen Marktes“ nach Art 81 EGV⁹ ab und formuliert fortan die Herstellung eines funktionierenden „Binnenmarktes“ als ein zu erreichendes Ziel gem Art 3 Abs 3 EUV¹⁰. Dabei handelt es sich jedoch nur um eine terminologische Modifikation, ohne, dass damit eine tatsächliche inhaltliche Änderung herbeigeführt wird.¹¹ Dem EuGH-Urteil Gaston/Schul zufolge, wird der Gemeinsame Markt durch die Beseitigung aller Handelshemmnisse innerhalb der Union definiert, mit dem Ziel, die nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt zu verschmelzen. Dieser einheitliche Markt innerhalb des Gemeinschaftsgebiets soll den Bedingungen eines wirklichen Binnenmarkts nahezu gleichkommen.¹² Entscheidender als die Terminologie sind demnach die binnenmarktähnlichen Verhältnisse zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes.¹³

Im Weiteren werden die Tatbestandsmerkmale des Abs 1 im Groben aufgezeigt. Zum einen wird die Beteiligung von Unternehmen bzw Unternehmensvereinigungen gefordert. Als Unternehmen iSd EuGH wird „[...] jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ (EuGH 20.01.2011, C-90/09 P, GQ, Rz 35) definiert.

Unter den zuvor erwähnten Verhaltensweisen der Unternehmen fallen Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Dabei handelt es sich um sog Modalitäten der Verhaltenskoordinierung. Auf dem europäischen Binnenmarkt wird der Grundsatz des Selbständigkeitspostulats¹⁴ verfolgt. Dieser besagt, dass jeder Unternehmer seine Geschäftspolitik selbst zu bestimmen hat, die er auf dem Gemeinsamen Markt zu

⁹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften.

¹⁰ Vertrag über die Europäische Union.

¹¹ Paal in Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Art 101 AEUV (2016), Rz 1-2.

¹² Vgl EuGH 05.05.1982, C-15/81, Gaston/Schul, Rz 33.

¹³ Tietje in Das Recht der Europäischen Union, Art 94 EGV (2009), Rz 5.

¹⁴ EuGH 16.12.1975, C-40/73, Suiker Unie, Rz 173-174.

betreiben gedenkt. Dh, dass Unternehmen ihr Marktverhalten autonom zu bestimmen haben.¹⁵

Im Allgemeinen handelt es sich bei Vereinbarungen um zivilrechtliche Verträge oder sonstige Abreden. Auch informelle Absprachen -sog. „Gentlemen’s agreements“- werden vom Tatbestand der Vereinbarung erfasst.¹⁶ Der Abschlussort der getroffenen Vereinbarung bleibt unberücksichtigt und ist somit unstreitig irrelevant.¹⁷ Bei Verhaltensweisen, die aufeinander abgestimmt sind, ist grds zu beachten, dass diese vom „marktkonformen Parallelverhalten“ abgegrenzt werden müssen.¹⁸ Ferner konkretisiert der EuGH im Urteil Farbstoffe, dass es sich bei der Abstimmung um eine Form der Koordinierung handeln muss, die zwar noch nicht zum Abschluss eines Vertrages geeignet ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit bezweckt und gleichzeitig die mit dem Wettbewerb verbundenen Risiken mindert.¹⁹

Im Weiteren geht Abs 1 darauf ein, welche der zuvor dargelegten Vereinbarungen²⁰ verboten sind. Diese müssen nämlich geeignet sein, den Handel zwischen den MS zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken²¹. In lit a-e zählt der Gesetzgeber Beispielsfälle („insbesondere“) für solch verbotene Maßnahmen auf.

Generell muss das verbotene Verhalten geeignet sein, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Dabei handelt es sich um die sog Zwischenstaatlichkeitsklausel. Diese hat nach hM eine Doppelfunktion. Zum einen ist sie ein materielles Tatbestandsmerkmal des Art 101 AEUV und zum anderen stellt sie eine implizite Kollisionsnorm dar. Letztere bestimmt und begrenzt zugleich den sachlichen Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts.²² Bzgl der Eignung (der Beeinträchtigung) lässt sich den Leitlinien der EU entnehmen, dass die Beurteilung dessen anhand objektiver rechtlicher und tatsächlicher Kriterien erfolgt. Die Umstände müssen voraussehen lassen, dass die Vereinbarung den Warenverkehr zwischen den MS unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell beeinflussen kann.²³ Folglich fällt eine fragliche Maßnahme, die nicht geeignet ist den zwischenstaatlichen Handel zu

¹⁵ In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass es aufgrund von festgestellten oder erwarteten Verhalten der Konkurrenten zu Marktanpassungen kommen kann. Falls diese rational, marktkonform und va ohne Abstimmung erfolgen, handelt es sich um den sog Preisschirmeffekt (Umbrella Pricing) durch Kartellaußenseiter.

¹⁶ Dittrich/Matthey in Corporate Compliance, § 26 Kartellrecht (2016), Rz 63.

¹⁷ Funke/Meessen in Kartellrecht, 1.Teil. Internationales Kartellrecht der Europäischen Union (2016), Rz 75-76.

¹⁸ Eine Abgrenzung ist unter Umständen sehr schwierig.

¹⁹ EuGH 14.07.1972, C-54/69, Farbstoffe, Rz 51-54.

²⁰ Nachfolgend umfasst der Begriff Vereinbarung auch Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.

²¹ Vgl Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl 2004 C 101/97, Rz 19-24.

²² Zimmer in EU-Wettbewerbsrecht, Band 1, Art 101 Abs 1 AEUV (2012), Rz 194.

²³ Vgl Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl 2004 C 101/81, Rz 23.

beeinträchtigen, nicht unter das Wettbewerbsrecht der EU, sondern womöglich unter das nationale Recht des entsprechenden MS.

Nach ständiger Rechtsprechung enthält Art 101 AEUV ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: nämlich das Erfordernis der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung. Diese unabdingbare Voraussetzung regelt die erkennbare Auswirkung auf Dritte. Dadurch soll verhindert werden, dass Art 101 AEUV Anwendung auf Bagatellkartelle findet. Für die Beurteilung der Spürbarkeit dient die sog Bagatell- oder de-minimis-Bekanntmachung.²⁴ Diese legt bestimmte Kriterien betreffend Marktanteils- und Umsatzschwellen fest, die jedoch nicht für Kernbeschränkungen -sog Hard-core Kartelle- gelten. Dadurch, dass die Spürbarkeit auch bei der Handelsbeeinträchtigung eine Rolle spielt, kommt ihr eine Doppelfunktion zu.²⁵

Art 101 Abs 2 AEUV regelt die Nichtigkeit für Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die gem Abs 1 verboten sind. Fraglich ist, wie weit die Nichtigkeitsfolge reicht. Nach der Rechtsprechung des EuGH²⁶ gilt die Folge der Nichtigkeit nicht für die gesamte Vereinbarung oder den Gesamtbeschluss einer Unternehmensvereinigung.²⁷ Vielmehr erfolgt die Nichtigkeit nur für die Teile der Vereinbarung, die unmittelbar vom Verbot nach Abs 1 betroffen sind oder sich von der verbotenen Abrede nicht sinnvoll abtrennen lassen. Die Beurteilung der Trennbarkeit erfolgt nicht nach Intention der Parteien, sondern nach objektiver Betrachtungsweise des jeweiligen Einzelfalls.²⁸

Art 101 Abs 3 AEUV regelt die Legalausnahme zum Kartellverbot. Früher ging man von einem Verbot mit Genehmigungsvorbehalt aus. Die Prüfung als administratives Freistellungsverfahren oblag der Kommission (Genehmigungsmonopol), was bis heute im Gesetz mit „kann für nicht anwendbar erklärt werden“ (Art 101 Abs 3 AEUV) verankert ist. Die VerfahrensVO 1/2003 brachte einen Systemwechsel, weswegen heute von einer -wie zuvor erwähnten- Legalausnahme gesprochen wird. Der Unterschied im Genauen besteht darin, dass die Beurteilung nicht mehr aufgrund der Kommission, sondern durch Selbsteinschätzung der Unternehmen erfolgt. Letztlich entscheidet erst im Streitfall ein Gericht oder die Kommission,

²⁴ Vgl 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), ABl 2001 C 368/13, Rz 7, 8, 11.

²⁵ Emmerich in EU-Wettbewerbsrecht, Band 1, Art 101 Abs 1 AEUV (2012), Rz 142-144.

²⁶ EuGH 25.11.1971, C-22/71, Béguelin Import/G. L. Import Export, Rz 26.

²⁷ Über das zivilrechtliche Schicksal der Total- oder Teilnichtigkeit entscheidet nicht das Unionsrecht, sondern das jeweils geltende nationale Recht.

²⁸ Eilmansberger in EUV/AEUV, Art 101 AEUV (2012), Rz 111,113.

ob die Selbsteinschätzung richtig war. Die Feststellung erfolgt im öffentlichen Interesse gem Art 10 VerfahrensVO 1/2003.²⁹

Die objektive Beurteilung der betroffenen Koordinierungshandlung erfolgt nach Abwägung der wettbewerbsbeschränkenden gegenüber den wettbewerbsfördernden Auswirkungen. Überwiegen die positiven Effekte³⁰ nach Abs 3, kommt eine Freistellung in Betracht. In diesem Zusammenhang ist auch die Gruppenfreistellungsverordnung zu erwähnen, die die Freistellung von vertikalen Vereinbarungen unter bestimmten Voraussetzungen regelt. Aus diesem Grund wird Art 101 Abs 3 AEUV iVm Art 2-5 Vertikal-GVO geprüft. Die Beurteilung der Freistellung hängt in beiden Fällen von der Marktstruktur und vom Einzelfall ab. Die Gruppenfreistellungsverordnung soll als Unterstützung für die Selbstbeurteilung der Unternehmen dienen und für Rechtssicherheit sorgen.³¹

2.1.2 MISSBRAUCH DER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG NACH ART 102

Nicht nur Vereinbarungen in Gestalt eines Kartells sind verboten, sondern auch einseitige Verhaltensweisen von marktmächtigen Unternehmen, die den Wettbewerb gem Art 102 AEUV gefährden. Komplementär zum Kartellverbot, soll auch in Art 102 der Binnenmarkt geschützt werden. Innerhalb dieses einheitlichen Marktes sollen insbesondere die Handelspartner, also die Marktgegenseite vor einem Machtmissbrauch großer Unternehmen bewahrt werden. An dieser Stelle ist deutlich zu betonen, dass das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung nicht unionswidrig ist. Erst das missbräuchliche Ausnutzen dieser Stellung fällt unter den Tatbestand des Art 102 AEUV.³²

In Anlehnung an Art 101 setzt auch Art 102 eine Handlung von ein oder mehreren Unternehmen und die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels voraus.³³

Überdies hinaus wird eine beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben verlangt. Marktbeherrschende Stellungen bestehen nicht im Allgemeinen, sondern nur auf einem sog relevanten Markt. Diesbezüglich muss eine Marktabgrenzung vorgenommen werden. Nach Ansicht der Kommission und der

²⁹ Nordemann in Kartellrecht, 6. Teil, Art 101 Abs 3 AEUV (2016), Rz 9.

³⁰ Art 101 Abs 3 AEUV geht beispielhaft auf positive Auswirkungen ein: Zum einen wird die angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn gefördert und zum anderen soll dieser Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen.

³¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=URISERV:cc0006&from=DE> (Stand 25.07.2016).

³² Paal in Beck'scher Online-Kommentar InfoMedR, Art 102 AEUV (2016), Rz 1-2.

³³ Genaueres s unter 2.1.1.

Rechtsprechung zählen hierzu nur Produkte und Dienstleistungen, zwischen denen ein wirksamer Wettbewerb betrieben werden kann.³⁴ Die weitere Abgrenzung erfolgt laut hM nach sachlichen, räumlichen und zeitlichen Kriterien.³⁵ Sachlich werden jegliche Erzeugnisse und Dienstleistungen erfasst, die von Konsumenten bzgl. Eigenschaft, Preis und vorgesehener Verwendungszweck als substituierbar angesehen werden.³⁶ Es kommt also auf die Austauschbarkeit der Produkte aus Sicht der Verbraucher an. Bei der räumlichen Abgrenzung geht es um die Beurteilung des geographischen Gebiets innerhalb des Binnenmarkts, auf dem Unternehmen Produkte und Dienstleistungen anbieten und Verbraucher alternative Produkte erstehen können. Dem zeitlichen Kriterium kommt nur ausnahmsweise eine eigene Bedeutung zu. ZB im Falle vorübergehender Umstände, die kurzzeitig zu einer Machtposition eines Unternehmens führen.³⁷

Nach Eingrenzung des relevanten Marktes muss die Positionierung des betroffenen Unternehmens weiter untersucht werden. Fraglich ist nämlich ob das Unternehmen überhaupt eine beherrschende Stellung innehat. In diesem Rahmen wird anfangs untersucht, welche Marktstruktur vorliegt. Dabei spielt der Marktanteil die wichtigste Rolle. Er legt dar, inwieweit das führende Unternehmen die Produktion und Verteilung von Gütern auf dem relevanten Markt kontrolliert.³⁸ Va besonders hohe Marktanteile liefern laut EuGH zweifelsohne den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung.³⁹ Weiterhin wird zur Untersuchung der Machtposition die Unternehmensstruktur untersucht. Dabei geht es hauptsächlich um individuelle Merkmale wie zB technologischer Vorsprung (Patente oder sonstige gewerbliche Schutzrechte), allgemeine Größenvorteile (economies of scale), kommerzieller Vorsprung (ausgebautes Vertriebsnetz, gut eingeführte Marke) und vertikale Integration. Zusätzlich spielen die Rohstoffe eines Unternehmens eine wichtige Rolle: Produktions- und Lieferkapazität, Zugang zu Rohstoffmärkten, Wirtschafts- und Finanzkraft und Verflechtung mit anderen Unternehmen.⁴⁰

Wie anfänglich bereits erwähnt wurde, muss zwingend ein missbräuchliches Ausnutzen der marktbeherrschenden Stellung vorliegen. Fraglich ist, wann ein solcher Missbrauch vorliegt. Eine knappe Erklärung erhält man durch das EuGH-Urteil Hoffmann-La Roche: „Der Begriff

³⁴ EuGH 21.02.1973, C-6/72, Continental Can Company, Rz 32-35.

³⁵ EuGH 14.02.1978, C-27/76, United Brands, Rz 10-11. Dieses „Bananen“-Urteil gilt als Leiturteil hinsichtlich der Bewertung einer marktbeherrschenden Stellung.

³⁶ Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl 1997 C 372/5, Rz 7.

³⁷ Bergmann/Fiedler in Kartellrecht, 6. Teil, Art 102 AEUV (2016), Rz 35, 38.

³⁸ Bartl/Schröter in Europäisches Unionsrecht, Art 102 AEUV (2015), Rz 93.

³⁹ EuGH 13.02.1979, C-85/76, Hoffmann-La Roche, Leitsätze, Rz 5.

⁴⁰ Fuchs/Möschel in EU-Wettbewerbsrecht, Band 1, Art 102 AEUV (2012), Rz 102-107. Die genannten Beispiele sind nicht taxativ aufgezählt.

der missbräuchlichen Ausnutzung ist vielmehr ein objektiver Begriff. Er erfasst die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“ (EuGH 13.02.1979, C-85/76, Hoffman-La Roche, Rz 91). Ferner werden in Art 102 lit a-d AEUV Beispielsfälle („insbesondere“) für einen Missbrauch genannt. Man unterscheidet grds zwei Arten des Missbrauchs. Ausbeutungsmissbrauch liegt vor, wenn ein Unternehmen seine Machtposition dazu nutzt, um geschäftliche Vorteile von seinen Lieferanten oder Abnehmern zu erzielen, die es bei herkömmlichem Wettbewerb nicht bekommen hätte. Dazu zählen ua unangemessene Preise oder Geschäftsbedingungen und sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierungen.⁴¹ Daneben gibt es auch noch den Behinderungsmissbrauch.⁴² Darunter versteht man Verhaltensweisen eines führenden Unternehmens, die andere Konkurrenten vom Markt ausschließen und damit das Verbraucherwohl mindern. Besonders konfliktreich sind Kampfpreisstrategien, Kopplungsgeschäfte, Alleinbezugsverpflichtungen, Treuerabatte, Bündelungen und Lieferverweigerungen.⁴³

Abschließend ist hervorzuheben, dass das Missbrauchsverbot nach Art 102 AEUV im Gegensatz zum Kartellverbot nach Art 101 AEUV keinen Ausnahmetatbestand regelt.

2.1.3 VERHÄLTNIS EUROPÄISCHES UND NATIONALES KARTELLRECHT

Wie bereits erläutert wurde, setzt das Kartell- und Missbrauchsverbot das zwingende Erfordernis der Zwischenstaatlichkeit voraus. Dh zum einen, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen muss und zum anderen, dass die Maßnahme spürbar geeignet sein muss, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Durch diese Zwischenstaatlichkeitsklausel wird der Anwendungsbereich des europäischen zu dem des nationalen Kartellrechts abgegrenzt, womit sie gleichzeitig auch eine Kollisionsnorm darstellt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie das nationale und das europäische Wettbewerbsrecht zueinanderstehen.

⁴¹ Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, Ausbeutungsmissbrauch (2015).

⁴² Siehe Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABI 2009 C 45/7.

⁴³ Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, Behinderungsmissbrauch (2015).

Grundsätzlich ergibt sich der Anwendungsbereich aus Art 3 Abs 1 VO 1/2003. Demnach wird das nationale Kartellrecht nicht durch das gemeinschaftliche verdrängt. Daher ist davon auszugehen, dass beide Rechtsordnungen kumulativ Anwendung finden.⁴⁴ Das heißt, die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte sind verpflichtet, neben den nationalen auch die europäischen Vorschriften anzuwenden.⁴⁵ Allein daraus ergibt sich der Vorrang des EU-Rechts vor (milderem)⁴⁶ nationalem Recht.⁴⁷

Fraglich ist, was passiert, wenn das nationale Recht strenger als das Unionsrecht ist. Abs 2 des Art 3 VO 1/2003 geht diesem Fall nach. Gem Abs 2 S 1 dürfen Maßnahmen nach nationalem Recht nicht verboten werden, die entweder erst gar nicht den Tatbestand nach Art 101 Abs 1 AEUV erfüllen oder nach Art 101 Abs 3 oder der V-GVO freigestellt sind. Dh, das mildere EU-Recht setzt sich gegenüber dem strengeren staatlichen Recht durch. Mit dieser Regelung wird dem Vorrang des gemeinschaftlichen Rechts noch einmal besonders Ausdruck verliehen. Anders verhält es sich in Bezug auf Art 102 AEUV. Art 3 Abs 2 S 2 VO 1/2003 schafft eine Ausnahme zu dieser vorrangigen Geltung. Die MS dürfen strengere staatliche Vorschriften erlassen und auch anwenden, wenn damit „einseitige Handlungen“ von Unternehmen unterbunden oder geahndet werden. Damit kommt der Regelung des Art 102 AEUV der Charakter eines „Mindeststandards“ zu. Der Begriff „einseitige Handlungen“ ist von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen abzugrenzen. Die Adalat-Entscheidung des EuGH⁴⁸ geht ebenfalls auf diese Abgrenzung ein. Bei der Anwendung des Art 102 AEUV müssen möglicherweise strengere mitgliedsstaatliche Gesetze beachtet werden.⁴⁹

Art 3 Abs 3 VO 1/2003 regelt eine Ausnahme zu Abs 1 und 2 des Artikels. Demzufolge bleiben diese unangewendet, sofern die mitgliedsstaatliche Fusionskontrolle zur Anwendung kommt oder vorübergehend andere Ziele, als die in Art 101 und 102 AEUV verfolgt werden.⁵⁰

2.2 SANKTIONEN

Ist der Tatbestand nach Art 101 und 102 AEUV letztendlich erfüllt und liegt hinsichtlich des Kartellverbots keine Legalausnahme gem Art 101 Abs 3 iVm der

⁴⁴ Osterrieth, Patentrecht, 5. Teil (2015), Rz 701-702.

⁴⁵ Zweck: Verstärkung der dezentralen Unions-Kartellrechtsanwendung.

⁴⁶ Erklärung folgt im weiteren Fließtext.

⁴⁷ Klees in Computerrechts-Handbuch, Grundlagen, Art 3 VO 1/2003 (2008), Rz 63-64.

⁴⁸ Vgl EuGH 06.01.2004, C-2/01 P, Bayer/Adalat.

⁴⁹ Klees in Computerrechts-Handbuch, Grundlagen, Art 3 VO 1/2003 (2008), Rz 65-66.

⁵⁰ Klees in Computerrechts-Handbuch, Grundlagen, Art 3 VO 1/2003 (2008), Rz 67.

Gruppenfreistellungsverordnung vor, kann die Kommission⁵¹ gem Art 23 VO 1/2003 gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen verhängen. Der Artikel nimmt keine Unterscheidung bzgl Vorsatz und Fahrlässigkeit vor. Die Beurteilung der Schuld, Dauer und Schwere der Zuwiderhandlung dient als Grundlage zur Berechnung der Geldbuße.⁵² Bei dieser Art von Sanktion handelt es sich um hoheitliche Maßnahmen; auch public enforcement genannt.

Auch der gänzliche oder teilweise Erlass von Geldbußen fällt in die Zuständigkeit des public enforcement. Dies ist nur dann möglich, wenn die Behörde Erstinformationen oder Beweismittel erhält, die eine gezielte Nachprüfung und einen Nachweis des Kartells ermöglichen. Liegt ein solcher Fall vor, muss die Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen⁵³ hinzugezogen werden. Dabei handelt es sich um die sog Kronzeugenregelung oder -mitteilung (leniency). Ein „Kronzeuge“ gem Kartellschadensersatzrichtlinie (SE-RL)⁵⁴ ist „[...] ein Unternehmen, dem oder eine natürliche Person, der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms ein Erlass der Geldbuße einer Wettbewerbsbehörde gewährt wurde“ (Art 2 Nr 19 SE-RL).

Über die Strafverfolgung der Wettbewerbsbehörden hinaus, besteht auch die Möglichkeit, dass Geschädigte ihren durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht erlittenen Schaden zivilrechtlich geltend machen. Das grundlegendste Beispiel für die private Rechtsdurchsetzung (private enforcement) stellt die Schadensersatzklage dar.⁵⁵

Betrachtet man die einzelnen Regelungen der Rechtsfolgen genauer, ergibt sich ein gewisses Problem. Zum einen kann ein Kronzeuge aufgrund bereit gestellter Informationen über ein Kartell vom Bußgeld freigestellt werden. Zum anderen kann dieser Kronzeuge jedoch durch Schadensersatzansprüche geschädigter Personen privatrechtlich belangt werden. Dh, der hoheitliche Schutz des Kronzeugenprogramms ist nicht vollumfänglich.

Im Weiteren beschäftigen sich die Ausführungen mit genau diesem Spannungsverhältnis zwischen private enforcement und leniency, und der Frage, inwieweit ein Kronzeuge im Falle einer Schadensersatzklage privilegiert wird.

⁵¹ Berechtigt durch Art 105 AEUV und Art 4 VO 1/2003.

⁵² Hilfreich in diesem Zusammenhang sind die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl 2006, C 210/2.

⁵³ ABl 2006, C 298/17.

⁵⁴ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.

⁵⁵ Durch die RL 2014/104/EU soll das Recht der privaten Rechtsdurchsetzung gestärkt werden.

Das europäische Kartellrecht stützt sich hauptsächlich auf Art 101 und 102 AEUV. Abs 1 des Kartellverbots definiert den Tatbestand. An diesem Punkt ist vor allem das Erfordernis der Zwischenstaatlichkeit zu betonen. Abs 2 regelt die Nichtigkeitsfolge verbotener Abreden, die die Voraussetzungen gem Abs 1 erfüllen. Dh aber nicht, dass die gesamte Abrede für nichtig erklärt wird; im Zweifel muss eine Trennung vorgenommen werden. Abs 3 regelt die heutzutage bezeichnete Legalausnahme und wird unterstützt durch die Gruppenfreistellungsverordnung. Letztere kommt einer erleichterten Selbsteinschätzung der Unternehmen zu Gute.

Art 102 AEUV geht auf die marktbeherrschende Stellung ein. Nach Abgrenzung des relevanten Marktes wird festgestellt, dass erst der Missbrauch der beherrschenden Stellung unter das Verbot dieses Artikels fällt. Eine Ausnahmeregelung ist nicht vorhergesehen.

In Bezug auf das Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Kartellrecht kommt einem die VerfahrensVO 1/2003 zu Hilfe. Diese regelt, dass das Unionsrecht grundsätzlich Vorrang genießt. Bzgl Art 101 setzt sich das mildere EU-Recht gegenüber strengerem nationalen Recht durch. Art 3 Abs 2 S 2 VO 1/2003 bildet eine Ausnahme für Art 102 AEUV. Demnach sind strengere nationale Vorschriften im Fall von einseitigen Handlungen zulässig.

Liegt schlussendlich ein Verstoß gegen Art 101 und 102 AEUV vor, kann die Kommission iVm Art 23 VO 1/2003 Geldbußen gegen das Kartell bzw die einzelnen Unternehmen verhängen. Für Kronzeugenprogramme sind Ausnahmen vorgesehen. Ferner können auch geschädigte Personen zivilrechtliche Maßnahmen im Rahmen von Schadensersatz geltend machen. Daraus resultiert ein Spannungsverhältnis zwischen private enforcement und leniency.

3. PRIVATE ENFORCEMENT UND LENIENCY

3.1 GRUNDSTEIN DES PRIVATE ENFORCEMENT

Wie zuvor bereits ausgeführt wurde, sieht das Gemeinschaftsrecht im Falle einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht die Möglichkeit einer Schadensersatzklage im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung vor. Dieser Umstand überrascht zunächst, da Art 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union lediglich die Nichtigkeitsfolge regelt und keine weiteren Schlüsse über darüber hinaus gehende Rechtsfolgen zulässt. Ausgangspunkt für das System des private enforcement ist das EuGH-Urteil „van Gend en

Loos⁵⁶. Demnach werden von dem Unionsrecht als Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedsstaaten, sondern auch die Einzelnen umfasst. Daraus ergibt sich, dass dem Einzelnen gleichzeitig Pflichten auferlegt und Rechte verliehen werden. Aufgrund dieser Klarstellung gelang dem EuGH in seiner richtungsweisenden Entscheidung *Courage*⁵⁷ der Sprung von der bloßen Nichtigkeitsfolge zur schwerwiegenden privatrechtlichen Schadensersatzpflicht.⁵⁸ Offenkundig wurde damit ein Mittel zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts geschaffen, was später durch das Urteil *Manfredi*⁵⁹ bestätigt und ausgebaut wurde.⁶⁰ Damit wird *va* dem Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz Rechnung getragen. Die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts wäre nämlich erheblich beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz für den Schaden verlangen kann, der ihm durch einen wettbewerbswidrigen Vertrag oder ein gleichartiges Verhalten entstanden ist. Obwohl der Schadensersatzanspruch im Gemeinschaftsrecht begründet ist⁶¹, sind weitgehend die MS verpflichtet, ihr materielles Recht und Prozessrecht in der Form auszugestalten, dass es zur Durchsetzung der Kartellrechtsansprüche beiträgt und sie nicht behindert.⁶²

3.1.1 RS COURAGE

In der Sache *Courage Ltd gegen Bernard Crehan* galt es für den EuGH nachstehenden Sachverhalt zu beurteilen. Der englische Gaststättenbetreiber Crehan schloss 1991 Musterpachtverträge (bis auf die Pachthöhe nicht verhandelbar) mit seinen Verpächtern ab. Die Verpächter-Gesellschaft stand zu 50% im Eigentum der Brauerei Courage. Der abgeschlossene Vertrag verpflichtete Crehan den kompletten Bedarf an Bier und Spirituosen bei Courage zum Listenpreis zu decken. Zudem wurde eine Mindestabnahmemenge vereinbart. Im Weiteren kam es zu ausgebliebenen Zahlungen an die Brauerei Courage. Als diese eingeklagt wurden, verteidigte sich der Pächter mit dem Argument, dass die Alleinbezugsbindung nach Art 101 Abs 1 AEUV⁶³ verboten und somit nach Art 101 Abs 2 nichtig sei. Ferner verweigerte er sich nicht nur der Klageforderung, sondern startete zudem einen Gegenangriff im Rahmen der

⁵⁶ EuGH 05.02.1963, C-26/62, *van Gend en Loos*.

⁵⁷ EuGH 20.09.2001, C-453/99, *Courage*.

⁵⁸ Bernhard, *Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen: Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität* (2010), 1.

⁵⁹ EuGH 13.07.2006, C-295/04, *Manfredi*.

⁶⁰ Geiger, *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess: Die Gruppenklage zur Durchsetzung von Massenschäden und ihre Auswirkungen* (2015), 116 (117).

⁶¹ Wieser, *Privat Law Enforcement im Kartellrecht: Vergleichende Analyse der Rechtsgrundlagen in der EU, Deutschland und Österreich* (2010), 9 (11).

⁶² Künzler, *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?: Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen* (2008), 524.

⁶³ Damals Art 81 EGV.

Widerklage auf Schadensersatz. Der Beklagte begründete den Schadenersatzanspruch damit, dass Courage das gleiche Bier an unabhängige Schankwirte (Außenseiter) preiswerter verkaufe. Durch die Alleinbezugs Klausel sei er an die überhöhten Preise gebunden und habe somit weniger Verdienst.⁶⁴

Der mit dem Rechtsstreit betraute englische Court of Appeal hatte Zweifel an der Widerklage, da das englische Recht keinen Ersatz für jenen Schaden vorsieht. Man wusste jedoch nicht, ob dieser Grundsatz den Vorgaben des europäischen Rechts standhalte, weshalb die Frage im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 267 AEUV⁶⁵ dem EuGH vorgelegt wurde.⁶⁶ Der EuGH bestätigte die Zweifel und entschied 2001 erstmals, dass jedermann Ersatz für den Schaden verlangen kann, der ihm durch ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten entstanden ist. Dieser Anspruch gilt jedoch nicht schrankenlos. Vielmehr hat das urteilende Gericht im Falle einer vertraglichen Vereinbarung zu prüfen, inwieweit der Anspruchssteller (des Ersatzes) die Verhandlungsstärke und Machtposition innehatte, um andere Vertragsbedingungen auszuhandeln.⁶⁷ Eine strikte Ausnahme vom Schadensersatzanspruch trifft nur denjenigen, der an der Wettbewerbsverzerrung selbst erheblich beteiligt ist.⁶⁸

Die Entscheidung des EuGH in der Rs Courage stellt eine bedeutsame Weiterentwicklung in der Auslegung des Art 101 AEUV bzgl Schadensersatzansprüchen dar; zumal der AEU-Vertrag derartige Ansprüche nicht ausdrücklich beinhaltet. Genauer gesagt war es bis dahin nach geltender Rechtsprechung⁶⁹ Aufgabe der MS, entsprechende Rechtsfolgen festzulegen, die über die gemeinschaftsrechtliche Nichtigkeitsfolge nach Art 101 Abs 2 AEUV hinausgehen. Zusammenfassend können zwei Funktionen iVm Art 101 AEUV festgehalten werden. Einerseits können vertragliche Verpflichtungen durch die zivilrechtliche Nichtigkeitsfolge gem Art 101 Abs 2 AEUV abgewehrt werden (auch mit unmittelbarer Wirkung zwischen den Einzelnen) und andererseits werden gewisse Angriffsmittel in Form von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen zur Verfügung⁷⁰ gestellt, die nicht von der Existenz paralleler nationaler Vorschriften abhängen.⁷¹

⁶⁴ EuGH, Courage, Rz 3-15.

⁶⁵ Damals Art 234 EGV.

⁶⁶ EuGH, Courage, Rz 16-18.

⁶⁷ EuGH, Courage, Rz 24-28, 33.

⁶⁸ EuGH, Courage, Rz 31; Mäsch, Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – „Courage“ und die Folgen, EuR (2003), 825 (826).

⁶⁹ EuG 18.09.1992, T-24/90, Automec srl/Kommission, Rz 50ff.

⁷⁰ Bis zum Jahr 2004 sind jedoch nur wenige Klagen vor den nationalen Gerichten erhoben worden. Eine Untersuchung der Kommission konnte zahlreiche Gründe (zB Zugang zu Beweismitteln) dafür aufzeigen. Aufgrund dessen wurde ein Grünbuch erstellt, welches die Gründe erörtern sollte. Dazu wurden vorher Akademiker, Regierungssachverständige der EU und interessierte Dritte zu dem Thema befragt; vgl EU: Erleichterung von Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts – Konsultation, Der Betrieb, Heft 05/03.02.2006.

⁷¹ Wieser, Private Law Enforcement, 11 (15).

Die Rechtssache Vincenzo Manfredi gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA ist das zweite EuGH-Urteil zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung und stellt eine Bestätigung und Weiterentwicklung von der Rs Courage dar.

Ausgangspunkt war folgender: Die italienische Wettbewerbsbehörde AGCM (Autorità garante della concorrenza e del mercato) erließ einen Beschluss gegen verschiedene in- und ausländische Versicherungsgesellschaften, die an einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung über den Austausch von Informationen im Versicherungssektor beteiligt waren. Die Absprache führte in der Folge zu wesentlichen Prämien erhöhungen von bis zu 20% in dem Zeitraum von 1994 bis 1999. Diese Prämien waren durch die bestehenden Marktverhältnisse nicht rechtfertigbar und zudem konnten die Versicherungsnehmer ihnen nicht ausweichen. Als Konsequenz erhoben die Versicherten Manfredi (ua) Klage gegen drei der am Kartell beteiligten Versicherungen. Dabei machten die Kläger Schadensersatzansprüche geltend, indem sie die Rückzahlung der überhöhten Prämien forderten.⁷²

Der zuständige Richter, der der Ansicht war, dass der vorliegende Sachverhalt neben dem nationalen auch gegen das europäische Kartellrecht verstoße, legte daraufhin die Sache zum Vorabentscheid gem Art 267 AEUV hinsichtlich der Auslegung des Art 101 AEUV und der im Courage Urteil anerkannten Schadensersatzpflicht dem EuGH vor.⁷³

Das Urteil von 2006 bejaht nicht nur, sondern präzisiert die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen iVm Kartellverstößen und stellt in diesem Zusammenhang weiter klar, dass auch sog Dritte, also Verbraucher, die in keiner vertraglichen Beziehung zum Kartellanten stehen, schadensersatzberechtigt sind. Vielmehr kommt es darauf an, ob und wie weit ein kausaler Zusammenhang zwischen Schaden und rechtswidrigem Kartell besteht.⁷⁴

Überdies hinaus wiederholt der EuGH, dass Schadensersatzansprüche unmittelbar im Unionsrecht begründet sind und die Durchsetzung selbst dem nationalem Recht unterliegt.⁷⁵

Zusammenfassend wird mit diesem Urteil das private enforcement des europäischen Wettbewerbsrechts noch einmal gestärkt.⁷⁶

⁷² EuGH, Manfredi, Rz 7-14.

⁷³ EuGH, Manfredi, Rz 16-20.

⁷⁴ EuGH, Manfredi, Rz 61.

⁷⁵ EuGH, Manfredi, Rz 72.

⁷⁶ Wieser, Private Law Enforcement, 16 (18).

Wie bereits unter 2.2 kurz umrissen wurde, sieht das public enforcement unter der Voraussetzung eines Kronzeugenantrags einen Erlass oder eine Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vor. Aus diesem Grund hat die Kommission 2006 die inzwischen dritte Mitteilung mit og Regelungsinhalt erlassen.⁷⁷ Man spricht gleichbedeutend auch von Kronzeugenregelung, leniency oder Bonusprogramm.

Der Anreiz einer Belohnung durch die Kronzeugenregelung gilt nur für Unternehmen, die Kartelle anzeigen, an denen sie selbst beteiligt sind oder waren. Aus diesem Grund kann besonders wirksam an der Aufdeckung, Unterminierung und Beendigung von Kartellen gearbeitet werden. Da Absprachen oÄ bekanntlich im Geheimen stattfinden, kann sich die Untersuchung ohne Mitwirkung Beteiligter als sehr schwierig herausstellen. Va für die Wirtschaft und die Verbraucher überwiegt das Interesse der verstärkten Beseitigung von Kartellen. Daher soll die neue verbesserte Mitteilung der Kommission an Kartellen beteiligte Unternehmen verstärkt dazu veranlassen, die entsprechenden Verhaltensweisen den Behörden anzuzeigen.

Das leniency Programm der Kommission unterscheidet zwischen dem Erlass und der Ermäßigung von Geldbußen. Anhand dessen wird die jeweilige Bedeutung der erlangten Informationen durch den Kronzeugen zum Ausdruck gebracht. Daher kommt ein vollständiger Erlass nur in Frage, wenn als erstes Unternehmen Beweise an einem Kartell vorgelegt werden, das der Kommission bis dahin noch nicht bekannt war. Sollte das Kartell schon bekannt gewesen sein, muss es sich um solch belastende Beweise handeln, die im Weiteren eine Feststellung des Kartells ermöglichen. Scheidet der Antrag auf Erlass aus, können Unternehmen eine Ermäßigung beantragen. Eine solche ist möglich, wenn Beweise vorgelegt werden, die für die Kommission, die unlängst im Besitz von Informationen ist, einen entscheidenden Mehrwert darstellen. Dies ist dann der Fall, wenn die Belege angesichts ihrer Eigenschaft und/oder Ausführlichkeit dazu beitragen, das Kartell nachzuweisen. In diesem Zusammenhang regelt die Mitteilung einzelne pauschalisierte Staffelermäßigungen von 20% bis 50%, die vom Zeitpunkt (relevant, falls mehrere beteiligte Unternehmen an die Behörde herantreten) und Mehrwert⁷⁸ der eingereichten Beweise abhängen. Aus diesem Grund können Kommissionsdienststellen den Unternehmen sog „Marker“ gewähren, die den Platz in der

⁷⁷ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl 2006, C 298/17.

⁷⁸ Dieser ist wohl individuell zu bestimmen.

Reihenfolge der eingehenden Informationen bzw Beweise schützen. Das heißt, dass sich schnelle Handlungsbereitschaft ausbezahlt.

Des Weiteren wird von den Unternehmen vorausgesetzt, dass sie während den gesamten Ermittlungen vollumfänglich, kontinuierlich und zügig mit der Europäischen Kommission zusammenarbeiten. Zudem kommt es darauf an, dass die Kooperation auf genauen, nicht irreführenden und vollständigen Informationen beruht. Die Beteiligung am Kartell muss unverzüglich beendet werden, außer die Kommission sieht weitere Kartellaktivitäten für notwendig an.

Die aktualisierte Mitteilung der Kommission richtet sich nach dem ECN-Modell. Dieses schafft ein Europäisches Wettbewerbsnetz und gibt die wesentlichen Verfahrensschritte vor, die ein Unternehmen für den Erlass oder eine Ermäßigung von Geldbußen befolgen muss. Durch die Errichtung einer zentralen Anlaufstelle soll die Antragsstellung für Involvierte grenzüberschreitender Kartelle erleichtert werden.⁷⁹

3.3 VERHÄLTNIS PRIVATE ENFORCEMENT UND LENIENCY

An dieser Stelle der Arbeit wird eines deutlich: Die Förderung des private enforcement und Interessen des public enforcement mit einer seiner wichtigsten Maßnahmen, der Kronzeugenregelung, laufen diametral entgegen. In diesem Zusammenhang stellen sich wesentliche Fragen.

Zum einen aus Sicht der Schadensersatzanspruchsteller:

Dürfen sich Geschädigte eines Kartells auf Informationen und Unterlagen eines Kartellanten berufen, die dieser als Kronzeuge den Behörden mitgeteilt hat? Gibt es also für die Betroffenen ein Akteneinsichtsrecht?

Zum anderen aus Sicht der Wettbewerbsbehörden:

Dürfen oder müssen die zuständigen Behörden sämtliche Informationen des Kronzeugen offenlegen? Besteht also eine Offenlegungspflicht?

Zuletzt aus Sicht des Kronzeugen:

Kann dieser die Akteneinsicht der Geschädigten bzw die Offenlegung der Behörden verhindern?

⁷⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26119&from=DE> (Stand 25.07.2016); 1996 wurde auf europäischer Ebene erstmals ein Kronzeugenprogramm nach amerikanischem Vorbild erlassen. Seitdem trägt es kontinuierlich und maßgeblich dazu bei, dass Kartelle durch das Klima des Misstrauens wirksam bekämpft werden können. Die Verbesserungen der Mitteilungen 2002 und 2006 spiegeln die gewonnenen Erfahrungen wider und zielen auf Transparenz und Rechtssicherheit ab.

Die aufkommenden Fragen zeigen das Spannungsverhältnis offenkundig auf. Werden preisgegebene Informationen eines Kronzeugen durch Behörden offengelegt, muss der Rechtsverletzer damit rechnen, dass er im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung durch die Kartellgeschädigten in Anspruch genommen werden kann. Dadurch könnten dessen Aussagen gegen ihn selbst verwendet und somit eine Klage uU erst begründet werden. Es ist sogar davon auszugehen, dass Kartellanten, die einen Kronzeugenantrag gestellt haben, vorrangig in Beschlag genommen werden würden, da solche Ersuche meist vorzeitig in einem Kartellverfahren vorliegen. Müsste ein Kronzeuge die vorstehenden Konsequenzen befürchten, würde der Anreiz der Belohnung durch die Kronzeugenregelung gänzlich oder teilweise verloren gehen. Dadurch würden weniger Kartelle aufgedeckt und somit die Rechtsdurchsetzung insgesamt immens geschwächt werden.⁸⁰

Zur Lösung dieses Spannungsverhältnisses wird im Folgenden die bisher geltende Judikatur des EuGH aufgezeigt, die eine Interessenabwägung fordert.⁸¹ Die relevantesten Urteile sind die die Rs Pfeleiderer⁸², Donau Chemie⁸³ und EnBW⁸⁴.

3.3.1 RS PFLEIDERER

In der Sache Pfeleiderer AG gegen das deutsche Bundeskartellamt⁸⁵ hatte letzteres Anfang 2008 wegen Preis- und Kapazitätsstilllegungsabsprachen Geldbußen iHv 62 Mio. EUR gegen drei Hersteller von Dekopapieren und fünf persönlich Verantwortliche verhängt. Die Bußgelder wurden von den Betroffenen akzeptiert. Pfeleiderer, die nach eigenen Angaben Papier im Wert von 60 Mio. EUR gekauft hatte, strebte im Folgenden eine Schadensersatzklage hinsichtlich wettbewerbswidriger überhöhter Preise an. Für die Vorbereitung der Klage verlangte Pfeleiderer daher vom BKartA eine vollumfängliche Akteneinsicht. Die Unterlagen des BKartA basierten auf einem Kronzeugenprogramm. Daher gewährte die Behörde der AG lediglich Einsicht in die Bußgeldscheide in anonymisierter Form und in das Verzeichnis der erlangten Beweismittel. Pfeleiderer beantragte daraufhin nochmal eine Einsichtnahme; va von Bonusanträgen und sonstigen freiwillig übermittelten Dokumenten des Kronzeugen. Die zweite Akteneinsicht war

⁸⁰ Reichert/Walther, Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht: Die besonderen Regelungen für Kronzeugen im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU, GPR 3/2015, 120.

⁸¹ Die Europäische Kommission hat dieses Problem ebenfalls erkannt und geht in ihrem Weißbuch näher darauf ein.

⁸² EuGH 14.06.2011, C-360/09, Pfeleiderer.

⁸³ EuGH 06.06.2013, C-536/11, Donau Chemie.

⁸⁴ EuGH 27.02.2014, C-365/12 P, EnBW.

⁸⁵ im Weiteren: BKartA

um sämtliche Geschäftsgeheimnisse, interne Dokumente und Kronzeugenunterlagen bereinigt worden. Aufgrund dessen wendete sich die Pfeleiderer AG an das Amtsgericht Bonn.⁸⁶

Das Gericht sprach sich für ein umfassendes Akteneinsichtsrecht zu Gunsten der Geschädigten aus, hatte jedoch Zweifel, ob diese Auffassung mit dem europäischen Recht übereinstimme. Daher wandte sich das Amtsgericht mittels Vorabentscheidungsersuch gem Art 267 AEUV an den EuGH. Fraglich war, ob Personen, denen ein Schaden durch ein Kartell entstanden ist und die somit Schadensersatz geltend machen wollen, ein Recht haben, Dokumente eines Kronzeugenprogramms einzusehen.⁸⁷

Der EuGH antwortete mit seiner Entscheidung von 2011 auf die Vorlagefrage, dass das Unionsrecht generell kein Verbot enthalte, so dass den Schadensersatzanspruchstellern eine Einsicht in die Kronzeugenakten zu gewähren sei. Speziell die VO 1/2003 sei dahingehend auszulegen, da eine entsprechende Regelung in dieser VO fehle. Überdies hinaus wird betont, dass es Sache der nationalen Gerichte sei, im Einzelfall eine Abwägung der unionsrechtlich geschützten Interessen vorzunehmen⁸⁸ und, dass jedermann Ersatz für den entstandenen Schaden gem der Rs Courage zusteht.

In diesem Zusammenhang äußerte sich jedoch der EuGH zum Kronzeugenprogramm insofern, dass er es als ein nützliches Instrument zur Kartellbekämpfung ansieht. Zudem merkte er an, dass die Akteneinsicht von Kronzeugen-Unterlagen der Effektivität des leniency entgegenstehen könnte.⁸⁹

Ferner ist hervorzuheben, dass der EuGH mit diesem Urteil den Ausführungen des Generalanwalts Mazák nicht folgt.⁹⁰ Dieser plädierte für einen Ausschluss des Akteneinsichtsrechts bzgl Dokumenten, die freiwillig im Rahmen des Kronzeugenprogramms erlangt wurden. Ohne diese Einschränkung würde sich der Kronzeuge stets selbst belasten. Zudem betonte er, dass der Spagat zwischen öffentlicher Kartellverfolgung und privater Rechtsdurchsetzung ohne Einschränkung nicht gelingen könne.

Meines Erachtens geht Mazák in seinem Schlussantrag auf die wesentliche Problematik ein. Es muss bedacht werden, dass der Verbraucher in der Regel nicht über die Mittel und Möglichkeiten verfügt, gegen wettbewerbswidrige Unternehmen selbst vorzugehen. Dieser unterliegt zB den überhöhten Preisen auf dem Markt und befindet sich von daher in einer wesentlich schwächeren Machtposition gegenüber marktstarken Unternehmen. Infolgedessen

⁸⁶ EuGH, Pfeleiderer, Rz 9-13.

⁸⁷ EuGH, Pfeleiderer, Rz 14-18.

⁸⁸ EuGH, Pfeleiderer, Rz 32.

⁸⁹ Reichert/Walther, Kronzeugen im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU, GPR 3/2015, 121.

⁹⁰ Siehe Schlussanträge von Generalanwalt Mazák vom 16.12.2010 in der Rs Pfeleiderer, Rz 38-47.

ist es besonders wichtig, dass der Verbraucher so gut wie möglich geschützt wird. Zu diesem Zweck ist es wesentlich, dass die Kronzeugenregelung wiederum nicht leerläuft, damit zukünftige Kartelle auf diese Weise weiterhin aufgedeckt und verhindert werden können.

Nach wie vor bleibt jedoch die Frage offen, in welchem Umfang die nationale Wettbewerbsbehörde einem Kartellgeschädigten Informationen offenzulegen hat, die im Zuge des Kronzeugenprogramms mitgeteilt worden sind. Aus diesem Grund besteht in der Praxis die Gefahr, dass die mitgliedsstaatlichen Gerichte beim Auslegen unterschiedliche Schwerpunkte setzen und damit differenzierte Akteneinsichtsrechte gewährt werden. Diese Tatsache könnte eine Art „forum shopping“⁹¹ zur Folge haben.⁹²

3.3.2 RS DONAU CHEMIE

Ausgangspunkt war folgender: Das OLG Wien verhängte in Folge eines Kartellverfahrens der Bundeswettbewerbsbehörde⁹³ im Jahr 2010 gegen Donau Chemie (ua) eine Geldbuße iHv 1,5 Mio. EUR aufgrund eines Druckchemikalienkartells. Im Weiteren beantragte die Unternehmensvereinigung VDMT⁹⁴ 2011 die Einsicht der Akten aus dem Verfahren zwischen der BWB und Donau Chemie. Dieser Antrag hatte zum Ziel, die Art und Höhe des Schadens, den die Mitglieder des VDMT durch das Kartell möglicherweise erlitten haben, untersuchen zu können. Vorliegend handelt es sich also um eine follow-on-Klage.⁹⁵

Jedoch verweigerten alle Beteiligten des vorangegangenen Verfahrens die Einsicht in die relevanten Akten. Die Argumentation stützte sich auf § 39 Abs 2 ÖKartG⁹⁶. Diese Vorschrift setzt eine Zustimmung aller Verfahrensparteien voraus; also auch die der Kartellanten. Es erscheint freilich nicht verwunderlich, dass diese gerade kein Interesse an der Offenlegung ihrer Kronzeugenerklärungen hatten. Ein berechtigtes rechtliches Interesse der Antragssteller bleibt unberücksichtigt. Vorliegend hat der nationale Gesetzgeber selbst eine Abwägung zwischen den Interessen der BWB und den Interessen Dritter (Geschädigter) vorgenommen. Somit wird dem Interesse des public enforcement absoluter Vorrang gegenüber Schadensersatzansprüchen eingeräumt.

⁹¹ Systematisches Ausnutzen nebeneinander bestehender Zuständigkeiten der staatlichen Wettbewerbsbehörden; sowohl durch den Kläger, als auch durch den Kronzeugen.

⁹² Pooth, EuGH: Steht Schadensersatzklägern ein Akteneinsichtsrecht auch in Dokumente des Kronzeugen zu?, CCZ 2011, 231 (232-233). Vgl auch: Raff, Anmerkung zur Rs. C-360/90, Pfeleiderer AG/Bundeskartellamt, GPR 6/11, 294-297.

⁹³ Im Weiteren: BWB

⁹⁴ Verband Druck & Medientechnik; dazu gehörten va Unternehmen des Druckereisektors.

⁹⁵ Diese Art der Klage liegt vor, wenn im Nachgang an ein public enforcement Verfahren ein private enforcement angestrebt wird.

⁹⁶ Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl I Nr. 61/2005.

Das System der österreichischen Gesetzgebung widerspricht offenkundig der Abwägungsrechtsprechung der Rs Pfeiderer. Der Richter hat diesbezüglich keinerlei Spielraum zum Abwägen der jeweiligen Interessen. Daher hatte das OLG Wien Zweifel an der Vereinbarkeit des § 39 Abs 2 ÖKartG mit dem europäischen Recht und legte den Sachverhalt im Rahmen des Art 267 AEUV dem EuGH vor.⁹⁷

Der Europäische Gerichtshof führte erneut aus, dass es Mangels einer einschlägigen unionsrechtlichen Regelung den MS obliege, die Verfahrensmodalitäten zu regeln und somit den Schutz des Einzelnen, der sich unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, zu gewährleisten.⁹⁸ Auf die Bedenken der österreichischen Regierung, dass die Abwägung ja gerade nach nationalem Recht vorgenommen werden müsse, geht der EuGH insofern ein, dass er klarstellt, dass das nationale Recht nicht in der Form ausgestaltet sein dürfe, dass jede Möglichkeit der Abwägung im Einzelfall ausgeschlossen ist. Letzteres wird zudem noch dadurch begünstigt, dass die Parteien grundlos die Einsicht verweigern dürfen. Daher birgt § 39 Abs 2 ÖKartG in der Praxis die Gefahr, dass sämtliche Anträge auf Akteneinsichtnahme systematisch abgelehnt werden. All das würde das aus dem EU-Recht und aus den Rs Courage und Manfredi hergeleitete Recht auf Schadensersatz übermäßig erschweren.⁹⁹

Angesichts des leniency greift der EuGH die oa Punkte auf und erkennt an, dass die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme durch die Einsichtnahme der Dokumente eines Kronzeugenverfahrens durchaus beeinträchtigt werden könne. Diese Gegebenheit sei jedoch keine Rechtfertigung für eine systematische Verweigerung des Aktenzugangs.¹⁰⁰

In den Rz 46-48 wird der Gerichtshof noch konkreter. Dem Argument der österreichischen Regierung, dass die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen von öffentlichem Interesse sei, entgegnet der EuGH damit, dass die vor den nationalen Gerichten angestrebten Schadensersatzklagen essentiell für den wirksamen Wettbewerb innerhalb der EU seien. Zudem wird betont, dass den betroffenen Unternehmen bereits voller oder teilweiser Geldbußenerlass gewährt wurde. Aus diesem Grund dürfen sie sich nicht ihrer Verpflichtung zum Ersatz der Schäden entziehen. Vielmehr verlangt der EuGH, dass eine Verweigerung der Einsicht, die für jedes Dokument einzeln geprüft werden müsse, auf zwingenden Gründen des Schutzes geltend gemachter Interessen beruht. Geht von einem bestimmten Schriftstück die Gefahr aus, dass das öffentliche Interesse an der Wirksamkeit des nationalen

⁹⁷ EuGH, Donau Chemie, Rz 5-8, 11, 13.

⁹⁸ EuGH, Donau Chemie, Rz 25.

⁹⁹ EuGH, Donau Chemie, Rz 35-39.

¹⁰⁰ EuGH, Donau Chemie, Rz 42-43.

Kronzeugenprogramms konkret gefährdet sein könnte, kann das Verbot der Akteneinsicht gerechtfertigt sein.

Reichert/Walther gehen angesichts der konkreten Gefahr von einem absoluten Schutz der Unterlagen des Kronzeugen aus. Es könne stets von einer konkreten Gefahr ausgegangen werden, sobald die Beteiligung und der Umfang des Kronzeugen am Kartell offengelegt werden.¹⁰¹

Fraglich bleibt, wann die Schwelle von der abstrakten bzw latenten Gefahr zu einer gesteigerten konkreten Gefahr überschritten wird. Vielleicht wird dem öffentlichen Interesse bereits damit Rechnung getragen, dass das Urteil generell eine Einsichtnahme in die Akten ermöglicht, auch wenn die des Kronzeugen verschlossen bleiben. Das könnte der Fall sein, wenn der Schadensersatzanspruchsteller schon nützliche und seine Klage untermauernde Beweise erlangt hat. Dann würde die Offenlegung der Kronzeugen-Dokumente keinen Mehrwert mehr bieten. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das Urteil eine Beschränkung der Akteneinsicht generell nicht ausschließt. Es bedarf nach wie vor einer Interessenabwägung, die durch diese Entscheidung konkretisiert wurde. Die Unvereinbarkeit des § 39 Abs 2 ÖKartG gibt den MS Anlass, ihre jeweiligen Wettbewerbs-Vorschriften nach den Vorgaben des Primärrechts zu überprüfen. Unstreitig ist, dass es weiterhin Klärungsbedarf durch den EuGH gibt.¹⁰²

An dieser Stelle der Arbeit kann vorweggenommen werden, dass nur 5 Tage nach dem Donau Chemie Urteil vom 06.06.2013, ein Vorschlag der Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadensersatz durch die Europäische Kommission vorgestellt wurde.¹⁰³

3.3.3 RS ENBW

Das EnBW-Urteil aus dem Jahr 2014 beruht auf folgendem Sachverhalt: 2007 verhängte die Europäische Kommission wegen eines Kartells für gasisolierte Schaltanlagen¹⁰⁴ gegen elf Unternehmen Geldbußen iHv insgesamt 750 Mio. EUR. Zwei der Unternehmen waren die GIS-Hersteller Siemens und ABB. Die Energie Baden-Württemberg AG (EnBW) machte daraufhin geltend, von dem Kartell betroffen zu sein und beantragte aus diesem Grund noch im selben

¹⁰¹ Reichert/Walther, Kronzeugen im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU, GPR 3/2015, 122.

¹⁰² Vgl Anmerkung zum Urteil: Hempel, Kartellrecht: Akteneinsicht durch Schadensersatzkläger - Donau Chemie, EuZW 15/2013, 586 (590).

¹⁰³ Diese Richtlinie 2014/104/EU wurde am 26.11.2014 verabschiedet, bereits an früherer Stelle unter 2.2 angesprochen und wird unter Punkt 4 im Detail aufgearbeitet.

¹⁰⁴ Im Folgendem: GIS

Jahr bei der Kommission den Zugang zu allen Akten des Verfahrens. Das Ersuchen stützte sich auf Grundlage der Transparenzverordnung¹⁰⁵. Die Kommission lehnte die Einsichtnahme der Dokumente ab, da alle betreffenden Akten unter Ausnahmeregelungen der Transparenzverordnung fallen würden.¹⁰⁶

Im Weiteren erhob EnBW Klage auf Nichtigkeitserklärung der Entscheidung der Kommission. Das Europäische Gericht¹⁰⁷ hat der Klage zugestimmt und somit 2012 die streitige Entscheidung für insgesamt nichtig erklärt.¹⁰⁸

Daraufhin beantragte die Kommission wiederum mit ihrem Rechtsmittel das Urteil des EuG aufzuheben, die von EnBW erhobene Nichtigkeitsklage zurückzuweisen und endgültig über die Fragen, die Gegenstand dieses Streits waren, zu entscheiden. Sinngemäß beantragte EnBW das Rechtsmittel der Kommission zurückzuweisen.¹⁰⁹

Der Gerichtshof der Europäischen Union ging mit der Auffassung der Kommission insoweit konform, dass er am 27.02.2014 das Urteil des EuG wiederaufhob. Anfänglich stimmte er der Argumentation des Europäischen Gerichts zu, indem er den Grundsatz des größtmöglichen Zugangs zu Akten der Unionsorgane betonte, wie er sich in der Transparenzverordnung zeigt.¹¹⁰ Dennoch stellte er fest, dass auch dieser Grundsatz gewissen Einschränkungen, nämlich denen des Art 4 der VO (EG) Nr. 1049/2001 unterliege.¹¹¹ Nach Art 4 Abs 2 scheidet das Recht auf Akteneinsicht aus, falls der Schutz geschäftlicher Interessen einer natürlichen oder juristischen Person, einschließlich des geistigen Eigentums, der Schutz von Gerichtsverfahren und der Rechtsberatung und der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten beeinträchtigt werden würden. An dieser Stelle weist der EuGH darauf hin, dass ein bloßer Zusammenhang mit einem der og Schutzbereiche nicht ausreichend sei. Die konkrete Beeinträchtigung der Interessen müsse im vorliegenden Fall durch die Kommission nachgewiesen werden.¹¹²

Dennoch könnten allgemeine Vermutungen greifen, wonach die og Ausnahmeregelung für bestimmte Dokumente gelten würde.¹¹³ Eine solche Vermutung solle das Gleichgewicht schützen, welches der Unionsgesetzgeber durch die VO 1/2003 und 773/2004¹¹⁴ sicherstellen

¹⁰⁵ Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.

¹⁰⁶ EuGH, EnBW, Rz 11-20.

¹⁰⁷ EuG 22.05.2012, T-344/08, EnBW/Kommission.

¹⁰⁸ EuGH, EnBW, Rz 21-28.

¹⁰⁹ EuGH, EnBW, Rz 29-32.

¹¹⁰ Reichert/Walther, Kronzeugen im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU, GPR 3/2015, 122.

¹¹¹ EuGH, EnBW, Rz 61.

¹¹² EuGH, EnBW, Rz 77.

¹¹³ EuGH, EnBW, Rz 90-92.

¹¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission.

wollte und als „[...] Gleichgewicht zwischen einerseits der Verpflichtung der betroffenen Unternehmen zur Übermittlung gegebenenfalls sensibler geschäftlicher Informationen an die Kommission, damit diese das Bestehen eines Kartells feststellen und dessen Vereinbarkeit mit Art. 81 EG beurteilen kann, und andererseits der Verbürgung eines verstärkten Schutzes der so der Kommission übermittelten Informationen im Rahmen des Berufsgeheimnisses und des Geschäftsgeheimnisses“ (EuGH 27.02.2014, C-365/12 P, EnBW, Rz 90) beschreibt. Da die allgemeine Vermutung grds widerlegt werden kann, hätte EnBW entweder aufzeigen müssen, warum die Vermutung im konkreten Fall nicht greife oder inwiefern ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe.¹¹⁵

Im Ergebnis sieht der EuGH in seinem Urteil die allgemeine Vermutung angesichts der Kronzeugenerklärungen durch EnBW als nicht widerlegt an. Daher wird dem Rechtsmittel des Europäischen Kommission stattgegeben und das Urteil des EuG vom 22.05.2012 vollumfänglich aufgehoben.¹¹⁶

3.4 FAZIT

Aus dem EuGH-Urteil „van Gend en Loos“ leiten sich unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen aus dem Unionsrecht ab. Insofern entschied der Europäische Gerichtshof in der Rs Courage erstmalig, dass jedermann Ersatz für den Schaden verlangen kann, den er aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht erlitten hat. Der Anspruch stützt sich unmittelbar auf dem Gemeinschaftsrecht. Die Durchsetzung hat durch den jeweiligen MS zu erfolgen. Das Urteil Manfredi bestätigte und entwickelte die Schadensersatzansprüche noch weiter. Diese gelten nicht schrankenlos. Vielmehr muss die Verhandlungsposition bzw -stärke und eine etwaige Eigenverantwortung des Anspruchstellers berücksichtigt werden.

Das Kronzeugenprogramm oder leniency sieht einen Erlass oder eine Ermäßigung von Geldbußen vor. Entscheidungskriterien sind die Relevanz und der Zeitpunkt der Übermittlung von Beweisen, die den Nachweis eines Kartells ermöglichen sollen. Überdies hinaus wird eine stetige und kooperative Zusammenarbeit der Kronzeugen vorausgesetzt. Die aktualisierte Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission von 2006 orientiert sich an dem ECN-Modell.

¹¹⁵ Gem Art 4 Abs 2 der Transparenzverordnung iVm EuGH, EnBW, Rz. 100.

¹¹⁶ EuGH, EnBW, Rz 118-124; Näheres zur Bedeutung der Transparenzverordnung nach dem EnBW-Urteil findet man unter: Hempel, Einsicht in Kartellverfahrensakten nach der Transparenzverordnung - Neues aus Luxemburg, EuZW 2014, 297-300.

Das Verhältnis des leniency in Bezug auf das private enforcement ist nur sehr schwer darzustellen. Zum einen ist nicht klar, inwiefern Schadensersatzanspruchsteller ein Recht auf Einsichtnahme der Akten haben, die eine mögliche Klage auf Ersatz erst untermauern würden. Zum anderen stellt sich die Frage, inwieweit Wettbewerbsbehörden eine Offenlegung der Dokumente veranlassen oder verweigern dürfen. Sowohl die Interessen des Einzelnen, als auch die des Kronzeugen unterliegen einem besonderen Schutz.

Daher fällt es auch dem EuGH in seinen bedeutendsten Urteilen zu diesem offenkundigen Spannungsverhältnis sichtlich schwer eine einheitliche Lösung zu finden. Die Entscheidungen Pfeiderer, Donau Chemie und EnBW konkretisieren zunehmend die Akteneinsichtsrechte im private enforcement. In diesem Zusammenhang zielt er immer wieder auf eine Einzelfallentscheidung mittels Interessenabwägung zwischen der Effektivität des Kronzeugenprogramms und der wirksamen Durchsetzung kartellbedingter Schadensersatzansprüche ab. Dabei bezieht sich der EuGH va auf das öffentliche Interesse, welches nicht gefährdet werden dürfe. Eine einheitliche Regelung innerhalb der EU fehlt.

4. DIE PRIVILEGIERUNG DES KRONZEUGEN IN DER RL 2014/104/EU

4.1 HINTERGRUND DER RICHTLINIE

Seit 20 Jahren, genauer gesagt 1996, ist das Kronzeugenprogramm auf dem Gemeinschaftsgebiet geregelt und wurde im Laufe der Jahre immer wieder aktualisiert; zuletzt im Jahre 2006. Die EuGH-Urteile Courage und Manfredi, die den Schadensersatzanspruch als wichtigen Teil der privaten Rechtsdurchsetzung im Wettbewerbsrecht begründeten, liegen bereits über 10 Jahre zurück. Allein die Kosten der ineffizienten privaten Rechtsdurchsetzung werden auf ca 23 Mrd. EUR bzw 0,18% des BIP¹¹⁷ der EU im Jahr 2012 geschätzt.¹¹⁸ Diese Summe an Schadensersatzzahlungen, die den Geschädigten entgehen, beruht ua auch auf dem Spannungsverhältnis in Bezug auf das Kronzeugenprogramm. Aufgrund des zwingenden und überfälligen Regelungsbedarfs auf europäischer Ebene wurde am 11.06.2013 der Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedsstaaten und der Europäischen Union veröffentlicht.¹¹⁹

¹¹⁷ Bruttoinlandsprodukt.

¹¹⁸ Siehe Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Zusammenfassung der Folgenabschätzung – Begleitpapier zum Richtlinien-Vorschlag, SWD(2013)0204, Rz 8.

¹¹⁹ Richtlinien-Vorschlag, COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD).

Der Vorschlag verfolgt zwei primäre Ziele: Zum einen soll gewährleistet werden, dass die Opfer von Zuwiderhandlungen gegen das europäische Kartellrecht vollumfänglich entschädigt werden und zum anderen soll die Interaktion zwischen behördlicher und privater Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts optimiert werden. Letzteres soll ein Gleichgewicht zwischen den beiden Optionen der Rechtsdurchsetzung bewirken. Demnach wird eine wirksame Gesamtdurchsetzung der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften induziert. Dies bedarf der Regulierung einiger Schlüsselaspekte.¹²⁰

Die geplante Richtlinie lässt dem Kronzeugen in zweifacher Hinsicht eine Sonderstellung zukommen: In Bezug auf die Regelung zur Offenlegung von Kronzeugenerklärungen und zusätzlich im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung.

Die weiteren Ausführungen werden ua zeigen, inwieweit der Richtliniengeber der vorangegangenen EuGH-Judikatur folgt, inwiefern die betreffenden Bestimmungen mit dem Primärrecht im Einklang stehen und, ob ein Gleichgewicht zwischen den Interessen der Wettbewerbsbehörden, der Kronzeugen und den der Schadensersatzanspruchsteller gefunden werden kann.

4.2 ERLASS UND GELTUNGSBEREICH

Der Kartellschadensersatzrichtlinie¹²¹ wurde am 26.11.2014 durch das Europäische Parlament und den Rat erlassen, am 05.12.2014 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht¹²² und ist am 25.12.2014 in Kraft getreten.¹²³ Die sekundärrechtliche Maßnahme stützt sich auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, im Besonderen auf Art 103 und 114 AEUV. Eine Richtlinie stellt neben der Verordnung das zweitstärkste Instrument der Union dar, um die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu harmonisieren. Im Gegensatz zur VO, die auf dem Gemeinschaftsgebiet allgemeine Gültigkeit und unmittelbare Wirksamkeit in den MS hervorruft, besteht bei einer RL ein zwingender Umsetzungsbedarf durch die Einzelstaaten. Somit veranlasst sie eine Rechtsangleichung auf dem Binnenmarkt. Daher ist die Richtlinie gem Art 21 SE-RL bis zum 27.12.2016 umzusetzen. Die MS setzten dafür die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft und teile diese unverzüglich der Kommission mit.

¹²⁰ Begleitpapier zum Richtlinien-Vorschlag, Rz. 3.

¹²¹ RL 2014/104/EU; im Weiteren: SE-RL.

¹²² ABI 2014 L 349/1.

¹²³ Siehe Art 23 SE-RL.

Die Vorschriften der SE-RL können bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist eine Vorwirkung entfalten, obwohl eine richtlinienkonforme Auslegung nach nationalem Recht vor Ablauf der Umsetzungsfrist nicht erforderlich ist. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass eine solche Auslegung aber auch nicht verboten ist. Die Rechtsprechung des BGH¹²⁴ geht ebenfalls von einer Zulässigkeit aus, sofern die Konformität durch die Auslegung im mitgliedsstaatlichem Recht gestaltet wird und dem Gesetzgeber gerade kein Umsetzungsspielraum bleibt.¹²⁵

In diesem Zusammenhang ist auch der Art 22 der SE-RL zu beachten. Abs 1 verbietet eine rückwirkende Geltung für die nationalen Vorschriften, die nach Art 21 erlassen wurden, um den materiell-rechtlichen Vorschriften der SE-RL zu entsprechen. Art 22 Abs 2 regelt, dass die nationalen Vorschriften, die nicht unter Abs 1 fallen, nicht für Schadensersatzklagen angewendet werden dürfen, die vor dem 26.12.2014 bei einem mitgliedsstaatlichen Gericht erhoben wurden.

4.3 KONKRETE UMSETZUNG

4.3.1 BEGRIFFSBESTIMMUNGEN

Zunächst wird in Art 1 der Kartellschadensersatzrichtlinie das Ziel und der Zweck, also der Schutzbereich dieser Harmonisierungsmaßnahme genannt. Abs 1 geht auf das sog Jedermanns-Recht auf Schadensersatz ein, das spätestens seit der Rs Courage Teil der privaten Rechtsdurchsetzung in Kartellsachen ist. Dabei arbeitet der europäische Gesetzgeber auch die zwingende Kausalität zwischen Wettbewerbsverstoß und dem daraus entstandenen Schaden heraus. Zudem soll der unverfälschte Wettbewerb weiter gefördert werden, um nicht nur Hindernisse auf dem Binnenmarkt zu beseitigen, sondern auch dessen reibungsloses Funktionieren gewährleisten zu können. Damit wird Bezug auf Erwägungsgrund¹²⁶ 54 genommen. Art 1 Abs 2 SE-RL führt in Anlehnung an ErwGrd 6 weiter aus, dass die Koordinierung zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung schlüssig zu regeln ist, um eine höchstmögliche Wirkung der europäischen Wettbewerbsregeln zu erzielen. Die ErwGründe 7-9 gehen zusätzlich auf die zu verringenden Unterschiede in den nationalen

¹²⁴ BGH ist der deutsche Bundesgerichtshof; BGH 05.02.1998, I ZR 211/95, Testpreis-Angebot. Fundstelle: GRUR 1998, 824 (827).

¹²⁵ Ollerdiß in Kartellrecht, §60 Zivilprozess und Europäisches Kartellrecht, Die Schadensersatzrichtlinie (RL 2014/104/EU) vom 26. November 2014 (2016), Rz 63.

¹²⁶ Im Weiteren: ErwGrd.

Vorschriften für Schadensersatzklagen ein und sprechen damit einen weiteren Zweck der Richtlinie an. Alles in allem soll für mehr Rechtssicherheit gesorgt werden.¹²⁷

Art 2 SE-RL legt insgesamt 24 Begriffsbestimmungen fest. Im Folgenden werden insbesondere die Begriffe „Kronzeugenprogramm“, „Kronzeugenerklärung“ und „Kronzeuge“ behandelt.¹²⁸

Generell versucht der europäische Gesetzgeber in der SE-RL die einzelnen Begriffsbezeichnungen so abstrakt wie möglich und gleichzeitig so konkret wie nötig zu gestalten. Einzelne Bestimmungen zeigen, dass das nicht immer gelingt.¹²⁹

Unter 3.2 wurde bereits die aktualisierte Fassung der Kronzeugenmitteilung von 2006 inhaltlich grob umrissen. Die Formulierung des Kronzeugenprogramms ist nach Art 2 Nr 15 SE-RL gut gelungen. Sie geht auf das Kartellverbot gem Art 101 AEUV bzw auf die entsprechende einzelstaatliche Regelung ein und bezieht sich auf die allgemein geltenden Grundsätze der Bonusprogramme in der Praxis. Bekanntlich kommt eine Ermäßigung oder ein Erlass der Geldbuße als Belohnung für den Kronzeugen in Betracht.

Art 2 Nr 16 SE-RL definiert die Kronzeugenerklärung¹³⁰ als „[...] eine freiwillige mündliche oder schriftliche Darlegung seitens oder im Namen eines Unternehmens oder einer natürlichen Person gegenüber einer Wettbewerbsbehörde, in der das Unternehmen oder die natürliche Person seine bzw ihre Kenntnis von einem Kartell und seine bzw ihre Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder die Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken, oder eine Aufzeichnung dieser Darlegung; dies umfasst nicht *bereits vorhandene Informationen*“¹³¹ (Art 2 Nr 16 SE-RL). Aufgrund der weiten Gestaltung bleibt offen, inwieweit preisgegebene Informationen des Kronzeugen als Kronzeugenerklärung im Rahmen dieser Richtlinie eingestuft werden.¹³² Fiedler geht mit ihrer teleologischen Auslegung davon aus, dass nicht nur die Erstinformation, sondern sämtliche Erklärungen des Kronzeugen berücksichtigt werden sollten. Gegenwärtig werden weitergehende Dokumente nicht eindeutig erfasst. Dass eine Klarstellung jedoch wünschenswert wäre, überrascht wenig.¹³³ Diesbezüglich führen

¹²⁷ Jaeger in Kartellrecht, Art 101 Abs 2 AEUV, Die Kartellschadensersatz-Richtlinie 2014/104/EU vom 26.11.2014 (SE-RL) (2016), Rz 59.

¹²⁸ Einige der folgenden Begriffe wurden bereits an früherer Stelle angesprochen, jedoch nicht weiter diskutiert, um an geeigneterer Stelle erläutert zu werden.

¹²⁹ Reichert/Walther, Kronzeugen im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU, GPR 3/2015, 123.

¹³⁰ Sog leniency statements.

¹³¹ Siehe Art 2 Nr 17 SE-RL.

¹³² Makatsch/Mir, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen - Angst vor der eigenen „Courage“?, EuZW 01/2015, 7 (10).

¹³³ Fiedler, Der aktuelle Richtlinienentwurf der Kommission – der große Wurf für den kartellrechtlichen Schadensersatz?, Betriebs-Berater (BB), 2013/37, 2179 (2183).

Reichert/Walther eine Äußerung des Berichterstatters A. Schwab des Europäischen Parlamentes vom 18.07.2013 hinsichtlich des frisch veröffentlichten Richtlinien-Vorschlages an: „We have to enlarge the protection, not only to the final memorandum, but also to all the notes that are put forward during the normal proceedings“ (im Original: von Andreas Schwab im Interview mit MLex 18.07.2013; zitiert von Reichert/Walther, Kronzeugen im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU, GPR 3/2015, 123-124). Frei übersetzt bedeutet das, dass Schwab eine Ausweitung des Schutzes der Kronzeugenregelung fordert. Dieser solle nicht nur die eigentliche Kronzeugenerklärung umfassen, sondern auch die Ausführungen, die während eines laufenden Verfahrens preisgegeben werden. Relevant wird der Begriff der Kronzeugenerklärung iVm der Offenlegung von Beweismitteln nach Art 6 SE-RL.

Die Definition des Kronzeugen in Art 2 Nr 19 SE-RL wurde im exakten Wortlaut bereits unter 2.2 angesprochen. Die Regelung spricht lediglich von einem Erlass der Geldbuße. An dieser Stelle ist fraglich, ob unter diesem Begriff nur der vollständige oder auch der teilweise Erlass (die Ermäßigung) zu verstehen ist. Im Englischen wird von „immunity“ gesprochen. Dh, die Ungenauigkeit könnte einer unsauberen Übersetzung geschuldet sein und müsste daher sinngemäß ausgelegt werden. Diese Ansicht ist mE nicht besonders überzeugend. Vor allem vor dem Hintergrund, dass Art 2 Nr 16 SE-RL im Originalwortlaut gerade von „einem Erlass oder einer Ermäßigung“ spricht. Das bedeutet, dass dem Unionsgesetzgeber die Unterscheidung jedenfalls bewusst ist, weshalb die betroffene Bestimmung hinsichtlich des Erlasses im Wortlaut auszulegen ist. Daraus ergibt sich, dass nur der vollständige Erlass der Geldbuße den Kronzeugenstatus begründen soll.¹³⁴ Die vorgenommene Abgrenzung ist im Zuge der Gesamtschuldnerischen Haftung nach Art 11 SE-RL von Bedeutung.

4.3.2 KAPITEL II DER RL

4.3.2.1 PROBLEMAUFRISS

In den ErwGrd 14 und 15 der SE-RL wird darauf hingewiesen, dass die Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht im Allgemeinen „[...] eine komplexe Analyse der zugrundeliegenden Tatsachen und wirtschaftlichen Zusammenhänge“ (ErwGrd 14 SE-RL) erfordert. Die notwendigen Beweismittel, die einen Schadensersatzanspruch erst begründen, befinden sich in der Regel vollständig im Besitz der gegnerischen Partei oder Dritter. Der Umstand, dass der Kläger sämtliche relevanten Tatsachen behaupten und dafür die jeweiligen Beweise zu Beginn des Verfahrens anbieten muss, kann daher das aus dem AEUV

¹³⁴ Reichert/Walther, Kronzeugen im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU, GPR 3/2015, 124.

gewährleistete Recht auf Schadensersatz erheblich erschweren. Daher kommt den Beweismitteln eine große Bedeutung in der privaten Rechtsdurchsetzung zu. Dadurch, dass wettbewerbsrechtliche Auseinandersetzungen durch die oa Informationsasymmetrie gekennzeichnet sind, ist es angebracht, die Offenlegung von Beweismitteln, die im Einzelnen nicht konkret benannt werden müssen, im Rahmen dieser Richtlinie zu regeln. Der Grundsatz der Waffengleichheit wird insofern gewahrt und berücksichtigt, dass den Beklagten ebenso die Möglichkeit der Einsichtnahme zur Verfügung steht. Demnach ist ersichtlich, dass die erfolgreiche private Rechtsdurchsetzung von dem Zugang von Informationen abhängt. Oftmals kann der Schaden nur auf diese Weise nachvollzogen und die Höhe des Schadens bemessen werden. Solche Informationen können zB sein: interne Dokumente der Beklagten, beigefügte Protokolle der internen Befragung von Mitarbeitern eines kartellbeteiligten Unternehmens und uU auch Kronzeugenanträge¹³⁵. Das Ziel des Unterlagenzugangs kann insbesondere durch Einsichtnahme in die Verfahrensakten der Kommission oder der nationalen Behörde erreicht und befriedigt werden.¹³⁶

Kapitel II der Kartellschadensersatzrichtlinie regelt in den Art 5-8 SE-RL die Offenlegung von Beweismitteln.

4.3.2.2 OFFENLEGUNG UND VERWERTUNG VON BEWEISMITTELN

Bevor sich die weiteren Ausführungen vertieft mit dem Umgang von Kronzeugenerklärungen auseinandersetzen, wird ein kurzer Einblick in Art 5 SE-RL gewährt, der die Offenlegung von Beweismitteln im Allgemeinen regelt.

Demnach trifft das Recht der Anordnung zur Offenlegung von Beweisen die nationalen Gerichte, muss durch die MS gewährleistet werden und wird auf Antrag der Kläger oder der Beklagten veranlasst. Die einzelstaatlichen Gerichte sind auch dazu berechtigt, die Offenlegung von Beweismitteln durch sog Dritte, einschließlich Behörden, anzuordnen. Die Gebote der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit¹³⁷ sind Teil der Prüfung eines Antrags auf Offenlegung. Trotz Akteneinsicht soll ein wirksamer Schutz der Informationen geschaffen

¹³⁵ Diese werden gesondert unter Art 6 SE-RL im darauffolgendem Punkt behandelt.

¹³⁶ Dass sich die Rechtsprechung bereits ausgiebig damit befasst hat, zeigen die vorangegangenen Ausführungen unter 3. Zum Einstieg s auch: Ollerdiß in Kartellecht, §61 Zivilprozessualer Rechtsschutz in Kartellsachen, Problemaufriss/Art. 5 ff. RL 2014/104/EU (2016), Rz 86-88.

¹³⁷ Jaeger in Kartellrecht, Art 101 Abs 2 AEUV, Die Kartellschadensersatz-Richtlinie 2014/104/EU vom 26.11.2014 (SE-RL) (2016), Rz 71.

werden. Im Gegensatz dazu ist das Interesse der Unternehmen, die gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen haben und deswegen Schadensersatzklagen vermeiden wollen, nicht schutzwürdig. Art 6 SE-RL regelt die Offenlegung von Beweismitteln, die in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind. Art 7 SE-RL gibt die Beschränkungen für die Verwendung von allein durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangten Beweismitteln vor. In Bezug auf die Kronzeugenerklärung sind insbesondere Art 6 Abs 6-8 und Art 7 Abs 1 SE-RL relevant.

4.3.2.2.1 OFFENLEGUNGSVERBOT GEM ART 6

Im Rahmen privater Schadensersatzklagen haben die Anspruchsteller in der Vergangenheit in breiten Umfang die Einsichtnahme in die Akten der Kommission oder nationaler Wettbewerbsbehörden beantragt. Insbesondere Kronzeugenerklärungen Kartellbeteiligter standen diesbezüglich in der jüngeren Rechtsprechung im Fokus.¹³⁸ Sowohl die Europäische Kommission, als auch die staatlichen Behörden wie die BWB oder das BKartA¹³⁹ haben sich gegen die Offenlegung immer zur Wehr gesetzt. Dabei baute und baut (nach wie vor) die Argumentation auf den Schutz des Kronzeugen auf, da dieser ansonsten vorrangig in Beschlag genommen werden würde, was im Ergebnis eine Beteiligung am Kronzeugenprogramm und somit die Wettbewerbsverfolgung selbst gefährden würde.¹⁴⁰

Grundsätzlich gilt gem Art 6 Abs 1 SE-RL, dass Beweise, die in den Akten der Wettbewerbsbehörden enthalten sind, auf Anordnung durch das mitgliedsstaatliche Gericht offengelegt werden müssen. Im Gegensatz dazu konstatiert Art 6 Abs 6 lit a SE-RL eine strenge Ausnahme: „Die Mitgliedsstaaten gewährleisten, dass die nationalen Gerichte für die Zwecke von Schadensersatzklagen zu keinem Zeitpunkt die Offenlegung der folgenden Beweismittelarten durch eine Partei oder einen Dritten anordnen können: a) Kronzeugenerklärung [...]“¹⁴¹ (Art 6 Abs 6 lit a SE-RL). Es handelt sich also um ein absolutes Offenlegungsverbot, weshalb auch von einer sog „schwarzen Liste“ gesprochen werden

¹³⁸ Vgl. EuGH 14.06.2011, C-360/09, Pfeiderer; EuGH 06.06.2013, C-536/11, Donau Chemie und EuGH 27.02.2014, C-365/12 P, EnBW.

¹³⁹ In Anlehnung an die Rechtsprechung unter FN 138.

¹⁴⁰ Schweitzer in Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212 (2013), 3-4.

¹⁴¹ Art 6 Abs 6 lit b regelt die selbe Ausnahme für Vergleichsausführungen. Gem Art 2 Nr 18 SE-RL handelt es sich dabei um „[...] eine freiwillige Darlegung seitens oder im Namen eines Unternehmens gegenüber einer Wettbewerbsbehörde, die ein Anerkenntnis oder seinen Verzicht auf das Bestreiten seiner Beteiligung an einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht und seiner Verantwortung für diese Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht enthält und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, der betreffenden Wettbewerbsbehörde die Anwendung eines vereinfachten oder beschleunigten Verfahrens zu ermöglichen.“ Im Zuge der Arbeit wird nicht weiter darauf eingegangen.

kann.¹⁴² Diese Vorschrift weicht grundlegend von dem aus der Rechtsprechung entwickeltem System ab. Zweifelsohne findet keine Interessensabwägung im Einzelfall mehr statt, auf welche der EuGH kontinuierlich hingewiesen hat.¹⁴³ Der Ausschluss der Kronzeugenerklärung ist sehr weitreichend, da Art 6 Abs 1 aE SE-RL Bezug auf Art 5 SE-RL nimmt. Daher gilt das Offenlegungsverbot nicht nur für diejenigen Dokumente und Unterlagen, die in den Akten der Behörden enthalten sind, sondern vielmehr für sämtliche Unterlagen (auch Abschriften oder Kopien), die an anderen Orten oder in anderen Aktensammlungen enthalten sind.¹⁴⁴ Fraglich ist, wie lange diese Beschränkung gelten soll. Vollrath geht davon aus, dass diese noch fortbestehe, selbst wenn das Verfahren der Kartellbehörde bereits abgeschlossen ist.¹⁴⁵ Art 6 Abs 5 lit. a-c SE-RL nennt Beispiele für Informationen, die erst nach Beendigung des Kartellverfahrens offengelegt werden dürfen. Die Kronzeugenerklärung wird nicht aufgeführt, was die Ansicht von Vollrath bestätigt.

Art 6 Abs 7 SE-RL sieht eine rechtliche Absicherung gegenüber dem Geschädigten (Schadensersatzkläger) vor. Und zwar hat jener das Recht einen begründeten Antrag zu stellen, mit dem Ziel, dass das staatliche Gericht die betroffene Kronzeugenerklärung einsieht. Dies hat den alleinigen Zweck, dass das Gericht im Weiteren prüft und sich davon überzeugt, ob der Inhalt des verschlossenen Dokuments wirklich dem Begriff der Kronzeugenerklärung gem Art 2 Nr 16 SE-RL entspricht. Ausschließlich die zuständige Wettbewerbsbehörde kann unterstützend zur Beurteilung durch das nationale Gericht hinzugezogen werden. Des Weiteren steht es dem Kronzeugen (als Verfasser des betreffenden Beweismittels), wie auch auch dessen Rechtsberatern zu, eine Gelegenheit zur Anhörung zu erhalten. Ferner darf anderen Parteien oder Dritten unter keinen Umständen Zugang zu diesen Beweisen gewährt werden. Sollte es sich bei dem beurteilenden Gericht um das selbe handeln, welches über die Schadensersatzklage zu entscheiden hat, ist die Bestimmung des Abs 7 kritisch zu bewerten. Das zuständige Gericht hätte auf diese Weise Einblick in die vermutliche Kronzeugenerklärung. Auch wenn die Gerichte zur Unparteilichkeit verpflichtet sind, dürfte dieser Umstand im Falle von stichhaltigen Beweisen zu Ungunsten des Kronzeugen äußerst schwerfallen.¹⁴⁶ Aus Sicht der Antragssteller wäre dieser Zustand natürlich wünschenswert.

¹⁴² Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212 (2013), 7.

¹⁴³ Siehe FN 138.

¹⁴⁴ Reichert/Walther, Kronzeugen im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU, GPR 3/2015, 124.

¹⁴⁵ Vollrath, Das Maßnahmenpaket der Kommission zum Wettbewerbsrechtlichen Schadensersatz, NZKart 2013, 434 (445).

¹⁴⁶ Siehe FN 144.

Dies könnte umgangen werden, indem für die Überprüfung der Erklärung und die Schadensersatzklage jeweils unterschiedliche Gerichte verpflichtet werden würden.¹⁴⁷

Eine Auflockerung der Sperrklausel wird von Abs 6 ist in Art 6 Abs 8 SE-RL verordnet: „Soweit nur Teile der angeforderten Beweismittel unter Absatz 6 fallen, werden die übrigen Teile je nach Kategorie gemäß den einschlägigen Absätzen dieses Artikels freigegeben“ (Art 6 Abs 8 SE-RL). Der Teil, der unter Abs 6 fällt, muss also ein Kronzeugenerklärung sein.¹⁴⁸ Ein Beispiel für ein Beweismittel gem Abs 8 könnte der Bußgeldbescheid sein. Dieser ist begründet und nimmt daher oftmals nicht nur Bezug zur Kronzeugenerklärung, sondern gibt auch deren Inhalt wieder. Demnach könnte der Bescheid nur beschränkt freigegeben werden, indem zB die Abschnitte der Kronzeugenerklärung anonymisiert werden. Fraglich bleibt dennoch, was unter „Teil“ im Genauen zu verstehen ist.¹⁴⁹ Unproblematisch kann jedoch angenommen werden, dass der Name des Kronzeugen und die wörtliche Wiedergabe seiner Erklärung nicht unter die Freigabe nach Abs 8 fallen. Wie etwa mit besonderen Erkenntnissen umgegangen werden muss, die infolge der Kronzeugenerklärung gewonnen werden konnten, ist nicht ganz klar. Geht man von einem weiten Schutz aus, müssten sämtliche Angaben, die iVm der Kronzeugenerklärung getätigt wurden, anonymisiert werden. An dieser Stelle muss jedoch eine Abgrenzung vorgenommen werden. Erkenntnisse, die ausschließlich auf der Kronzeugenerklärung beruhen, sind unweigerlich zu anonymisieren. Sollten diese Erkenntnisse im Laufe des Verfahrens durch neue Beweise belegt werden können, wäre eine Anonymisierung ebenfalls angebracht, da zum einen überraschend Beweise hervorkommen und zum anderen ansonsten der Schutzzweck des Art 6 Abs 6 SE-RL verfehlt werden würde. Anders verhält es sich mit Erkenntnissen, die zwar auf der Erklärung beruhen, jedoch schon vor dem Zugang der Kronzeugenerklärung gewonnen wurden. An dieser Stelle kann auf Art 2 Nr 16 SE-RL Bezug genommen werden. Dieser schließt „bereits vorhandene Informationen“¹⁵⁰ als Kronzeugenerklärung aus. Daher werden analog Erkenntnisse, die auf vorhandenen Informationen beruhen, von der Freigabe nach Abs 8 erfasst. Ungeklärt sind jene „Teile“, bei denen Erkenntnisse nicht unmittelbar auf der Kronzeugenerklärung beruhen. Dies ist dann der Fall, wenn die Erklärung lediglich dazu angeregt hat, weitere Nachforschungen anzustellen. Als Konsequenz dessen können andere Beweismittel erlangt werden. Demzufolge würden die Erkenntnisse nur mittelbar auf der

¹⁴⁷ Reichert/Walther, GPR 3/15, 125.

¹⁴⁸ Oder eine Vergleichsausführung.

¹⁴⁹ Fiedler thematisierte diese auslegungsbedürftige Formulierung bereits in ähnlicher Weise iVm der Kronzeugenerklärung nach Art 2 Nr 16 SE-RL; Fiedler, Betriebs-Berater (BB), 2013/37, 2179 (2183).

¹⁵⁰ Art 2 Nr 17 SE-RL: „[...] Beweismittel, die unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen, unabhängig davon, ob diese Information in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind oder nicht.“

Kronzeugenregelung beruhen¹⁵¹. Fraglich ist also, ob die mittelbar gewonnenen Erkenntnisse freizugeben sind oder anonymisiert werden müssen. Inwieweit dies einer teleologischen Auslegung oder einer Abwägung bedarf, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht beantwortet werden. Der Gedanke eines Kausalzusammenhangs zwischen Kronzeugenerklärung und darauf beruhenden Erkenntnissen wird sicherlich eine Rolle spielen.¹⁵²

Meiner Meinung nach darf in diesem Zusammenhang nicht vergessen werden, dass auf der anderen Seite der ohnehin schon Kartellgeschädigte steht und nach wie vor auf die Offenlegung von relevanten Akten angewiesen ist, um den vermeintlichen Schadensersatzanspruch begründen zu können. Daher ist es äußerst bedenklich, wie weit der Schutz von Erkenntnissen iVm der Kronzeugenerklärung reichen soll. Bezieht man sich im Rückschluss auf das Offenlegungsverbot des Art 6 Abs 6 SE-RL, ist eine Ausweitung der Sperrklausel auf mittelbare Erkenntnisse dem Wortlaut nach nicht vorhergesehen.

4.3.2.2.2 ERWÄGUNGSGRUND 26

Im ErwGrd 26 der SE-RL geht der Unionsgesetzgeber erläuternd auf das Offenlegungsverbot ein. Er betont abermals, dass das Kronzeugenprogramm ein wichtiges Instrument der öffentlichen Rechtsdurchsetzung ist. Dadurch können die schwersten Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht aufgedeckt, effizient verfolgt und sanktioniert werden. Gleichermaßen geht er auf die ebenso wichtige Bedeutung der Programme für die Wirksamkeit der Schadensersatzklagen ein. Zahlreiche Beschlüsse der Behörden beruhen auf der Anwendung der Kronzeugenregelung. Die Schadensersatzklagen stellen danach idR Folgeklagen (follow-on-Klagen) dar. Eine vermeintliche Offenlegung der Akten über die Zusammenarbeit im Rahmen des Kronzeugenprogramms würde zukünftige Unternehmen abschrecken. Zudem wären bereits mitwirkende Unternehmen oder ihre Führungskräfte schlechteren Bedingungen hinsichtlich einer zivilrechtlichen Haftung oder strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt. Das wiederum hätte den Effekt, dass nicht-zusammenarbeitende Unternehmen, die Wettbewerbsverstöße begehen, bessergestellt wären. Um das erfolgreiche Fortbestehen des Kronzeugenprogramms zu gewährleisten, ist es notwendig, freiwillig vorgelegte Kronzeugenerklärungen von der Offenlegung auszunehmen. Unabhängig davon sind die Wettbewerbsbehörden jedoch dazu berechtigt, ihre Entscheidungen mit den geltenden Vorschriften des Unionsrechts oder des mitgliedstaatlichen Rechts zu veröffentlichen.

¹⁵¹ ähnlich in der Bedeutung s Schlussanträge von Generalanwalt Mazák vom 16.12.2010 in der Rs Pfeiderer, Rz. 47.

¹⁵² Reichert/Walther, GPR 3/15, 125.

Der Richtliniengeber würdigt vorliegend sowohl das öffentliche als auch das private Interesse, nimmt jedoch eine systematische Abwägung zu Gunsten der Kronzeugenerklärung vor. Das heißt, dass entgegen der Rechtsprechung des EuGH keine Interessenabwägung im Einzelfall mehr stattfindet.¹⁵³

4.3.2.2.3 VERWERTUNGSVERBOT GEM ART 7

Das Offenlegungsverbot aus Art 6 Abs 6 SE-RL wird durch das Verwertungsverbot gem Art 7 Abs 1 SE-RL komplettiert. Der Regelung nach, müssen „die MS gewährleisten, dass Beweismittel, die unter Art 6 Abs 6 fallen und von einer natürlichen oder juristischen Person allein durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, in Verfahren über Schadensersatzklagen als unzulässig angesehen werden oder auf andere Weise nach dem anzuwendenden nationalen Recht geschützt sind, damit sichergestellt ist, dass die Beschränkung für die Offenlegung von Beweismitteln nach Art 6 ihre volle Wirkung entfalten“¹⁵⁴ (Art 7 Abs 1 SE-RL). Fraglich ist, ob auch nationale Akteneinsichtsrechte oder Einsichtsrechte nach der Transparenzverordnung¹⁵⁵ von diesem Verwertungsverbot der SE-RL erfasst sind. Würde man dies verneinen, blieben Beweismittel, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Regelung erlangt wurden, verwertbar. Daher argumentiert Fiedler, dass es sinnvoll sei, den Schutz des Art 7 auch auf Kronzeugenerklärungen zu erweitern, die auf Grundlage nationaler Einsichtsrechte und nach der Transparenzverordnung gewonnen wurden.¹⁵⁶ Dies würde auch dem Ansatz des Art 6 Abs 6 SE-RL entsprechen. Von dem Verwertungsverbot geht eine gewisse „Signalwirkung“ aus, die von den Gerichten als „Wegweiser“ hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit der Einsichtnahme nach nationalen Akteneinsichtsrechten oder der Transparenzverordnung zu beachten ist.¹⁵⁷ Eine aA dazu vertritt Schweitzer; sie geht davon aus, dass die Verwertung von Kronzeugenerklärungen im privaten Schadensersatzanspruch unabhängig von der Auslegung der Transparenzverordnung¹⁵⁸ und nationaler Akteneinsichtsregelungen endgültig ausgeschlossen sei.¹⁵⁹

¹⁵³ Dieser Umstand stößt in der Literatur auf scharfe Kritik und wird sogleich unter 4.3.2.3 erörtert.

¹⁵⁴ Alle sonstigen Beweismittel, die nicht unter Art 7 Abs 1 und 2 SE-RL fallen und die eine Person durch Akteneinsicht erlangt hat, dürfen gem Art 7 Abs 3 SE-RL nur von dieser Person (natürlich oder juristisch) oder ihrem Rechtsnachfolger verwendet werden. Gem ErwGrd 32 will der Gesetzgeber damit den Handel mit Beweismitteln unterbinden.

¹⁵⁵ Verordnung (EG) Nr. 1049/2001.

¹⁵⁶ Fiedler, Betriebs-Berater (BB), 2013/37, 2179 (2183).

¹⁵⁷ Reichert/Walther, GPR 3/15, 126; iVm Fiedler, Betriebs-Berater (BB), 2013/37, 2179 (2183).

¹⁵⁸ Gem Art 6 Abs 2 SE-RL bleibt die Geltung der Transparenzverordnung durch Art 6 SE-RL unberührt.

¹⁵⁹ Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212 (2013), 8.

Die Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU scheint die Urteile des EuGH¹⁶⁰ in mancher Hinsicht nicht zu berücksichtigen. Offenkundig kommt dem Kronzeugen in der SE-RL ein weitgehender Schutz zu. Dies beruht sowohl auf dem absoluten¹⁶¹ Offenlegungsverbot von Kronzeugenerklärungen gem Art 6 Abs 6 SE-RL, als auch auf dem Verwertungsverbot selbiger Beweismittel gem Art 7 Abs 1 SE-RL.¹⁶² Von daher ist fraglich, ob diese Regelungen mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und dem Primärrecht der EU in Einklang zu bringen sind.

Angesichts der EuGH-Entscheidungen stellt die SE-RL ein Paradigmenwechsel dar.¹⁶³ Begründet wird diese Aussage wegen der generellen Einschränkung der Akteneinsichtsrechte bzgl Kronzeugenerklärungen. Damit kommt dem Kronzeugen bzw Kronzeugenanträgen in der Zukunft eine Sonderstellung in der europäischen Wettbewerbsverfolgung zu.

In dem Donau Chemie-Urteil¹⁶⁴ hat der EuGH erst 2013 entschieden, dass eine systematische Verweigerung des Aktenzugangs ohne Weiteres nicht zulässig ist. In der EnBW-Entscheidung¹⁶⁵ aus dem Jahr 2014 ließ der EuGH lediglich eine Vermutungsregelung zu. Daher war die Vereinbarkeit der RL in Bezug auf die Rechtsprechung noch während der Verhandlung über die Richtlinie umstritten.

Die Europäische Kommission argumentierte, dass das aus EnBW geforderte Gleichgewicht gewährleistet werden müsse. Daher habe man die widerstreitenden Interessen zwischen wirksamer privater Rechtsdurchsetzung und Schutz des Kronzeugenprogramms in der SE-RL fortan konkretisiert. Überdies hinaus habe der Richtliniengeber das Offenlegungsverbot aus Art 6 Abs 6 eng formuliert. Die Regelung beziehe sich nicht auf den gänzlichen Inhalt, sondern nur auf die Kronzeugenerklärung.¹⁶⁶

Gleichwohl spricht Schweitzer davon, dass die Bestimmungen des Art 6 Abs 6 und Art 7 Abs 1 SE-RL von der Rechtsprechung des EuGH abweichen. Ferner geht sie auf die Rechtsgrundlage der Richtlinie ein; nämlich Art 103 und 114 AEUV. Sie erörtert, dass beide

¹⁶⁰ Vgl. EuGH 14.06.2011, C-360/09, Pfeiderer; EuGH 06.06.2013, C-536/11, Donau Chemie und EuGH 27.02.2014, C-365/12 P, EnBW.

¹⁶¹ Vgl. Ollerdiß in Kartellecht, §61 Zivilprozessualer Rechtsschutz in Kartellsachen, Problemaufriss/Art. 5 ff. RL 2014/104/EU (2016), Rz 89. Siehe auch: Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212 (2013), 8.

¹⁶² Art 7 Abs 1 SE-RL kann als logische Folge des Art 6 Abs 6 SE-RL verstanden werden und komplettiert von daher letzteren. Die Kritik in der Literatur beschränkt sich jedoch überwiegend auf das Offenlegungsverbot.

¹⁶³ Reichert/Walther, GPR 3/15, 122.

¹⁶⁴ EuGH 06.06.2013, C-536/11, Donau Chemie.

¹⁶⁵ EuGH 27.02.2014, C-365/12 P, EnBW.

¹⁶⁶ Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212 (2013), 8.

Kompetenznormen eine Abweichung vom Primärrecht der Union nicht berechtigen würden. Des Weiteren führt sie aus, dass die Rs Pfeiderer und Donau Chemie¹⁶⁷ den Gedanken der Interessenabwägung zwar aufgeworfen haben und dem Unionsgesetzgeber von daher ein gewisser Gestaltungsspielraum zusteht, dieser jedoch nicht unbegrenzt sei. Trotzdem räumt sie ein, dass für die Zulässigkeit der Beschränkung der Offenlegung bzw Verwertung der hohe Aufwand, der die nationalen Gerichte im Falle einer Einzelfallabwägung stets erwarte, spricht. Auf der anderen Seite sei jedoch die „notorische Beweisnot“ der privaten Schadensersatzkläger zu berücksichtigen.¹⁶⁸ Diese könne bei intelligent operierenden Kartellen nur durch die Kronzeugenerklärungen behoben werden. Wettbewerbszuwiderhandelnde Unternehmen würden in diesem Fall nämlich auf schriftliche Dokumente verzichten, was die Relevanz von Kronzeugenaussagen deutlich erhöhe. Nicht nur die Wettbewerbsbehörden, sondern auch die Schadensersatzkläger seien daher auf diese angewiesen.¹⁶⁹

Makatsch/Mir gehen mit ihrer Kritik an der Richtlinie etwas weiter. Beide Autoren halten entgegen, dass der von der Kommission befürchtete Aktivitätsverlust des Kronzeugenprogramms ohne Grundlage von empirischen Daten in der Richtlinie überwertet werde. Darüber hinaus gehen sie mit der Meinung von Schweitzer insofern konform, dass sie ebenfalls betonen, dass der Kartellgeschädigte auf Informationen aus Kronzeugenerklärungen angewiesen sei. Dadurch werde die öffentliche über die private Kartellrechtsdurchsetzung gestellt. Aus diesem Grund sehen Makatsch/Mir das Offenlegungsverbot im Widerspruch zu ErwGrd 6 SE-RL¹⁷⁰. Daher gehen sie von keiner Vereinbarkeit der Ausschluss-Regelung mit dem europäischen Primärrecht aus. Sie behaupten mit Bezugnahme auf die og EuGH-Judikatur, dass nur durch eine Einzelfallabwägung der primärrechtliche Effektivitätsgrundsatz gewahrt werden könne.¹⁷¹

Ebenfalls kritisch äußert sich Kersting zur umstrittenen Regelung des Art 6 Abs 6 SE-RL. Er beruft sich ebenfalls auf die EuGH-Rechtsprechung und urteilt von daher, dass das Sekundärrecht hinter dem Primärrecht zurückbleibe. Er führt aus, dass die Vorgaben aus dem

¹⁶⁷ Vgl. EuGH 14.06.2011, C-360/09, Pfeiderer; EuGH 06.06.2013, C-536/11, Donau Chemie.

¹⁶⁸ Siehe EuGH 06.06.2013, C-536/11, Donau Chemie, Rz 32: „[...] Eine Regel, wonach der Zugang zu jedem Dokument eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens zu verweigern wäre, (könnte) den Schutz des Rechts der durch einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV Geschädigten auf Wiedergutmachung unmöglich machen oder zumindest übermäßig erschweren. Das gilt insbesondere dann, wenn es den Betroffenen nur aufgrund der Einsichtnahme in Schriftstücke, die in den Akten des vor der zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde betriebenen Verfahrens enthalten sind, möglich ist, über die zur Begründung ihres Schadensersatzanspruchs notwendigen Beweise zu verfügen. Haben die Geschädigten nämlich keine andere Möglichkeit, sich diese Beweise zu verschaffen, entfällt dadurch, dass ihnen die Einsicht in diese Akten verweigert wird, die praktische Wirksamkeit des Rechts auf Schadensersatz, den sie unmittelbar aus dem Unionsrecht herleiten.“

¹⁶⁹ Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212 (2013), 8-10.

¹⁷⁰ Dieser fordert ein kohärentes Zusammenwirken beider Verfolgungsinstrumente.

¹⁷¹ Makatsch/Mir, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen - Angst vor der eigenen „Courage“?, EuZW 01/2015, 7 (9-10).

Urteil zu Donau Chemie zwar für den nationalen Gesetzgeber seien, aber nicht auf Grund von nationalen Unterschieden in den mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen entstanden seien. Daher könne auch nicht argumentiert werden, dass die Entscheidung für den Richtliniengeber, der das Recht der MS harmonisiert, nicht einschlägig sei. Im Weiteren bekräftigt er ebenfalls den Effektivitätsgrundsatz und schätzt die Sperrklausel aus Art 6 Abs 6 SE-RL als primärrechtswidrig ein. Als Lösungsansatz schlägt er eine sog „Zweifelsregelung“ vor, die es den Gerichten erlauben solle, im Ausnahmefall die Vorlage von Kronzeugenerklärungen verlangen zu können. ErwGrd 24 SE-RL¹⁷² bezeichnet er als „Pfeifen im Winde“. Die Bewertung, ob Geschädigte ausreichende Zugangsmöglichkeiten zu Beweismitteln haben, obliege vielmehr dem EuGH als Hüter des Primärrechts und nicht dem Sekundärrechtsgesetzgeber. Letzterer sei schließlich selbst dem Primärrecht untergeordnet. Zudem geht er davon aus, dass das Offenlegungsverbot in der Richtlinie auch nicht anderweitig kompensiert werde. Einerseits sehe er zu viele Hürden in Bezug auf eine Offenlegungsanordnung, um von einer Großzügigkeit ausgehen zu können und andererseits lasse die EuGH-Judikatur keinen Raum für Kompensation. Schlussendlich plädiert er für die (noch) geltende Einzelfallabwägung.¹⁷³

Der Kritik in Bezug auf die Nichtbeachtung der EuGH-Judikatur kann insoweit begegnet werden, dass ein gewisser Teil der Literatur davon ausgeht, dass der EuGH va mit dem Donau Chemie Urteil den Europäischen Sekundärrechtsgesetzgeber lediglich auffordern wollte, rechtsharmonisierende Maßnahmen zu ergreifen.¹⁷⁴

Hempel sagt ua, dass die Frage nach der Vereinbarkeit des Offenlegungsverbots mit dem Primärrecht, also infolgedessen auch mit den entsprechenden EuGH-Urteilen nicht eindeutig beantwortet werden könne. Seiner Ansicht nach könne der Hinweis des EuGH, dass es gerade an einer einschlägigen EU-Regelung fehle, so verstanden werden, dass es dem Unionsgesetzgeber selbst überlassen bleibt, eine fällige Abwägungsentscheidung der Interessen im Rahmen einer entsprechenden Regelung (vorliegend Art 6 Abs 6 SE-RL) zu treffen.¹⁷⁵

¹⁷² ErwGrd 24: „Diese Richtlinie lässt das Recht der Gerichte unberührt, nach nationalem Recht oder Unionsrecht das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbs zu berücksichtigen, wenn sie die Offenlegung eines beliebigen Beweismittels mit Ausnahme von Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen anordnen.“

¹⁷³ Kersting, Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, WuW, Heft 06 vom 06.06.2014, 564-574, (bzw S 1-9 (2)). Vgl auch Keßler, Die neue Richtlinie über Schadensersatz im Wettbewerbsrecht - Cui bono?, VuR 2015, 83 (88).

¹⁷⁴ Reichert/Walther, GPR 3/15, 123.

¹⁷⁵ Hempel, Kartellrecht: Akteneinsicht durch Schadensersatzkläger - Donau Chemie, EuZW 15/2013, 586 (590). Andererseits betont er jedoch, dass auch der EU-Gesetzgeber an das Primärrecht gebunden sei und deswegen Zweifel durchaus berechtigt seien.

Fiedler merkt an, dass die Regelung „nur auf den ersten Blick“ mit der Rechtsprechung des EuGH unvereinbar sei. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz könne auch auf eine Weise gelingen. Was genau der beste Weg ist, müsse der Unionsgesetzgeber selbst entscheiden. Fiedlers Ansicht nach, vertrete der EuGH die gleiche Meinung. Somit habe der EuGH mit den Rs Pfeiderer und Donau Chemie die Kommission nicht mehr als zum Handeln auffordern wollen. Im Weiteren sei die Kommission einzig diesem Appell nachgekommen und hat daher klare Regeln zur Einsichtnahme erlassen. Ferner legt sie (Fiedler) dar, dass die Kommission hinsichtlich ihres Gestaltungsspielraumes „nicht an den höchststrichterlich festgelegten Rahmen“ (Fiedler, BB, 2013/37, 2184) gebunden sein solle. Mangels einer entsprechenden Regelung im EU-Recht sei der og Rahmen nur für die MS verbindlich, und zwar nur so lange, bis die Akteneinsichtsrechte unionsweit angeglichen werden. Eine solche Rechtsangleichung stellt die Kartellschadensersatzrichtlinie dar. Ferner behauptet sie, dass die Mehrheit der Richter mit der Prüfung jedes einzelnen Dokuments zur Interessenabwägung überfordert seien.¹⁷⁶ Dies würde man auch daran erkennen, dass die Gerichte vorwiegend generelle Entscheidungen treffen würden.¹⁷⁷

Überdies hinaus geht sie noch auf die rechtliche Bedeutung der Kronzeugenerklärung selbst ein. Diese habe im Allgemeinen keine besonders große Beweiskraft. Zum einen sei eine Klagemöglichkeit in direktem Bezug auf die Kronzeugenerklärung ausgeschlossen und zum anderen sei es möglich, dass Kronzeugenregelungen den Sachverhalt „aufgebauscht“ darstellen würden. Aufgrund der Bindungswirkung von Entscheidungen der Behörden sei eine Einsicht in die Kronzeugenunterlagen für den Nachweis des Wettbewerbsverstoßes nicht erforderlich. Man könne nicht erwarten, dass durch die Kronzeugenerklärung der Schaden des Kartellgeschädigten quantifiziert werden kann.¹⁷⁸ Vielmehr beziehe sich die relevante Erklärung „[...] in erster Linie auf Ziele, Aktivität und Funktionsweise des Kartells“ (Fiedler, BB, 2013/37, 2183).

Unverkennbar ist die Regelung über die Beschränkung der Offenlegung von Kronzeugenerklärungen gem Art 6 Abs 6 SE-RL sehr umstritten. Angesichts der Vereinbarkeit der Kartellschadensersatzrichtlinie mit dem europäischen Primärrecht, insbesondere Art 101 AEUV, legen beide Seiten der Literatur überzeugende Argumente dar. Meines Erachtens führt

¹⁷⁶ Fiedler, Betriebs-Berater (BB), 2013/37, 2179 (2184). Siehe auch: Haus/Serafimova, Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße - die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen, BB 2014/48, 2883 (2886).

¹⁷⁷ Laut Fiedler mache insbesondere Deutschland Gebrauch von generellen Entscheidungen.

¹⁷⁸ Fiedler, Betriebs-Berater (BB), 2013/37, 2179 (2183).

Kersting mit der „Zweifelsregelung“ einen äußerst interessanten Einwand an.¹⁷⁹ Diese soll es den mitgliedsstaatlichen Gerichten erlauben, im Ausnahmefall eine Einsicht der Kronzeugenerklärung verlangen zu dürfen. Dass das einer weiteren Klärung bedarf erscheint nur logisch. Es ist nämlich fraglich, wann ein solcher Ausnahmefall vorliegen soll. Nimmt man an, der Unionsgesetzgeber findet auch hierfür eine geeignete Definition, könnte dann im Umkehrschluss nicht wieder bemängelt werden, dass eine starre Regelung vorliegt, die den Einzelfall nicht berücksichtigt? Des Weiteren besteht auch das Risiko, dass mit der Zweifelsregelung das Offenlegungsverbot unterwandert werden könnte. Das würde dem Ziel der RL nach einer einheitlichen Regelung im Gemeinschaftsgebiet entgegenstehen. Als Konsequenz könnte auch eine Art „forum shopping“ verursacht werden.¹⁸⁰ Es bestünde die Gefahr, dass staatliche Gerichte oder Richter den Tatbestand des Ausnahmefalls eher zu Gunsten der Kartellgeschädigten bzw der öffentlichen Wettbewerbsverfolgung auslegen und folglich unterschiedliche Schwerpunkte setzen.

Ferner führt Mazák in seinen Schlussanträgen zB aus, dass das strittige Spannungsverhältnis im Schrifttum mehr als ein solches erscheine, als es real zum Tragen komme.¹⁸¹ Genauer gesagt geht er damit wohl auf das Abhängigkeitsverhältnis der Schadensersatzklagen (in Kartellsachen) vom Kronzeugenprogramm ein. Ohne letzteres könnten schließlich zahlreiche Kartelle erst gar nicht aufgedeckt werden. In diesem Zusammenhang darf zudem nicht vergessen werden, dass Schadensansprüche der Geschädigten auch auf anderen Beweismitteln, als die der Kronzeugenerklärung, gestützt werden können.

Unabhängig davon kann der Meinungsstreit in der Literatur dahingestellt bleiben. Eine abschließende Klärung der Vereinbarkeit der Richtlinie mit dem Primärrecht kann und wird nur der Europäische Gerichtshof herbeiführen können.

4.3.3 KAPITEL III DER RL

4.3.3.1 PROBLEMAUFRISS

Kapitel III der Kartellschadensersatzrichtlinie konstatiert ua die gesamtschuldnerische Haftung in Art 11 SE-RL. ErwGrd 37 S 1 geht einführend auf diese Bestimmung ein. Im Falle einer Zuwiderhandlung gegen das europäische Wettbewerbsverbot durch ein Kartell¹⁸², hält es der

¹⁷⁹ Kersting, Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, WuW, Heft 06 vom 06.06.2014, 564-574, (bzw S 1-9 (2)).

¹⁸⁰ Dieser Umstand wurde bereits infolge der Rs Pfeiderer kritisiert, s EuGH 14.06.2011, C-360/09, Pfeiderer.

¹⁸¹ Schlussanträge von Generalanwalt Mazák vom 16.12.2010 in der Rs Pfeiderer, Rz 41.

¹⁸² Also durch gemeinschaftliches Handeln von Unternehmen.

Richtliniengeber für angemessen, dass die gemeinsam agierenden Rechtsverletzer¹⁸³ (Kartellanten) gesamtschuldnerisch für den gesamten kausalen Schaden haften. Die Grundregel nach Art 11 Abs 1 SE-RL fordert, dass die MS den daraus resultierenden Haftungsanspruch der Kartellgeschädigten zu gewährleisten haben. Diesbezüglich soll jedes Unternehmen zum vollständigen Schadensersatz verpflichtet sein und der Anspruch des Geschädigten wiederum solange bestehen, bis der Schaden vollumfänglich ersetzt ist.

Wie bereits erläutert wurde, werden Erklärungen des Kronzeugen vor der Offenlegung und Verwertung im Rahmen dieser Richtlinie geschützt. Dies hat jedoch nicht zu bedeuten, dass der Kronzeuge „fein raus“ ist. Ist es dem Kartellgeschädigten nämlich möglich, seinen Schaden unabhängig von der Kronzeugenerklärung zu begründen und festzusetzen, kann der Kronzeuge trotzdem im Zuge des private enforcement schadensersatzrechtlich belangt werden. Da er ursprünglich zum Kreis der Kartellanten gehörte, ist er von der gesamtschuldnerischen Haftung gem Art 11 Abs 1 SE-RL betroffen. Auf den ersten Blick erscheint dies gerechtfertigt, da er bereits im Rahmen des Art 6 Abs 6 SE-RL privilegiert wurde. Berücksichtigt man erneut das Abhängigkeitsverhältnis der privaten Rechtsdurchsetzung vom Bonusprogramm, darf letzteres nicht leerlaufen. Daher sieht Art 11 Ausnahmen vom Grundtatbestand des Abs 1 vor und ordnet abermals eine Sonderstellung für den Kronzeugen an.

4.3.3.2 GESAMTSCHULDNERISCHE HAFTUNG GEM ART 11

Die erste Ausnahme gem Art 11 Abs 2 SE-RL gestattet den kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)¹⁸⁴ als Kartellanten eine Erleichterung, indem sie nur gegenüber unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern¹⁸⁵ haften. Abs 2 setzt diesbezüglich zwei kumulative Bedingungen voraus. Zum einen darf gem lit a der Anteil von 5% auf dem relevanten Markt während des Wettbewerbsverstoßes durchweg nicht überschritten worden sein und zum anderen muss es um die wirtschaftliche Lage des KMU gem lit b so bestellt sein, dass die Anwendung des Abs 1 die Lebensfähigkeit des Unternehmens unwiederbringlich gefährden und dessen Aktiva jedweden Werts berauben würde.¹⁸⁶

¹⁸³ Siehe auch Art 2 Nr 2 SE-RL.

¹⁸⁴ Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG), ABI L 124/36.

¹⁸⁵ Siehe dazu Art 2 Nr 23 und Nr 24 SE-RL.

¹⁸⁶ Art 11 Abs 2 wird in der Literatur bereits kritisiert, da der Ausnahmeregelung jegliche sachliche Rechtfertigung fehlt; siehe Jaeger in Kartellrecht, Rz 67. Mehr dazu: Kersting, WuW 2014, 564-574, (bzw S 1-9 (2-3)).

Art 11 Abs 3 SE-RL regelt eine Ausnahme von der Ausnahme nach Abs 2. Und zwar soll Abs 2 nicht gelten, wenn das KMU gem Abs 3 lit a den Wettbewerbsverstoß organisiert oder andere Unternehmen gezwungen hat, sich an dem Verstoß zu beteiligen oder das KMU gem lit b bereits einmal das Wettbewerbsrecht verletzt hat. Die vormalige Zuwiderhandlung aus lit b muss bereits festgestellt worden sein.

Art 11 Abs 4 SE-RL sieht eine Ausnahme für Kronzeugen vor. Dieser haftet gesamtschuldnerisch gem lit a nur gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern und Lieferanten. Gem lit b trifft den Kronzeugen gegenüber anderen Geschädigten nur dann eine Haftung, wenn von den anderen Mitkartellanten kein vollständiger Schadensersatz erlangt werden kann. Überdies hinaus haben die MS nach dieser Bestimmung zu gewährleisten, dass für Streitigkeiten, die unter Abs 4 fallen, angemessene und ausreichende Verjährungsfristen gesetzt werden, damit der Kartellgeschädigte entsprechend Klage erheben kann.

Eine weitere Sonderstellung des Kronzeugen veranlasst Art 11 Abs 5 S 2 SE-RL. Vorerst konstatiert Abs 5 S 1, dass die MS zu gewährleisten haben, dass ein Rechtsverletzer gegenüber anderen Rechtsverletzern einen Ausgleichsbetrag verlangen kann, dessen Höhe in Bezug auf ihre relative Verantwortung für den durch den Wettbewerbsverstoß entstandenen Schaden bestimmt wird. Hierbei geht es um den Ausgleichsbetrag der Kartellanten im Innenverhältnis; auch Binnenausgleich¹⁸⁷. Abs 5 S 2 regelt zusätzlich, dass der Ausgleichsbetrag eines Kronzeugen, dem durch das Kronzeugenprogramm ein Erlass der Geldbuße gewährt wurde, nicht höher als der Schaden sein darf, den die unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer oder Lieferanten durch ihn erlitten haben. Dabei wird Bezug auf Art 11 Abs 4 lit a genommen.

Hierbei trifft die Kartellschadensersatzrichtlinie eine differenzierte Bestimmung. Art 11 Abs 5 S 2 konstatiert eine Haftungsobergrenze für den Kronzeugen. Die allgemeine Regel des Haftungsausgleichs nach Abs 5 S 1 gilt jedoch auch für den Kronzeugen. Die Schadensquote ist mittels Günstigerprüfung festzustellen. Das Zusammenwirken beider Regelungen wird anhand folgendem Beispiel deutlich: *Kronzeuge K hat als Mitkartellant bei dem Geschädigten G (direkter Abnehmer von K) 10% des Schadens verursacht. Nach Satz 2 kann seine Haftungsquote also 10% nicht übersteigen. Selbst wenn nach der relativen Verantwortung gem Satz 1 eine höhere Quote gerechtfertigt erscheint, ist der Haftungsumfang auf 10% beschränkt. Anders verhält es sich, wenn K einen Schaden von 10% verursacht hat, aber gem Satz 1 nur für*

¹⁸⁷ Siehe Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212 (2013), 12.

5% verantwortlich gemacht werden kann. In diesem Fall muss K nur im Umfang von 5% haften.¹⁸⁸ In der Praxis wird eine derartige Abgrenzung nur schwer möglich sein.

Ferner kann die unter 4.3.1 geführte Diskussion um den Begriff „Kronzeuge“ gem Art 2 Nr 19 SE-RL an dieser Stelle wiederaufgenommen werden. Nämlich nicht nur der Wortlaut der Begriffsbestimmung, sondern auch die Folgen des Art 11 Abs 4 und 5 SE-RL sprechen dafür, dass nur der vollständige Erlass der Geldbuße den Status des Kronzeugen begründen soll. Sowohl Abs 4 als auch Abs 5 bevorzugen den Kronzeugen in der Form, dass dessen gesamtschuldnerische Haftung stark eingeschränkt wird. Würde man also annehmen, dass auch die Ermäßigung oder der geringfügige Erlass der Geldbuße die Kronzeugen-Eigenschaft rechtfertigt, wäre die Rechtsfolge des möglichen Gesamtschuldnerausschlusses zu extensiv.¹⁸⁹ Kersting äußert sich kritisch dazu. Er appelliert, dass ein Teilerlass des Bußgeldes insoweit berücksichtigt werden sollte, dass dies zu einer im Verhältnis angemessenen Befreiung von der gesamtschuldnerischen Haftung führt. Diese Tatsache könnte trotz des Umstandes, dass kein kompletter Erlass der Geldbuße mehr möglich ist, einen Anreiz für andere Rechtsverletzer bieten und somit die Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden begünstigen.¹⁹⁰

4.3.3.3 ERWÄGUNGSGRUND 37

Satz 2 dieses ErwGrds geht erklärend auf den Ausgleichsbetrag im Innenverhältnis ein und bezieht sich somit auf Art 11 Abs 5 S 1 SE-RL. Sollte ein Kartellant mehr Schadensersatz gezahlt haben, als seinem tatsächlichen Anteil entspricht, steht ihm das Recht auf einen Ausgleichsbetrag gegenüber den anderen Rechtsverletzern des gemeinsam begangenen Wettbewerbsverstößes zu. Die Höhe des Binnenausgleichsbetrages ist anhand der relativen Verantwortung und anhand zahlreicher Kriterien, wie zB Vertragsbeziehungen, Umsatz der Unternehmen mit kartellbefangenen Produkten, Marktanteil, Rolle im Kartell usw zu bestimmen.¹⁹¹ Die genaue Beurteilung ist offengelassen und hat nach staatlichem Recht zu erfolgen. Der Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz muss dabei beachtet werden.

¹⁸⁸ Gänswein, Gesamtschuldnerausgleich unter Kartellbeteiligten: Bestimmung des Haftungsanteils und Verjährung der Ausgleichsansprüche, NZKart 2/2016, 50 (53).

¹⁸⁹ Reichert/Walther, GPR 3/15, 124. Unabhängig davon führt Art 11 Abs 5 S 2 selbst nur den Erlass und gerade nicht die Ermäßigung der Geldbuße an.

¹⁹⁰ Kersting, Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 6.6.2013 (C-536/11; JZ 2013, 734) - Zur Akteneinsicht Dritter in Kartellverfahren, JZ 2013, 737-740.

¹⁹¹ Vgl Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212 (2013), 12.

4.3.3.4 ERWÄGUNGSGRUND 38

ErwGrd 38 befasst sich mit der Sonderstellung des Kronzeugen bzgl der gesamtschuldnerischen Haftung. Zu Beginn betont der Richtliniengeber wie wichtig es sei, dass Unternehmen im Rahmen des Kronzeugenprogramms mit Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten. Dadurch können geheime Kartelle nicht nur aufgedeckt und Zuwiderhandlungen abgestellt werden, sondern auch der Schäden, die bei Fortbestehen des Kartells entstanden wären, vermindert werden. Daher hält es der Sekundärrechtsgeber für notwendig, dass Kronzeugen vor übermäßigen Schadensersatzansprüchen geschützt werden müssen; siehe Art 11 Abs 4 lit a. An dieser Stelle muss berücksichtigt werden, dass Kronzeugen bei Klagen vorrangig in Anspruch genommen werden können. Das liegt daran, dass die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde für den Kronzeugen bereits bestandskräftig werden kann, bevor sie für andere Unternehmen, die nicht Teil eines Kronzeugenprogramms sind, bestandskräftig wird. Daher ist es für den Richtliniengeber angemessen den Kronzeugen zusätzlich auch in Bezug auf den Ausgleichsbetrag im Innenverhältnis zu bevorteilen; siehe Art 11 Abs 5 S 2 SE-RL.

Der europäische Gesetzgeber versucht in diesem Erwägungsgrund sein Vorgehen zu erläutern und va die Sonderstellung des Kronzeugen zu begründen. Dass dieser sowohl gegenüber Kartellgeschädigten (Außenverhältnis) als auch in Bezug auf das Innenverhältnis der Rechtsverletzer in zweifacher Hinsicht privilegiert wird, stößt in der Literatur teilweise auf deutliche Kritik.

4.3.3.5 KRITIK

Schweitzer, die sich teils kritisch zum Offenlegungsverbot der Kronzeugenerklärung geäußert hat, sieht die vorliegende Haftungsbeschränkung des Kronzeugen durch Art 11 Abs 4 und 5 SE-RL als überzeugend an. Zudem wirke sich die Maßnahme auch positiv auf die private Rechtsdurchsetzung der Kartellgeschädigten aus. Ihrer Ansicht nach stellt die Regelung einen weiteren „Beitrag zur Aufdeckung des Kartells“ (Schweitzer, Schadensersatz, Nr. 212, 12) dar, was follow-on-Klagen überhaupt erst ermöglicht hätte. Der Grundsatz der Gesamtschuldnerschaft werde durch die Tatsache, dass der Kronzeuge im Wesentlichen nur gegenüber den unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten¹⁹² haftet, zwar eingeschränkt, jedoch nicht komplett verworfen. Die verfrühte Inanspruchnahme von

¹⁹² Schweitzer spricht in diesem Zusammenhang von einer eigenen Abnehmerkette.

Kronzeugen hinsichtlich privater Schadensersatzklagen werde durch die Haftungsbeschränkung abgeschafft.¹⁹³ Vielmehr sei es sinnvoller, dass der Schadensersatzkläger die Kronzeugen als Belastungszeugen auftreten lässt.¹⁹⁴ Trotzdem sieht sie infolge der Verflechtung von öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung ein Problem. Die privatrechtliche Privilegierung des Kronzeugen ist bedingt durch die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde, das fällige Bußgeld zu erlassen. Infolge der Privilegierung ist der Geschädigte haftungsrechtlich schlechter gestellt. Diese Verbindung wird als sog „privatrechtsgestalteter Verwaltungsakt“ bezeichnet. Die Geschädigten sind nun im verwaltungsrechtlichen Sinne Betroffene bzw Beteiligte.¹⁹⁵ Daher stehen den Geschädigten wie auch den anderen ausgleichsberechtigten Gesamtschuldnern im Kartellverwaltungsverfahren Anhörungs- und Akteinsichtsrechte zu. Wie das in der Praxis auszusehen hat ist noch völlig unklar, denn der Kreis der potentiell Geschädigten ist zum Zeitpunkt des Bußgelderlasses in der Regel noch unbekannt. Schweitzer plädiert für eine europäische und nationale Lösung; gesetzlich ausgestaltet als Beschränkung der Anhörungs- und Akteneinsichtsrechte unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.¹⁹⁶ Letztlich betont sie, dass die Geschädigten trotz Haftungsprivilegierung des Kronzeugen weiterhin ein Recht auf Schadensersatz haben. Dadurch, dass der Kronzeuge nicht gänzlich von der Haftung befreit wurde, könne dieser unter Umständen nach wie vor belangt werden.¹⁹⁷

Eine weitere positive Ansicht in der Literatur vertritt Fiedler. Sie sieht den Kronzeugen in einer haftungsrechtlichen Problemlage und begrüßt von daher das Vorgehen der Kommission. Ihrer Meinung nach sei der Kronzeuge aufgrund seiner bedeutenden Rolle im Rahmen der Wettbewerbsverfolgung schützenswert.¹⁹⁸ Der Kronzeugenantrag müsse weiterhin attraktiv bleiben, weswegen es sinnvoll erscheint, dass der Kronzeuge vor unverhältnismäßigen Schadensersatzansprüchen geschützt werde. Die Haftungsbeschränkung auf die Abnehmer oder Lieferanten des Kronzeugen empfindet sie für angebracht. Dadurch solle vermieden werden, dass sich der Kronzeuge jeglicher Haftung entzieht und infolge dessen die anderen Rechtsverletzter benachteiligt werden.¹⁹⁹ Obwohl Fiedler die Regelung als „wenig kreativ“

¹⁹³ Damit geht sie mit der Meinung der Kommission konform, die in ErwGrd 38 das gleiche Argument vertritt.

¹⁹⁴ Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212 (2013), 12-13.

¹⁹⁵ Vgl dazu Keßler, Die neue Richtlinie über Schadensersatz im Wettbewerbsrecht - Cui bono?, VuR 2015, 83 (90).

¹⁹⁶ aA: Keßler betrachtet ein derartiges Verfahren als praktisch undurchführbar und geht auf keine Lösungsvorschläge ein, Keßler, VuR 2015, 83 (90). Vgl auch Kersting: „[...] es (ist) völlig unmöglich, alle Geschädigten anzuhören.“ (Kersting, WuW, Heft 06 vom 06.06.2014, 3)

¹⁹⁷ Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212 (2013), 13.

¹⁹⁸ Die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme wird dadurch ebenfalls geschützt.

¹⁹⁹ Fiedler, Betriebs-Berater (BB), 2013/37, 2179 (2184).

bezeichnet, ist sie der Meinung, dass die Privilegierung im Endeffekt „rechtspolitisch und wertungsmäßig zu begrüßen“ (Fiedler, BB, 2013/37, 2185) sei.²⁰⁰

Im Gegensatz zu Schweitzer sind sich Reichert/Walther nicht sicher, ob die Beseitigung der bevorzugten Inanspruchnahme der Kronzeugen bei Klagen durch die Regelung wirklich gelingen kann. Denn Art 11 Abs 4 lit b SE-RL lässt Fragen offen. Dieser Klausel nach hat ein Kronzeuge nämlich auch gegenüber anderen Geschädigten²⁰¹ Schadensersatz zu leisten, wenn von den anderen Mitkartellanten kein vollständiger Ersatz des Schadens erlangt werden kann.²⁰² Eine genaue Regelung, wie dieser Nachweis zu erbringen ist, fehlt jedoch.²⁰³

Kersting geht auf diese Problematik ein und unterstellt, dass die Beweislast über den Nachweis, dass von den anderen Kartellanten kein vollständiger Schadensersatz erlangt werden kann, offenbar den Geschädigten obliege.²⁰⁴ Diesen Umstand empfindet er als abschreckend. Die angemessenen und ausreichenden Verjährungsfristen, die der Richtliniengeber im letzten HS von Art 11 Abs 4 SE-RL vorschreibt, seien diesbezüglich nicht ausreichend. Nur eine Beweislastumkehr zu Lasten der Kronzeugen könne Abhilfe schaffen. Das heißt, der Kronzeuge müsse beweisen, dass der Schadensersatzanspruchssteller durch einen anderen Kartellanten vollständig befriedigt werden kann. Erst dann dürfe der Kronzeuge nicht in Anspruch genommen werden. Da auch seiner Meinung nach Art 11 keine Regelung zur Beweislastverteilung enthält, stehe es dem nationalen Gesetzgeber frei entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Auf diesem Weg könne versucht werden, die Beweislast dem Kronzeugen anzuordnen. Zusammenfassend kritisiert er die Privilegierung des Kronzeugen und hält sie für fragwürdig, da sie auf Kosten der Geschädigten erfolge. Zudem führt er den primärrechtlichen Effektivitätsgrundsatz an. Demnach dürfe „die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert“ (Kersting, WuW 2014, 3) werden.²⁰⁵

Makatsch/Mir fügen der Argumentation von Kersting noch hinzu, dass die derzeitige Beweislastverteilung zu Ungunsten der Kartellgeschädigten eine abschreckende Wirkung bzgl deren Schadensersatzgeltendmachung haben könnte.²⁰⁶

²⁰⁰ Fiedler, Betriebs-Berater (BB), 2013/37, 2179 (2185).

²⁰¹ Also außerhalb seiner Abnehmer-/Zuliefererkette.

²⁰² Laut Fiedler liegen solche „Rückausnahme“-Fälle nur selten vor. Die Beweislastproblematik, die im Weiteren aufgezeigt wird, lässt sie unbeachtet.

²⁰³ Reichert/Walther, GPR 3/15, 126.

²⁰⁴ Vgl Jaeger in Kartellrecht, Rz 68.

²⁰⁵ Kersting, WuW, Heft 06 vom 06.06.2014, 564-574, (bzw S 1-9 (3)).

²⁰⁶ Makatsch/Mir, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen - Angst vor der eigenen „Courage“?, EuZW 01/2015, 7 (11).

Keßler bezieht sich in seiner Kritik auf die Haftungsobergrenze aus Art 11 Abs 5 S 2 SE-RL und äußert ebenfalls seine Bedenken zur Beweislastverteilung im letzten NS der Regelung: „[...] Schaden, den er (Kronzeuge) seinen eigenen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat“ (Art 11 Abs 5 S 2 SE-RL). Das bedeutet, dass der Kartellgeschädigte im Schadensersatzprozess beweisen muss, welchen genauen Schaden er durch den Kronzeugen erlitten hat. Keßler empfindet diesen Umstand als „seltsam“, denn schließlich sei der Kronzeuge derjenige, der als ehemaliger Kartellant gegen geltendes Recht verstoßen habe. Unabhängig davon, schätzt er die Regelung als unvereinbar mit dem Effektivitätsgrundsatz ein.²⁰⁷

Die haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen im Außen- wie auch im Innenverhältnis nach Art 11 SE-RL wird in der Literatur unterschiedlich bewertet. Sowohl Schweitzer als auch Fiedler betonen die Bedeutung des Kronzeugen innerhalb der effektiven Wettbewerbsverfolgung, plädieren für den Schutz desselbigen und befürworten von daher die umstrittene materiell-rechtliche Regelung; jedoch mit Einschränkungen. Wie auch die Gegenseite im Meinungsstreit, sieht Schweitzer verwaltungsverfahrenrechtliche Schwierigkeiten, die es auf europäischer und nationaler Ebene gesetzlich zu regeln gilt.

Die aA in der Literatur sieht schwerwiegende Beweislast-Probleme zum Nachteil der Geschädigten. Man könne nicht verstehen, warum der Kartellgeschädigte und nicht der Rechtsverletzer (zum derzeitigen Rechtsstand) beweisen muss, inwiefern von den anderen Kartellanten (als den Kronzeugen) kein Schadensersatz erlangt werden kann. Ferner wird wiederholt vorgeworfen, dass die offenkundige Schlechterstellung des Schadensersatzanspruchsinhabers nicht mit dem primärrechtlich garantierten Effektivitätsgrundsatz vereinbar sei. Eine Lösung ist an dieser Stelle nicht absehbar und kann somit erst durch den EuGH herbeigeführt werden.

Meines Erachtens werden überzeugende und nachvollziehbare Argumente aufgezeigt, doch lassen sich Unterschiede in den Begründungen erkennen. Schweitzer und Fiedler betrachten vorwiegend das Gesamtbild der Wettbewerbsverfolgung. Diesbezüglich erscheint es nur sinnvoll, dass das Kronzeugenprogramm, also der Kronzeuge selbst geschützt bzw privilegiert wird. Demgegenüber wird der Inhalt der Regelung des Art 11 Abs 4 und 5 SE-RL im Genauen betrachtet. Dass diese Vorschriften Schwächen und Unklarheiten aufweisen, die einer weiteren Klärung bedürfen, ist ersichtlich.

²⁰⁷ Keßler, Die neue Richtlinie über Schadensersatz im Wettbewerbsrecht - Cui bono?, VuR 2015, 83 (89).

Makatsch/Mir zB berücksichtigen beide Ansichtsweisen und schlagen daher einen Kompromiss vor: Sie sehen die Privilegierung zu Lasten der Geschädigten als nicht notwendig an, weshalb der Kronzeuge im Außenverhältnis uneingeschränkt haften solle. Die Privilegierung des Kronzeugen im Innenverhältnis beim Binnenausgleich wird als ausreichend bewertet.²⁰⁸

4.4 FAZIT

Die Privilegierung des Kronzeugen im Rahmen der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU ist nicht nur sehr umstritten, sondern wirft auch einige Fragen auf.

Bereits im Vorfeld stößt man unter den Begriffsbestimmungen in Art 2 SE-RL auf unklare Formulierungen; va bzgl der Kronzeugenerklärung gem Art 2 Nr 16 und der Definition des Kronzeugen gem Art 2 Nr 19. Ein einheitliches Verständnis dient als Grundvoraussetzung für die weiteren Sonderregelungen hinsichtlich des Kronzeugen. Diese umfassen das absolute Offenlegungs- und Verwertungsverbot von Beweismitteln gem Art 6 Abs 6 und Art 7 Abs 1 SE-RL und die Haftungsprivilegierung im Außen- wie auch im Innenverhältnis gem Art 11 Abs 4 und 5 SE-RL. Obwohl Art 6 Abs 8 SE-RL eine Trennung der Beweismittel dahingehend gestattet, dass Dokumente, die nicht unter die Kronzeugenerklärung fallen, je nach Kategorie freigegeben werden können, gilt die Sperrklausel des Art 6 Abs 6 SE-RL ausnahmslos. Das heißt, eine Abwägung wird nicht mehr vorgenommen, was in der Literatur scharf kritisiert wird. Die Haftungsprivilegierung gem Art 11 Abs 4 und 5 SE-RL gilt nicht absolut, sondern schränkt das Haftungsrisiko für den Kronzeugen lediglich ein. An dieser Stelle ist folgender Unterschied hervorzuheben: Die Haftungsprivilegierung ist nur dem erfolgreichen Kronzeugen dienlich, wohingegen das Offenlegungs- und Verwertungsgebot sämtliche Kronzeugenantragssteller berücksichtigt.²⁰⁹

Ferner muss man sich vor Augen führen:²¹⁰ Ein Rechtsverletzer, der als erster an eine Wettbewerbsbehörde herantritt und schwerwiegende Beweise für die Feststellung eines Kartells liefert, kann im Weiteren als Kronzeuge von einem Erlass oder einer Ermäßigung der Geldbuße im Rahmen des Kronzeugenprogramms profitieren. Die von ihm bereitgestellten

²⁰⁸ Makatsch/Mir, EuZW 01/2015, 7 (11).

²⁰⁹ Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212 (2013), 11. Schweitzer bezieht sich mit dieser Abgrenzung offenkundig auf die Tatsache, dass Kronzeugenerklärungen den Erlass und die Ermäßigung der Geldbuße berücksichtigen, während der Kronzeugen-Status nur über den Erlass der Geldbuße begründet werden kann.

²¹⁰ Es folgt eine vereinfachte Darstellung zur Veranschaulichung der Rechtslage.

Beweise werden als Kronzeugenerklärung behandelt und bleiben gemäß dem Offenlegungsverbot unter Verschluss. Das heißt vermeintliche Schadensansprüche, die von der Kronzeugenerklärung abhängen, haben keine Aussicht auf Erfolg. In diesem Fall kann der Kronzeuge privatrechtlich nicht belangt werden.

Liegen jedoch belastende Beweise vor, die dem Verbot von Art 6 Abs 6 SE-RL nicht unterliegen, ist der Sachverhalt ein anderer: Der Kronzeuge kann nun haftungsrechtlich in Anspruch genommen werden. An dieser Stelle greift die materiell-rechtliche Regelung des Art 11 Abs 4 und 5 SE-RL. Demnach haftet der Kronzeuge im Außenverhältnis nur gegenüber seiner direkten Abnehmerkette und im Ausnahmefall erst gegenüber anderen Geschädigten. Im Innenverhältnis haftet der Kronzeuge den anderen Kartellanten gegenüber nach seiner relativen Verantwortung. Unabhängig von der Verantwortung regelt jedoch die Haftungsobergrenze, die sich nach dem verursachten Schaden (durch den Kronzeugen im Außenverhältnis) richtet, den maximalen Ausgleichsbetrag.

Demnach kommt den Kronzeugen in vierfacher Hinsicht eine Sonderstellung zu. Daher stellt sich folgende Frage: Ist die Privilegierung legitim oder übertrieben?²¹¹

Eine Ansicht in der Literatur geht eher von einer übertriebenen Privilegierung aus. Zum einen erfolgt sie nicht nur zu Lasten der Geschädigten eines Wettbewerbsverstosses, sondern zusätzlich auch zu Lasten der übrigen Mitkartellanten. Daher spricht auch Kersting von einer vorzugswürdigeren abgeschwächten Regelung.²¹² Die Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis müsse beseitigt werden, während die im Innenverhältnis bestehen bleiben könne. Dies habe wiederum zur Folge, dass auf das absolute Offenlegungsverbot hätte verzichtet werden können.²¹³ Letzteres würde mE den Kronzeugenschutz jedoch zu weiten Teilen leerlaufen lassen. Zum anderen wird kritisiert, dass beide Privilegierungen der Art 6 und 11 SE-RL zeigen, dass der Richtliniengeber dem öffentlichen Interesse am Kronzeugenprogramm Vorrang gegenüber den Interessen der Geschädigten einräumt. Dies widerspricht der gängigen EuGH-Rechtsprechung, weswegen eine Vereinbarkeit der Regelung mit dem Primärrecht äußerst fraglich erscheint. Des Weiteren sorgen zahlreiche unklare Formulierungen für Rechtsunsicherheit, obwohl das Gegenteil durch die Richtlinie erreicht werden sollte.²¹⁴ Im Übrigen befürchtet man, dass va das Offenlegungsverbot zu Streitigkeiten

²¹¹ Letzteres könnte auch als Überprivilegierung bezeichnet werden.

²¹² Vgl Makatsch/Mir unter FN 208.

²¹³ Kersting, WuW, Heft 06 vom 06.06.2014, 564-574, (bzw S 1-9 (3)).

²¹⁴ Hoffmann in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 39. EL Februar 2016, §2 Art 101 AEUV - Kartellverbot, Rz 153 (167-168).

bzgl der Frage führen wird, ob Beweismittel konkret genug sind und inwieweit sie als Kronzeugenerklärung behandelt werden müssen.²¹⁵

Trotz des Klärungsbedarfs zahlreicher wichtiger Fragen, erachtet die aA in der Literatur die SE-RL als sinnvoll und begrüßenswert. Auf diese Weise werden Kronzeugenanträge attraktiver²¹⁶ und die Position der Geschädigten in der privaten Rechtsdurchsetzung insgesamt gestärkt.²¹⁷ Andere sehen in der SE-RL vielmehr als eine prozessuale Erleichterung. Hinsichtlich des europäischen Wettbewerbsrechts stützt sich die vereinfachte private Rechtsdurchsetzung auf dem Gedanken des „consumer welfare“ und auf verbraucherpolitischen Zielen.²¹⁸ Gänswein sieht zB keinen anderen Weg, um das Ziel der SE-RL nicht zu gefährden.²¹⁹ Maßnahmen, die den Schadensersatzanspruch der Geschädigten kürzen würden oder die eine unbeschränkte Haftung des Kronzeugen im Innenverhältnis vorsehen würden, sieht er als unvereinbar mit dem zu erreichenden Ziel.²²⁰ „Daher dürfte die Lösung zu Lasten der anderen Schädiger ausfallen“ (Gänswein, NZKart 2/2016, 54). Die Richtlinie wird als weiterer Schritt zur Rechtsharmonisierung von privaten Schadensersatzklagen angesehen. Die private Rechtsdurchsetzung wird vereinfacht und für den Fall, dass von den anderen Kartellanten kein Schadensersatz erlangt werden kann, findet eine Kompensation durch den Kronzeugen statt. Auf der anderen Seite wird dieser bzgl seiner Kronzeugenerklärung und der gesamtschuldnerischen Haftung geschützt. Dies stelle laut Fiedler eine erwünschte Optimierung zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung dar.²²¹

Die Frage nach der legitimen oder übertriebenen Privilegierung des Kronzeugen, kann nicht ohne Weiteres beantwortet werden. Der oa Meinungsstreit liefert nachvollziehbare Argumente. Dennoch gibt es an dieser Stelle mE kein „Ja oder Nein“. Trotz vehementer Kritik an der SE-RL, kann nicht geleugnet werden, dass ein schmaler Grad zwischen Interessenabwägung und Bevorzugung der öffentlichen oder der privaten Rechtsdurchsetzung vorliegt. Meiner Meinung

²¹⁵ Roth, Neue EU-Richtlinie erleichtert künftig Schadensersatzklagen bei Verstößen gegen das Kartellrecht, GWR 2015, 73 (75).

²¹⁶ Kühne/Woitz, Die neue Kartellschadensersatzrichtlinie: „Follow-on“-Klagen auf Schadensersatz werden gefährlicher, DER BETRIEB, 18/2015, 1028 (1032).

²¹⁷ Roth, GWR 2015, 73 (75).

²¹⁸ Seitz, Neue Wege zu effektivem Rechtsschutz in der EU, EuZW, 15/2013, 561 (562).

²¹⁹ Die Förderung der privaten Rechtsdurchsetzung und gleichzeitig der Schutz des Kronzeugen.

²²⁰ Gänswein, Gesamtschuldnerausgleich unter Kartellbeteiligten: Bestimmung des Haftungsanteils und Verjährung der Ausgleichsansprüche, NZKart 2/2016, 50 (54).

²²¹ Fiedler, Betriebs-Berater (BB), 2013/37, 2179 (2186). Dennoch befürchtet sie viel Widerstand seitens der MS, da dessen Zivilverfahrensordnungen weitreichend geändert werden müssen.

nach versucht der Richtliniengeber ein Gleichgewicht zu finden; auch wenn das nicht immer ganz gelingt. Ungenaue Formulierungen tun ihr Übriges. Auch wenn die vom EuGH stets geforderte Einzelfallabwägung verworfen wurde, muss berücksichtigt werden, dass die Rechte der Geschädigten von Wettbewerbsverstößen zB allein durch weite Offenlegungsvorschriften von Beweismitteln gem Art 5 SE-RL gestärkt werden. Dass der Kronzeuge trotzdem geschützt werden muss, ist für das voneinander abhängende System der wirksamen Wettbewerbsverfolgung nicht nur unvermeidbar, sondern auch zwingend.

Bzgl Art 11 SE-RL erscheint es angemessener die Privilegierung zu Lasten der anderen Rechtsverletzer, als zu Lasten der ohnehin schon Kartellgeschädigten durchzuführen. Kann ein Schaden wegen Art 6 Abs 6 SE-RL jedoch erst gar nicht begründet werden, wird man aus Sicht des Verbraucherschutzes auf Unverständnis stoßen.

Unabhängig davon bleibt zu hoffen, dass die MS bei der Umsetzung der SE-RL zum 27.12.2016 auf die Schwächen eingehen und diese reduzieren. Neben der Frage nach der Vereinbarkeit der SE-RL mit dem Primärrecht, die der EuGH abschließend zu klären hat, sieht Art 20 SE-RL eine Überprüfung der Richtlinie durch die Europäische Kommission bis zum 27.12.2020 vor.

5. SCHLUSSBETRACHTUNG

Die vorstehenden Ausführungen beleuchten die Stellung des Kronzeugen im Gefüge der effektiven Wettbewerbsverfolgung unter Berücksichtigung der neuen Kartellschadensersatzrichtlinie. Demnach soll der Kronzeuge durch ein absolutes Offenlegungsverbot seiner Kronzeugenerklärung und durch eine Haftungsprivilegierung im Außen- wie auch im Innenverhältnis geschützt werden. Die damit einhergehende Stärkung der öffentlichen Rechtsdurchsetzung zu Lasten der privaten stößt in der Literatur auf scharfe Kritik. Eine überwiegende Einigkeit im Meinungsstreit kann nur dahingehend festgestellt werden, dass einzelne Regelungen, wie Art 6 Abs 6 und Art 11 Abs 4 und 5 SE-RL, als äußerst fragwürdig hinsichtlich der Primärrechtskonformität angesehen werden.

Unabhängig davon bleibt zu hoffen, dass sich die RL 2014/104/EU in der Bekämpfung von Kartellrechtsverletzungen als zweckmäßig herausstellen wird.

LITERATURVERZEICHNIS

BARTL/SCHRÖTER;

in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht⁷, (2015).

BERGMANN/FIEDLER;

6. Teil AEU-Vertrag, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann* (Hrsg), Kartellrecht³, München (2016).

BERNHARD;

Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen: Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität, Tübingen (2010).

DITTRICH/MATTHEY;

in *Hauschka/Moosmayer/Lösler* (Hrsg), Corporate Compliance³, München (2016).

EILMANSBERGER;

in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV², München (2012).

EMMERICH;

Band 1, in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, München (2012).

ERHARD;

Wohlstand für Alle⁸, Düsseldorf/Wien (1964).

FIEDLER;

Der aktuelle Richtlinienvorschlag der Kommission – der große Wurf für den kartellrechtlichen Schadensersatz?, Betriebs-Berater (BB), 2013/37, 2179-2186.

FUCHS/MÖSCHEL;

Band 1, in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, München (2012).

FUNKE/MEESSEN;

1. Teil Internationales Kartellrecht der Europäischen Union, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann* (Hrsg), Kartellrecht³, München (2016).

GÄNSWEIN;

Gesamtschuldnerausgleich unter Kartellbeteiligten: Bestimmung des Haftungsanteils und Verjährung der Ausgleichsansprüche, NZKart 2/2016, 50-58.

GEIGER;

Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess: Die Gruppenklage zur Durchsetzung von Massenschäden und ihre Auswirkungen, Tübingen (2015).

GRÜTZNER/JAKOB;

in *Grützner/Jakob* (Hrsg), Compliance von A-Z², München (2015).

HAUS/SERAFIMOVA;

Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße - die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen, BB 2014/48, 2883.

HEMPEL;

Einsicht in Kartellverfahrensakten nach der Transparenzverordnung - Neues aus Luxemburg, EuZW 2014, 297-300.

HEMPEL;

Kartellrecht: Akteneinsicht durch Schadensersatzkläger - Donau Chemie, EuZW 15/2013, 586-591.

HOFFMANN;

Richtlinie 2014/104/EU, in *Dauses* (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts¹, 39. EL, München (2016).

JAEGER;

6. Teil AEU-Vertrag, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann* (Hrsg), Kartellrecht³, München (2016).

KERSTING;

Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 6.6.2013 (C-536/11; JZ 2013, 734) – Zur Akteneinsicht Dritter in Kartellverfahren, JZ 2013, 737-740.

KERSTING;

Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, WuW, Heft 06 vom 06.06.2014, 564-574. (Die mir vorliegende Ausgabe enthält die Seitenzahlen 1-9.)

KEßLER;

Die neue Richtlinie über Schadensersatz im Wettbewerbsrecht - Cui bono?, VuR 2015, 83-92.

KLEES;

in *Kilian/Heussen* (Hrsg), Computerrechts-Handbuch, 26. Ergänzungslieferung, München (2008).

KÜHNE/WOITZ;

Die neue Kartellschadensersatzrichtlinie: „Follow-on“-Klagen auf Schadensersatz werden gefährlicher, DER BETRIEB, 18/2015, 1028-1032.

KÜNZLER;

Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?: Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen (2008).

MAKATSCH/MIR;

Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen - Angst vor der eigenen „Courage“?, EuZW 01/2015, 7-15.

MAZÁK;

Schlussanträge vom 16.12.2010 zur Rs Pfeiderer. Verfügbar unter:

<http://kartellblog.de/wordpress/wp-content/uploads/Mazak-2010-Pfeiderer-C-36009> (Stand 25.07.2016).

MÄSCH;

Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – „Courage“ und die Folgen, EuR (2003) 825.

NORDEMANN;

6. Teil AEU-Vertrag, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann* (Hrsg), Kartellrecht³, München (2016).

OLLERDIßEN;

Die Schadensersatzrichtlinie (RL 2014/104/EU) vom 26. November 2014, in *Wiedemann* (Hrsg), Kartellrecht³, München (2016).

OSTERRIEHT;

Patentrecht⁵, München (2015).

PAAL;

in *Gersdorf/Paal* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht¹², (Stand 01.05.2016, beck-online.de).

POOTH;

EuGH: Steht Schadensersatzklägern ein Akteneinsichtsrecht auch in Dokumente des Kronzeugen zu?, CCZ 2011, 231.

RAFF;

Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht: Anmerkung zur Rs. C-360/90, Pfeiderer AG/Bundeskartellamt, Heidelberg, GPR 6/11, 294-297.

REICHERT/WALTHER;

Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht: Die besonderen Regelungen für Kronzeugen im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU, Düsseldorf, GPR 3/2015, 120-129.

ROTH;

Neue EU-Richtlinie erleichtert künftig Schadensersatzklagen bei Verstößen gegen das Kartellrecht, GWR 2015, 73-75.

SCHWEITZER;

in Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, Nr. 212, Bonn (2013). Verfügbar unter:

https://www.zew.uni-bonn.de/publikationen/schriftenreihe-des-zentrums-fuer-europaeisches-wirtschaftsrecht/Heft_212_Schweitzer.pdf (Stand 25.07.2016).

SEITZ;

Neue Wege zu effektivem Rechtsschutz in der EU, EuZW, 15/2013, 561-563.

TIETJE;

in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union⁴⁰, München (2009).

(UNBEKANNT);

EU: Erleichterung von Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts – Konsultation, Der Betrieb, Heft 05/03.02.2006.

VOLLRATH;

Das Maßnahmenpaket der Kommission zum Wettbewerbsrechtlichen Schadensersatz, NZKart 2013, 434.

WIESER;

Privat Law Enforcement im Kartellrecht: Vergleichende Analyse der Rechtsgrundlagen in der EU, Deutschland und Österreich, Wien (2010).

ZIMMER;

Band 1, in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, München (2012).

INTERNETQUELLEN

Übersicht über die Gruppenfreistellungsverordnung/VO (EU) Nr. 330/2010:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=URISERV:cc0006&from=DE>

(Stand 25.07.2016).

Übersicht über die Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl 2006, C 298/17:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26119&from=DE>

(Stand 25.07.2016).

Pressemitteilung der Europäischen Kommission über das Bildröhrenkartell vom 05.12.2012:

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1317_de.htm (Stand 25.07.2016).

Pressemitteilung der Europäischen Kommission über das LKW-Kartell vom 19.07.2016:

https://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommission-verh%C3%A4ngt-rekordgeldbu%C3%9Fe-von-293-milliarden-euro-gegen-lkw-kartell_de (Stand 25.07.2016).

EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager in Brüssel vom 19.07.2016:

<http://www.eu-info.de/dpa-europaticker/273238.html> (Stand 25.07.2016).

Bundeskartellamt Deutschland, Erfolgreiche Kartellverfolgung, Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, Bonn (2011):

<https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/erfolgreiche-kartellverfolgung,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>

(Stand 25.07.2016).

JUDIKATURVERZEICHNIS

RECHTSPRECHUNG DES EUGH

EuGH 05.02.1963, C-26/62, van Gend en Loos.

EuGH 25.11.1971, C-22/71, Béguelin Import/G. L. Import Export.

EuGH 14.07.1972, C-54/69, Farbstoffe.

EuGH 21.02.1973, C-06/72, Continental Can Company.

EuGH 16.12.1975, C-40/73, Suiker Unie.

EuGH 14.02.1978, C-27/76, United Brands (Bananen).

EuGH 13.02.1979, C-85/76, Hoffman-La Roche.

EuGH 05.05.1982, C-15/81, Gaston/Schul.

EuGH 20.09.2001, C-453/99, Courage.

EuGH 06.01.2004, C-2/01 P, Bayer/Adalat.

EuGH 13.07.2006, C-295/04, Manfredi.

EuGH 20.01.2011, C-90/09 P, GQ.

EuGH 14.06.2011, C-360/09, Pfeiderer.

EuGH 06.06.2013, C-536/11, Donau Chemie.

EuGH 27.02.2014, C-365/12 P, EnBW.

RECHTSPRECHUNG DES EUG

EuG 18.09.1992, T-24/90, Automec srl/Kommission.

EuG 22.05.2012, T-344/08, EnBW/Kommission.

RECHTSPRECHUNG DES BGH

BGH 05.02.1998, I ZR 211/95, Testpreis-Angebot, GRUR 1998, 824 (827).

ABSTRACT

Die vorliegende Master-Thesis setzt sich mit dem Thema „Die Privilegierung des Kronzeugen in der Richtlinie 2014/104/EU“ auseinander. Die ebenso genannte Kartellschadensersatzrichtlinie (SE-RL) stellt ein Novum in der Europäischen Union dar. Um den Bedarf nach dieser Richtlinie verstehen zu können, wird zu Beginn ein Überblick über das europäische Wettbewerbsrecht verschafft. Liegt ein Verstoß vor, werden seitens einer Behörde Sanktionen verhängt. An dieser Stelle wird erstmals der Kronzeuge als solcher und die damit zusammenhängende Möglichkeit einer Ermäßigung oder eines Erlasses der Geldbuße im Rahmen eines Kronzeugenprogramms vorgestellt. Letzteres kann auch als Bonusprogramm oder leniency bezeichnet werden. Über die Rs Courage und später die Rs Manfredi entwickelt der EuGH für Kartellgeschädigte ein Jedermannsrecht auf Schadensersatz, was fortan das wichtigste Instrument der privaten Rechtsdurchsetzung (private enforcement) darstellt. Nachdem die aktualisierte Kronzeugenmitteilung von 2006 in ihren groben Zügen erläutert wird, gehen die weiteren Ausführungen auf das äußerst diffizile Spannungsverhältnis zwischen privater und öffentlicher Rechtsdurchsetzung ein. Diesbezüglich war nämlich weitgehend ungeklärt, ob und inwieweit für die Geschädigte eine Akteneinsichtsrecht zu Lasten des Kronzeugen besteht. Um den Schutz der öffentlichen Rechtsdurchsetzung gewährleisten zu können, hielten die Behörden die Akten unter Verschluss. Erst der Gang zum EuGH führte durch die richtungsweisenden Urteile Pfeleiderer, Donau Chemie und EnBW eine Lösung in Form einer Einzelfallabwägung herbei. Damit wurde eine systematische Verweigerung der Einsichtnahme verboten. Dennoch betonte der EuGH selbst mehrfach, dass eine einheitliche Regelung fehle. An diesem Punkt der Arbeit stößt man auf die oa SE-RL, die aufgrund ihrer rechtsangleichenden Wirkung den geforderten unionsweiten Rahmen schaffen soll. Neben Begriffsbestimmungen, die dem einheitlichen Verständnis dienen, konstatiert die Richtlinie ua ein absolutes Offenlegungs- und Verwertungsverbot von Kronzeugenerklärungen. Im Falle einer Schadensersatzklage regelt die SE-RL überdies hinaus materiell-rechtlich eine Haftungsprivilegierung zu Gunsten des Kronzeugen im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung. Dieser haftet sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis nur beschränkt. Berücksichtigt man die einzelnen Sonderstellungen des Kronzeugen -der Erlass oder die Ermäßigung der Geldbuße, der Schutz seiner Erklärung und die zweifache Haftungsbeschränkung- stellt sich die Frage, ob eine Überprivilegierung des Kronzeugen vorliegt. Zudem wird das vom EuGH geforderte Gebot der Einzelfallabwägung verworfen und ein Verstoß gegen den primärrechtlichen Effektivitätsgrundsatz unterstellt. Schlussendlich wird

daher die Vereinbarkeit der SE-RL mit dem Primärrecht ernstlich in Frage gestellt. Eine abschließende Klärung wird durch den Europäischen Gerichtshof herbeigeführt werden.

EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre hiermit an Eides Statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht.

Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht.

Wien, 25.07.2016

A solid black rectangular box used to redact the signature of the author.