

Teil 3. Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Kommission (§§ 8–12)

§ 8. *Verfahrensbeteiligte und Akteneinsicht im Kommissionsverfahren*

Der 2. Prüfschritt untersucht insgesamt vier Zugangsrouten zu den Verfahrensdokumenten der Kommission. In diesem Kapitel wird mit der Verfahrensbeteiligung am Kartellverwaltungsverfahren der Kommission begonnen, wobei die Beteiligungsformen und die Akteneinsicht im Mittelpunkt stehen. Eine Auseinandersetzung mit dieser Route ist aus mehreren Gründen angezeigt: Obwohl die Verfahrensparteien nicht primär als *Follow-on*-Kläger in Betracht kommen, ist ein kartellzivilrechtliches Vorgehen einer Partei des Kartellverwaltungsverfahrens gegen andere Parteien desselben Verfahrens nicht ausgeschlossen.³⁵⁷ Ferner ist eine Verfahrensbeteiligung für Kartellopfer von Bedeutung – eine Beteiligung gewährt Zugang zu einer Fülle beweisrelevanter Informationen.³⁵⁸ Daneben liegt in diesem Kapitel der Schlüssel zum Verständnis der restriktiven Handhabe der Kommission in Bezug auf die übrigen Zugangsmöglichkeiten, und es beleuchtet zugleich stets zu berücksichtigende Fragen wie den Geheimnisschutz.

Der Untersuchung ist vorzuschicken, dass das Kommissionsverfahren unterschiedliche Beteiligungsformen kennt. Grob zu unterscheiden ist zwischen Verfahrensbeteiligten mit Parteistellung (hiernach auch «Verfahrenspartei» o. ä.) und Verfahrensbeteiligten ohne Parteistellung. Die Art der Verfahrensbeteiligung wiederum bestimmt den Umfang der Ver-

357 Selbstredend darf den Verfahrensbeteiligten bzw. den späteren Kläger keine erhebliche Verantwortung für das wettbewerbswidrige Verhalten treffen; eine spätere kartellzivilrechtliche Durchsetzung ist etwa dann vorstellbar, wenn etwa aufgrund wirtschaftlichen Drucks einem Kartell beigetreten wurde, vgl. für weitere Beispiele Immenga/Mestmäcker/EMMERICH, Band 2, GWB § 33 N 19.

358 Die praktische Bedeutung für Kartellopfer ist jedoch begrenzt, Stancke et al.-RUSTER, Kap. G. N 355 m. w. N.

fahrensrechte,³⁵⁹ die durchgehend zu beachten sind.³⁶⁰ Zu diesen Rechten zählt der vorliegend interessierende Anspruch auf Akteneinsicht.³⁶¹ Dieses *Verteidigungsrecht* dient primär dem Interesse an einem geordneten Verfahren wie dem Rechtsschutzinteresse der Kartelltäter und nicht dem Schutz der Kartellopfer. Einer «Zweckinstrumentalisierung» der Verfahrensnormen als Informationsinstrument für Kartellopfer sind somit enge Grenzen gezogen.

1. Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung

Wem in einem Verfahren Parteistellung zukommt, richtet sich nach der VO 1/2003.³⁶² Als Partei im Kommissionsverfahren gelten sämtliche Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, gegen die sich das von der Kommission betriebene Verfahren richtet.³⁶³ Der Parteibegriff hängt folglich davon ab, gegen wen die Kommission ein Verfahren eröffnet und wem sie die Beschwerdepunkte zukommen lässt.³⁶⁴ Die Beschwerdepunkte

-
- 359 EuG 11.01.2017, Rs. T-699/14, *Topps Europe/Kommission*, EU:T:2017:2, N 30; vgl. auch ALBERS, Anhörungsbeauftragter, S. 41; SANNER, Informationsgewinnung, S. 422 ff.; LAMPERT/NIEJAHR/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO, N 497; BISCHKE/SCHIRRA, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003 Art. 27 N 2.
- 360 EuGH 13.09.2018, Rs. C-358/16, *UBS Europe*, EU:C:2018:715, N 60; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 6; DE BRONETT, Kartellverfahrensrecht, Art. 27 N 1.
- 361 EuGH 07.01.2004, verb. Rs. C-204/00, *Aalborg Portland u. a./Kommission*, EU:C:2004:6, N 68; EuGH 02.10.2003, Rs. C-199/99 P, *Corus UK*, EU:C:2003:531, N 126; EuG 29.06.1995, Rs. T-30/91, *Solvay/Kommission*, EU:T:1995:115, N 59; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 8, 100; vgl. für eine summarische Übersicht weiterer Verteidigungsrechte in Kartellverfahren vor der Kommission, KOKOTT, Grundrechtsschutz, S. 600 ff.
- 362 Das durch die Kommission in Verwaltungsverfahren anzuwendende Verfahrensrecht findet sich hauptsächlich in den VO 1/2003, VO 773/2004, und diversen Mitteilungen und Bekanntmachungen; siehe dazu exemplarisch die Auflistung der relevanten Bestimmungen bei WILS/ABBOTT, File, S. 256 ff.
- 363 Siehe Art. 27 Abs. 1 Satz 1 VO 1/2003.
- 364 WARD/BOURKE/KRISTOF, in: Bellamy & Child, N 13.076; KELLERBAUER, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Kap. 3, Art. 27, N 8; KELLERBAUER, Ermittlungsakte, S. 689; KLOSE/HORSTKOTTE, in: Jaeger et al. (Hrsg.)–FK, Art. 27 VO 1/2003 N 8 [EL 96: August 2020].

geben Aufschluss über das als missbräuchlich eingeschätzte Verhalten³⁶⁵ und ermöglichen es den Parteien, sich gegen die Vorwürfe zu wehren.³⁶⁶ Um sich allerdings wirksam gegen die erhobenen Vorwürfe wehren zu können, muss den Parteien zwingend Akteneinsicht gewährt werden.³⁶⁷

I. Das Akteneinsichtsrecht im Kartellverwaltungsverfahren

Das Recht auf Akteneinsicht folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör und findet in verschiedenen wesentlichen Verfahrensbestimmungen Ausdruck.³⁶⁸ Eine weitere Grundlage der Akteneinsicht ist die entsprechende Kommissionsmitteilung.³⁶⁹ Das Akteneinsichtsrecht der Verfahrensparteien umfasst sämtliche Informationen der Verfahrensakte, d. h. alle Verfahrensdokumente, unabhängig davon, ob sie entlastende oder belastende Informationen enthalten³⁷⁰ oder ob sie von Dritten stammen oder von der Behörde erstellt wurden.³⁷¹ Der Umfang des Einsichtsrechts er-

365 EuGH 07.01.2004, verb. Rs. C-204/00, *Aalborg Portland u. a./Kommission*, EU:C:2004:6, N 66 f.; EuG 27.09.2006, Rs. T-329/01, *Archer Daniels Midland/Kommission*, EU:T:2006:268, N 359; DE BRONETT, Kartellverfahrensrecht, Art. 27 N 12.

366 KERSE/KHAN, Procedure, N 4.059; Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, in: Band 1, EU/Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 13.

367 EuGH 07.01.2004, verb. Rs. C-204/00, *Aalborg Portland u. a./Kommission*, EU:C:2004:6, N 68; EuG 01.07.2009, Rs. T-24/07, *ThyssenKrupp Stainless/Kommission*, EU:T:2009:236, N 248; EuG 27.09.2006, Rs. T-329/01, *Archer Daniels Midland/Kommission*, EU:T:2006:268, N 359; WILS/ABBOTT, File, S. 261.

368 So in Art. 41 Abs. 2 Bst. b GRCh, Art. 27 Abs. 1, Abs. 2 VO 1/2003, Art. 15 VO 773/2004; siehe in diesem Zusammenhang auch EuG 28.03.2017, Rs. T-210/15, *Deutsche Telekom/Kommission*, EU:T:2017:224, N 110.

369 Kommission, Mitteilung/Einsicht.

370 EuG 08.07.2020, Rs. T-758/14, *Infineon Technologies/Kommission*, EU:T:2016:737, N 56; EuGH 07.01.2004, verb. Rs. C-204/00, *Aalborg Portland u. a./Kommission*, EU:C:2004:6, N 68; KLOSE/HORSTKOTTE, in: Jaeger et al. (Hrsg.)-FK, Art. 27 VO 1/2003 N 56 [EL 96: August 2020]; CARLTON/LAWRENCE/McELWEE, Confidentiality, S. 403 f.; Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, Band 1, EU/Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 22.

371 EuGH 07.01.2004, verb. Rs. C-204/00, *Aalborg Portland u. a./Kommission*, EU:C:2004:6, N 68; EuGH 01.07.2010, Rs. C-407/08 P, *Knauf Gips*, EU:C:2010:389, N 22; EuGH 25.10.2011, Rs. C-110/10 P, *Solvay/Kommission*, EU:C:2011:687, N 43; EuGH 15.10.2002, verb. Rs. C-238/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission*, EU:C:2002:582, N 315; EuG 17.12.2009, Rs. T-57/01, *Solvay/Kommission*, EU:T:2009:519, N 405; Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 8; ORTIZ BLANCO, Competition Procedure, N 10.39; DE BRO-

klärt sich anhand dessen Zwecks – die Verfahrensparteien müssen zu den Vorwürfen wirksam Stellung nehmen.³⁷² Folglich erfasst der Begriff des Dokuments ausnahmslos sämtliche Formen der Informationsaufbereitung, unabhängig vom Medium.³⁷³ Ferner nimmt die Behörde keine Auswahl der zur Akteneinsicht bereitgestellten Verfahrensdokumente vor,³⁷⁴ die Parteien und nicht die Kommission entscheiden, welche Informationen ihrer Verteidigung dienlich sind.³⁷⁵

Die Kommission entscheidet fallweise, in welcher Form die Akteneinsicht vorzunehmen ist.³⁷⁶ Unabhängig von der Einsichtsform erhalten sämtliche Verfahrensparteien das Inhaltsverzeichnis der Verfahrensakte,³⁷⁷ das die Vertraulichkeitsanträge einschliesslich ihrer Begründung und die nicht vertraulichen Zusammenfassungen der geschwärzten Passagen enthält.³⁷⁸ Das Inhaltsverzeichnis ist bei einem umfangreichen Aktenbestand wesentlich und verschafft einen ersten Überblick über den Prozessstoff. Zudem hilft das Inhaltsverzeichnis, Anträge auf Einsichtnahme in ein als vertraulich qualifiziertes Dokument zu stellen.³⁷⁹

NETT, Kartellverfahrensrecht, Art. 27 N 23; LAMPERT/NIEJAHN/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO, N 529; BISCHKE/SCHIRRA, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003 Art. 27 N 14; VAN DER HOUT/LUX, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Art. 27 VO 1/2003 N 43; Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, Band 1, EU/Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 22.

372 EuG 29.06.1995, Rs. T-30/91, *Solvay/Kommission*, EU:T:1995:115, N 59; WILS/ABBOTT, File, S. 261.

373 EuG 11.01.2017, Rs. T-699/14, *Topps Europe/Kommission*, EU:T:2017:2, N 30; Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 8 Fn. 6; ORTIZ BLANCO, Competition Procedure, N 10.39; DE BRONETT, Kartellverfahrensrecht, Art. 27 N 26.

374 ORTIZ BLANCO, Competition Procedure, N 10.39; KLEES, Kartellverfahrensrecht, § 5 N 54; LAMPERT/NIEJAHN/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO, N 531.

375 EuG 27.09.2006, Rs. T-314/01, *Coöperatieve Verkoop/Kommission*, EU:T:2006:266, N 66; EuG 29.06.1995, Rs. T-30/91, *Solvay/Kommission*, EU:T:1995:115, N 81.

376 Die Verfahrensdokumente können auf einem elektronischen Massenspeichergerät abgespeichert und den Parteien übergeben, postalisch in Form von Ablichtungen der einsehbaren Akte versandt oder in den Räumlichkeiten der Kommission eingesehen werden. Ferner können die Möglichkeiten miteinander kombiniert werden, siehe hierzu Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 44; siehe exemplarisch Abschlussbericht des Anhörungsbeauftragten, Master-Card II (COMP/40049), ABl. C 300/03 vom 05.09.2019, N 9 f.

377 Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 45.

378 Kommission, Guidance, N 25; WARD/BOURKE/KRISTOF, in: Bellamy & Child, N 13.084; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 119.

379 DE BRONETT, Kartellverfahrensrecht, Art. 27 N 28.

II. Ausnahmen vom Akteneinsichtsrecht

Während eines Verfahrens erlangt die Kommission Kenntnis von vielen «heiklen Unternehmensdaten».³⁸⁰ Naturgemäss konfliktiert das Interesse der Kartelltäter an der Geheimhaltung dieser Informationen mit dem Interesse an deren Verwertung im Verwaltungsverfahren.³⁸¹ Dieses Spannungsfeld akzentuiert sich deutlich im Rahmen der Akteneinsicht:³⁸² Unternehmen wird Einsicht in Informationen anderer Wettbewerber gewährt, auf die sonst kein Zugriff bestünde. Um diese teilweise konträren Interessen in Ausgleich zu bringen, erfahren gewisse Arten von Informationen eine gesonderte Behandlung.³⁸³

a. Berufsgeheimnisse

Art. 339 AEUV verankert den allgemeinen Grundsatz, dass vertrauliche Informationen zu schützen sind.³⁸⁴ Somit sind Informationen, die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen, grundsätzlich nicht preiszugeben. Der Begriff des Berufsgeheimnisses umfasst neben Geschäftsgeheimnissen auch andere vertrauliche Informationen.³⁸⁵

(1) Geschäftsgeheimnisse

Art. 27 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 und Art. 15 Abs. 2 VO 773/2004 nehmen Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen von der Akteneinsicht aus, damit sensible Wirtschaftsdaten nicht an Dritte wie Konkurrenten gelan-

380 In Anlehnung an die Botschaft KG 1994, S. 601.

381 Vgl. Erw. 14 VO 773/2004; Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 24; WARD/BOURKE/KRISTOF, in: Bellamy & Child, N 13.082; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 113; Erw. 14 VO 773/2004.

382 EuGH 13.09.2018, Rs. C-358/16, *UBS Europe*, EU:C:2018:715, N 60 ff.; EuG 29.06.1995, Rs. T-30/91, *Solvay/Kommission*, EU:T:1995:115, N 88 f.; WILS/ABBOTT, File, S. 262, 277; KLOSE/HORSTKOTTE, in: Jaeger et al. (Hrsg.)-FK, Art. 27 VO 1/2003 N 63 [EL 96: August 2020].

383 WEIß, in: Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 27 VerfVO N 24.

384 Der Schutz beruht auch auf Art. 7 GRCh.

385 So auch WILS/ABBOTT, File, S. 271.

gen.³⁸⁶ Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses ist weit gefasst,³⁸⁷ um allerdings im Einzelfall als Geschäftsgeheimnis qualifiziert zu werden, muss eine Information zwingend die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

- Die Information ist nur einer beschränkten Zahl von Personen bekannt.³⁸⁸
- Das Interesse am Schutz der Information ist objektiv schutzwürdig.³⁸⁹
- Eine Offenlegung der Information gegenüber der Öffentlichkeit oder spezifischen Dritten³⁹⁰ kann bei dem Auskunftgeber oder einem Dritten einen ernsthaften Nachteil verursachen.³⁹¹

386 WARD/BOURKE/KRISTOF, in: Bellamy & Child, N 13.080; SURA, in: Lange/Bunte, VO 1/2003 Art. 27 N 35; LAMPERT/NIEJAHR/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO, N 534; ORTIZ BLANCO, Competition Procedure, N 10.45.

387 EuGH 24.06.1986, Rs. C-53/85, *AKZO Chemie/Kommission*, EU:C:1986:256, N 28; LAMPERT/NIEJAHR/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO, N 535. Grundsätzlich zählen als Geschäftsgeheimnisse Informationen über die Herstellungs- und Vertriebskosten, Betriebsstruktur, Produktionsgeheimnisse, Bezugsquellen, Produktions- und Verkaufsmengen, Marktanteile, Kundendaten und Geschäftsstrategien, siehe hierzu ZERDICK, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 339 N 8; LAMPERT/NIEJAHR/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO, N 535; BISCHKE/SCHIRRA, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003 Art. 27 N 17; SURA, in: Lange/Bunte, VO 1/2003 Art. 27 N 36; Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, Band 1, EU/Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 27; für weitere Informationen, die als Geschäftsgeheimnis infrage kommen, siehe NOWAK, FK-EUV/GRC/AEUV, Art. 339 N 9 Fn. 41.

388 EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 87; EuG 12.10.2007, Rs. T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe/Kommission*, EU:T:2007:306, N 65; Schlussanträge GA Szpunar 21.07.2016, C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2016:587, N 45.

389 EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 71; EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 65; EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 94; bestätigt durch EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 103; vgl. für dasselbe Geschäftsgeheimnisverständnis auch ausserhalb des Wettbewerbsrechts EuG 14.12.2018, Rs. T-725/15, *Arysta LifeScience/EFSA*, EU:T:2018:977, N 125; siehe auch ZERDICK, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 339 N 7; HATJE, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 339 N 5.

390 EuG 10.04.2008, Rs. T-271/03, *Deutsche Telekom/Kommission*, EU:T:2006:163, N 64 f.; EuG 29.03.2012, verb. Rs. T-336/07, *Telefónica u. a./Kommission*, EU:T:2008:299, N 39, 63 f.; EuG 11.03.1999, verb. Rs. T-134/94, *NMH Stahlwerke u. a./Kommission*, EU:T:1999:85, N 49.

391 EuG 18.09.1996, Rs. T-353/94, *Postbank/Kommission*, EU:T:1996:119, N 87; EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 30; BRÜHANN, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 339 N 14; ORTIZ

Die beiden letztgenannten Kriterien sind aufgrund ihrer Bedeutung für sämtliche Zugangsrouten im Folgenden genauer zu untersuchen.

(i) Objektiv schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung

Um als ein Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren, muss das durch die Offenlegung gefährdete Interesse objektiv schutzwürdig sein.³⁹² Zu klären ist im Folgenden, ob Informationen schutzwürdig sind, die im Zusammenhang mit einem kartellrechtlichen Vergehen stehen.

Wettbewerber müssen sich – unter Berücksichtigung der materiell-rechtlichen Verhaltensgebote – durch antagonistisches Bestreben kompetitive Vorteile verschaffen. Eine Grundvoraussetzung ist der Schutz des Wissens, das einem Wettbewerbsvorsprung zugrunde liegt. Dieser Schutz reflektiert die wettbewerbsrechtliche Zielsetzung, den freien Wettbewerb aufrechtzuerhalten. Bestünde kein Schutz von Geschäftsgeheimnissen und verfügten die Wettbewerber stets über einen einheitlichen Wissensstand, würde die Innovationsfunktion des freien Marktes erheblich beeinträchtigt.³⁹³ Die Teilnahme an einer Zuwiderhandlung wie einer horizontalen Preisabsprache erfolgt häufig unter Inkaufnahme, ausserhalb der gesetzlichen Schranken zu wirtschaften. Die Unternehmen entscheiden sich also bewusst gegen die Spielregeln des freien Wettbewerbs. Werden Informationen, die sonst als geheim gelten, unter Konkurrenten ausgetauscht, können diese Informationen nicht den Schutz der Rechtsordnung geniessen, gegen die verstossen wird.³⁹⁴ Die Geltendmachung von Geheimnisschutz scheint aus dieser Sicht missbräuchlich.³⁹⁵

BLANCO, Competition Procedure, N 10.38; ZERDICK, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 339 N 7.

392 EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 110 f.; EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 78.

393 Ähnlich auch EuG 15.07.2015, Rs. T-462/12, *Pilkington Group/Kommission*, EU:T:2015:508, N 60; vgl. dazu auch CHIRITA, Disclosure, S. 161.

394 EuG 15.07.2015, Rs. T-462/12, *Pilkington Group/Kommission*, EU:T:2015:508, N 60; hierzu auch EuG 15.07.2015, Rs. T-462/12, *Pilkington Group/Kommission*, EU:T:2015:508, N 60 f., 65 f.

395 So auch DAWRIS, Zugriff, S. 110 f. und 139; vgl. auch JÜNGTEN, Verwertung, S. 134 m. w. N.; in diesem Sinne auch Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 23; a. A. MILDE, Schutz des Kronzeugen, S. 136 f., laut der die unter Kartellanten ausgetauschten Informationen nur einem eng umgrenzten Personenkreis bekannt gegeben wurden. Die Offenlegung in einem derart kleinen Kreis sei

Aus dem Vorangegangenen ist allerdings nicht zu folgern, dass sämtliche Informationen aus einem Kartellverwaltungsverfahren zwingend ihren Vertraulichkeitscharakter verlieren.³⁹⁶ Die Schutzwürdigkeit einer Information entfällt nicht bereits, nur weil ein irgendwie gearteter Zusammenhang mit einem Wettbewerbsverstoss besteht.³⁹⁷ Wie sich der Bezug der Information zum Wettbewerbsverstoss zu verhalten hat, lässt sich nicht verallgemeinern und ist im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung festzustellen.

In jedem Fall ist ein gewisses Näheverhältnis bzw. ein ausreichender Nexus der Information zum Wettbewerbsverstoss zu verlangen. Mögliche Hinweise darauf, ab welchem Näheverhältnis einer Information zu einem Wettbewerbsverstoss das objektiv schutzwürdige Interesse entfällt, finden sich in der Rechtsprechung zur Veröffentlichung von Kommissionsbeschlüssen. Eine Berücksichtigung dieser Rechtsprechung erscheint vor dem Hintergrund angezeigt, dass sie auch von der Kommission sinngemäss auf die Akteneinsicht übertragen wird.³⁹⁸

Als besonders aufschlussreich erscheinen die Urteile in den Rechtssachen *Akzo Nobel* und *Evonik Degussa*. Nach diesen Urteilen können insbesondere die folgenden Informationen veröffentlicht werden und unterliegen im Umkehrschluss grundsätzlich auch der Akteneinsicht:

- Informationen über die Umstände, die die Ahndung des Wettbewerbsverstosses begründen³⁹⁹
- Informationen über die Funktionsweise des Kartells, die das rechtswidrige Verhalten eines beteiligten Unternehmens detailliert darlegen. Hierzu zählen Informationen, die erkennbar werden lassen, dass ein Unternehmen an der Gründung eines Kartells beteiligt war oder bei

daher nicht ausreichend, um diese Informationen von vornherein dem Schutzbereich zu entziehen.

396 Nicht zu folgen ist ASHTON, Competition, N 4.107, der lediglich vom Schutz von «third parties» spricht, was den Schutz von Geschäftsgeheimnissen von Verfahrensbeteiligten mit Parteistellung ausschliessen würde; ähnlich allerdings auch NOTHDURFT, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003, Art. 15 N 14.

397 EuG 12.10.2007, Rs. T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe/Kommission*, EU:T:2007:306, N 72; EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Königreich der Niederlande/Kommission*, EU:T:2013:480, N 53 (hiernach als *Niederlande (Bitumen)*); SANNER, Informationsgewinnung, S. 570 f.

398 Kommission, Confidentiality Claims, N 11; explizit für eine sinngemässe Anwendung WILS/ABBOTT, File, S. 273.

399 EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 73.

der Fortsetzung eines Verstosses eine wichtige Rolle übernommen hat⁴⁰⁰

- Informationen, die in detaillierter Weise die kollusiven Kontakte oder die wettbewerbswidrigen Absprachen beschreiben
- Informationen über die vom Verstoss betroffenen Produkte, Zahlen zu den verlangten Preisen und zur Aufteilung der Marktanteile⁴⁰¹

Die unter die aufgezählten Lemmata fallenden Informationen stehen grundsätzlich in einem besonderen Näheverhältnis zum Verstoss und sind somit nicht objektiv schutzwürdig. Sie können i. d. R. veröffentlicht werden bzw. unterliegen der Akteneinsicht. Allerdings ist nicht ausser Acht zu lassen, dass die Akteneinsicht im Rahmen des Verwaltungsverfahrens weitreichender sein kann und auch als vertraulich geltende Information umfasst. Der Schutz der Informationen, die unter das Berufsgeheimnis fallen – also Geschäftsgeheimnisse und vertrauliche Informationen –, ist gegenüber den Verfahrensparteien abgeschwächt.⁴⁰² Insofern die Berücksichtigung vertraulicher Informationen für einen ordnungsgemässen Verfahrensablauf notwendig ist, können diese im Rahmen der Akteneinsicht offengelegt werden, auch wenn sie per se unter das Berufsgeheimnis fallen. Laut dem EuG gelten diese Informationen auch dann nur einer beschränkten Zahl von Personen als bekannt.⁴⁰³ Folglich ist der Schutz von Geschäftsgeheimnissen zwar hoch, aber nicht absolut.⁴⁰⁴

(ii) Ernsthafter wirtschaftlicher Nachteil

Das mögliche Schadenspotenzial der Offenlegung hängt von der Art der Information ab. Verfügt diese über einen geschäftlichen, finanziellen oder strategischen Wert, verursacht die Offenlegung regelmässig einen

400 EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 74, 102; siehe auch CLASSEN/SEEGERS, *State of Enforcement*, S. 27.

401 EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 104; EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 75; vgl. bereits ähnlich in der Stellungnahme zum Weißbuch CDC, Positionspapier, N 27 ff.

402 EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 67 f.

403 EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 68; siehe hierzu auch WILS/ABBOTT, *File*, S. 273 f.

404 ALBERS, *Anhörungsbeauftragter*, S. 46 f.

Schaden.⁴⁰⁵ Entscheidend zu berücksichtigen ist hierbei, dass der Wert und somit auch das Schutzbedürfnis einer Information mit der Zeit abnehmen.⁴⁰⁶ Grundsätzlich gilt: Mehr als fünf Jahre alte Informationen über Umsatz, Absatz oder Marktanteile der Betroffenen und ähnliche Angaben sind nicht mehr schutzwürdig⁴⁰⁷ und gelten als «historisch».⁴⁰⁸ Dementsprechend können die Informationen dann auch nicht mehr von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Ist eine Information trotz ihres Alters weiterhin ein wesentlicher Bestandteil der eigenen wirtschaftlichen Stellung oder der eines Dritten, ist dies nachzuweisen.⁴⁰⁹ Allerdings ist die Behauptung, dass die Information in einem aktuellen Bezug zur Ge-

405 Kommission, Mitteilung/Schutz vertraulicher Informationen, N 22.

406 EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 64; EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 84; so bereits EuG 15.07.2015, Rs. T-462/12 R, *Pilkington Group/Kommission*, EU:T:2015:119, N 60; VEENBRINK, Smoking duck; Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, in: Band 1, EU/Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 40; in diesem Sinne auch WEIß, in: Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 27 VerfVO N 26; LAMPERT/NIEJAHR/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO, N 535.

407 EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 64f.; EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 84; EuGH 14.01.2016, Rs. C-517/15 P-R, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:C:2016:21, N 42; EuG 23.11.2017, T-423/17 R, *Nexans France und Nexans/Kommission*, EU:T:2017:835, N 42; Schlussanträge GA Szpunar 21.07.2016, C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2016:587, N 131 ff. m. w. N.; Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, Band 1, EU/Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 27; BADTKE/LANG, Entwicklungen, S. 279.

408 EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 64; EuG 15.07.2015, Rs. T-462/12, *Pilkington Group/Kommission*, EU:T:2015:508, N 58; GA Szpunar 21.07.2016, C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2016:587, N 131 ff.; in einem nicht kartellrechtlichen Kontext: EuGH 19.06.2018, Rs. C-15/16, *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht/Baumeister*, EU:C:2018:464, N 54; zur selben Ausgangslage in Deutschland: BVerwG, Urteil vom 30.01.2020, Az. 10 C 18/19, DE:BVerwG:2020:300120U10C18.19.0, N 16; VG Köln, Urteil vom 09.07.2020, Az. 13 K 10050/17, DE:VGK:2020:0709.13K10050.17.00, N 190; VGH Kassel, Beschluss vom 15.04.2020, Az. 6 A 1293/13, DE:VGHE:2020:0415.6A1293.13.00.

409 EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 64; EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 84 m. w. N.; EuG 23.11.2017, Rs. T-423/17 R, *Nexans France und Nexans/Kommission*, EU:T:2017:835, N 42; in diesem Sinne auch KELLERBAUER, in: Klarmert/Kellerbauer/Tomkin (Commentary), Art. 339 N 9; NOWAK, FK-EUV/GRC/AEU, Art. 339 N 12.

schäftstätigkeit stehe, allein nicht ausreichend, um die Vermutung zu widerlegen.⁴¹⁰

(2) Andere vertrauliche Informationen

Allerdings sind nicht nur Geschäftsgeheimnisse von der Akteneinsicht ausgenommen, sondern grundsätzlich sämtliche vertraulichen Informationen.⁴¹¹ Die vorherigen Ausführungen zu den Geschäftsgeheimnissen sind sinngemäss auf den Schutz vertraulicher Informationen zu übertragen. Eine Information gilt als vertraulich, wenn eine Offenlegung gegenüber einem Dritten ein Unternehmen oder eine Person erheblich schädigen kann.⁴¹² Stammen die Informationen etwa von Dritten, ist der Informant insbesondere vor wirtschaftlichen Repressalien zu schützen.⁴¹³

Über die Vertraulichkeit einer Information ist im Einzelfall zu entscheiden, wobei auch hier das Alter der Information ausschlaggebend ist bzw. die Information nach Ablauf von fünf Jahren regelmässig entwertet wird.⁴¹⁴ Zu betonen ist ferner, dass Informationen, die einen Kartellverstoss offenbaren, nicht schutzwürdig sind.⁴¹⁵ Eine Offenlegung derartiger Informationen kann nicht mit dem Argument verhindert werden, dass dadurch das Risiko einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme steige.⁴¹⁶

410 EuG 25.10.2018, Rs. T-420/18 R, *JPMorgan Chase u. a./Kommission*, EU:T:2018:724, N 87.

411 Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 19; WARD/BOURKE/KRISTOF, in: Bellamy & Child, N 13.081; NOWAK, FK-EUV/GRC/AEUV, Art. 339 N 11; BRÜHANN, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 339 N 14; KLEES, Kartellverfahrensrecht, § 5 N 58.

412 Erw. 13 VO 773/2004; ORTIZ BLANCO, Competition Procedure, N 10.44.

413 Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 19; Bekanntmachung, Behandlung, N 143; vgl. EuGH 06.04.1995, Rs. C-310/93, *BPB und British Gypsum*, EU:C:1995:101, N 26; LAMPERT/NIEJAHR/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO, N 536.

414 Immenga/Mestmäcker/RITTER, Band 1, EU/Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 27; EuG 11.03.1999, verb. Rs. T-134/94, *NMH Stahlwerke u. a./Kommission*, EU:T:1999:85, N 27; siehe oben § 8. 1. II. a. (1). (ii).

415 JÜNGTEN, Verwertung, S. 134 m. w. N.

416 EuG 15.07.2015, Rs. T-465/12, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:T:2015:505, N 43; EuGH 14.01.2016, Rs. C-517/15 P-R, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:C:2016:21, N 50; EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 65, 110 f.; EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 78; vgl. EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752, N 49, worin festgehalten wird, dass das Interesse einer zivil-

b. Kronzeugenerklärungen

Kronzeugenerklärungen erfahren im Rahmen der Akteneinsicht eine besondere Handhabung.⁴¹⁷ Die Erklärungen sind für das Verfahren essenziell und bilden häufig eine wichtige Grundlage der Beschwerdepunkte.⁴¹⁸ Um den Anspruch auf rechtliches Gehör zu gewährleisten, unterliegen die Kronzeugenerklärungen grundsätzlich der Einsichtnahme durch die übrigen Verfahrensparteien.⁴¹⁹ Allerdings sind die Möglichkeiten der Verwertung dieser Informationen stark eingeschränkt, denn diese können ausschliesslich im jeweiligen gegenständlichen Verfahren verwertet werden. Das Durchsickern der Informationen in kartellzivilrechtliche Verfahren ist zu verhindern, weil – so die Befürchtung⁴²⁰ – eine Weiterverwertung dieser Informationen die Wirksamkeit des Kronzeugenprogramms beeinträchtigt.⁴²¹ Demzufolge werden Kronzeugenerklärungen im Rahmen der Akteneinsicht nicht an andere Verfahrensparteien versandt, sodass die Einsichtnahme ausschliesslich in den Räumlichkeiten der Kommission erfolgt.⁴²² Ferner darf die Erklärung nicht mit mechanischen oder elektro-

rechtlichen Inanspruchnahme für Kartellverstöße nicht schützenswürdig ist; explizit Art. 5 Abs. 5 KSRL; vgl. auch Ö-OGH 16 OK 14/13, E. 2.3; in EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 107 und EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 80, wurde vom jeweiligen Kläger geltend gemacht, dass eine Veröffentlichung das Risiko, zivilrechtlich in Anspruch genommen zu werden, zu erhöhen vermöge. Auch berge eine Veröffentlichung die Gefahr, dass der Ruf eines Unternehmens beeinträchtigt werde. Dieses Interesse ist jedoch nicht schützenswürdig und «[...] verdient angesichts des Interesses der Öffentlichkeit, möglichst umfassende Kenntnis von den Gründen jedes Handelns der Kommission zu erhalten, des Interesses der Wirtschaftsbeteiligten, zu wissen, welches Verhalten Sanktionen nach sich ziehen kann, und des Interesses der durch die Zuwiderhandlung geschädigten Personen daran, deren Einzelheiten zu erfahren, um gegebenenfalls ihre Rechte gegenüber den mit der Sanktion belegten Unternehmen geltend machen zu können, sowie angesichts der Möglichkeit für dieses Unternehmen, eine solche Entscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen [...]»; siehe hierzu auch ASHTON, *Competition*, N 5.98.

417 Es wird im Folgenden nicht auf die Akteneinsichtnahme in Vergleichsausführungen eingegangen.

418 Siehe zum Begriff «Beschwerdepunkte» *oben* § 8. 1.

419 GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 117.

420 Siehe zum allgemeinen Umgang mit Kronzeugeninformationen *oben* § 1.

421 NIGGEMANN, in: Streinz, EU-Kartellverfahren, N 67; DIECKMANN, in: Wiedemann, § 44 N 29a.

422 Art. 15 Abs. 1b VO 773/2004; siehe auch VAN DER HOUT/LUX, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Art. 27 VO 1/2003 N 46.

nischen Mitteln kopiert werden⁴²³ – Notizen dürfen hingegen angefertigt werden; eine Protokollierung ist jedoch ausgeschlossen.⁴²⁴

c. Weitere Ausnahmen von der Akteneinsicht

Interne Dokumente⁴²⁵ der Kommission sind von der Akteneinsicht ausgenommen,⁴²⁶ um eine funktionsfähige Verwaltung sicherzustellen und um das Beratungsgeheimnis sowie die Meinungsfindung zu schützen.⁴²⁷ Ihnen kommt definitionsgemäss kein belastender oder entlastender Wert zu,⁴²⁸ weshalb deren Ausnahme die Verteidigungsrechte der Parteien nicht einschränkt.⁴²⁹ Vom Akteneinsichtsrecht ausgenommen sind ferner Unterlagen, die erst nach der Zustellung der Beschwerdepunkte Eingang in die Kommissionsakte finden.⁴³⁰ Somit sind die Erwidern auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht vom Akteneinsichtsrecht erfasst.⁴³¹ Eine

423 EU/Mitteilung Kronzeugen, N 33; CHIRITA, Disclosure, S. 166.

424 EU/Mitteilung Kronzeugen, N 33; DIECKMANN, in: Wiedemann, § 44 N 29a; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 118.

425 Zu den internen Dokumenten zählen insbesondere Entwürfe und sonstige Arbeitspapiere, dienstliche Ermittlungsaufträge, Bearbeitungsanweisungen einer Sache, Verträge über die Gewährung technischer Unterstützung sowie Stellungnahmen oder Beurteilungsvermerke der Kommissionsdienststellen oder anderer Behörden, siehe hierzu Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 12 f.; Immennga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, Band 1, EU/ Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 27; SURA, in: Lange/Bunte, VO 1/2003 Art. 27 N 34.

426 Art. 27 Abs. 2 Satz 3 VO 1/2003.

427 EuG 29.04.2004, verb. Rs. T-236/01, *Tokai Carbon u. a./Kommission*, EU:T:2004:118, N 40; KLOSE/HORSTKOTTE, in: Jaeger et al. (Hrsg.)–FK, Art. 27 VO 1/2003 N 66 [EL 96: August 2020]; KELLERBAUER, Ermittlungsakte, S. 690; DE BRONETT, Kartellverfahrensrecht, Art. 27 N 30.

428 Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 12; BISCHKE/SCHIRRA, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003 Art. 27 N 15; WARD/BOURKE/KRISTOF, in: Bellamy & Child, N 13.078; KELLERBAUER, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Kap. 3, Art. 27, N 21.

429 Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 12; KLOSE/HORSTKOTTE, in: Jaeger et al. (Hrsg.)–FK, Art. 27 VO 1/2003 N 66 [EL 96: August 2020]; KLEES, Kartellverfahrensrecht, § 5 N 60.

430 WARD/BOURKE/KRISTOF, in: Bellamy & Child, N 13.077; KLEES, Kartellverfahrensrecht, § 5 N 55.

431 EuGH 28.11.2019, Rs. C-591/18 P, *Brugg Kabel und Kabelwerke Brugg/Kommission*, EU:C:2019:1026, N 40; EuG 15.03.2000, verb. Rs. T-25/95, *Cimenteries CBR u. a./Kommission*, EU:T:2000:77, N 404 ff.; EuG 16.06.2012, Rs. T-195/06, *Solvay/Kommission*, EU:T:2011:280, N 169: «Les réponses à la communication des griefs

Ausnahme hiervon ist, wenn die Erwiderungen neue belastende oder entlastende Tatsachen enthalten und sich die Kommission auf diese stützt.⁴³²

In diesem Zusammenhang ist allerdings stets zu berücksichtigen, dass der Zugang zu den internen Unterlagen grundsätzlich auf der Grundlage der TransparenzVO möglich ist – i. d. R. jedoch erst nach Verfahrensabschluss.⁴³³

2. Verfahrensbeteiligte ohne Parteistellung

In diesem Abschnitt stehen nicht mehr die Hauptparteien im Mittelpunkt, sondern die Verfahrensbeteiligten ohne Parteistellung: Beschwerdeführer und betroffene Dritte.⁴³⁴ Sie haben aufgrund fehlender Parteistellung keinen Anspruch auf rechtliches Gehör,⁴³⁵ sodass sie nicht über genauso weitreichende Verfahrensrechte wie die Verfahrensparteien verfügen.⁴³⁶ Verfahrensbeteiligte ohne Parteistellung kommen somit nicht in den Genuss des Akteneinsichtsrechts,⁴³⁷ verfügen regelmässig aber über weniger

ne font pas partie du dossier d'instruction proprement dit»; EuG 16.06.2011, Rs. T-240/07, *Heineken Nederland and Heineken/Kommission*, EU:T:2011:284, N 241; Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 27.

432 EuG 27.09.2012, Rs. T-343/06, *Shell Petroleum u. a./Kommission*, EU:T:2012:478, N 85; EuG 16.06.2011, Rs. T-240/07, *Heineken Nederland and Heineken/Kommission*, EU:T:2011:284, N 244; vgl. auch WARD/BOURKE/KRISTOF, in: Bellamy & Child, N 13.077.

433 ALBERS, Anhörungsbeauftragter, S. 49; ausführlich hierzu unten § 10.

434 Art. 27 Abs. 1 Satz 3 VO 1/2003 bzw. Art. 27 Abs. 3 VO 1/2003; so auch KLEES, Kartellverfahrensrecht, § 5 N 70.

435 EuG 11.01.2017, Rs. T-699/14, *Topps Europe/Kommission*, EU:T:2017:2, N 29; EuG 26.09.2018, Rs. T-574/14, *EAEPK/Kommission*, EU:T:2018:605, N 93; Schlussanträge GA Kokott 17.09.2009, C-441/07 P, *Kommission/Alrosa*, EU:C:2009:555, N 182; WILS/ABBOTT, File, S. 263.

436 EuGH 17.11.1984, verb. Rs. C-142/84, *BAT und Reynolds/Kommission*, EU:C:1987:490, N 20; EuG 11.01.2017, Rs. T-699/14, *Topps Europe/Kommission*, EU:T:2017:2, N 30; EuG 15.07.1994, Rs. T-17/93, *Matra Hachette/Kommission*, EU:T:1994:89, N 34, Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 4, 30; ORTIZ BLANCO, Competition Procedure, N 10.48; KLOSE/HORSTKOTTE, in: Jaeger et al. (Hrsg.)–FK, Art. 27 VO 1/2003 N 8 [EL 96: August 2020]; vgl. auch ALBERS, Anhörungsbeauftragter, S. 41; SANNER, Informationsgewinnung, S. 422 ff.; LAMPERT/NIEJAHN/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO, N 497; BISCHKE/SCHIRRA, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003 Art. 27 N 2.

437 EuG 11.01.2017, Rs. T-699/14, *Topps Europe/Kommission*, EU:T:2017:2, N 30; EuG 26.09.2018, Rs. T-574/14, *EAEPK/Kommission*, EU:T:2018:605, N 93;

weitreichende Einsichtsrechte. Diese leiten sich im Gegensatz zum Akteneinsichtsrecht nicht aus der Parteistellung ab.⁴³⁸

I. Beschwerdeführer

Beschwerdeführer sind eng in das Verwaltungsverfahren einzubeziehen.⁴³⁹ Allerdings unterscheidet sich ihre Verfahrensteilnahme je nach Ausgangslage massgeblich:

- Führt die Beschwerde des Beschwerdeführers zur Eröffnung eines Verfahrens durch die Kommission, erhält er eine Kopie der nicht vertraulichen Fassung der Beschwerdepunkte.⁴⁴⁰ Zudem kann der Beschwerdeführer schriftlich Stellung nehmen. Die Eröffnung eines Verfahrens begründet hingegen grundsätzlich kein Akteneinsichtsrecht.⁴⁴¹ Konkurrenten könnten sonst mittels einer Beschwerde Einsicht in Informationen erhalten, die sonst nicht zugänglich wären.⁴⁴² Ein Antrag auf Einsichtnahme ist dennoch nicht vollständig ausgeschlossen. Der Beschwerdeführer kann einen Antrag auf Akteneinsicht beim Anhörungsbeauftragten stellen, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass die Kommission über ihm unbekannte Akten verfügt, die ihm gegenüber nicht offengelegt wurden und die für die ordentliche Wahrnehmung des Anspruchs auf Anhörung bzw. für die schriftliche Stellungnahme erforderlich sind.⁴⁴³
- Soll auf eine Beschwerde nicht eingegangen werden, ist dies dem Beschwerdeführer mitzuteilen und ihm eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme zu setzen.

Schlussanträge GA Kokott 17.09.2009, C-441/07 P, *Kommission/Alrosa*, EU:C:2009:555, N 182.

438 Im Kommenden werden die Begriffe «Akteneinsichtsrecht» und «Einsichtsrecht» nicht auseinandergehalten.

439 Art. 27 Abs. 1 VO 1/2003.

440 Art. 6 Abs. 1 VO 773/2004.

441 WILS/ABBOTT, File, S. 263; SURA, in: Lange/Bunte, VO 1/2003 Art. 27 N 47; KLOSE/HORSTKOTTE, in: Jaeger et al. (Hrsg.)–FK, Art. 27 VO 1/2003, N 91 [EL 96: August 2020], sprechen von einem eingeschränkten Recht auf Akteneinsicht; gleich BISCHKE/SCHIRRA, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003 Art. 27 N 27.

442 Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, Band 1, EU/Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 31; vgl. auch WEIß, in: Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 27 VerfVO N 23.

443 Kommission, Mandat des Anhörungsbeauftragten, Art. 7 Abs. 1.

lungnahme einzuräumen.⁴⁴⁴ Um sein Recht auf Stellungnahme wirksam ausüben zu können, muss der Beschwerdeführer i. d. R. wissen, auf welche Informationen die Kommission ihre vorläufige Beurteilung stützt.⁴⁴⁵ Um dies in Erfahrung zu bringen, steht ihm ein (beschränktes)⁴⁴⁶ Einsichtsrecht zu.⁴⁴⁷ Ob ein Dokument zu den Unterlagen zählt, auf die sich die Kommission bei ihrer vorläufigen Bewertung stützt, hängt von den in der vorläufigen Bewertung der Kommission genannten Gründen ab⁴⁴⁸ und wird im Einzelfall eruiert.

Nach Art. 8 Abs. 1 VO 773/2004 sind Geschäftsgeheimnisse und sonstige vertrauliche Informationen von der Einsicht ausgenommen.⁴⁴⁹ Hier wiegt das Vertraulichkeitsinteresse der Unternehmen grundsätzlich schwerer als das Interesse des Beschwerdeführers an der Akteneinsicht. Dieser Regelung ist grundsätzlich zuzustimmen, wenn die Beschwerde mangels vermuteter Zuwiderhandlung nicht weiterverfolgt wird.⁴⁵⁰ Die Gewichtung sollte jedoch anders ausfallen, wenn der Beschwerde mangels «Unionsinteresses» nicht nachgegangen wird.⁴⁵¹ Ein fehlendes «Unionsinteresse» ist etwa dann anzunehmen, wenn die Dauer oder die Schwere der vermuteten Zuwiderhandlung und die Auswirkungen auf den Binnenmarkt nicht ausreichend schwer wiegen.⁴⁵² Wird auf die Eröffnung eines Verfahrens man-

444 Art. 7 Abs. 1 VO 773/2004; siehe hierzu auch exemplarisch Abschlussbericht des Anhörungsbeauftragten, Google Search (Shopping) (COMP/39740), ABl. C 9/6 vom 12.01.2018, N 5.

445 Vgl. auch WILS/ABBOTT, File, S. 265.

446 EuG 26.09.2018, Rs. T-574/14, *EAEPC/Kommission*, EU:T:2018:605, N 93; EuG 11.01.2017, Rs. T-699/14, *Topps Europe/Kommission*, EU:T:2017:2, N 30; Abschlussbericht des Anhörungsbeauftragten, Google Search (Shopping) (COMP/39740), ABl. C 9/6 vom 12.01.2018, N 6; WILS/ABBOTT, File, S. 265.

447 Art. 8 VO 773/2004.

448 WILS/ABBOTT, File, S. 265 Fn. 39.

449 SURA, in: Lange/Bunte, VO 1/2003 Art. 27 N 49; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-Wettbewerbsrecht, § 23 N 59b; WILS/ABBOTT, File, S. 265.

450 SURA, in: Lange/Bunte, VO 1/2003 Art. 27 N 47; KLEES, Kartellverfahrensrecht, § 6 N 67; ähnlich KLOSE/HORSTKOTTE, in: Jaeger et al. (Hrsg.)–FK, Art. 27 VO 1/2003 N 91 [EL 96: August 2020].

451 Siehe näher zum Begriff «Unionsinteresse»: EuG 15.12.2010, Rs. T-427/08, *CE-AHR I/Kommission*, EU:T:2010:517, N 158; EuG 23.10.2017, Rs. T-712/14, *CE-AHR II/Kommission*, EU:T:2017:748, N 36; vgl. auch für eine nicht abschliessende Aufzählung von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Einschätzung des Unionsinteresses, Kommission, Bekanntmachung/Behandlung von Beschwerden, N 44.

452 Vgl. EuGH 04.03.1999, verb. Rs. C-119/97 P, *UFEX u. a./Kommission*, EU:C:1999:116, N 93.

gels «Unionsinteresses» verzichtet, obwohl Elemente vorliegen, die den Verdacht eines Wettbewerbsverstosses erhärten, kann eine Interessenabwägung zugunsten des Beschwerdeführers angezeigt sein.

II. Betroffene Dritte

Betroffene Dritte⁴⁵³ sind im vorliegenden Kontext natürliche oder juristische Personen, die nicht auch Beschwerdeführer sind. Sie werden beim Nachweis eines ausreichenden Interesses vom Anhörungsbeauftragten als betroffene Dritte zugelassen.⁴⁵⁴ Eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen genügt grundsätzlich, um ein ausreichendes Interesse nachzuweisen.⁴⁵⁵ Typischerweise handelt es sich bei Dritten um Geschädigte eines Wettbewerbsverstosses.⁴⁵⁶ In Betracht kommen zudem Konkurrenten, Unternehmen der Gegenseite wie Lieferanten oder Abnehmer sowie Endabnehmer und Verbraucherverbände^{457, 458} Die Zulassung hängt nicht davon ab, ob durch den Dritten das Eingreifen der Kommission unterstützt wird. Unerheblich ist ferner, ob die Beteiligung der Vorbereitung eines *Follow-on*-Schadenersatzverfahrens dient.⁴⁵⁹

Ist ein ausreichendes Interesse nachgewiesen worden, wird der betroffene Dritte von der Kommission schriftlich über die Art und den Gegenstand des Verfahrens unterrichtet und kann zur mündlichen Anhörung zugelassen werden.⁴⁶⁰ Als Kerngehalt kommt dem Anhörungsrecht allerdings ausschliesslich der Anspruch auf schriftliche Stellungnahme zu.

453 Die Formulierung «betroffene Dritte» entspricht der Formulierung nach Art. 5 Kommission, Mandat des Anhörungsbeauftragten. Hingegen werden diese in Art. 13 VO 773/2004 als «andere Personen» bezeichnet.

454 Art. 13 Abs. 1 VO 773/2004, Kommission, Mandat des Anhörungsbeauftragten, Art. 5; vgl. WILS/ABBOTT, File, S. 263 Fn. 35.

455 EuG 07.06.2006, verb. Rs. T-213/04, *Österreichische Postsparkasse u. a./Kommission*, EU:T:2006:151, N 114.

456 BISCHKE/SCHIRRA, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettBR, VO 1/2003 Art. 27 N 28.

457 Aus der Erw. 11 VO 773/2004 wird ersichtlich, dass besonders bei Verbraucherverbänden die Anforderungen an ein «ausreichendes Interesse» gering sind.

458 SCHÜTZ, KöKom, Band 4, VO 1/2003, Art. 27 N 19; ALBERS, Anhörungsbeauftragter, S. 50.

459 ALBERS, Anhörungsbeauftragter, S. 50.

460 Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 44; vgl. exemplarisch Abschlussbericht des Anhörungsbeauftragten, MasterCard II (COMP/40049), ABl. C 300/03 vom 05.09.2019, N 20.

Um den Anspruch wirksam auszuüben, bedarf es häufig einer vorangegangenen Akteneinsicht.⁴⁶¹ Über das «Ob» und das «Wie» entscheidet der Anhörungsbeauftragte.⁴⁶² Wird Einsicht gewährt, sind vertrauliche Informationen wie Geschäftsgeheimnisse von der Einsicht grundsätzlich auszunehmen. Allerdings ist es eine vom EuG gebilligte Praxis, dass der Dritte die nicht vertrauliche Fassung der Beschwerdepunkte erhält.⁴⁶³ Im Gegensatz zum Beschwerdeführer verfügt er jedoch nicht über einen rechtlich geschützten Anspruch auf Übermittlung der Beschwerdepunkte.⁴⁶⁴

Abschliessend ist auf die Personen hinzuweisen, die weder als Beschwerdeführer noch als betroffene Dritte qualifiziert werden. Ihnen kommt grundsätzlich weder ein Beteiligungsrecht noch ein anders geartetes Zugangsrecht zu.⁴⁶⁵

3. Verwertung von Verfahrensdokumenten in Follow-on-Schadenersatzprozessen

Für die vorliegende Arbeit ist von besonderer Relevanz, ob die im Rahmen der Einsicht erlangten Dokumente zur Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche verwertet werden dürfen. Diese Frage ist umstritten.⁴⁶⁶

461 Kommission, Mandat des Anhörungsbeauftragten, Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 Bst. d; auch SURA, in: Lange/Bunte, VO 1/2003 Art. 27 N 50.

462 Kommission, Mandat des Anhörungsbeauftragten, Art. 8 Abs. 1 i. V. m. 7 Abs. 2 Bst. d.

463 EuG 07.06.2006, verb. Rs. T-213/04, *Österreichische Postsparkasse u. a./Kommission*, EU:T:2006:151, N 107; vgl. WILS/ABBOTT, File, S. 263 Fn. 35.

464 WILS/ABBOTT, File, S. 263 Fn. 35.

465 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 87; VAN DER HOUT/LUX, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Art. 27 VO 1/2003 N 50; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-Wettbewerbsrecht, § 23 N 59g Fn. 192; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 131; Immennga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, Band 1, EU/Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 32; KLOSE/HORSTKOTTE, in: Jaeger et al. (Hrsg.)–FK, Art. 27 VO 1/2003 N 92 [EL 96: August 2020]; SURA, in: Lange/Bunte, VO 1/2003 Art. 27 N 50; LAMPERT/NIEJAHN/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO, N 527; vgl. auch im deutschen Kartellverwaltungsverfahren verfügen Dritte i. d. R. nicht über Akteneinsichts- oder Zugangsrechte; hierzu HELLMANN/STEINBRÜCK, *Discovery Light*, S. 167.

466 Bejahend: EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 60; WARD/BOURKE/KRISTOF, in: Bellamy & Child, N 13.035; KLOSE/HORSTKOTTE, in: Jaeger et al. (Hrsg.)–FK, Art. 27 VO 1/2003 N 91 [EL 96: August 2020]; BAKOWITZ, Informationsherrschaft, S. 116; STOCK, Schadensnachweis, S. 181 Fn. 874; SANNER, Informationsgewinnung, S. 424, 426 Fn. 1608; wohl

Der Anlass für die Kontroverse scheinen die – mittlerweile aufgehobenen – Art. 8 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 4 aVO 773/2004 zu sein. Sie bestimmten, dass im Rahmen des Kommissionsverfahrens erhaltene Verfahrensdokumente nur in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zur Anwendung der Art. 101 und Art. 102 AEUV verwertet werden durften. Die aus dem Jahr 2005 stammende Mitteilung über die Akteneinsicht hielt sodann in der – mittlerweile angepassten – Randnr. 48 fest, dass die Informationen nur für die Zwecke der Rechts- und Verwaltungsverfahren verwertet werden dürften, in deren Rahmen die Akteneinsicht gewährt wurde.⁴⁶⁷ Unter Berufung hierauf wurde – und wird – argumentiert, dass die durch Akteneinsicht erlangten Dokumente nur im konkreten Verwaltungsverfahren verwertet werden dürften.⁴⁶⁸ Die Mitteilung sei eine Konkretisierung des Art. 15 Abs. 4 aVO 773/2004, der verlange, dass die Dokumente nur im konkreten Verwaltungsverfahren verwertet werden.

Diese Argumentation ist fragwürdig. Die genannten Bestimmungen, Art. 8 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 4 aVO 773/2004, wurden durch die VO 2015/1348 aufgehoben⁴⁶⁹ und finden sich neu und mit anderem Bestimmungsgehalt in Art. 16a Abs. 1 VO 773/2004 wieder. Hiernach können Informationen, die nach der VO 773/2004 erlangt wurden, ausschliesslich in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zur Anwendung der Art. 101 und Art. 102 AEUV verwertet werden.⁴⁷⁰ Anders ausgedrückt, können Informationen aus Verwaltungsverfahren auch in *Follow-on*-Schadenersatzpro-

auch bejahend: Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, Band 1, EU/Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 20; BISCHKE/SCHIRRA, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEU-WettbR, VO 1/2003 Art. 27 N 27; wohl verneinend: MIERSCH, in: Grabitz/Hilf, EU-Kartellverfahrensverordnung, Art. 27 VO 1/2003 N 28 f.; verneinend: KLEINE, Grenzenloser Zugang, S. 304; offen: WEIß, in: Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 27 VerVO N 23; LAMPERT/NIEJAHN/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO, N 528.

467 Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 48 (a. F.).

468 KLEINE, Grenzenloser Zugang, S. 303 f.; unter Bezugnahme auf KLEINE auch MILDE, Schutz des Kronzeugen, S. 77; auch gegen eine Verwendungsmöglichkeit ASHTON, Competition, N 4.64; WAGNER-VON PAPP, Access, S. 67; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims, N 7.113; vgl. auch Urteil vom 04.06.2011 des High Court of Justice, Chancery Division in National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and Others [2011] EWHC 171 (Ch), N 18 f.

469 Verordnung (EU) 2015/1348 der Kommission vom 03.08.2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. L 208 vom 05.08.2015, S. 3 ff.

470 Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 vom 27.01.2017, http://ec.europa.eu/competition/court/2017_euribor1.pdf, S. 17 N 41.

zessen verwertet werden, solange dies in Übereinstimmung mit Art. 16a VO 773/2004 erfolgt.⁴⁷¹ Hierbei ist es unerheblich, ob die Informationen zur Verteidigung in einem *Follow-on*-Prozess oder zur Einleitung eines solchen Prozesses dienen – sie können somit offensiv wie defensiv verwertet werden.⁴⁷² Das Interesse an einem wirksamen Schutz des primärrechtlichen Anspruchs auf Schadenersatz wird somit höher gewichtet als das Interesse der übrigen Verfahrensbeteiligten am Schutz dieser Informationen.⁴⁷³

Art. 16a VO 773/2004 sieht jedoch auch bedeutende Einschränkungen vor. Nach Art. 16a Abs. 3 Bst. a und Bst. b VO 773/2004 können Dokumente, die von einer natürlichen oder juristischen Person eigens für das Verfahren der Kommission erstellt worden sind, oder Dokumente, die die Kommission im Lauf ihres Verfahrens erstellt und den Parteien übermittelt hat, erst dann in *Follow-on*-Schadenersatzprozessen verwertet werden, wenn das Verfahren gegen sämtliche Parteien durch Beschluss oder auf andere Weise beendet worden ist.⁴⁷⁴ Erst nach Abschluss des

471 So auch bereits die Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 vom 22.12.2014, C(2014) 10264 final, *The Secretary of State for Health and others vs. Servier Laboratories Limited and others*, S. 6 N 16; weniger prononciert, im Ergebnis jedoch gleich, Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 vom 29.11.2015, C(2015) 7682 final, CT.00928 - *Interchange fee litigation before the High Court of Justice, Chancery Division: Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated and Others*, S. 4 N 9; vgl. auch die Stellungnahme der Kommission gemäss Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 vom 05.05.2014, C(2014) 3066 final, *Interchange fee litigation before the Judiciary of England and Wales: Wm. Morrison Supermarkets plc and Others v MasterCard Incorporated and Others*, S. 4 N 8 ff., wo die Möglichkeit der Verwendung von durch Akteneinsicht gewonnen Unterlagen in kartellzivilrechtlichen Schadenersatzverfahren nicht infrage gestellt wird; ähnlich auch Kommission, Mitteilung/Einsicht, N 48 (n. F.): «Die bei der Akteneinsicht im Einklang mit dieser Mitteilung erlangten Informationen dürfen nur für die Zwecke von Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zur Anwendung der Wettbewerbsvorschriften der Union verwertet werden. Bei einer Verwertung dieser Informationen unter Verstoß gegen die Beschränkungen nach Artikel 16a der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 können in bestimmten Fällen Sanktionen nach nationalem Recht verhängt werden»; so auch WILS/ABBOTT, File, S. 306; Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, in: Band 1, EU/Teil 2, Art. 15 N 4.

472 WILS/ABBOTT, File, S. 306 Fn. 269.

473 So bereits EuG 18.09.1996, Rs. T-353/94, *Postbank/Kommission*, EU:T:1996:119, N 67.

474 Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 vom 27.01.2017, http://ec.europa.eu/competition/court/2017_euribor1.pdf, S. 12 N 30.3; vgl. auch ASHTON, Competition, N 4.120.

Kommissionsverfahrens können die Dokumente in einem *Follow-on*-Schadenersatzprozess verwertet werden.⁴⁷⁵ Dies betrifft auch die Verwendung der nicht vertraulichen Fassung der Mitteilung der Beschwerdepunkte, die den Verfahrensbeteiligten ohne Parteistellung zugänglich gemacht werden kann.⁴⁷⁶ Es handelt sich hierbei um ein Dokument, das von der Kommission im Hinblick auf ein Verfahren erstellt wurde. Folglich kann es erst nach Verfahrensabschluss verwertet werden. Auch spricht der Verordnungs-text von Dokumenten, die «erlangt wurden», und unterscheidet nicht nach der Akteneinsicht durch Verfahrensparteien oder der Einsicht durch Verfahrensbeteiligte ohne Parteistellung. Konnte der Beschwerdeführer in der Vergangenheit die nicht vertrauliche Fassung der Mitteilung der Beschwerdepunkte in ein entsprechendes Kartellzivilverfahren vor Abschluss des Kommissionsverfahrens einbringen – wie vom EuG bestätigt⁴⁷⁷ –, stellt sich diese Option nach Art. 16a Abs. 3 VO 773/2004 nicht mehr.⁴⁷⁸

In der Praxis drängen sich folgende Fragen unmittelbar auf: Wann gilt ein Verfahren als abgeschlossen? Und: Von welchem Zeitpunkt an können die genannten Verfahrensdokumente in ein Zivilverfahren eingebracht werden? Eine Antwort gibt Erw. 25 KSRL, nach der ein Verfahren als beendet gilt, sobald der entsprechende Kommissionsbeschluss nach Art. 5 VO 1/2003 ergangen ist. Die Rechtskraft des Beschlusses abzuwarten, ist

475 Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 vom 27.01.2017, http://ec.europa.eu/competition/court/2017_euribor1.pdf, S. 16 N 39.

476 Für den Beschwerdeführer siehe *oben* § 8. 2. I.; für den betroffenen Dritten siehe *oben* § 8. 2. II.

477 Die EuG-Entscheidung bezieht sich jedoch auf Art. 8 Abs. 2 aVO 773/2004: EuG 02.07.2008, Rs. T-12/07, *Polimeri Europa*, EU:T:2008:242, N 11, 54. Das EuG wies den Antrag der Kommission zurück, einem Beschwerdeführer zu untersagen, die durch die nicht vertrauliche Fassung der Beschwerdemitteilung erlangten Informationen in einem Zivilverfahren zu verwerten; ähnlich auch EuG 18.09.1996, Rs. T-353/94, *Postbank/Kommission*, EU:T:1996:119, N 73, wo festgehalten wurde, dass es keine sich aus dem Unionsrecht ergebende Verwendungsbeschränkung für die nicht vertrauliche Fassung der Mitteilung der Beschwerdepunkte in Zivilverfahren gibt, in denen ein Verstoß gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV verfahrensgegenständlich ist; ähnlich dann auch EuG 07.06.2006, verb. Rs. T-213/01, *Österreichische Postsparkasse u. a./Kommission*, EU:T:2006:151, N 189; zu diesem Themenkomplex siehe auch DE STEFANO, *Damage Claimants*, S. 97 Fn. 25.

478 Näher dazu auch Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 vom 29.11.2015, C(2015) 7682 final, CT.00928 – *Interchange fee litigation before the High Court of Justice, Chancery Division: Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated and Others*, S. 4 N 9.

nicht angezeigt und findet keine entsprechende Stütze in der Richtlinie.⁴⁷⁹ Die KSRL tendiert somit zu einer geschädigtenfreundlichen Lösung.

Für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen kennt Art. 16a VO 773/2004 allerdings einschneidendere Verwendungsbeschränkungen.⁴⁸⁰ Art. 16a Abs. 2 VO 773/2004 hält fest, dass Informationen und Ausführungen aus Kronzeugenerklärungen von der Akteneinsicht nehmenden Partei grundsätzlich nur im Rechtsmittelverfahren gegen den Beschluss der Kommission verwertet werden können. Eine Verwertung vor mitgliedstaatlichen Gerichten ist allerdings möglich, wenn die Aufteilung der Solidarschuld unter den am Wettbewerbsverstoss Beteiligten verfahrensgegenständlich ist. Aber auch in Verfahren, in denen eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde einen Verstoss gegen Art. 101 AEUV feststellt, können die Kronzeugeninformationen verwertet werden, wenn dies in Ausübung der jeweiligen Verteidigungsrechte erfolgt.⁴⁸¹ Auch sind die Verfahrensparteien und ihre Rechtsbeistände verpflichtet, die Informationen ausschliesslich für die Zwecke der Rechts- und Verwaltungsverfahren zu verwerten, in deren Rahmen die Akteneinsicht gewährt wurde.⁴⁸² Wird dem nicht Folge geleistet, kann die Geldbusse des ursprünglichen Verfahrens erhöht werden.⁴⁸³

479 Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 vom 29.11.2015, C(2015) 7682 final, CT.00928 – Interchange fee litigation before the High Court of Justice, Chancery Division: Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated and Others, S. 4 N 9 Fn. 11; explizit zum Unionsrecht Immenga/Mestmäcker/BACH, in: Band 2, GWB/Teil 1, § 33g N 125; implizit bzw. zum deutschen Recht MAKATSCH/KACHOLDT, in: Bornkamm et al. (Hrsg.) – MüKo-GWB, § 33g N 124 m. w. N.; a. A. wohl GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 138; auch der EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 99 vertrat in Bezug auf den Zugang nach der TransparenzVO, dass ein Verfahren frühestens als beendet gelte, wenn der verfahrensabschliessende Beschluss rechtskräftig ist.

480 Im Folgenden steht der Schutz der Kronzeugenerklärung und nicht der Schutz der Vergleichsausführung im Vordergrund.

481 Der explizite Schutz der Kronzeugenerklärungen wurde gleichzeitig mit der Verabschiedung der KSRL in die DurchführungsVO 773/2004 aufgenommen. Bis zur Anpassung der DurchführungsVO 773/2004 war das Kronzeugenprogramm der Kommission nicht in einem legislativen Verwaltungsakt verankert. Diese Änderung kann bei der Beurteilung von Grundrechtseingriffen entscheidend sein, da sich Grundrechtseingriffe grundsätzlich auf eine formelle Gesetzesgrundlage stützen müssen. Diese Grundlage kann nun in der DurchführungsVO 773/2004 erblickt werden, die die restriktive Handhabe der Kommission in Bezug auf Kronzeugeninformationen rechtfertigen kann.

482 Kommission, Kronzeugenmitteilung, N 34.

483 Kommission, Kronzeugenmitteilung, N 34.

In diesem Zusammenhang ist auf Art. 6 Abs. 6 KSRL zu verweisen, der Kronzeugenerklärungen ebenso wie Vergleichsausführungen vor der Offenlegung durch Zivilgerichte absolut schützt, wenn diese Dokumente mittels verwaltungsrechtlicher Akteneinsicht erlangt worden sind. Im Zusammenhang mit Art. 16a Abs. 2 VO 773/2004 ist die KSRL ein zusätzlicher Schutz – zusätzlich deswegen, weil die Verfahrensparteien im Rahmen der Akteneinsicht keine Kopien der Kronzeugenerklärung erhalten sollten.⁴⁸⁴ Zumal wenn diese mündlich abgegeben wurde, ist die Offenlegung in einem Zivilprozess nicht möglich.⁴⁸⁵ Trotz dieses Einwands ist die Regelung aus Sicht der Rechtseinheit zu begrüßen, weil Kronzeugenerklärungen im «*private enforcement*» wie im «*public enforcement*» gleichermaßen geschützt werden.

Zusammenfassend lassen sich somit drei Kategorien von Dokumenten bilden:

- Zur ersten Kategorie, der sog. «schwarzen Kategorie»⁴⁸⁶, zählen Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen.⁴⁸⁷ Sie können nicht in Kartellzivilverfahren verwertet werden.
- Die zweite Kategorie, die sog. «graue Kategorie»⁴⁸⁸, bilden Dokumente, die Informationen enthalten, die durch natürliche oder juristische Personen eigens für das Verwaltungsverfahren oder im Lauf des Verfahrens durch die Kommission erstellt und den Parteien übermittelt wurden. Sie können erst nach Erlass des verfahrensbeendenden Beschlusses in einem Kartellzivilverfahren verwertet werden.⁴⁸⁹
- Die dritte Kategorie, die sog. «weisse Kategorie», wird in der DurchführungsVO nicht explizit genannt. Hierbei handelt es sich um «bereits vorhandene Informationen»⁴⁹⁰ bzw. «*pre-existing documents*»^{491, 492} Diese Kategorie umfasst sämtliche Beweismittel, die nicht zur ersten

484 Siehe *oben* § 8. I. II. b.

485 Kommission, Kronzeugenmitteilung, N 32; BÖNI, Wechselwirkung, N 28.

486 NAZZINI, Enforcement, N 7.93; POLLEY, Third Party, S. 454; ASHTON, Competition, N 4.116.

487 Wie bereits erwähnt, werden Vergleichsausführungen in der vorliegenden Arbeit nicht weiter vertieft.

488 ASHTON, Competition, N 4.119; NAZZINI, Enforcement, N 7.111; POLLEY, Third Party, S. 454.

489 Vgl. Erw. 25 KSRL.

490 Art. 2 Abs. 17 KSRL.

491 Siehe die englische Fassung des Art. 2 Abs. 17 KSRL.

492 Vgl. auch BECKER, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Kap. 3, Art. 15 N 35 f.; BACH/WOLF, Instrumente, S. 287.

oder zweiten Kategorie zählen.⁴⁹³ Die Verwendung von «*pre-existing documents*», die sich in der Verfahrensakte der Behörde befinden, kann in *Follow-on*-Schadenersatzprozessen grundsätzlich jederzeit erfolgen.⁴⁹⁴ Die folgende Übersicht dient der Veranschaulichung der Kategorisierung und nennt die Dokumente der jeweiligen Kategorie; die Aufzählung der Dokumente der «weissen Kategorie» ist beispielhaft.⁴⁹⁵

Kategorie	Schutzstufe	Art des Dokuments
«Schwarze Kategorie»	Absoluter Schutz: Dokumente werden nie durch die Kommission übermittelt.	Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen
«Graue Kategorie»	Vorübergehender absoluter Schutz: Dokumente können erst nach Abschluss des Kommissionsverfahrens übermittelt werden.	Dokumente, die von den Unternehmen eigens für das Verwaltungsverfahren erstellt wurden: <ul style="list-style-type: none"> – Erwidern auf die Beschwerdepunkte – Antworten auf Auskunftsgesuche – zurückgezogene Vergleichsausführungen Dokumente, die für den Zweck der spezifischen Untersuchung durch die Kommission erstellt wurden: <ul style="list-style-type: none"> – Beschwerdepunkte – vorläufige Untersuchungsergebnisse
«Weisse Kategorie»	Kein Schutz: Übermittlung ist grundsätzlich zu jedem Verfahrenszeitpunkt möglich.	Beweismittel, die aus der Zeit der Zuwiderhandlung stammen oder nicht im Hinblick auf ein Kartellverwaltungsverfahren erstellt wurden: <ul style="list-style-type: none"> – Notizen von Kartelltreffen – E-Mail-Korrespondenz – schriftliche Abreden

Abb. 4: Kategorien der Verfahrensdokumente und jeweiliges Schutzniveau nach der an die KS-RL angepassten DurchführungsVO 773/2004

493 Erw. 17 KSRL; NAZZINI, Enforcement, N 7.125.

494 Art. 6 Abs. 9 KSRL; Kommission, Mitteilung/Schutz vertraulicher Informationen, N 16; Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 vom 27.01.2017, http://ec.europa.eu/competition/court/2017_euribor1.pdf, S. 10 N 25; ASHTON, Competition, N 4.115 f., 4.119.

495 In Anlehnung an ILANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims, S. 272.

4. Wertende Zusammenfassung

Die am Kartellverwaltungsverfahren Beteiligten lassen sich in zwei Gruppen aufteilen: Verfahrensbeteiligte mit und Verfahrensbeteiligte ohne Parteistellung. Die Verfahrensparteien verfügen über weitreichende Akteneinsichtsrechte, die primär der Verteidigung dienen. Nicht ausgeschlossen ist, und nun explizit in der DurchführungsVO 773/2004 verankert, dass die entsprechenden Dokumente grundsätzlich auch zur Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche verwertet werden können.

Die Gruppe der Verfahrensbeteiligten ohne Parteistellung setzt sich aus den Beschwerdeführern und den betroffenen Dritten zusammen. Die Beschwerdeführer sollen eng in das Verfahren eingebunden werden und verfügen daher über eine durch die VO 773/2004 hervorgehobene Stellung.⁴⁹⁶ Je nach Konstellation verfügen sie über ein eigenständiges Einsichtsrecht. Wird ihnen allerdings Einsicht gewährt, ist dieser Anspruch im Vergleich zum Akteneinsichtsrecht der Verfahrensparteien bedeutend eingeschränkt.⁴⁹⁷ Die Beteiligungsmöglichkeiten der betroffenen Dritten fallen weniger weitreichend aus – diese sind bei der Geltendmachung eines ausreichenden Interesses anzuhören, was mit einer beschränkten Akteneinsicht einhergehen kann. Die Verwendungsbeschränkungen finden ebenso Anwendung auf Dokumente, die die Beschwerdeführer oder die betroffenen Dritten erhalten.

In Bezug auf den wirksamen Rechtsschutz ist zu differenzieren, ob ein Kartellopfer am Verfahren als Partei oder als Beschwerdeführer bzw. betroffener Dritter teilnimmt. Im ersten Fall gelangt das Kartellopfer an entsprechend viele Informationen, die ihm bei der Durchsetzung seiner kartellzivilrechtlichen Ansprüche helfen. Wie häufig hingegen eine Verfahrenspartei schlussendlich kartellrechtliche Ansprüche geltend macht, ist schwer zu eruieren. Dies wird jedoch eher die Ausnahme als die Regel sein, sodass Kartellopfern der Zugang zu beweisrelevanten Informationen meist verwehrt ist. Zu bedenken ist zudem, dass die Kommission nicht jedem Verstoß nachgehen kann, der ihr durch einen Dritten gemeldet wird. Verzichtet die Kommission auf die Eröffnung eines Verfahrens mangels «Unionsinteresses», sollte das die Gewährung des Einsichtsrechts des Beschwerdeführers beeinflussen. Sodann scheint die Anpassung der DurchführungsVO die Stellung der Verfahrensbeteiligten ohne Parteistellung nicht verbessert und im Hinblick auf die Verwendung der nicht ver-

496 EuG 26.09.2018, Rs. T-574/14, *EAEPK/Kommission*, EU:T:2018:605, N 93.

497 EuG 26.09.2018, Rs. T-574/14, *EAEPK/Kommission*, EU:T:2018:605, N 93.

traulichen Fassung der Beschwerdepunkte sogar verschlechtert zu haben. Die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche wird erschwert und der wirksame Rechtsschutz beeinträchtigt.

Dennoch ist der gleiche Schutz der einzelnen Dokumentenkategorien in der angepassten VO 773/2004 und in der KSRL zu begrüßen. Ein Grossteil sämtlicher Verfahrensdokumente darf in Folgeverfahren als Beweismittel offeriert werden. Auch die Verwendungsbeschränkungen finden vorliegend Zustimmung. Dem Interesse der Verfahrensparteien an wirksamem Schutz ihrer Verfahrensrechte wird so gerecht, und ihre Bereitschaft zur Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden bleibt bestehen. Von der Verwendungsbeschränkung ausgenommen sind sämtliche Dokumente der «weissen Kategorie»; sie können grundsätzlich jederzeit und somit unabhängig vom Verfahrensstand in *Follow-on*-Schadenersatzprozessen verwertet werden.⁴⁹⁸ Dies ist kritisch zu bewerten: Die Beschlüsse der Kommission sind für die mitgliedstaatlichen Zivilgerichte bindend – unabhängig davon, ob ein Verstoss oder eben kein Verstoss festgestellt wird.⁴⁹⁹ Kartellrechtliche Ansprüche können jedoch bereits vor Abschluss des Kommissionsverfahrens geltend gemacht werden. Um widersprüchliche Entscheidungen zu verhindern, sollte die Verwendung dieser Dokumente bis zum Abschluss des Kommissionsverfahrens ausgeschlossen sein. Dieser Befürchtung kann jedoch entgegnet werden, dass auch der Kommissionsbeschluss durch die Instanzgerichte aufgehoben werden kann, was ein Abwarten der Rechtskraft des Beschlusses anzeigt. Hingegen scheint ein Abwarten der Rechtskraft des Beschlusses im Hinblick auf die Dauer des Instanzenzugs nicht mit dem Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz vereinbar, zumal die Qualifikation einer Verhaltensweise häufig weniger streitig ist als andere verfahrensrechtliche Fragen – wie etwa die Sanktionsberechnung.⁵⁰⁰ Entgegen der gesetzlich vorgesehenen Verwendungsmöglichkeit sollten auch die Dokumente der «weissen Kategorie» erst ab Verfahrensabschluss in Kartellzivilverfahren einfließen können. In Anbetracht der aktuellen gesetzlichen Regelung bedarf es für eine

498 Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 vom 27.01.2017, http://ec.europa.eu/competition/court/2017_euribor1.pdf, S. 12 N 30.3; in diesem Sinne auch Kommission, Mitteilung/Schutz vertraulicher Informationen, N 16.

499 Mit einem ähnlichen Befund Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, in: Band 1, EU/Teil 2, Art. 16 VO 1/2003 N 4 und da Fn. 27.

500 WHISH/BAILEY, Competition Law, S. 276; zur Möglichkeit einer Nichtigerklärung eines Kommissionsbeschlusses siehe unten § 10. 3.

derartige Verwendungsbeschränkung einer gesetzlichen Änderung bzw. einer Anpassung der DurchführungsVO.

Zu bedenken ist ausserdem, dass die Dokumente der «weissen Kategorie» häufig aus Tausenden Seiten Preislisten, Kalkulationstabellen und Korrespondenz bestehen. Mit der zunehmenden Gefahr zivilrechtlicher Klagen könnten die Unternehmen zu folgender Taktik tendieren: Den Behörden werden die relevanten vorbestehenden Informationen in einer solchen Form übermittelt, dass es spezifischer «Anweisungen» bedarf, um die Dokumente zu «durchforsten» und einleuchtend zusammenzustellen. Finden sich die genannten «Anweisungen» ausschliesslich in der Kronzeugenerklärung, wird die Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche bedeutend erschwert, weil die Auswertung der Kronzeugeninformationen so besonders zeit- und ressourcenintensiv sein kann. Dann bedarf es der eigentlichen Selbstanzeige, um die Beilagen überhaupt sinnvoll zu ordnen und in einem *Follow-on*-Verfahren zu verwerten. Denn auch die Verwendung der Beilagen zur Selbstanzeige ist nur dann ernsthaft in Erwägung zu ziehen, wenn die Informationen schlussendlich auch zum Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen verwertet werden können.

Nicht zu verkennen ist zudem, dass ein Verwertungsverbot der Kronzeugenerklärung insbesondere bei Kartellen, die sich durch eine professionelle Organisation auszeichnen, besonders stark ins Gewicht fallen kann. Es ist nämlich nicht nur der Theorie nach möglich, dass ein Wettbewerbsverstoss derart gut organisiert ist, dass es keine bis kaum «*hard evidence*» gibt und sich allfällige Informationen fast ausschliesslich – quasi als Konzentrat – in der Selbstanzeige finden.⁵⁰¹ In den aufgezeigten Konstellationen steht und fällt die Anspruchsdurchsetzung mit den Informationen aus der Kronzeugenerklärung, da es möglich ist, dass keine zumutbaren Alternativen bestehen, um an die Informationen zu gelangen. Die Informationen sind dann für die Durchsetzung des Kartellschadenersatzanspruchs unentbehrlich. Auch bedeutet eine Verwertung der Informationen nicht zwingend, dass die Informationen Dritten gegenüber offengelegt werden. Je nach der Ausgestaltung des nationalen Verfahrensrechts hat das Gericht Möglichkeiten, vertrauliche Informationen zu berücksichtigen, ohne dass sie sämtlichen Verfahrensparteien offengelegt werden.⁵⁰²

501 Exemplarisch *National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and Others* [2012] EWHC 869(Ch), N 44; dazu auch SALEMME, *Enforcing*, S. 326 f.

502 *National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and Others* [2012] EWHC 869(Ch), N 56 ff.; siehe zu den Möglichkeiten eines deutschen Zivilgerichts unten § 11. 2. I.

Die starre Regelung läuft Gefahr, die Durchsetzung des Kartellschadensersatzes bedeutend zu erschweren oder zu verunmöglichen. Der unionsrechtliche Schutz der Kronzeugeninformationen wird dann den in der Einleitung aufgezeigten staatsrechtlichen Schranken nicht gerecht und verkennt die Bedeutung der Kommission als Schaltstelle zwischen wirksamem Rechtsschutz und wirksamer Rechtsdurchsetzung. Dies ist mitunter ein Grund dafür, dass der absolute Schutz der «schwarzen Kategorie» infrage zu stellen ist. Eine Abwägung im Einzelfall ist zu bevorzugen – dieser Ansatz entspricht sodann auch dem in *Pfleiderer* und *Donau Chemie* zum Ausdruck gebrachten Verständnis.

Allerdings hat der EuGH jüngst das Kommissionsvorgehen akzeptiert, im Rahmen der Veröffentlichung des Sanktionsbeschlusses die Kronzeugeninformationen in Kategorien einzuteilen, die wiederum jeweils den Vorgaben der DurchführungsVO entsprechen. Wird die Rechtsprechung sinngemäss auf die Akteneinsicht und die Verwertung der Kronzeugeninformationen angewandt, kann dies die Primärrechtskonformität dieser Regelung anzeigen.⁵⁰³

503 EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 81 ff.; siehe hierzu auch *unten* § 9. 4. III. und *unten* § 9. 5; zu den Zweifeln an der Primärrechtskonformität siehe *oben* § 7. 3. I.

§ 9. Veröffentlichung von Kommissionsbeschlüssen

Die vorprozessuale Informationsbeschaffung findet ihren Ausgangspunkt regelmässig in der Veröffentlichung der nicht vertraulichen Fassung des verfahrensabschliessenden Beschlusses der Kommission (hiernach «Beschluss» oder «Veröffentlichung» genannt). Dem Beschluss können meist die dem sanktionierten Verhalten zugrunde liegenden Umstände und deren Qualifikation als Wettbewerbsverstoss entnommen werden; auch liefert die Veröffentlichung häufig wichtige Bestandteile des Klagefundaments.⁵⁰⁴ Im vorliegenden Kapitel wird die Praxis der Veröffentlichung der Kommissionsbeschlüsse als weitere Zugangsrouten zu beweisrelevanten Informationen untersucht.

1. Pflicht zur Veröffentlichung der Kommissionsbeschlüsse

Die Kommission veröffentlicht ihre Beschlüsse.⁵⁰⁵ Nach Art. 30 Abs. 2 VO 1/2003 sind die Namen der Beteiligten und der wesentliche Inhalt des Beschlusses zu veröffentlichen. In der Regel veröffentlicht die Kommission noch am Tag des Beschlusses eine Pressemitteilung,⁵⁰⁶ die die Art des Wettbewerbsverstosses nennt und allenfalls Informationen zur Sanktionshöhe enthält.⁵⁰⁷ Zudem wird eine Zusammenfassung des Beschlusses im Amtsblatt der EU veröffentlicht. In der Pressemitteilung werden die Geschädigten zudem häufig zur Durchsetzung ihrer kartellzivilrechtlichen Ansprüche aufgefordert. Allerdings ist der Informationsgehalt der Pressemitteilung und der Zusammenfassung gering. Diese lassen kaum Rückschlüsse auf die Dauer des sanktionierten Verhaltens, die betroffenen Produkte oder die Preisüberhöhung zu. Diese Informationen

504 So auch WIEGAND, Verzahnung, S. 260, der den veröffentlichten Beschluss als «Hauptinformationsquelle» für potenzielle *Follow-on*-Schadenersatzkläger bezeichnet. Allerdings ist eine Schadenersatzklage, die sich ausschliesslich auf den veröffentlichten Entscheid stützt, grundsätzlich nicht in Betracht zu ziehen. Es bedarf weiterer Informationen, um den Kausalverlauf, den Schadenseintritt und dessen Höhe substantiiert darlegen zu können; vgl. beispielsweise WASER/SUTTER, Vergabestellen, N 30.

505 Hierzu zählen sämtliche Kommissionsbeschlüsse nach Art. 7–10, 23 f. VO 1/2003.

506 Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 19.07.2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2582_en.html.

507 Kommission, Bekanntmachung/Bewährte Vorgehensweisen, N 147.

können hingegen der nicht vertraulichen Fassung des Beschlusses entnommen werden, der auf der Website der Kommission veröffentlicht wird,⁵⁰⁸ meist noch vor Rechtskraft des Beschlusses.⁵⁰⁹

Die Kommission scheint der Ansicht zu sein, bereits durch die Veröffentlichung der Zusammenfassung des Beschlusses im Amtsblatt ihrer Veröffentlichungspflicht nach Art. 30 Abs. 1 VO 1/2003 nachzukommen und an sich nicht verpflichtet zu sein, eine nicht vertrauliche Fassung des Beschlusses zu veröffentlichen.⁵¹⁰ Dabei entsteht der Eindruck, dass die Veröffentlichung eher eine «überobligatorische Anstrengung» der Kommission darstellt, der sie nicht zwingend nachkommen muss.⁵¹¹ Entgegen dieser

508 Kommission, Bekanntmachung/Bewährte Vorgehensweisen, N 148.

509 Es steht den Verfahrensparteien jedoch offen, die Veröffentlichung im Rahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes (teilweise) zu verhindern. Die europäische Rechtsprechung stellt an einen erfolgreichen Antrag und entsprechender Unter-sagung (mittlerweile) hohe Anforderungen; EuG 23.11.2017, Rs. T-423/17 R, *Nexans France und Nexans/Kommission*, EU:T:2017:835, N 82; bestätigt durch EuGH 14.06.2018, Rs. C-65/18 P(R), *Nexans France und Nexans/Kommission*, EU:C:2018:426; EuG 25.10.2018, Rs. T-419/18 R, *Crédit Agricole u. a./Kommission*, EU:T:2018:726, N 69; bestätigt durch EuGH 21.03.2019, Rs. C-4/10 P(R), *Crédit Agricole u. a./Kommission*, EU:C:2019:229; EuG 25.10.2018, Rs. T-420/18 R, *JPMorgan Chase u. a./Kommission*, EU:T:2018:724, N 53; bestätigt durch EuGH 21.03.2019, Rs. C-1/19 P(R), *JPMorgan Chase u. a./Kommission*, EU:C:2019:230; EuG 02.04.2019, Rs. T-79/19 R, *Lantmännen und Lantmännen Agroetanol/Kommission*, EU:T:2019:212, N 54; bestätigt durch EuGH 10.09.2019, Rs. C-318/19 P(R), *Lantmännen und Lantmännen Agroetanol/Kommission*, EU:C:2019:698; nicht ausgeschlossen ist zudem, dass das Gericht dem Gesuch superprovisorisch stattgibt, ohne die Gegenpartei bzw. die Kommission anzuhören und ohne an diese Massnahmen gebunden zu sein; vgl. aber noch zur alten Rechtsprechung, die dem Antrag einer vorsorglichen Unterbindung einer Veröffentlichung dem Anschein nach eher stattgab: EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12 R, *Akzo Nobel/Kommission*, EU:T:2012:605, N 57; EuG 16.11.2012, Rs. T-341/12 R, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2012:604, N 51; EuGH 10.09.2013, Rs. C-278/13 P(R), *Pilkington/Kommission*, EU:C:2013:558, N 74f.; dem Antrag auf vorsorglichen Rechtsschutz wurde auch in EuGH 02.03.2016, Rs. C-162/15 P-R, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2016:142, N 116 und in EuGH 14.01.2016, Rs. C-517/15 P-R, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:C:2016:21, N 60, stattgegeben, wobei der EuGH in letzterem Urteil auch den Umfang schützenswerter Informationen bedeutend beschränkt hat; in Bezug auf die Übermittlung an ein mitgliedstaatliches Gericht: EuG 29.11.2012, Rs. T-164/12 R, *Alstom/Kommission*, EU:T:2012:637, N 62.

510 Kommission, Bekanntmachung/Bewährte Vorgehensweisen, N 149.

511 Zu bedenken ist jedoch, dass es bis 2004 Kommissionspraxis war, im Amtsblatt eine nicht vertrauliche Fassung des Beschlusses und nicht lediglich eine Zusammenfassung zu veröffentlichen. Dies verleitet zur Annahme, dass die

Ansicht ist allerdings von einer Pflicht zur Veröffentlichung des Kommissionsbeschlusses auszugehen. Dass es sich um eine tatsächliche Pflicht und nicht nur um einen Akt des «Goodwill» handelt, zeigt sich deutlich im Urteil in der Rechtssache *Schenker*.⁵¹² Laut dem EuG muss die Öffentlichkeit in der Lage sein, sich ein Bild der Kommissionstätigkeit zu machen. Nur so könne die Entscheidungspraxis der Kommission nachvollzogen und könnten Verhaltensweisen leichter als Wettbewerbsverstöße identifiziert werden.⁵¹³ Diesem Interesse sei nicht durch die Veröffentlichung der Zusammenfassung gedient,⁵¹⁴ weshalb es der Veröffentlichung des eigentlichen Beschlusses bedürfe.⁵¹⁵ Aus Art. 30 Abs. 1 VO 1/2003 ergibt sich somit eine Pflicht zur Veröffentlichung der nicht vertraulichen Fassung der Kommissionsbeschlüsse.⁵¹⁶

2. Verhältnis zwischen Art. 30 VO 1/2003 und TransparenzVO

An dieser Stelle bedarf es eines gedanklichen Einschnitts; es muss auf die im folgenden Kapitel zu beschreibende Zugangsrouten hingewiesen wer-

Kommission bis zur Praxisänderung ihrer Pflicht nach Art. 30 Abs. 1 VO 1/2003 nachkam, indem eine nicht vertrauliche Fassung veröffentlicht wurde. Ab 2004 ging die Kommission dazu über, im Amtsblatt jeweils eine Zusammenfassung des Beschlusses zu veröffentlichen und auf der Webseite der DG Comp die nicht vertrauliche Fassung des Beschlusses hochzuladen.

512 EuG 07.10.2014, Rs. T-534/11, *Schenker/Kommission*, EU:T:2014:854; ähnlich auch bereits EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 69; siehe auch EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 123; vgl. Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, in: Band 1, EU/Teil 2, Art. 27 VO 1/2003 N 39.

513 EuG 07.10.2014, Rs. T-534/11, *Schenker/Kommission*, EU:T:2014:854, N 80; VAN DER HOUT, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Art. 30 N 1; Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, in: Band 1, EU/Teil 2, Art. 30 VO 1/2003 N 2; so auch MIERSCH, in: Grabit/Hilf, EU-Kartellverfahrensverordnung, Art. 30 N 1.

514 Bezeichnenderweise wurde der Beschluss der Kommission vom 10.12.2012, COMP/E-2/37.857 – Organische Peroxide (ABl. 2005, L 110 S. 44 ff.) von 110 Seiten auf vier Seiten verkürzt; Nachweis auch bei Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, in: Band 1, EU/Teil 2, Art. 30 VO 1/2003 N 3 Fn. 3.

515 EuG 07.10.2014, Rs. T-534/11, *Schenker/Kommission*, EU:T:2014:854, N 85, 116; EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 123; vgl. auch EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 77; im Grundsatz ähnlich für die Schweiz: BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 4.3.

516 Ähnlich auch WEIß, in: Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 30 N 1.

den, die TransparenzVO. Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte, die die Ausnahmen in der TransparenzVO konkretisiert,⁵¹⁷ ist nicht auf die Veröffentlichungen der Kommissionsbeschlüsse anzuwenden – die Regelungsgegenstände der TransparenzVO und der VO 1/2003 sind grundverschieden.⁵¹⁸ Eine Anwendung der zur TransparenzVO ergangenen Rechtsprechung würde die Veröffentlichungspflicht nach Art. 30 VO 1/2003 aushöheln.⁵¹⁹ Ist ein auf die TransparenzVO gestützter Zugang zu einem Verfahrensdokument ausgeschlossen, bedeutet dies somit im Umkehrschluss nicht, dass die in dem Dokument enthaltenen Informationen nicht nach Art. 30 VO 1/2003 veröffentlicht werden können. Dies unterstreicht die praktische Bedeutung der Veröffentlichungspraxis für die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche, da in der Praxis viele Informationen nur durch die Veröffentlichung bekannt werden.

3. Veröffentlichungszwecke

Die Veröffentlichung der Kommissionsbeschlüsse dient mehreren Zwecken. So soll die Verwaltungspraxis der Kommission hierdurch transparenter werden.⁵²⁰ Die Transparenz wiederum dient der Generalprävention – Unternehmen werden sich der Konsequenzen eines Wettbewerbsverstosses bewusst.⁵²¹ Die Veröffentlichung soll jedoch nicht nur potenzielle

517 Siehe hierzu *unten* § 11. 2. II.

518 EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 79; EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 88.

519 Vgl. EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 78; EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 86; EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 91 f.

520 EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 69, 78; EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, 60; SCHIRRA, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003 Art. 30 N 1.

521 EuG 15.07.2015, Rs. T-465/12, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:T:2015:505, N 43; EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 57; WEIß, in: Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 30 N 1; SCHIRRA, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003 Art. 30 N 1; VAN DER HOUT, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Art. 30 N 1; Immenga/Mestmäcker/RITTER, in: Band 1, EU/Teil 2, Art. 30 VO 1/2003 N 3.

Kartelltäter erreichen, sondern auch Kartellopfer.⁵²² Diese erfahren häufig erst durch die Veröffentlichung, dass sie in ihren Interessen berührt sind und allenfalls über kartellrechtliche Ansprüche verfügen.⁵²³ Sehr deutlich betonte das EuG in seinem Urteil *AGC Glass Europe*, dass die Kommission bei Veröffentlichungen unterschiedliche Interessen zu berücksichtigen habe.⁵²⁴ Hierzu zähle insbesondere das Interesse der Geschädigten, die genauen Einzelheiten der Zuwiderhandlung zu erfahren und entscheiden zu können, ob sie kartellrechtliche Ansprüche geltend machen.⁵²⁵ Ebenfalls ist die nicht geringe Bedeutung der Veröffentlichungen für den Nachweis des Schadens und für den Kausalzusammenhang anerkannt.⁵²⁶ Die Kommissionsbeschlüsse sind somit für die Kartellopfer eine wichtige Stütze zur Durchsetzung ihrer Ansprüche.⁵²⁷

-
- 522 EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 78; EuG 15.07.2015, Rs. T-465/12, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:T:2015:505, N 43; EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 78; EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 80; siehe auch zur expliziten Befugnis der Kommission, Schadenersatzklagen zu erleichtern: EuG 15.07.2015, Rs. T-462/12, *Pilkington Group/Kommission*, EU:T:2015:508, N 59; explizit auch WEIß, in: Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, *Kartellrecht*, Art. 30 N 1; SCHIRRA, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003 Art. 30 N 1; Immenga/Mestmäcker/RITTER, in: Band 1, EU/ Teil 2, Art. 30 VO 1/2003 N 1.
- 523 EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 78; EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 125; EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 78; Immenga/Mestmäcker/RITTER, in: Band 1, EU/ Teil 2, Art. 30 VO 1/2003 N 1; WIEGAND, *Verzahnung*, S. 261 Fn. 15; VAN DER HOUT, *Deutsches und Europäisches Kartellrecht*, Art. 30 N 1; CHIRITA, *Disclosure*, S. 169 ff.
- 524 EuG 15.07.2015, Rs. T-465/12, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:T:2015:505, N 43; bestätigt durch EuGH 26.07.2017, Rs. C-517/15 P, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:C:2017:598.
- 525 EuG 15.07.2015, Rs. T-465/12, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:T:2015:505, N 43; Immenga/Mestmäcker/RITTER, in: Band 1, EU/ Teil 2, Art. 30 VO 1/2003 N 1; vgl. auch Ö-OGH 16 OK 14/13, E. 2.3, 3.2.
- 526 EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 104; EuG 30.05.2006, Rs. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*, EU:T:2006:136, N 78.
- 527 EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 78; EuG 15.07.2015, Rs. T-465/12, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:T:2015:505, N 43; EuG 12.10.2007, Rs. T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe/Kommission*, EU:T:2007:306, N 72; SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, *Challenges*, S. 32; gemäss Immenga/Mestmäcker/RITTER, Band 1, EU/ Teil 2, Art. 30 VO 1/2003 N 1,

Somit ist bei Veröffentlichungen stets auch die Bedeutung für die Kartellopfer zu berücksichtigen.⁵²⁸ Ausführlichere Veröffentlichungen fördern nicht nur die Wiedergutmachung entstandener Schäden, sondern werden auch der Überwachungsaufgabe der Kommission gerecht. Die Behörde soll nicht nur einzelne Wettbewerbsverstöße unterbinden und sanktionieren, sondern auch eine allgemeine Wettbewerbspolitik verfolgen.⁵²⁹ Zu dieser Politik zählt insbesondere die Förderung des «*private enforcement*».

Bezeichnenderweise hat die Kommission jüngst – auf Ersuchen von Kartellopfen – eine ausführlichere und detailliertere Fassung eines bereits veröffentlichten Beschlusses veröffentlicht.⁵³⁰ Kartellopfer gelangen so an relevante Informationen, um die Tatbestandsmerkmale des Kartellschadenersatzes nachzuweisen oder um allfällige Zugangsanträge zu präzisieren.⁵³¹ Das Behördenvorgehen ist insbesondere dann von Relevanz, wenn

dient die Veröffentlichung u. a. der Unterrichtung Dritter, dass diese in Folge einer festgestellten Zuwiderhandlung zivilrechtliche Ansprüche vor den nationalen Gerichten geltend machen können; vgl. auch WIEGAND, Verzahnung, S. 260; besonders deutlich wird dieses Zweckverständnis anhand der durch die 9. GWB-Novelle eingeführten Anpassung von § 53 GWB und dort der neue Abs. 5. Dieser verpflichtet das BKartA nach Abschluss eines Bussgeldverfahrens die wesentlichen Informationen des Verfahrens elektronisch zu veröffentlichen. Nach der Regierungsbegründung sollen die Mitteilungen im Hinblick auf das Informationsbedürfnis möglicher Geschädigter verfasst werden. Sie sollen potenzielle Geschädigte insbesondere in die Lage versetzen, das Bestehen möglicher Schadenersatzansprüche gegen Unternehmen zu prüfen, die am Verstoss beteiligt waren. Potenzielle Geschädigte sollen durch einen entsprechenden allgemeinen Hinweis auf ihr Recht auf Ersatz des ihnen aus einem Verstoss entstehenden Schadens aufmerksam gemacht werden; Regierungsbegründung, BT-DrS. 18/10207, S. 82; gleich auch PODSZUN, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle, Kap. 16 N 16; so auch die Ausgangslage in Österreich nach der Anpassung des § 37 KartG an die KSRL, Ö-OGH 16 OK 14/13, E. 2.4, 3.4.

528 EuG 15.07.2015, Rs. T-465/12, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:T:2015:505, N 43; CLASSEN/SEEGER, *State of Enforcement*, S. 27; ANDERSON, *Quest*, S. 147.

529 EuG 15.07.2015, Rs. T-465/12, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:T:2015:505, N 76.

530 EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, 2N 4; EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 158; zur Praxisänderung der Kommission, detaillierte Beschlüsse zu veröffentlichen, EuG 15.07.2015, Rs. T-462/12, *Pilkington Group/Kommission*, EU:T:2015:508, N 75 ff.

531 EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 4; EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 84 ff.; EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 64; nach eigenen Angaben ist es auf Ersuchen der CDC

die Informationen älter als fünf Jahre sind – aufgrund des Zeitablaufs kann die erneute Veröffentlichung dann wesentlich detaillierter ausfallen und die Geschädigten bei der Durchsetzung ihrer kartellzivilrechtlichen Ansprüche unterstützen.⁵³²

4. Gegenstand der Veröffentlichung

Die Veröffentlichung sollte namentlich die betroffenen Märkte genau identifizieren und die Adressaten des Beschlusses ebenso wie deren Beitrag zum Wettbewerbsverstoss erkennen lassen. Ferner sollte der Beschluss die Feststellungen der Wettbewerbsbehörde zu dem Inhalt und der Durchführung der wettbewerbswidrigen Vereinbarungen enthalten. Damit kann beurteilt werden, ob jemand von einer Zuwiderhandlung betroffen und dadurch beeinträchtigt ist, gegen wen der Schadenersatzanspruch erhoben werden kann und welcher Gerichtsstand für eine Schadenersatzklage infrage kommt.⁵³³

I. Persönlichkeitsschutz

Die Kommission wahrt bei der Veröffentlichung den Schutz personenbezogener Daten – hierzu zählen die für ein Unternehmen handelnden natürlichen Personen. Deren Schutz findet sich in der VO 2018/1725 («Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten»). Personenbezogene Daten werden grundsätzlich nicht veröffentlicht und, wenn erforderlich, durch Umschreibungen ersetzt. Eine Veröffentlichung des Namens einer natürlichen Person ist allerdings angezeigt, wenn der Untersuchungsadressat die natürliche Person ist oder wenn es der Nennung des Namens der natürlichen Person bedarf, um die Entscheidung nachvollziehen zu können.⁵³⁴

zu einer erneuten Veröffentlichung des Beschlusses gekommen, <https://www.carteldamageclaims.com/competition-law-damage-claims/accessing-information-cases/>; vgl. auch ANDERSSON, Quest, S. 146; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 189.

532 Hierzu *oben* § 8. 1. II. a. (1) (ii).

533 CLASSEN/SEEGERS, State of Enforcement, S. 27; SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges, S. 31.

534 So in EuG 12.10.2007, Rs. T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe/Kommission*, EU:T:2007:306, N 72; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10

II. Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen

Entgegen dem Wortlaut des Art. 30 Abs. 2 VO 1/2003 sind neben Geschäftsgeheimnissen auch andere vertrauliche Informationen von der Veröffentlichung auszunehmen.⁵³⁵ Welche Informationen als Geschäftsgeheimnisse oder vertrauliche Informationen qualifiziert werden, wurde bereits an anderer Stelle aufgezeigt.⁵³⁶

Im Übrigen ist nicht zu unterschätzen, dass die Verfahrensparteien in der Tendenz sämtliche Informationen als vertraulich qualifizieren. Denn die Gefahr besteht, dass die Informationen in einem Zivilverfahren gegen sie verwertet werden. Um ressourcen- und zeitintensive Verfahren zu vermeiden, könnte die Kommission dazu tendieren, den Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder anderen vertraulichen Informationen zu grosszügig zu gewährleisten⁵³⁷ – eine Tendenz, die im Hinblick auf den wirksamen Rechtsschutz der Kartellopfer zu beanstanden ist.

III. Schutz der Kronzeugeninformationen

Der Schutz der Kronzeugeninformationen wirkt sich auch im Bereich der Veröffentlichung der Kommissionsbeschlüsse aus. Hierbei scheinen mitunter die Vorgaben der Kronzeugenmitteilung berücksichtigt zu werden, die zwischen vorbestehenden Beweismitteln (*«pre-existing information»*) und freiwilligen Darlegungen (Kronzeugenerklärungen) unterscheidet.⁵³⁸ Bei der Veröffentlichung wird zwischen wörtlichen Zitaten von Informationen aus den Kronzeugenerklärungen und Informationen aus

N 192; vgl. auch zur Praxis des EGMR, nach dem personenbezogene Daten grundsätzlich nicht anonymisiert werden; VAN OPIJNEN/PERUGINELLI/KEFALI/PALMIRANI, Online Publication, S. 51 ff.

535 EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 59 f.; EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 88 f.; EuG 12.10.2007, Rs. T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe/Kommission*, EU:T:2007:306, N 63; EuG 15.07.2015, Rs. T-462/12, *Pilkington Group/Kommission*, EU:T:2015:508, N 45; EuG 18.09.1996, Rs. T-353/94, *Postbank/Kommission*, EU:T:1996:119, N 69; MIERSCH, in: Grabitz/Hilf, EU-Kartellverfahrensverordnung, N 3; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 191.

536 Siehe *oben* § 8. 1. II. a.

537 SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges, S. 31.

538 Siehe zur Verwendung dieser Dokumente durch den Akteneinsichtnehmenden *oben* § 8. 3.

den vorbestehenden Beweismitteln unterschieden.⁵³⁹ Die Veröffentlichung Ersterer ist in keinem Fall zulässig. Dieser Schutz bezieht sich allerdings ausschliesslich auf Passagen, die unmittelbar oder mittelbar auf die Kronzeugenerklärung rückschliessen lassen.⁵⁴⁰ Hingegen können Passagen aus der Kronzeugenerklärung zitiert werden, solange sie keine Rückschlüsse auf die eigentliche Kronzeugenerklärung zulassen. Die Veröffentlichung der übrigen Kronzeugeninformationen ist zulässig, soweit der Schutz vertraulicher Informationen gewahrt ist.⁵⁴¹ Die Kommission kann demnach Informationen aus den übermittelten Beweismitteln bzw. «*pre-existing information*» veröffentlichen – nicht hingegen Auszüge aus der Kronzeugenerklärung.⁵⁴²

Jedoch ist zu bedenken, dass Kronzeugeninformationen nicht deswegen geschützt werden, weil sie Geschäftsgeheimnisse darstellen. Allein der Umstand, dass Informationen im Rahmen von Kronzeugenprogrammen übermittelt wurden, macht sie nicht zu Geschäftsgeheimnissen. Sie sind i. d. R. untrennbar mit einem Wettbewerbsverstoss verknüpft und können keine Geschäftsgeheimnisse darstellen.⁵⁴³ Sie werden allerdings als vertraulich eingestuft, weil ihnen die Kronzeugenmitteilung ein besonderes Schutzniveau zuspricht. Dieser Schutz wird jedoch im Hinblick auf die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung gewährt.⁵⁴⁴

539 So in EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205; siehe zur kritischen Bewertung dieser Rechtsprechung *oben* § 9. 5.

540 EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 84.

541 EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 87; so bereits bereits Erw. 26 KSRL.

542 So dann auch bereits die Vorinstanz EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 138; in diesem Sinne auch Schlussanträge GA Szpunar 21.07.2016, C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2016:587, N 123 f.

543 OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.08.2012, V-5 Kart 5 und 6/11 (OWi), DE:OLGD:2012:0822.V4KART5.6.11OWI.00, N 48; vgl. DAWIRS, Zugriff, S. 110; ASHTON, Competition, N 5.105.

544 Siehe hierzu EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 118 f.; bestätigt durch EuGH 14.03.2017, Rs. C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:C:2017:205, N 101.

5. Wertende Zusammenfassung

Die Kommission ist verpflichtet, eine nicht vertrauliche Fassung ihrer Beschlüsse zu veröffentlichen, wobei der Detailierungsgrad in ihrem Ermessen liegt. Sie orientiert sich hierbei an den Veröffentlichungszwecken, zu denen namentlich der Schutz der Kartellopfer zählt. Der Kommission bleibt es zudem überlassen, eine neue, detailliertere Fassung der Beschlüsse zu veröffentlichen – hierin wird eine legitime und wünschenswerte Schützenhilfe für die Kartellopfer erblickt. Die Veröffentlichungspflicht kennt hingegen auch gewisse Grenzen. So sind Geschäftsgeheimnisse und andere vertrauliche Informationen nicht zu veröffentlichen – entscheidend sind hierbei wiederum das Näheverhältnis der Information zum Wettbewerbsverstoß und deren Alter.

Die Veröffentlichung der Kommissionsbeschlüsse ist für einen wirksamen Rechtsschutz und eine wirksame Rechtsdurchsetzung essenziell. Aufwendige und kostspielige Verfahren des Zugangs zu Verfahrensdokumenten können weitestgehend vermieden werden, wenn rechtzeitig eine aussagekräftige Fassung der Beschlüsse veröffentlicht wird. Ausführliche Veröffentlichungen sensibilisieren zugleich auch andere Wirtschaftsteilnehmer dafür, ihr Verhalten anzupassen – die öffentliche Durchsetzung des Kartellrechts wird so gestärkt.

Abschliessend ist auf die Rechtsprechung zur Veröffentlichung von Kronzeugeninformationen zu verweisen. Die Rechtsprechung bestätigt die restriktive Handhabe der Kommission, keine Informationen aus der Kronzeugenerklärung selbst zu veröffentlichen. Dies kann in zweierlei Hinsicht aufgefasst werden:

- Zum einen kann hierin eine Bestätigung der Kategorisierung der Verfahrensdokumente durch die KSRL erblickt werden. Hiermit ginge wohl einher, dass der EuGH den absoluten Schutz der Dokumente der «schwarzen Kategorie» und somit der Kronzeugenerklärung für primärrechtskonform befindet.⁵⁴⁵
- Zum anderen kann die Rechtsprechung auch als Argument für den starken Schutz der Kronzeugeninformationen und insbesondere der Kronzeugenerklärung gesehen werden. Dieses Verständnis beschränkt sich jedoch auf die Veröffentlichung der Kommissionsbeschlüsse.

Zu folgen ist der zuletzt genannten Ansicht: Die Veröffentlichung von Beschlüssen ist grundsätzlich von Konstellationen zu unterscheiden, in denen ein Kartellopfer nachweist, dass sein Anspruch auf Kartellschadener-

545 Siehe zur Kategorisierung der Verfahrensdokumente *oben* § 8. 3.

satz mit den Kronzeugeninformationen steht und fällt.⁵⁴⁶ Trifft dies zu, sollte im Einzelfall der Zugang zu den erbetenen Informationen gewährt werden.⁵⁴⁷ Da es an einer solchen Abwägungsmöglichkeit im Rahmen der Veröffentlichung fehlt und diese Möglichkeit für die Durchsetzung von Kartellschadenersatzansprüchen von grosser Bedeutung sein kann, ist die Rechtsprechung auf die Veröffentlichung der Kommissionsbeschlüsse zu beschränken.

546 Siehe zu diesen Konstellationen *oben* § 8. 4.

547 Zum Nachweis eines öffentlichen Interesse an der Geltendmachung des Kartellschadenersatzes siehe *unten* § 10. 2. IV. b.

§ 10. Zugang nach der TransparenzVO

Die im Jahr 2001 eingeführte TransparenzVO verspricht Kartellopfen einen unkomplizierten Zugang zu den Verfahrensdokumenten der Kommission. Die potenzielle Bedeutung dieser Zugangsrouten erklärt sich vor dem Hintergrund, dass die Mehrheit der kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten kaum prozessuale Instrumente kennt, die der *«pre-trial discovery»* ähneln.⁵⁴⁸ Kommt es allerdings zu einem Kommissionsverfahren, gelangen viele der Informationen in Behördenbesitz, was die Attraktivität eines auf die TransparenzVO gestützten Zugangs erklärt.⁵⁴⁹ Ob die TransparenzVO allerdings eine valable Option zur Beweismittelbeschaffung darstellt und ob die darauf beruhende Hoffnung der Kartellopfen berechtigt ist, bildet den Gegenstand dieses Kapitels.

1. Grundsatz des grösstmöglichen Zugangs

Art. 42 GRCh und Art. 15 Abs. 3 AEUV verankern ein allgemeines EU-Informationszugangsrecht. Die TransparenzVO konkretisiert diesen Anspruch.⁵⁵⁰ Laut Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 hat jeder Unionsbürger das Recht auf Zugang zu sämtlichen im Besitz eines der europäischen Organe befindlichen Dokumente.⁵⁵¹ Art. 6 Abs. 1 TransparenzVO wird konkreter und enthält einen subjektiven und individuellen Anspruch auf den grösstmöglichen Zugang zu den Dokumenten der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union.⁵⁵² Dieses – fast – voraussetzungslose «Je-

548 Siehe zur *«pre-trial discovery»* oben § 5. 2.

549 ASHTON, Competition, N 4.67; REY, Interaction, S. 116; vgl. auch ŁUSZCZ, Gunpowder, S. 489 f., der zutreffend darauf hinweist, dass die Strenge der wettbewerbsrechtlichen Zugangsregime Kartellopfen zwingt, alternative Möglichkeiten der Informationsgewinnung zu finden; in diese Richtung auch VAN BAEL, Due Process, S. 191, nach dem der Wert der TransparenzVO für den Geschädigten nicht zu unterschätzen sei.

550 EuG 28.03.2017, Rs. T-210/15, *Deutsche Telekom/Kommission*, EU:T:2017:224, N 113; KELLERHALS/BAUMGARTNER, Publikationsrecht, S. 9 f.

551 Die Weite des Zugangsrechts wird ferner durch die Erw. 4 VO 1049/2001 unterstrichen; vgl. auch Erw. 11 VO 1049/2001, laut der ebenfalls grundsätzlich alle Dokumente im Besitz der Organe für die Öffentlichkeit zugänglich sein sollten.

552 EuG 12.05.2015, Rs. T-623/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España/Kommission*, EU:T:2015:268, N 52.

dermannsrecht»⁵⁵³ soll eine transparente und öffentliche Verwaltung sichern.⁵⁵⁴ Folglich sind auch die Anspruchsvoraussetzungen ausgesprochen gering – die einzige Voraussetzung ist, dass der Antragsteller seinen Wohnsitz oder statuarischen Sitz innerhalb der EU hat.⁵⁵⁵ Der Antrag ist folglich nicht zu begründen und bedarf keines Nachweises eines irgendwie gearteten Interesses.⁵⁵⁶ Ferner kann nach den gleichen Grundsätzen auch natürlichen oder juristischen Personen, die keinen Wohnsitz oder statuarischen Sitz innerhalb der EU haben, der Zugang zu Dokumenten gewährt werden.⁵⁵⁷

Wurde der Zugang zu einem Dokument einmal gewährt, ist das Dokument in der Folge jedermann zugänglich – nach Art. 4 VO 1049/2001 gilt es dann als «verbreitet».⁵⁵⁸ Der Zugang richtet sich somit nicht exklusiv an den Antragsteller, sondern steht grundsätzlich jedermann offen – die Offenlegung erfolgt *erga omnes*.⁵⁵⁹ Ausserdem trifft den Empfänger keine Beschränkung der Verfügung über das Dokument, sondern er kann es uneingeschränkt verwerten.⁵⁶⁰

553 Stancke et al.-RUSTER, Kap. G. N 356; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 133.

554 EuGH 28.06.2012, Rs. C-477/10 P, *Kommission/Agrofert Holding*, EU:C:2012:394, N 51; EuG 12.05.2015, Rs. T-623/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España/Kommission*, EU:T:2015:268, N 52; ANDERSSON, Quest, S. 142; ASHTON, Competition, N 4.67; FRENZ, Dokumentenzugang, S. 779; vgl. KELLERHALS/BAUMGARTNER, Publikationsrecht, S. 9 f.

555 Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001.

556 Art. 6 Abs. 1 VO 1049/2001; EuG 06.07.2006, verb. Rs. T-391/03, *Franchet und Byk/Kommission*, EU:T:2006:190, 82; EuG 13.04.2005, Rs. T-2/03, *VKI/Kommission*, EU:T:2005:125, N 109; WILS/ABBOTT, File, S. 266.

557 Art. 2 Abs. 2 VO 1049/2001; wird ein Antrag einer Person mit Sitz ausserhalb der EU abgewiesen, steht ihr die Beschwerde beim Europäischen Bürgerbeauftragten allerdings nicht offen. Hingegen kann sie nach Art. 263 Abs. 4 AEUV Klage vor dem EuG erheben; vgl. Kommission, TransparenzVO, Art. 1.

558 EuG 18.09.2014, Rs. T-447/11, *Lian Catinis/Kommission*, EU:T:2014:267, N 47; EuG 26.04.2016, Rs. T-221/08, *Strack/Kommission*, EU:T:2016:242, N 128; WILS/ABBOTT, File, S. 266.

559 EuG 21.10.2010, Rs. T-439/08, *Kalliope Agapiou Joséphidès/Kommission*, EU:T:2010:442, N 116; EuG 26.04.2016, Rs. T-221/08, *Strack/Kommission*, EU:T:2016:242, N 128; in der englischsprachigen Literatur wird dann auch bezeichnenderweise von einer «*erga omnes rule*» gesprochen; DRIESSEN, Transparency, S. 44 f.

560 Exemplarisch EuG 07.03.2013, Rs. T-64/12, *Henkel und Henkel France/Kommission*, EU:T:2013:116, N 47.

2. Ausschlussgründe

In § 8 wurden die praktischen Herausforderungen der Einsicht Dritter während der Kommissionsverfahren aufgezeigt. Im Gegensatz dazu steht der Grundsatz des grösstmöglichen Zugangs nach der TransparenzVO: Ohne Rücksicht auf eine irgendwie geartete Beziehung des Antragstellers wird der Zugang zu sämtlichen Dokumenten gewährt. Dies wirft mit besonderer Dringlichkeit die Frage auf, ob die TransparenzVO auf Dokumente aus Kommissionsverfahren Anwendung findet. Kommt das Informationszugangsrecht zur Anwendung, obwohl die verwaltungsrechtliche Akteneinsicht in dieselben Dokumente bedeutend strenger ausfällt?

Die VO 1/2003 und die VO 773/2004 geben hierauf keine Antwort – sie enthalten keine spezifischen Vorschriften, die die Anwendung der TransparenzVO während eines Verwaltungsverfahrens ausschliessen oder sogar einen Vorrang der VO 1049/2001 vorsähen.⁵⁶¹ Der TransparenzVO lässt sich ebenso wenig entnehmen, dass das Wettbewerbsrecht gesondert behandelt wird.⁵⁶² Auch wenn sich aus den Verordnungen kein Rangverhältnis zueinander ableiten lässt und sie unterschiedliche Regelungsgehalte haben, führen sie in funktioneller Hinsicht zu einer vergleichbaren Ausgangslage: Verfahrensdocumente werden offengelegt.⁵⁶³ Der EuGH hat mittlerweile die Anwendbarkeit der TransparenzVO auf Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren bejaht.⁵⁶⁴ Ein Antrag kann somit bereits

561 EuGH 28.06.2012, Rs. C-477/10 P, *Kommission/Agrofert Holding*, EU:C:2012:394, N 52; EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 84; EuG 07.10.2014, Rs. T-534/11, *Schenker/Kommission*, EU:T:2014:854, N 50.

562 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 127; SCHOCH, IFG, Einl. N 114.

563 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 89; EuGH 28.06.2012, Rs. C-477/10 P, *Kommission/Agrofert Holding*, EU:C:2012:394, N 61; EuGH 29.06.2010, Rs. C-139/07 P, *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau*, EU:C:2010:376, N 59; EuGH 28.06.2012, Rs. C-404/10 P, *Kommission/Éditions Odile Jacob*, EU:C:2012:393, N 120; EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 32.

564 Zur Anwendbarkeit der TransparenzVO auf Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren: EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 61, 85; so auch bereits das EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 31; vgl. auch Erw. 20 KSRL und Art. 6 Abs. 2 KSRL; Anwendbarkeit der TransparenzVO auf Dokumente aus der Beihilfenkontrolle: EuGH 29.06.2010, Rs. C-139/07 P, *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau*, EU:C:2010:376, N 58 ff.; Anwendbarkeit der TransparenzVO auf Dokumente aus der Fusionskontrolle: EuGH 28.06.2012, Rs. C-477/10 P, *Kommission/Agrofert Holding*, EU:C:2012:394, N 69; EuGH 28.06.2012, Rs. C-404/10 P,

während eines laufenden Kommissionsverfahrens gestellt werden.⁵⁶⁵ Kartellopfen steht folglich bereits während eines Verfahrens ein Informationszugangsrecht zu. Hingegen ist zu berücksichtigen, dass eine parallele Anwendung zu Wertungswidersprüchen führen kann, die zwingend zu vermeiden sind.⁵⁶⁶ Sie lassen sich vermeiden, indem die Verordnungen kohärent angewandt werden.⁵⁶⁷ Eine Möglichkeit einer kohärenten Anwendung ist eine entsprechende Auslegung der Ausnahmen vom Informationszugangsrecht.

I. Absolute und relative Ausschlussgründe

Ob einem Antrag stattgegeben wird, hängt massgeblich davon ab, ob auf das entsprechende Dokument einer der absoluten oder relativen Ausschlussgründe Anwendung findet,⁵⁶⁸ die nach der Rechtsprechung – zumindest in Bezug auf nicht kartellrechtliche Verfahren – eng auszulegen und anzuwenden sind.⁵⁶⁹ Die absoluten Ausschlussgründe finden sich in Art. 4 Abs. 1 VO 1049/2001. Tangiert ein auf die TransparenzVO gestützter Zugang eines der darin normierten Interessen, schliesst das den Zugang

Kommission/Éditions Odile Jacob, EU:C:2012:393, N 122; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-Wettbewerbsrecht, § 23 N 59f., sprechen vom Grundsatz der Konkordanz; vgl. auch MILDE, Schutz des Kronzeugen, S. 107 f.; FRENZ, Dokumentenzugang, S. 779 f.; SCHOCH, IFG, Einl. N 114.

565 Für eine Anwendbarkeit der VO 1049/2001 auf ein laufendes Verfahren: PEYER, Access, S. 70; KELLERBAUER, Ermittlungsakte, S. 692; BAKOWITZ, Informations-herrschaft, S. 74; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 137, sprechen von einer kohärenten Anwendung der VO 1/2003, VO 773/2004 sowie der VO 1049/2001.

566 Exemplarisch EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 38 f.; MILDE, Schutz des Kronzeugen, S. 107.

567 Siehe statt vieler MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-Wettbewerbsrecht, § 23 N 59f.; DAWIRS, Zugriff, S. 159; MILDE, Schutz des Kronzeugen, S. 107 m. w. N.

568 MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-Wettbewerbsrecht, § 23 N 59e.

569 EuGH 21.09.2010, verb. Rs. C-528/07 P, *Schweden/API u. a.*, EU:C:2010:541, N 73; EuGH 01.02.2007, Rs. C-266/05 P, *Sison/Rat*, EU:C:2007:75, N 63; EuGH 18.12.2007, Rs. C-64/05 P, *Schweden/Kommission*, EU:C:2007:802, N 66; EuGH 01.07.2008, verb. Rs. C-39/05 P, *Schweden und Turco/Kommission*, EU:C:2008:374, N 36; EuG 13.04.2005, Rs. T-2/03, *VKI/Kommission*, EU:T:2005:125, N 106; EuG 05.02.2018, Rs. T-611/15, *Edeka/Kommission*, EU:T:2018:63, N 59; DRIESSEN, Transparency, S. 62 f.; vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-Wettbewerbsrecht, § 23 N 59f.

aus.⁵⁷⁰ Es kommt dann zu keiner Abwägung der zur Disposition stehenden Interessen.

Die Ausnahmen lassen sich zwei Gruppen zuweisen:

- Art. 4 Abs. 1 Bst. a VO 1049/2001: Diese Ausnahme greift, wenn der Zugang den Schutz eines – hier nicht näher interessierenden – öffentlichen Interesses beeinträchtigt.
- Art. 4 Abs. 1 Bst. b VO 1049/2001: Der Zugang ist zu verwehren, wenn er den Schutz der Privatsphäre oder die Integrität des Einzelnen beeinträchtigt.

Enthalten Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren personenbezogene Daten, sind sie grundsätzlich vom Zugang ausgenommen und entsprechend zu schwärzen. In der EU – anders als (noch) in der Schweiz⁵⁷¹ – fallen unternehmensbezogene Daten nicht in den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 Bst. b VO 1049/2001. Sie betreffen die wirtschaftliche Tätigkeit und nicht die Privatsphäre einer Person.⁵⁷² Im gegenteiligen Fall wäre Kartellopfern der Zugang zu Verfahrensdokumenten der Kommission fast immer verwehrt.

In wettbewerbsrechtlichen Verfahren sind die relativen Ausschlussgründe praktisch relevanter als die absoluten. Erstere finden sich in Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 VO 1049/2001. Der Zugang zu einem Dokument kann – und muss nicht – verweigert werden, wenn eines der folgenden Interessen gefährdet ist:

- Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2004: Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person
- Art. 4 Abs. 2 zweiter GS VO 1049/2004: Schutz von Gerichtsverfahren und der Rechtsberatung
- Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2004: Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten
- Art. 4 Abs. 3 VO 1049/2001: Der Zugang kann verwehrt werden, wenn er den Entscheidungsprozess der Kommission gefährdet.

Die relativen Ausschlussgründe stehen nach Art. 4 Abs. 2 a. E. und Abs. 3 a. E. VO 1049/2001 unter dem Vorbehalt, dass kein überwiegendes öffentliches Interesse für den Zugang spricht. Greift somit ein relativer Ausschlussgrund, ist der Zugang nicht zwingend ausgeschlossen, weil das öffentliche Interesse an der Transparenz überwiegen und den Zugang

570 DRIESSEN, *Transparency*, S. 61; ROSSI/VINAGRE E SILVA, *Access*, S. 145.

571 Siehe *unten* § 16. 5. II.

572 BAKOWITZ, *Informationsherrschaft*, S. 88 f. m. w. N.

rechtfertigen kann.⁵⁷³ Ferner bedarf es mehr als einer hypothetischen Verletzungsgefahr, um einen Zugangsantrag zurückzuweisen.⁵⁷⁴ Eine Verweigerung ist nur möglich, wenn das geschützte Interesse konkret und nachgewiesenermassen beeinträchtigt wird.⁵⁷⁵

Dementsprechend kann ein Zugangsantrag grundsätzlich nur dann abgelehnt werden, wenn eine konkrete und individuelle Prüfung jedes einzelnen Dokuments vorgenommen wurde.⁵⁷⁶ Eine pauschale Prüfung ist somit grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings hat die Kommission in der jüngsten Vergangenheit die meisten Gesuche von Kartellopfen um Zugang zu Verfahrensdokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren abgelehnt und somit auf die Vornahme einer konkreten und individuellen Prüfung verzichtet. Die europäischen Instanzgerichte haben dieses Vorgehen unterschiedlich bewertet und die Praktikabilität der TransparenzVO für die Kartellopfer massgeblich beeinflusst.

II. Ausschlussgründe in wettbewerbsrechtlichen Verfahren

Die Auslegung der Ausschlussgründe durch die europäischen Gerichte lässt sich grob in eine geschädigtenfreundliche und eine behördenfreundliche Auslegung unterscheiden. Beide Positionen sind im Folgenden aufzuzeigen, und zwar anhand der folgenden Urteile:

- VKI⁵⁷⁷
- CDC *Hydrogene Peroxide*⁵⁷⁸
- EnBW (EuG)⁵⁷⁹

573 DRIESSEN, *Transparency*, S. 65 f.; ROSSI/VINAGRE E SILVA, *Access*, S. 145 f.; SCHOCH, IFG, Einl. N 125.

574 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 84; EuG 13.04.2005, Rs. T-2/03, *VKI/Kommission*, EU:T:2005:125, N 69; vgl. auch MESTMÄCKER/SCHWEITZER, *EU-Wettbewerbsrecht*, § 23 N 59g.

575 EuGH 01.07.2008, verb. Rs. C-52/05 P, *Schweden und Turco/Kommission*, EU:C:2008:374, N 50; EuG 05.02.2018, Rs. T-611/15, *Edeka/Kommission*, EU:T:2018:63, N 60.

576 EuGH 01.07.2008, verb. Rs. C-52/05 P, *Schweden und Turco/Kommission*, EU:C:2008:374, N 38; Schlussanträge GA Maduro 29.11.2007, verb. Rs. C-39/05 P, *Schweden und Turco/Kommission*, EU:C:2007:721, N 32; vertiefend hierzu WOLFF, *Dokumenten Zugangsrecht*, S. 124 f.

577 EuG 13.04.2005, Rs. T-2/03, *VKI/Kommission*, EU:T:2005:125.

578 EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*.

579 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242.

- *Niederlande* (Bitumen)⁵⁸⁰
- *EnBW* (EuGH)⁵⁸¹

a. Die geschädigtenfreundliche Rechtsprechung

Das EuG hielt im Urteil in der Rechtssache *VKI* allgemein fest, dass die Kommission grundsätzlich verpflichtet sei, den Inhalt der in einem Antrag bezeichneten Dokumente konkret und individuell zu prüfen.⁵⁸² Auf eine konkrete und individuelle Prüfung könne nur verzichtet werden, wenn die Verwaltung hierdurch in einem besonderen Masse belastet würde und eine Einzelfallprüfung nicht mehr verhältnismässig wäre.⁵⁸³ Ohne im konkreten Fall darüber zu entscheiden, ob der Antrag zu einer unverhältnismässigen Belastung der Verwaltungstätigkeit führen würde, erklärte das Gericht den Kommissionsbeschluss für nichtig, weil die Kommission keine andere Möglichkeit untersucht habe, die einen geringeren Arbeitsaufwand erfordert oder die Gewährung eines teilweisen Zugangs nach Art. 4 Abs. 6 VO 1049/2001 ermöglicht hätte.⁵⁸⁴

Das Urteil des EuG in der Rechtssache *CDC Hydrogene Peroxide* bestätigte die Notwendigkeit und Bedeutung einer individuellen und konkreten Prüfung.⁵⁸⁵ Im Vordergrund, und im Gegensatz zur Rechtssache *VKI*, stand der Zugang zu einem einzelnen Dokument der Verfahrensakte bzw. zum Inhaltsverzeichnis der Verfahrensakte des *Wasserstoffperoxid*-Beschlusses.⁵⁸⁶ Laut dem EuG fehlt es zwar an einer Definition der geschäftlichen Interessen nach Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001; allerdings könne nicht jede Information über ein Unternehmen und dessen Geschäftsbeziehungen unter den Schutz dieser Bestimmung fallen. Ein zu weites Begriffsverständnis des geschäftlichen Interesses untergrabe den Grundsatz

580 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande* (Bitumen), EU:T:2013:480.

581 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112.

582 EuG 13.04.2005, Rs. T-2/03, *VKI/Kommission*, EU:T:2005:125, N 74.

583 EuG 13.04.2005, Rs. T-2/03, *VKI/Kommission*, EU:T:2005:125, N 102, 108, 112, die Akte enthielt nota bene 47 000 Dokumente, ohne die internen Dokumente zu berücksichtigen, N 17.

584 EuG 13.04.2005, Rs. T-2/03, *VKI/Kommission*, EU:T:2005:125, N 92, 115, 126; vgl. auch BEUMER/KARPETAS, *Disclosure*, S. 138 f.

585 EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752.

586 Beschluss der Kommission vom 03.05.2006, COMP/F/38.620 – *Wasserstoffperoxid und Perborat* (ABl. 2006, L 353, ZF, S. 54 ff.).

des grösstmöglichen Zugangs.⁵⁸⁷ Solange das Verzeichnis keine vertraulichen Informationen preisgibt, fehle es an einer möglichen Gefährdung.⁵⁸⁸ Auch könne das Interesse eines Unternehmens, nicht für die durch eine Zuwiderhandlung entstandenen Schäden in Anspruch genommen zu werden, nicht als geschäftliches Interesse nach Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 eingestuft werden.⁵⁸⁹ In Bezug auf den Ausschlussgrund nach Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 («Schutz der Untersuchungstätigkeit») wurde das EuG konkreter: Eine weite Auslegung des Ausschlussgrunds ermögliche es der Kommission, den Zugang zu sämtlichen Verfahrensdokumenten ohne zeitliche Beschränkung durch den blossen Verweis auf künftige Beeinträchtigungen des Kronzeugenprogramms zu verweigern.⁵⁹⁰ Eine derart weite Interpretation des Ausschlussgrunds nach Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 sei nicht mit dem Grundsatz des grösstmöglichen Zugangs vereinbar.⁵⁹¹

Das EuG setzte sich im Urteil in der Rechtssache *EnBW* (EuG)⁵⁹² vertiefter mit der konkreten Vorgehensweise der Kommission auseinander. Zwar sei die Kommission grundsätzlich dazu verpflichtet, jedes der angeforderten Dokumente zu prüfen;⁵⁹³ allerdings billigte das EuG das Vorgehen, die Dokumente der Verfahrensakte in verschiedene Dokumentenkategorien zu unterteilen, auf die dann ein Ausschlussgrund vermutungsweise Anwendung findet. Dieses Vorgehen sei jedoch nur möglich, wenn sämtliche in einer Kategorie befindlichen Dokumente

- offenkundig und in vollem Umfang unter einen der Gründe für den Ausschluss vom Zugangsrecht fallen⁵⁹⁴ und
- die gleiche Art von Informationen enthalten und für sie dieselben Erwägungen gelten⁵⁹⁵.

587 EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752, N 44.

588 EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752, N 45.

589 EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752, N 49; siehe zur objektiven Schutzwürdigkeit *oben* § 8. 1 II. a. (1). (i).

590 EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752, N 70.

591 EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752, N 71.

592 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242.

593 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 28.

594 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 65.

595 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 66 f.

Nach dem EuG genügte die von der Kommission vorgenommene Kategorisierung diesen Anforderungen nicht. Die Kommission habe die unterschiedlichen Kategorien hauptsächlich hinsichtlich des Schutzes des Kronzeugenprogramms gerechtfertigt,⁵⁹⁶ weswegen die Aufteilung künstlich und daher nicht rechtmäßig sei.⁵⁹⁷

Auch schütze Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 («Schutz der Untersuchungstätigkeit») nicht die Wirksamkeit des Kronzeugenprogramms allgemein.⁵⁹⁸ Träfe dies zu, könnte jedes Dokument unter Hinweis auf die Wirksamkeit des Kronzeugenprogramms der Anwendbarkeit der TransparenzVO entzogen werden.⁵⁹⁹ Im Einklang mit dem Urteil in der Rechtssache *CDC Hydrogene Peroxide* wurde festgehalten, dass Kronzeugenprogramme nicht die einzige Möglichkeit seien, die Wirksamkeit des Wettbewerbs sicherzustellen, sondern dass dieser Zweck auch durch privatrechtliche Klagen erreicht werden könne.⁶⁰⁰

b. Die behördenfreundliche Rechtsprechung

Das Urteil in der Rechtssache *Niederlande (Bitumen)* erging nach dem Urteil in der Rechtssache *EnBW* (EuG) und vor dem Urteil in der Rechtssache *EnBW* (EuGH) und steht in einem deutlichen Gegensatz zu den soeben besprochenen Rechtssachen *EnBW* (EuG), *CDC Hydrogene Peroxide* und *VKI*.⁶⁰¹ Die Kommission verwehrte den Zugang zur vertraulichen Fassung des Beschlusses auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 («Schutz von Geschäftsinteressen») und Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 («Schutz der Untersuchungstätigkeit»). In Übereinstimmung mit der EuGH-Rechtsprechung in Beihilfe- und Fusionskontrollverfahren gestand das EuG der Kommission zu, sich auf eine allgemeine Vermutung zu stützen, wenn für bestimmte Kategorien von

596 Vgl. so EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 72.

597 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 74 ff.

598 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 124.

599 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 125.

600 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 128, mit Verweis auf EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 27; vgl. auch EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752, N 77.

601 Vgl. WOLFF, Dokumentenzugangsrecht, S. 243, die von einer «Kehtwende» spricht.

Dokumenten vergleichbare allgemeine Erwägungen gelten.⁶⁰² Laut EuG gefährdet ein Zugang Dritter zum Schriftverkehr zwischen den Verfahrensbeteiligten und der Kommission das Gleichgewicht zwischen der Verpflichtung, sensible Geschäftsinformationen mitzuteilen, und der Pflicht zum Schutz dieser Informationen.⁶⁰³ Ein auf die TransparenzVO gestützter Zugang Dritter störe dieses Gleichgewicht.⁶⁰⁴ Auch beeinträchtige ein Zugang Dritter zu Kronzeugeninformationen die nach Art. 4 Abs. 2 erster und dritter GS VO 1049/2001 geschützten Interessen.⁶⁰⁵ Auch wenn der Schutz von Kartelltätern vor zivilrechtlicher Inanspruchnahme nicht schutzwürdig sei,⁶⁰⁶ seien die Feststellungen der Kommission in Bezug auf die Zuwiderhandlung gegenüber der Öffentlichkeit grundsätzlich vertraulich und damit vom Berufsgeheimnis bzw. von Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 erfasst – dies gelte bis zur Rechtskraft des Beschlusses.⁶⁰⁷

Der EuGH folgte in seinem Urteil in der Rechtssache *EnBW* (EuGH)⁶⁰⁸ dem vom EuG in der Rechtssache *Niederlande (Bitumen)* gewählten Ansatz und hob folglich das Urteil der Vorinstanz in *EnBW* (EuG) auf. Der EuGH folgte der Kommission dahin gehend, dass die Ausschlussgründe nach Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 («Schutz von Geschäftsinteressen») und des Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 («Schutz der Untersuchungstätigkeit») vermutungsweise auf sämtliche Dokumente der fünf von der Behörde gebildeten Kategorien Anwendung fänden.⁶⁰⁹ Ein weiterer Zugang würde das vom Gesetzgeber in VO 1/2003 und VO 773/2004 geschaffene Gleichgewicht bedrohen.⁶¹⁰ Ferner gälten als sensible Geschäftsinformationen insbesondere Informationen, die Aufschluss über die ge-

602 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 35, 37; EuGH 01.07.2008, verb. Rs. C-39/05 P, *Schweden und Turco/Kommission*, EU:C:2008:374, N 50; EuGH 28.06.2012, Rs. C-404/10 P, *Kommission/Éditions Odile Jacob*, EU:C:2012:393, N 116; EuGH 29.06.2010, Rs. C-139/07 P, *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau*, EU:C:2010:376, N 53 f.

603 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 39.

604 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 40.

605 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 42.

606 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 51.

607 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 52; vgl. EuG 12.10.2007, Rs. T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe/Kommission*, EU:T:2007:306, N 78.

608 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112.

609 Vgl. EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 94.

610 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 90; für die Anwendbarkeit der gleichen Vermutung auf Verwaltungsverfahren nach Art. 102 AEUV siehe EuG 28.03.2017, Rs. T-210/15, *Deutsche Telekom/Kommission*

schäftlichen Strategien der beteiligten Unternehmen, die Höhe ihres Umsatzes, ihre Marktanteile oder ihre Geschäftsbeziehungen geben.⁶¹¹ Der EuGH äusserte sich darüber hinaus nicht zum Wesensinhalt der Ausnahmegründe nach Art. 4 Abs. 2 erster und dritter GS VO 1049/2001 und wies lediglich darauf hin, dass der Schutz vertraulicher Informationen und der Schutz der Untersuchungstätigkeiten eng zusammenhängen würden.⁶¹²

c. Zwischenfazit

Die relativen Ausschlussgründe wurden vom EuG und vom EuGH jeweils unterschiedlich eng ausgelegt, und auch die vermutungsweise Anwendung der Ausschlussgründe auf die in Kategorien aufgeteilten Verfahrensdokumente durch die Kommission wurde nicht durchgehend für richtig befunden.⁶¹³ Die Pflicht zu einer individuellen und konkreten Prüfung stand zunächst im Vordergrund – nicht nur die Transparenz der Verwaltung wurde so gestärkt, sondern auch der Rechtsschutz des Einzelnen. Die Argumentation des EuG beruht auf der Annahme, dass der Kartellschadenersatz ebenso wie Kronzeugenprogramme einer wirksamen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts diene.⁶¹⁴ Entgegen der geschädigtenfreundlichen Tendenz wurde es der Kommission dann jedoch in der Rechtssache *EnBW* (EuGH) gestattet, die in Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 genannten Ausschlussgründe vermutungsweise auf die in Kategorien eingeteilten Verfahrensdokumente anzuwenden.⁶¹⁵ Dies bedeute jedoch nicht, dass die Behörde

on, EU:T:2017:224, N 31 f.; zur Akteneinsicht im Kommissionsverfahren siehe *oben* § 8. 1.

611 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 79; ähnlich EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 35.

612 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 79; ähnlich auch in EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 34; EuGH 28.06.2012, Rs. C-404/10 P, *Kommission/Éditions Odile Jacob*, EU:C:2012:393, N 115; EuGH 28.06.2012, Rs. C-477/10 P, *Kommission/Agrofert Holding*, EU:C:2012:394, N 56.

613 GODDIN, *Judgments*, S. 17; POLLEY, *Third Party*, S. 443.

614 Zur Übereinstimmung dieses Verständnisses mit dem festgestellten Anspruchszweck siehe *oben* § 7. 3.

615 Zur Beihilfenkontrolle EuGH 29.06.2010, Rs. C-139/07 P, *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau*, EU:C:2010:376, N 58 ff.; zur Fusionskontrolle: EuGH 28.06.2012, Rs. C-477/10 P, *Kommission/Agrofert Holding*, EU:C:2012:394, N 69; EuGH 28.06.2012, Rs. C-404/10 P, *Kommission/Éditions Odile Jacob*,

Zugangsanträge pauschal abweisen könne. Die Verfahrensdokumente seien zuvor in Kategorien aufzuteilen, auf die wiederum eine oder mehrere der Ausnahmen vermutungsweise Anwendung fänden.⁶¹⁶ Erst dann könne auf eine individuelle und konkrete Prüfung jedes einzelnen Dokuments verzichtet werden.

Die Rechtsprechung liess zudem erkennen, dass die Ausnahmen nach Art. 4 Abs. 2 erster und dritter GS VO 1049/2001 eng zusammenhängen würden. Auch bestehe wegen des weiten Begriffsverständnisses geschäftlicher Interessen nach Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 («Schutz von Geschäftsinteressen») grundsätzlich die Vermutung, dass fast sämtliche Dokumente, die für *Follow-on*-Schadenersatzprozesse relevant sind, vom Grundsatz des grösstmöglichen Zugangs ausgeschlossen seien.⁶¹⁷ Ferner ist die Tendenz zu erkennen, dass der Schutz der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts durch eine weite Auslegung des Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 («Schutz der Untersuchungstätigkeit») über das Transparenzinteresse gehoben wird, was die Informationsbeschaffung der Kartellopfer erschwert und den Rechtsschutz schwächt.

Die folgende Übersicht dient der Veranschaulichung dieser Aussage.⁶¹⁸

EU:C:2012:393, N 122; zu Verfahren nach Art. 101 f. AEUV: EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 85; so auch bereits das EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 31.

616 Zur Beihilfenkontrolle: EuGH 29.06.2010, Rs. C-139/07 P, *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau*, EU:C:2010:376, N 54; zur Fusionskontrolle: EuGH 28.06.2012, Rs. C-477/10 P, *Kommission/Agrofert Holding*, EU:C:2012:394, N 57; EuGH 28.06.2012, Rs. C-404/10 P, *Kommission/Éditions Odile Jacob*, EU:C:2012:393, N 116; zu Verfahren nach Art. 101 f. AEUV: EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 65; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-Wettbewerbsrecht, § 23 N 59h.

617 PEYER, Access, S. 69; HORNKOHL, Zugang, S. 607 ff.

618 Angelehnt an die Übersicht von PEYER, Access, S. 67.

Teil 3. Zugang zu Verfahrensdocumenten der Kommission – 2. Prüfschritt

Dokumenten-kategorie (in Anlehnung an <i>En-BW</i>)	Art der Vermutung nach VO 1049/2001		
	Schutz von Geschäftsinteressen (Art. 4 Abs. 2 erster GS)	Schutz der Untersuchungstätigkeit (Art. 4 Abs. 2 dritter GS)	Schutz des Entscheidungsprozesses (Art. 4 Abs. 3)
Dokumente aus Kronzeugenverfahren	Ja	Ja	Nein
Auskunftsersuchen und Erwidern der Parteien auf dieses Ersuchen	Ja	Ja	Nein
Dokumente aus Nachprüfungen	Ja	Ja	Nein
Mitteilung der Beschwerdepunkte und Erwidern der Parteien	Ja	Ja	Nein
Interne Dokumente			
Sachverhaltsbezogene Dokumente	Nein	Ja	Ja
Verfahrensdokumente	Nein	Ja	Nein
Abb. 5: Vermutungen nach der TransparenzVO und deren Anwendung auf die Verfahrensdokumente der Kommission in Anlehnung an die Rechtssache <i>EnBW</i>			

III. Vermutungsdauer

Der Begriff der Vermutungsdauer bezeichnet im Folgenden den Zeitraum, in dem die Kommission keine individuelle und konkrete Prüfung jedes einzelnen Dokuments vornehmen muss, weil ein Ausschlussgrund vermutungswise auf sämtliche Dokumente einer Dokumentenkategorie Anwendung findet.

a. Vermutungsdauer des Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 («Schutz der Untersuchungstätigkeit»)

Nach dem EuGH gilt die Untersuchungstätigkeit in Bezug auf ein Kommissionsverfahren als abgeschlossen, wenn die Entscheidung rechtskräftig ist.⁶¹⁹ Die Kommission kann sich somit auf die Vermutung nach Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 mindestens bis zum Zeitpunkt der Rechts-

619 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 99.

kraft ihres Beschlusses berufen.⁶²⁰ Das der Rechtssache *EnBW* (EuGH) zugrunde liegende Sanktionsverfahren war zum Zeitpunkt des Urteils noch nicht rechtskräftig, sodass die Untersuchungstätigkeit der Kommission zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung nicht als abgeschlossen galt. Bei genauerer Betrachtung der relevanten Urteilspassage fällt auf, dass die Aussage des EuGH zur möglichen Verfahrensdauer nicht aussagekräftig ist. Es wurde lediglich der Zeitpunkt festgelegt, von dem an die Vermutung nach Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 frühestens enden kann. Im Umkehrschluss bedeutet dies nicht, dass die Vermutung zu diesem Zeitpunkt zwingend enden muss. Offen ist demnach weiterhin, ob der Zugang zu Dokumenten der Verfahrensakte auch nach Rechtskraft verweigert werden kann, um zukünftige Untersuchungstätigkeiten der Kommission zu schützen – dies entspräche dem Urteil in der Rechtssache *Niederlande (Bitumen)*.⁶²¹

Im Anschluss an *EnBW* (EuGH) hielt das EuG in seinem Urteil in der Rechtssache *Schenker* fest, dass der Zugang Dritter auch nach Verfahrensabschluss die Bereitschaft von Unternehmen zur Kooperation in künftigen Verfahren mindern könne. Die Kommission könne daher je nach Ausgang veranlasst sein, das Verfahren wiederaufzunehmen, um eine neue Entscheidung zu fällen.⁶²² Daher sei der Zugang zu den Verfahrensdokumenten auch nach Abschluss des Verfahrens eine Gefahr für die Untersuchungstätigkeit.⁶²³ Scheinbar im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung hielt das EuG in seinem Urteil *AXA Versicherung* fest, dass die Kommission auf allgemeine Vermutungen zurückgreifen könne, solange das entsprechende Verfahren nicht abgeschlossen sei.⁶²⁴ Ist es in einem Verfahren an dem

620 Vgl. GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 138; WOLFF, Dokumentenzugangsrecht, S. 255 f.; BAKOWITZ, Informationsherrschaft, S. 94.

621 Für eine länger andauernde Vermutung: GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 139; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-Wettbewerbsrecht, § 23 N 59h; vgl. auch POLLEY/CLIFTON, Transparency, S. 643; a. A. SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges, S. 29; FRENZ, Dokumentenzugang, S. 781; Stancke et al.-RUSTER, Kap. G N 359; MOHR, Sicherung der Vertragsfreiheit, S. 716 f.; BECKER, Schadensersatz, S. 278 f.; offen in Bezug auf die Ausnahme nach Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 KELLERBAUER, Ermittlungsakte, S. 697.

622 EuG 07.10.2014, Rs. T-534/11, *Schenker/Kommission*, EU:T:2014:854, N 72; vgl. auch EuG 07.09.2017, Rs. T-451/15, *AlzChem/Kommission*, T: EU:2017:588, N 41 f.; EuG 25.03.2015, Rs. T-456/13, *Sea Handling/Kommission*, EU:T:2015:185, N 70 f.

623 EuG 07.10.2014, Rs. T-534/11, *Schenker/Kommission*, EU:T:2014:854, N 81.

624 EuG 07.07.2015, Rs. T-677/13, *AXA Versicherung/Kommission*, EU:T:2015:473, N 41.

Tag, an dem die Kommission einen Antrag auf Zugang erhält und hierzu Stellung nimmt, noch nicht zu einer Entscheidung gekommen oder sind Nichtigkeitsklagen gegen diese Entscheidung hängig, gelte das Verfahren als nicht abgeschlossen.⁶²⁵

b. Vermutungsdauer des Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 («Schutz von Geschäftsinteressen»)

Die Vermutungsdauer des Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 wurde nach wie vor nicht höchstrichterlich geklärt. Aufschlussreich, wenn auch widersprüchlich ist die diesbezügliche EuG-Rechtsprechung. Das EuG ging in seinem Urteil in der Rechtssache *EnBW* (EuG) von einer gegenseitigen Abhängigkeit zwischen dem tatsächlichen Alter einer Information und der zu erwartenden Intensität der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen aus, wenn Dritten der Zugang gewährt wird.⁶²⁶ In Bezug auf einen möglichen Richtwert, wann eine als wirtschaftlich sensibel geltende Information nicht mehr schutzwürdig sei, verwies das EuG auf die von der Kommission festgelegten Richtwerte im Rahmen der Akteneinsicht. Das Schutzbedürfnis in Bezug auf eine vertrauliche Information entfalle grundsätzlich nach Ablauf von fünf Jahren, ohne dass die Kommission oder die Unionsgerichte an die Richtwerte gebunden seien.⁶²⁷ Da die meisten Verfahrensakte bereits älter als fünf Jahre waren, hätte die Kommission eine konkrete und individuelle Prüfung der einzelnen Dokumente vornehmen müssen.⁶²⁸

Ein völlig anderes Verständnis zeigte sich im Urteil des EuG in der Rechtssache *Niederlande (Bitumen)*. Die Vermutung nach Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 finde unabhängig vom Verfahrensstand Anwendung – unerheblich sei somit, ob das Verfahren bereits abgeschlossen ist. Die Weitergabe wirtschaftlich sensibler Informationen an andere Verfahrensbeteiligte oder an Dritte könne sich für das jeweilige Unternehmen jederzeit schädlich auswirken.⁶²⁹ Dies wird vorliegend dahin gehend gewertet, dass die Ausnahme nach Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 auch nach

625 EuG 07.07.2015, Rs. T-677/13, *AXA Versicherung/Kommission*, EU:T:2015:473, N 41.

626 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 137.

627 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 138; siehe oben § 8. 1. II. a. (1). (ii).

628 EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 142.

629 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 43.

Beendigung des Verfahrens und auch nach Rechtskraft des Beschlusses noch gelte.⁶³⁰ Ferner sei es unerheblich, ob ein Verwaltungsverfahren durch einen Beschluss abgeschlossen oder aus anderen Gründen eingestellt wurde. In der Rechtssache *Deutsche Telekom* ersuchte diese um Zugang zu den Verfahrensakten einer bereits eingestellten Untersuchung betreffend den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.⁶³¹ Das EuG befand, dass unabhängig davon, ob eine Untersuchung abgeschlossen oder noch rechtshängig sei, eine allgemeine Vermutung gegen einen auf die VO 1049/2001 gestützten Zugang spricht. Ebenso wie in *Niederlande (Bitumen)* hielt das EuG fest, dass der Zugang zu Dokumenten eines rechtshängigen oder abgeschlossenen Verfahrens eine Gefahr nach Art. 4 Abs. 2 erster und dritter GS VO 1049/2001 darstelle.⁶³²

In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Sea Handling*⁶³³ und auf das Urteil des EuG in der Rechtssache *Arca Capital Bohemia*⁶³⁴ zu verweisen, denen jeweils ein abgeschlossenes beihilferechtliches Verfahren zugrunde lag. Die Urteile bekräftigten, dass ein Zugang nach Verfahrensabschluss zu einer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Verfahrensbeteiligten führen könne. Zudem wird in beiden Urteilen betont, dass die Rechtsprechung zum Zugang zu Verfahrensdokumenten aus Beihilfeverfahren und aus Kartellverwaltungsverfahren parallel anzuwenden sei.⁶³⁵ Zwar sei es nicht von der Hand

630 So auch EuG 07.10.2014, Rs. T-534/11, *Schenker/Kommission*, EU:T:2014:854, N 58; siehe dazu im gleichen Sinne EuG 12.05.2015, Rs. T-623/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España/Kommission*, EU:T:2015:268, N 71 ff., worin das EuG befand, dass die allgemeinen Vermutungen nach Art. 4 Abs. 2 erster und dritter GS VO 1049/2001 in Bezug auf die im Rahmen des ICN-Netzwerks ausgetauschten Informationen auch über den Abschluss des nationalen Verwaltungsverfahrens hinaus anwendbar sein sollen; АШТОН, Competition, N 4.134.

631 EuG 28.03.2017, Rs. T-210/15, *Deutsche Telekom/Kommission*, EU:T:2017:224, N 5.

632 EuG 28.03.2017, Rs. T-210/15, *Deutsche Telekom/Kommission*, EU:T:2017:224, N 45; vgl. für ein ähnliches Verständnis der Vermutungsdauer nach Art. 4 Abs. 2 erster und dritter GS VO 1049/2001; Europäischer Ombudsman, 1749/2018/RM, N 12 (<https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/106153>); Europäischer Ombudsman, 19/2017/THH, N 9 f. (<https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/85032>).

633 EuGH 14.07.2016, Rs. C-271/15 P, *Sea Handling/Kommission*, EU:C:2016:557.

634 EuG 11.11.2018, Rs. T-440/17, *Arca Capital Bohemia/Kommission*, EU:T:2018:898.

635 EuG 11.11.2018, Rs. T-440/17, *Arca Capital Bohemia/Kommission*, EU:T:2018:898, N 50 f.; EuGH 14.07.2016, Rs. C-271/15 P, *Sea Handling/Kommission*, EU:C:2016:557, N 45 f.

zu weisen, dass es Unterschiede in der Art und Durchführung von Beihilfeverfahren und von Kartellverfahren gebe; allerdings sei von einer ähnlichen Begrifflichkeit des geschäftlichen Interesses i. S. v. Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 auszugehen.⁶³⁶ Diese Ausführungen legen nahe, dass für die unterschiedlichen Wettbewerbsverfahren nach einem einheitlichen Ansatz gestrebt wird, weil ähnliche Überlegungen zu den geschäftlichen Interessen der Verfahrensbeteiligten angestellt werden.

c. Zwischenfazit

Das EuG scheint in Bezug auf die Dauer der Vermutung betreffend den Schutz geschäftlicher Interessen in der Tendenz anzunehmen, dass die geschäftlichen Interessen auch nach Rechtskraft des Kommissionsbeschlusses grosszügig zu schützen sind. Der EuGH hingegen hat sich bis anhin nicht zur Vermutungsdauer nach Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 geäussert, jedoch angedeutet, dass in allen wettbewerbsrechtlichen Verfahren das Verständnis der Ausnahmen ähnlich sei und diese somit auch über den Zeitpunkt der Rechtskraft des Beschlusses hinaus noch gelten könnten. Dies ist insofern kritisch zu hinterfragen, als in Beihilfe- und Fusionsverfahren aktuelle oder zukünftige Verhaltensweisen untersucht werden. Die Informationen sind somit grundsätzlich von wirtschaftlicher Bedeutung für die Verfahrensbeteiligten. Im Gegensatz hierzu wurden die in Kartellverwaltungsverfahren untersuchten Verhaltensweisen häufig bereits eingestellt – anders als in Beihilfe- und Fusionsverfahren sind die jeweiligen Informationen häufig bereits mehrere Jahre alt. Der Zugang gefährdet folglich die geschäftlichen Interessen, soweit sie überhaupt vorliegen, nicht im gleichen Masse wie der Zugang zu Dokumenten aus Beihilfe- und Fusionsverfahren. Es scheint zumindest fragwürdig, dieselbe Vermutungsdauer auf die Dokumente sämtlicher Wettbewerbsverfahren anzuwenden.⁶³⁷ Neben dem Umstand, dass dieses Verständnis der Verwaltungstransparenz und – zumindest mittelbar – dem wirksamen Rechtsschutz des Rechtsuchenden abträglich ist, ist darauf hinzuweisen, dass sich der Schutz der Verfahrensdokumente nach der TransparenzVO

636 EuG 11.11.2018, Rs. T-440/17, *Arca Capital Bohemia/Kommission*, EU:T:2018:898, N 51.

637 BADTKE/LANG, *Entwicklungen*, S. 278; HEMPEL, *Kartellverfahrensakten*, S. 298; a. A. GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 139.

vom Schutzniveau der KSRL unterscheidet, was an späterer Stelle wieder aufzugreifen ist.⁶³⁸

Weiter stellt sich die Frage, ob sich Kartellopfer auf die «*Evonik Degussa*»-Rechtsprechung berufen können, nach der Geschäftsgeheimnisse und andere vertrauliche Informationen, die älter als fünf Jahre sind, vermuthungsweise ihren schutzwürdigen Charakter verlieren.⁶³⁹ Aufgrund der unterschiedlichen Regelungsgegenstände des Art. 30 Abs. 1 VO 1/2003 und der TransparenzVO scheint eine Übernahme der erwähnten Rechtsprechung nicht per se angezeigt.⁶⁴⁰ Dennoch übt der Zeitablauf auch im Rahmen der TransparenzVO einen erheblichen Einfluss auf den wirtschaftlichen Wert von Informationen aus. Daher wäre es angebracht, im Rahmen der TransparenzVO ein ähnliches «Verfallsdatum» anzuwenden. Allerdings hat das EuG bereits mehrmals festgehalten, dass die Ausschlussgründe nach Art. 4 Abs. 7 VO 1049/2001 auch über einen Zeitraum von 30 Jahren oder länger gelten könnten.⁶⁴¹ Ein Antragsteller könne sich somit grundsätzlich nicht auf den Umstand stützen, dass die Informationen älter als fünf Jahre sind, um die allgemeinen Vermuthungen zu widerlegen.⁶⁴²

IV. Widerlegung der Vermutung

Sieht sich der Gesuchsteller mit einem Ausschlussgrund konfrontiert, ergeben sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten, die von der Kommission geltend gemachte Vermutung zu widerlegen:

- durch den Nachweis, dass ein bestimmtes Dokument nicht zu einer Dokumentenkategorie gehört, auf die eine Ausnahme vermuthungsweise Anwendung findet oder

638 Vgl. ANDERSSON, Quest, S. 146; siehe unten § 10. 3.

639 Siehe oben § 8. 1. II. a. (1) (ii).

640 Siehe oben § 9. 2.

641 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 44; vgl. auch EuG 07.10.2014, Rs. T-534/11, *Schenker/Kommission*, EU:T:2014:854, N 59; EuG 07.07.2015, Rs. T-677/13, *AXA Versicherung/Kommission*, EU:T:2015:473, N 63.

642 EuG 07.07.2015, Rs. T-677/13, *AXA Versicherung/Kommission*, EU:T:2015:473, N 63; vgl. auch EuGH 28.06.2012, Rs. C-404/10 P, *Kommission/Éditions Odile Jacob*, EU:C:2012:393, N 124 f.

- durch den Nachweis, dass am Zugang zu einem bestimmten Dokument ein überwiegendes öffentliches Interesse nach Art. 4 Abs. 2 a. E. VO 1049/2001 besteht.⁶⁴³

Den Widerlegungsmöglichkeiten ist gemeinsam, dass ihnen ein Antrag auf Zugang zu einem einzelnen oder mehreren bestimmten Dokumenten vorausgeht, aber nicht ein Antrag auf Zugang zu sämtlichen Dokumenten einer Verfahrensakte.⁶⁴⁴

a. «Dekategorisierung»

Die vermutungsweise Geltung eines Ausschlussgrunds ist widerlegt, wenn aufgezeigt wird, dass ein Dokument nicht zu einer Kategorie zählt, auf die der Ausschlussgrund vermutungsweise Anwendung findet.⁶⁴⁵ Diese Möglichkeit wird vorliegend als «Dekategorisierung» bezeichnet. Ein derartiger Nachweis erfordert jedoch grundsätzlich eine gewisse Kenntnis des Dokuments – denn ohne Kenntnis des Inhalts oder der Art eines Dokuments ist der Nachweis kaum zu erbringen, dass ein Dokument nicht zu einer Kategorie zählt. Um ein oder mehrere Dokumente zu «dekategorisieren», scheint eine zweistufige Herangehensweise angebracht: In einem ersten Schritt wird der Zugang zum Inhaltsverzeichnis der Verfahrensakte verlangt, um in einem zweiten Schritt nachzuweisen, dass ein spezifisches Dokument nicht von einer Vermutung erfasst ist.⁶⁴⁶

Hierfür ist es jedoch notwendig, dass das Inhaltsverzeichnis Dritten zugänglich gemacht wird. Allerdings steht die Kommission einem Zugang zu diesem Verzeichnis zurückhaltend gegenüber.⁶⁴⁷ In *CDC Hydrogene* und in *AXA Versicherungen* erklärte das EuG die Verweigerung des Zugangs zur nicht vertraulichen Fassung des Inhaltsverzeichnisses durch die

643 Ähnlich auch HORNKOHL, Zugang, S. 607 ff.

644 Stanke et al.-RUSTER, Kap. G N 361; ASHTON, Competition, N 4.95; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, N 141; CHIRITA, Disclosure, S. 163.

645 EuG 07.07.2015, Rs. T-677/13, *AXA Versicherung/Kommission*, EU:T:2015:473, N 59; EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 100; EuGH 13.03.2019, Rs. C-666/17 P, *AlzChem/Kommission*, EU:C:2019:196, N 37; EuGH 29.06.2010, Rs. C-139/07 P, *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau*, EU:C:2010:376, N 62.

646 HORNKOHL, Zugang, S. 607; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, N 141, 143; Stanke et al.-RUSTER, Kap. G N 359; BADTKE/LANG, Entwicklungen, S. 276 ff.; BECKER, Schadensersatz, S. 293.

647 Stanke et al.-RUSTER, Kap. G N 359 Fn. 26.

Kommission teilweise für unzulässig.⁶⁴⁸ Im Gegensatz dazu stützte das EuG in der Rechtssache *EDEKA* die restriktive Haltung der Kommission. Diese hatte den Zugang zum Inhaltsverzeichnis aus einem noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verwaltungsverfahren unter Berufung auf die Ausnahme nach Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 («Schutz der Untersuchungstätigkeit») verweigert.⁶⁴⁹ Die zweistufige Herangehensweise scheint auch durch die EuGH-Rechtsprechung erschwert, die in zwei beihilferechtlichen Verfahren befand, dass die Ausschlussgründe nach Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 auch auf einzelne Dokumente wie das Inhaltsverzeichnis Anwendung fänden.⁶⁵⁰

b. Nachweis eines überwiegenden öffentlichen Interesses

Obwohl der Zugang zu einem Dokument einen der relativen Ausschlussgründe beeinträchtigt, kann er gewährt werden, wenn nach Art. 4 Abs. 2 a. E. VO 1049/2001 ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung des Dokuments besteht.⁶⁵¹ In diesem Abschnitt ist zu klären, wann am Zugang zu Dokumenten durch ein Kartellopferein überwiegendes öffentliches Interesse besteht und wie dieses nachzuweisen ist. Im Mittelpunkt steht hierbei die Frage, ob das Interesse an der Geltendmachung von Kartellschadenersatz im Rahmen eines *Follow-on*-Prozesses ein überwiegendes öffentliches Interesse darstellt – dies scheint in Anbetracht der in § 7 dargestellten EuGH-Rechtsprechung naheliegend.

Ob das Interesse am Zugang zu einem Verfahrensdokument der Kommission ein öffentliches Interesse darstellt, untersuchte das EuG in seinem Urteil in der Rechtssache *Niederlande (Bitumen)*.⁶⁵² Ebenso wie in der Rechtssache *EnBW* (EuG) bekannte sich das EuG zu einem allfälligen

648 EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752, N 67; EuG 07.07.2015, Rs. T-677/13, *AXA Versicherung/Kommission*, EU:T:2015:473, N 167; vgl. BADTKE/LANG, *Entwicklungen*, S. 281.

649 EuG 05.02.2018, Rs. T-611/15, *Edeka/Kommission*, EU:T:2018:63, N 88.

650 EuGH 13.03.2019, Rs. C-666/17 P, *AlzChem/Kommission*, EU:C:2019:196, N 31; EuGH 14.07.2016, Rs. C-271/15 P, *Sea Handling/Kommission*, EU:C:2016:557, N 54.

651 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 100; EuG 07.07.2015, Rs. T-677/13, *AXA Versicherung/Kommission*, EU:T:2015:473, N 59; vgl. EuGH 13.03.2019, Rs. C-666/17 P, *AlzChem/Kommission*, EU:C:2019:196, N 38; EuGH 14.07.2016, Rs. C-271/15 P, *Sea Handling/Kommission*, EU:C:2016:557, N 42.

652 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480.

Beitrag von Schadenersatzklagen zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs.⁶⁵³ Dieser rechtfertige es hingegen nicht, das Interesse an der erfolgreichen Geltendmachung von Kartellschadenersatz als öffentliches Interesse zu qualifizieren; in *Follow-on*-Prozessen sei dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts bereits gedient, da die Kommission das Verhalten ja bereits im Verwaltungsverfahren aufgedeckt und sanktioniert habe.⁶⁵⁴

Der EuGH hingegen scheint das Interesse an der privatrechtlichen Geltendmachung in *Follow-on*-Verfahren nicht als ausschliesslich privates Interesse einzuschätzen. Nach dem EuGH ist das Interesse an der Geltendmachung von Kartellschadenersatz in gewissen Konstellationen ein öffentliches Interesse nach Art. 4 Abs. 2 a. E. VO 1049/2001.⁶⁵⁵ Allerdings genüge es nicht, dass sich der Antragsteller pauschal auf die Bedeutung des Kartellschadenersatzes für die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts berufe.⁶⁵⁶ Der Nachweis eines überwiegenden öffentlichen Interesses sei nicht erbracht, wenn nur allgemeine Erwägungen zur Bedeutung des Kartellschadenersatzes vorgetragen würden, die ihrer Art nach nicht schwerer wögen als die Argumente, die die Zugangsverweigerung rechtfertigen.⁶⁵⁷ Die Hürden für den Nachweis eines überwiegenden öffentlichen Interesses sind somit hoch.⁶⁵⁸

653 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 84; so auch EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 128.

654 EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 84; gleich auch *Devinish Nutrition Ltd. V Sanofi-Aventis SA* [2003] EWHC 2394; vgl. auch LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 7.156.

655 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 104, 108; gleich auch EuG 12.05.2015, Rs. T-623/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España/Kommission*, EU:T:2015:268, N 80; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, N 143; zurückhaltender MESTMÄCKER/SCHWEITZER, *EU-Wettbewerbsrecht*, § 23 N 59h; FRENZ, *Dokumentenzugang*, S. 780; vgl. auch REY, *Interaction*, S. 117.

656 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 105; vgl. EuG 07.07.2015, Rs. T-677/13, *AXA Versicherung/Kommission*, EU:T:2015:473, N 67.

657 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 105.

658 Permissiver im Hinblick auf das Bestehen eines öffentlichen Interesses: EFTA, E-14/11, *DB Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 21.12.2012, N 132; EFTA, E-10/17, *Nye Kystlink AS*, vom 17.09.2018, N 66 m. w. N., wobei nicht jeder der im letztgenannten Urteil erwähnten Verweise zwingend als zielführend erscheint.

Ferner bedürfe es für die erfolgreiche Erhebung einer Schadenersatzklage nicht sämtlicher Dokumente einer Verfahrensakte.⁶⁵⁹ Daher obliege es dem Antragsteller, den Nachweis der Notwendigkeit des Zugangs zu einem oder mehreren Dokumenten der Verfahrensakte zu erbringen, damit die Kommission zwischen den Interessen, die einen Zugang rechtfertigen, und den Interessen, die gegen den Zugang sprechen, abwägen könne.⁶⁶⁰ Der Nachweis der Notwendigkeit des Zugangs zu einem Dokument für die erfolgreiche Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche ist somit eine zwingende Voraussetzung für die Herausgabe einzelner Dokumente.⁶⁶¹ Erst wenn dieser Nachweis gelingt, kommt zum privaten Interesse ein öffentliches hinzu.

Wie bereits bei der «Dekategorisierung» beschrieben, ergibt sich hier eine ähnliche Problematik: Wie kann die Notwendigkeit des Zugangs überhaupt konkret nachgewiesen werden? Der EuGH begnügt sich mit der Feststellung, dass das vom Antragsteller vorgebrachte Argument, er sei für eine erfolgreiche Durchsetzung seines Anspruchs zwingend auf die Dokumente angewiesen, nicht substantiiert genug sei, um die Notwendigkeit des Zugangs konkret nachzuweisen.⁶⁶² Die Anforderungen an den Nachweis der Notwendigkeit der Verwendung der Dokumente wurden vom EuG in *Axa Versicherungen* näher umschrieben. Nach dem EuG obliegt es dem Antragsteller, die konkreten Anhaltspunkte darzulegen, aus denen sich die Notwendigkeit für eine erfolgreiche Schadenssubstanziierung vor dem Zivilgericht ergibt. Hierbei seien Sachargumente oder spezifische rechtliche Erwägungen vorzutragen.⁶⁶³ Dieser Ansatz wurde vom EuG in seinem Urteil in der Rechtssache *EDEKA* präzisiert. Der Gesuchsteller habe darzulegen, dass das erbetene Dokument für die Erhebung einer Schadenersatzklage «unverzichtbar» sei.⁶⁶⁴ In dieser Ausgangslage werde somit das Interesse an der erfolgreichen Geltendmachung von Schadenersatz zu einem öffentlichen Interesse, das i. S. v. Art. 4 Abs. 2 a. E. VO 1049/2001 als «überwiegendes Interesse» qualifiziert werden könne. Widersprüchlich erscheint ferner der Hinweis des EuG in der Rechtssache *EDEKA*, dass das

659 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 106.

660 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 107.

661 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 107.

662 EuGH 27.02.2014, Rs. C-365/12 P, *Kommission/EnBW*, EU:C:2014:112, N 132.

663 EuG 07.07.2015, Rs. T-677/13, *AXA Versicherung/Kommission*, EU:T:2015:473, N 73, 165.

664 EuG 05.02.2018, Rs. T-611/15, *Edeka/Kommission*, EU:T:2018:63, N 102; siehe zu diesem Erfordernis POLLEY/CLIFTON, *Transparency*, S. 646; Stancke et al.-RUSTER, Kap. G N 359; HORNSKOHLE, *Zugang*, S. 607 ff.

Interesse an der Geltendmachung von Kartellschadenersatz kein öffentliches Interesse sei.⁶⁶⁵ Träfe dies zu – was im Gegensatz zur EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *EnBW* stünde –, wäre eine Prüfung der «Unverzichtbarkeit» überhaupt nicht in Erwägung zu ziehen, da das Kartellopfer überhaupt kein öffentliches Interesse geltend machen könnte.

Somit ist vollkommen unklar, wie der Nachweis eines überwiegenden öffentlichen Interesses erbracht werden kann. Fraglich ist, inwiefern ein Kartellopfer überhaupt in der Lage sein kann, die Notwendigkeit des Zugangs zu bestimmten Dokumenten für die erfolgreiche Durchsetzung des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs darzulegen, ohne über eine nähere Kenntnis der Dokumente zu verfügen. Über welche Informationen muss der potenziell Geschädigte verfügen, um nachweisen zu können, dass der Zugang zu einem Dokument, dessen Inhalt er nicht kennt, für eine erfolgreiche Schadenersatzklage unabdingbar ist? Was, wenn sich allfällige Informationen fast ausschliesslich in einer Kronzeugenerklärung finden? Die Beantwortung dieser Fragen wird umso problematischer, wenn bedacht wird, dass selbst das Inhaltsverzeichnis der Verfahrensakte grundsätzlich nicht an Kartellopfer herausgegeben wird.

3. Wertende Zusammenfassung

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis, das die TransparenzVO bestimmt und nach dem der Zugang zu den Dokumenten der Unionsorgane die Regel und kein Zugang die Ausnahme ist, wurde von der Rechtsprechung der europäischen Instanzgerichte hinsichtlich sämtlicher Wettbewerbsverfahren, insbesondere der Kartellverwaltungsverfahren, faktisch umgekehrt.⁶⁶⁶ Die Kommission kann Verfahrensdokumente in Kategorien aufteilen, auf die einer oder mehrere der relativen Ausschlussgründe vermutungsweise Anwendung finden. Dies ist ein Bruch mit der Pflicht zu einer konkreten und individuellen Prüfung der Dokumente und eine klare Absage an das Gebot des grösstmöglichen Zugangs zu Verwaltungsdokumenten. Diese Entwicklung führt zu einer deutlichen Behinderung der vorprozessualen Beweismittelbeschaffung im Nachgang zu Verwaltungsverfahren.

Darüber hinaus sind die jeweiligen Vermutungsdauern kritisch zu bewerten. So erscheint die Vermutungsdauer nach Art. 4 Abs. 2 erster GS

665 EuG 05.02.2018, Rs. T-611/15, *Edeka/Kommission*, EU:T:2018:63, N 99, siehe hierzu auch den Kommentar von HORNKOHL, Zugang, S. 607 ff.

666 Stancke et al.-RUSTER, Kap. G N 359; BADTKE/LANG, Entwicklungen, S. 281.

VO 1049/2001 («Schutz von Geschäftsinteressen») unverhältnismässig lang und nicht systemkonform. Die KSRL bestimmt, dass die Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens die Verjährung des Kartellschadenersatzanspruchs hemmt oder ruhen lässt.⁶⁶⁷ Diese Schützenhilfe droht ins Leere zu laufen, wenn die Beweismittelbeschaffung angesichts der Dauer des Schutzes geschäftlicher Interessen ohnehin ausgeschlossen ist. Ein derart weiter Schutz vernachlässigt, dass der wirtschaftliche Wert von Informationen mit der Zeit abnimmt. Ferner sind die während eines Kartellverwaltungsverfahrens gesammelten Informationen – im Gegensatz zur Fusions- und Beihilfenkontrolle – nicht zwingend aktuell.

Von der Warte der Rechtseinheit aus mag es zu begrüßen sein, in sämtlichen Wettbewerbsverfahren dieselbe Vermutungsdauer anzuwenden – dies ist allerdings nicht überzeugend, weil den jeweiligen wettbewerbsrechtlichen Verfahren unterschiedliche Regelungsgegenstände zugrunde liegen. Es gilt sodann, Folgendes zu bedenken: Das Interesse, für einen verursachten Schaden nicht kartellzivilrechtlich in Anspruch genommen zu werden, ist nicht schutzwürdig. Folglich kann Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 nicht sämtliche Verfahrensdokumente schützen, weil diese Verfahrensdokumente bzw. Beweismittel schlussendlich – zumindest teilweise – genutzt wurden, um einen Wettbewerbsverstoss nachzuweisen. Die Schutzdauer nach Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 überzeugt somit nicht und widerspricht dem Gesetzeszweck der TransparenzVO.

Ähnlich kritisch ist die Vermutungsdauer des Schutzes der Untersuchungstätigkeit nach Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 zu bewerten. Nach dem EuGH gilt eine Untersuchung erst dann als abgeschlossen, wenn der Kommissionsbeschluss rechtskräftig ist. Zwar kann die Bearbeitung von Zugangsgesuchen zeitintensiv sein.⁶⁶⁸ Auch dass sich die Behörde bis zum Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses nicht mit ressourcenintensiven Zuganganträgen auseinanderzusetzen hat, ist zu begrüßen. Ferner ist die Gefahr nicht zu unterschätzen, dass die Anwendung der TransparenzVO zu einer Aushöhlung des strikten Verfahrensregimes, insbesondere der Einsichtsmöglichkeiten, des Kartellverwaltungsverfahrens führen kann – eine restriktive Handhabe der TransparenzVO während des erstinstanzlichen Verfahrens ist somit angezeigt. Dennoch scheint

667 Vgl. dazu Art. 10 Abs. 4 KSRL; siehe *oben* § 1.

668 Beispielsweise enthielt die streitgegenständliche Verfahrensakte im Urteil in der Rechtssache VKI/*Kommission* unter Ausschluss der internen Dokumente mehr als 47 000 Seiten; das verfahrensgegenständliche Gesuch in der Rechtssache AXA *Versicherung/Kommissionen* umfasste 3948 Dokumente.

eine über den Abschluss des Verfahrens hinaus andauernde Vermutung nicht gerechtfertigt. Eine Beeinträchtigung der Untersuchungstätigkeit ist möglich, erscheint allerdings wenig nachvollziehbar.⁶⁶⁹ Die Zweifel an dieser Rechtsprechung werden durch die in der KSRL getroffene Regelung und ebenso durch die angepasste DurchführungsVO 773/2004 bestätigt. In beiden Regularien ist jeweils vorgesehen, dass die durch die Akteneinsichtnahme erlangten Dokumente – mit Ausnahme der Kronzeugenerklärung und der Vergleichsausführungen – nach Verfahrensabschluss, also vor Rechtskraft des Beschlusses, zur Durchsetzung des Kartellschadenersatzes verwertet werden können. Die «*pre-existing documents*» können sogar bereits vor Abschluss des Verfahrens zur Durchsetzung der kartellzivilrechtlichen Ansprüche verwertet werden.⁶⁷⁰ Dies weckt Zweifel an der Notwendigkeit des Abwartens der Rechtskraft des Beschlusses, wie es das einschlägige Fallrecht zur TransparenzVO verlangt. Wieso hier, wenn nicht auch dort? Bestünde die latente Gefahr, dass die Verwendung gewisser Dokumente vor Rechtskraft etwa in Kartellzivilverfahren die ordnungsgemäße Durchführung eines erneuten Verfahrens behindern könnte, hätte eine entsprechend längere Verwendungsbeschränkung in die KSRL bzw. die DurchführungsVO 773/2004 aufgenommen werden müssen. Ein Abwarten der Rechtskraft des Beschlusses drängt sich vor diesem Hintergrund somit nicht auf und scheint den Ausschluss des Transparenzprinzips kaum zu rechtfertigen.

Wird an der Vermutungsdauer festgehalten, sind vom Geschädigten beträchtliche Anstrengungen zu unternehmen, um die Notwendigkeit des Zugangs zu bestimmten Dokumenten darzulegen. Denn nur dann wandelt sich das Interesse an der Durchsetzung des Kartellschadenersatzes von einem privaten zu einem erforderlichen öffentlichen Interesse nach Art. 4 Abs. 2 a. E. VO 1049/2001. Unklar ist in diesem Zusammenhang ausserdem, wie der Nachweis der Notwendigkeit zu erbringen ist, ohne den Inhalt des Dokuments überhaupt zu kennen. Befremdlich ist sodann die Aussage des EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Acciaieria E Tubificio Di Brescia*. Der EuGH stellte seinerzeit fest, dass die Hohe Behörde keine Möglichkeit habe, Unterlagen von mutmasslichen Kartelltätern zu benennen, ohne sie zu kennen.⁶⁷¹ Inwiefern ein Geschädigter jedoch

669 Siehe BAKOWITZ, Informationsherrschaft, S. 98 ff., insbesondere S. 100.

670 Zur Kategorisierung der Verfahrensdokumente und der Verwendungsbeschränkung siehe *oben* § 8. 3.

671 EuGH 04.04.1960, Rs. C-31/59, *Acciaieria E Tubificio Di Brescia/Hohe Behörde*, EU:C:1960:17; BADTKE/LANG, Entwicklungen, S. 281.

nachweisen kann, dass der Inhalt eines Dokuments die Durchsetzung seines Anspruchs erst ermögliche, ohne den Inhalt des Dokuments zu kennen, liess der EuGH wie das EuG offen – und zwar obwohl der Hohen Behörde ein derartiges Vorgehen nicht zugetraut wurde. Somit bedarf es quasi «prophetischer Gaben», um Zugang zu den Verfahrensdokumenten der Kommission zu erhalten.⁶⁷² Das Gleiche gilt für die Möglichkeit der «Dekategorisierung», bei der es ebenfalls gewisser Informationen über das entsprechende Dokument bedarf, um dessen Nichtzugehörigkeit zu einer Kategorie nachzuweisen. Kritisch ist ferner anzumerken, dass ein teilweiser Zugang nach Art. 4 Abs. 6 VO 1049/2001 nicht ernsthaft in Erwägung gezogen wurde.

Als besonders deutlich wird vorliegend die Diskrepanz empfunden, die zwischen der EuGH-Rechtsprechung in «Kartellschadenersatzverfahren» und den Urteilen des EuGH und des EuG in Rechtssachen betreffend den Zugang nach der TransparenzVO herrscht. Es ist nur schwer nachvollziehbar, dass der europäische Kartellschadenersatz einerseits in *Follow-on*-Verfahren als ein integraler Bestandteil und als ein der Kompensation wie der Prävention dienendes Instrument qualifiziert wird und dieses Verständnis sodann als Rechtfertigung dafür dient, Konzepte der «europäischen Rechtskultur und -tradition» als primärrechtswidrig zu qualifizieren, dass der Kartellschadenersatz aber andererseits als ein rein privaten Interessen dienendes Instrument qualifiziert wird, das nur in speziell gelagerten Fällen einem öffentlichen Interesse diene. Die Bedeutung der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung wird somit mit unterschiedlichem Mass gemessen. Im Rahmen von Vorabentscheidungen dient der Kartellschadenersatz dem Rechtsschutz und der Rechtsdurchsetzung. Im Gegensatz dazu dient der Kartellschadenersatz im Rahmen der TransparenzVO fast ausschliesslich dem Rechtsschutz des Kartellopfers. Weshalb unterschiedliche Massstäbe angelegt werden, erschliesst sich nicht. Ob die TransparenzVO künftig ein mögliches Instrument für Kartellopfer zur Beweismittelbeschaffung darstellen und einem wirksamen Rechtsschutz zum Durchbruch verhelfen wird, ist angesichts der Schwierigkeiten bei der Darlegung des überwiegenden Interesses und der Vermutungsdauer höchst fraglich.

672 BADTKE/LANG, *Entwicklungen*, S. 281, mit Verweis auf EuGH 04.04.1960, Rs. C-31/59, *Acciaieria E Tubificio Di Brescia/Hobe Behörde*, EU:C:1960:17.

§ 11. Übermittlung von Verfahrensdokumenten an mitgliedstaatliche Zivilgerichte

Die Übermittlung von Verfahrensdokumenten der Kommission an mitgliedstaatliche Gerichte ist die vierte zu untersuchende Zugangsrouten.⁶⁷³ Zum einen richtet sie sich nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 und der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten.⁶⁷⁴ Zum anderen sind jeweils die mitgliedstaatlichen Verfahrensregeln zu beachten.⁶⁷⁵ Das Unionsrecht und das mitgliedstaatliche Recht sind somit eng miteinander verzahnt, weshalb es immer auch der Berücksichtigung nationaler Regelungen bedarf – dieses Kapitel berücksichtigt die deutsche Rechtslage.

Bei den kommenden Ausführungen ist der folgende «*caveat*» anzubringen: Verfahrensdokumente werden erst an ein Zivilgericht übermittelt, nachdem eine Schadenersatzklage erhoben und vom jeweiligen Gericht ein Übermittlungsantrag an die Kommission gestellt worden ist. Kartellopfer sind hingegen bereits im vorprozessualen Stadium auf die entsprechenden Dokumente angewiesen. Denn bevor ein Geschädigter seinen Anspruch ins Recht legt, muss er über die Schadenshöhe und die Prozesschancen Bescheid wissen.⁶⁷⁶ Trotz dieses Vorbehalts wird sich im Folgenden mit der Übermittlung von Verfahrensdokumenten der Kommission an mitgliedstaatliche Gerichte auseinandergesetzt, da es – wie der gegenwärtige Entwicklungsstand innerhalb der EU zeigt – in bestimmten Konstellationen zu *Follow-on*-Verfahren kommt.

1. Zugang nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003

Das europäische Wettbewerbsrecht ist unmittelbar anwendbar und wird durch die Kommission ebenso wie durch Private vor den nationalen Gerichten durchgesetzt.⁶⁷⁷ Dies führt zu einem System konkurrierender Zu-

673 Diese Route wird auch als *inter par(t)es*-Zugang bezeichnet, so DE STEFANO, *Damage Claimants*, S. 99.

674 Kommission, *Bekanntmachung/Zusammenarbeit*.

675 BORNKAMM/TOLKMITT, in: Langen/Bunte, § 90a GWB N 13.

676 Vgl. POLLEY, *Third Party*, S. 438; KELLERBAUER, *Disclosure*, S. 62.

677 Art. 6 VO 1/2003 stipuliert dementsprechend, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte für die Durchsetzung der europäischen Wettbewerbsbestimmungen zuständig sind; vgl. auch Immenga/Mestmäcker/ELLGER, Band 1, EU/Teil 1, Art. 101 Abs. 3 AEUV N 13.

ständigkeiten zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Gerichten. Um widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden, enthält die VO 1/2003 mehrere Regelungen, die die öffentliche und die private Durchsetzung miteinander verzahnen und dadurch eine einheitliche Anwendung gewährleisten sollen⁶⁷⁸, insbesondere Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003⁶⁷⁹: Nach dieser Regelung kann ein Zivilgericht die Kommission «bitten», ihm Informationen und die diese enthaltenden Verfahrensdokumente zu übermitteln.⁶⁸⁰ Entgegen dem Wortlaut ist die Kommission verpflichtet, den Zivilgerichten bei der Anwendung des Unionsrechts in ihrem Besitz befindliche Verfahrensdokumente zu übermitteln.⁶⁸¹ Die Kooperationspflicht betrifft ausschliesslich das Verhältnis zwischen der Kommission und dem Zivilgericht und nicht das Verhältnis zwischen der Kommission und der Verfahrenspartei. Demzufolge stellt das Zivilgericht und nicht eine der Verfahrensparteien den Antrag auf Übermittlung der Verfahrensdokumente, sodass die Verfahrensdokumente dem Gericht und nicht den Parteien übermittelt werden.⁶⁸²

Die Voraussetzungen für eine Übermittlung sind gering⁶⁸³ – der verfahrensgegenständliche Sachverhalt muss lediglich einen Bezug zum europä-

678 DE SMITJER/SINCLAIR, in: Faull & Nikpay, N 2.272; VAN DER HOUT, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Art. 25 N 1, 3; ZUBER, in: Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 15 N 1.

679 Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 resultiert wiederum aus der in Art. 4 Abs. 3 EUV normierten Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten; ASHTON, Competition, N 4.107; DALHEIMER, in: Grabitz/Hilf, EU-Kartellverfahrensverordnung, Art. 15 N 1; NAZZINI, Enforcement, N 7.123; ZUBER, in: Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 15 N 4; DE SMITJER/SINCLAIR, in: Faull & Nikpay, N 2.274; Erw. 15 KSRL; siehe bereits EuGH 28.02.1989, Rs. C-234/89, *Stergios Delimitis/ Henninger Bräu AG*, EU:C:1991:91, N 53.

680 Erw. 15 KSRL; Immenga/Mestmäcker/RITTER/WIRTZ, Art. 15 N 2; NAZZINI, Enforcement, N 7.122; POLLEY, Third Party, S. 438; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims, N 7.136; DE SMITJER/SINCLAIR, in: Faull & Nikpay, N 2.274; vgl. auch NOTHDURFT, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003, Art. 15 N 12.

681 EuG 18.09.1996, Rs. T-353/94, *Postbank/Kommission*, EU:T:1996:119, N 64; EuGH 06.12.1990, Rs. C-2/88 Imm., *Zwartveld u. a.*, EU:C:1990:440, N 10 f.; Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit, N 21 f.; LUNDQUIST/ANDERSON, Access, S. 172; DE SMITJER/SINCLAIR, in: Faull & Nikpay, N 2.274; NOTHDURFT, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003, Art. 15 N 10.

682 DALHEIMER, in: Grabitz/Hilf, EU-Kartellverfahrensverordnung, Art. 15 N 3; vgl. DE SMITJER/SINCLAIR, in: Faull & Nikpay, N 2.276; Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit, N 23.

683 BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, EU-Kartellrecht, Art. 15 N 10.

ischen Wettbewerbsrecht aufweisen.⁶⁸⁴ Dieser besteht, wenn die Verfahrensdokumente der Beurteilung eines *Follow-on*-Prozesses dienen – sei es im Hinblick auf die relevanten Tatsachen oder im Hinblick auf die rechtliche wie wirtschaftliche Beurteilung des gegenständlichen Verhaltens.⁶⁸⁵ Ferner müssen sich die Dokumente im Besitz der Kommission befinden; die Kommission ist nicht verpflichtet, aktiv Informationen zu beschaffen, und erfüllt folglich keine Ermittlungsfunktion.⁶⁸⁶

In diesem Zusammenhang muss Art. 12 Abs. 2 VO 1/2003 beachtet werden, wonach zwischen den Wettbewerbsbehörden ausgetauschte Informationen nur zum Zweck der Anwendung von Art. 101 f. AEUV zu verwerten sind. Die Bestimmung konkretisiert die Verteidigungsrechte in Kartellverwaltungsverfahren⁶⁸⁷ und garantiert dem Kartelltäter, dass die von ihm mitgeteilten Informationen ausschliesslich für den mitgeteilten Zweck und Untersuchungsgegenstand verwertet werden.⁶⁸⁸ Auch unter der – richtigen – Annahme, dass die Bestimmung sinngemäss auf die Übermittlung von Verfahrensdokumenten an Zivilgerichte anzuwenden ist,⁶⁸⁹ ist eine Übermittlung im Rahmen von *Follow-on*-Verfahren nicht ausgeschlossen. Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 ermächtigt die Kommission, Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und zu keinem anderen Zweck zu übermitteln.⁶⁹⁰ Die Bestimmung regelt jedoch auch die besondere Pflicht des Gerichts, dafür zu sorgen, dass die übermittelten Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden.

684 VAN DER HOUT, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Art. 15 N 12.

685 So auch EuG 13.09.2013, Rs. T-380/08, *Niederlande (Bitumen)*, EU:T:2013:480, N 82; NAZZINI, Enforcement, N 7122; NOTHDURFT, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR, VO 1/2003, Art. 15 N 14; vgl. in diesem Zusammenhang auch Schlussanträge GA Mengozzi 11.06.2009, C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst/X*, EU:C:2009:130, N 43.

686 SCHÜTZ, in: Busche/Röhling, KöKom Band 4, VO 1/2003, Art. 15 N 2; DALHEIMER, in: Grabitz/Hilf, EU-Kartellverfahrensverordnung, Art. 15 N 3; ZUBER, in: Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 15 N 12; weniger deutlich: Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit, N 21; vgl. NAZZINI, Enforcement, N 7.122.

687 BECKER, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Kap. 3, Art. 15 N 39.

688 BECKER, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Kap. 3, Art. 15 N 39; DE SMITJER/SINCLAIR, in: Faull & Nikpay, N 2.279.

689 SO DE SMITJER/SINCLAIR, in: Faull & Nikpay, N 2.278 ff.; BECKER, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Kap. 3, Art. 15 N 39 f., unter Rückgriff auf DE SMITJER/SINCLAIR.

690 Im Ergebnis ähnlich Immenga/Mestmäcker/SCHMIDT, Band 2, GWB § 90a N 7.

Eine zusätzliche Einschränkung der Übermittlungspflicht findet sich (neu) in Art. 6 Abs. 10 KSRL,⁶⁹¹ nach dem Wettbewerbsbehörden⁶⁹² Verfahrensdokumente erst an Zivilgerichte übermitteln, nachdem glaubhaft gemacht worden ist, dass die Beweismittel nicht mit zumutbarem Aufwand vom Beklagten oder von Dritten zu erlangen sind.⁶⁹³ Gelingt der Nachweis der «Unzumutbarkeit», ersucht das Zivilgericht seinerseits die Behörden um Übermittlung der entsprechenden Dokumente. Gelingt dieser Nachweis nicht, gibt das Zivilgericht dem Antrag nicht statt. Die Erw. 15 KSRL hält allerdings auch fest, dass sich die Übermittlung nach dem primärrechtlichen Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit und nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 richte.⁶⁹⁴ Somit stellt sich die Frage, inwiefern die neu eingeführte Schranke des «zumutbaren Aufwands» mit dem primärrechtlichen Grundsatz in Übereinstimmung zu bringen ist.

Eine Möglichkeit wäre, die in der KSRL getroffene Regelung als Präzisierung der primärrechtlichen Pflicht zur Zusammenarbeit zu verstehen.⁶⁹⁵ Das Kriterium gewährleistet, dass die Beweismittel primär bei Privaten beschafft werden, um die Wettbewerbsbehörden möglichst zu entlasten.⁶⁹⁶ Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass die europäische Rechtsprechung die Ausnahmen von der loyalen Zusammenarbeit äußerst eng auslegt.⁶⁹⁷ Dass die Kommission durch Übermittlungsanträge über Gebühr belastet werde, ist eine pauschale Annahme, die eine derartige Einschränkung nicht zulässt. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Verfahrensbeteiligten ihrerseits an die Kommission eine vertrauliche und eine nicht vertrauliche Fassung der Dokumente übermitteln. Der Arbeitsaufwand wird dadurch bei der Bearbeitung von Übermittlungsanträgen deutlich verringert. Auch das mögliche Argument, dass es im Nachgang zu einem Verwaltungsverfahren zu einer fast unüberschaubaren Zahl von Kartellzivilprozessen kommen könne, rechtfertigt eine derartige

691 Dasselbe Kriterium wurde ebenso in die Kommission, Schutz vertraulicher Informationen, N 17, 25, aufgenommen. Es erstaunt, dass dieses Kriterium bis anhin keine Aufnahme in die Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit, gefunden hat; kritisch hierzu FREUND, Übermittlung, S. 1161 ff.

692 Nach Art. 2 Nr. 7 f. KSRL zählt hierzu auch die Kommission.

693 Erw. 29 KSRL; gleich auch Art. 6 Abs. 10 KSRL.

694 So auch Kommission, Mitteilung/Schutz vertraulicher Informationen, N 25.

695 So wohl Fuchs/Weitbrecht/VOLLRATH, Private Kartelldurchsetzung, § 16 N 53.

696 BACH/WOLF, Instrumente, S. 286; RUSTER, in: Stanke et al., Kap. G N 382; SEITZ, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, § 89c GWB, N 2; noch zum Entwurf der 9. GWB-Novelle OHLHOFF, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 26 N 206e; ANDERSSON, Quest, S. 136.

697 Vgl. FREUND, Übermittlung, S. 1163 m. w. N.

Einschränkung nicht. Nach der ersten Übermittlung ist die Bearbeitung weiterer Übermittlungsanträge bedeutend weniger aufwendig, weil die Dokumente bereits auf allfällige Ausnahmen überprüft worden sind.⁶⁹⁸

Eine zusätzliche Überlegung weckt weitere Zweifel am Sinn dieser Regelung: Müssen die Dokumente primär bei den Kartelltätern beschafft werden, bedarf es in jedem dieser Fälle eines eigenen Verfahrens oder, im Rahmen eines Schadenersatzverfahrens, des Erlasses einer selbstständig anfechtbaren Prozessverfügung. In Anbetracht der Zersplitterung von Kartellschäden und der grossen Zahl von *Follow-on*-Verfahren führt der von der KSRL eingeschlagene Weg zu höheren Mehrkosten für das Gemeinwesen, als wenn die Verfahrensdokumente direkt von der Wettbewerbsbehörde an das Gericht übermittelt würden. Das Kriterium des «zumutbaren Aufwands» überzeugt somit auch aus verfahrensökonomischer Sicht nicht. Vielmehr sollte es im Ermessen des jeweiligen Gerichts liegen, auf welchem Weg die Verfahrensdokumente schlussendlich beizubringen sind.⁶⁹⁹

2. Ausnahmen

I. Geschäftsgeheimnisse und andere vertrauliche Informationen

Die Kommission schützt nach Art. 339 AEUV Berufsgeheimnisse und andere vertrauliche Informationen, um die wirksame Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben sicherzustellen.⁷⁰⁰ Dabei handelt es sich um eine primärrechtliche Verpflichtung, mit der ein subjektiver materiell-rechtlicher Anspruch des Einzelnen auf Schutz seiner vertraulichen Informationen korrespondiert.⁷⁰¹ Die Pflicht trifft hingegen nicht die mitgliedstaatlichen Gerichte, was zu folgendem Spannungsfeld führt: Die Verpflichtung zur Wahrung von Berufsgeheimnissen konfliktiert mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, namentlich wenn das mitgliedstaatliche Gericht keinen entsprechenden Schutz gewährleistet. Der Konflikt wird besonders

698 Siehe zur Primärrechtskonformität von Art. 6 Abs. 10 KSRL sowie des § 89c Abs. 1 Bst. 2 GWB, der die entsprechende Regel implementiert, FREUND, Übermittlung, S. 1161 ff.

699 Dieser Ansatz wird in der vorliegenden Arbeit für die Schweiz vertreten, siehe unten § 19. 3.

700 HATJE, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 339 N 1; ZERDICK, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 339 N 1; siehe oben § 8. 1. II. a.

701 EuGH 14.02.2008, Rs. C-450/06, *Varec/Belgian State*, EU:C:2008:91, N 28.

virulent, wenn Dokumente im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren übermittelt werden.⁷⁰²

Das EuG löste das Spannungsfeld in seinem Urteil in der Rechtssache *Postbank*⁷⁰³ auf. Eine Übermittlung kann nicht bereits deswegen verweigert werden, weil die Verfahrensdokumente vertrauliche Informationen enthalten. Allerdings darf der Schutz von Berufsgeheimnissen nicht durch die Übermittlung tangiert werden.⁷⁰⁴ Das jeweilige mitgliedstaatliche Gericht hat deshalb angemessene Schutzvorkehrungen zu treffen.⁷⁰⁵ Nach dem EuG besteht eine geeignete Schutzvorkehrung darin, dass die Kommission das mitgliedstaatliche Gericht auf die sensiblen Textstellen hinweist und darauf aufmerksam macht, dass die Informationen vor einem unrechtmässigen Zugang Dritter zu schützen sind.⁷⁰⁶ Das mitgliedstaatliche Gericht hat dann wiederum explizit zu bestätigen, dass der erforderliche Schutz gewährleistet wird und die Informationen nicht an die Verfahrensparteien oder die Öffentlichkeit gelangen.⁷⁰⁷ Kann das Gericht den

702 Nach Art. 1 Abs. 2 Bst. b RL 2016/943 («Schutz von vertraulichem Know-how und von vertraulichen Geschäftsgeheimnissen») betrifft die Richtlinie nicht die Anwendung von Vorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, nach denen die Inhaber von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet sind, aus Gründen des öffentlichen Interesses Informationen, auch Geschäftsgeheimnisse, gegenüber der Öffentlichkeit und den Gerichten offenzulegen, damit diese ihre Aufgaben wahrnehmen können. Folglich wird der Richtlinie in *Follow-on*-Schadenersatzprozessen keine grosse Bedeutung zukommen.

703 EuG 18.09.1996, Rs. T-353/94, *Postbank/Kommission*, EU:T:1996:119; siehe exemplarisch auch die Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 vom 05.05.2014, C(2014) 3066 final, *Interchange fee litigation before the Judiciary of England and Wales: Wm. Morrison Supermarkets plc and Others v MasterCard Incorporated and Others*.

704 EuG 18.09.1996, Rs. T-353/94, *Postbank/Kommission*, EU:T:1996:119, N 90; DE SMITJER/SINCLAIR, in: Faull & Nikpay, N 2.277.

705 EuG 29.11.2012, Rs. T-164/12 R, *Alstom/Kommission*, EU:T:2012:637, N 52 f.; Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 vom 22.12.2014, C(2014) 10264 final, *The Secretary of State for Health and others vs. Servier Laboratories Limited and others*, S. 5 N 12; NAZZINI, *Enforcement*, N 7.122.

706 EuG 18.09.1996, Rs. T-353/94, *Postbank/Kommission*, EU:T:1996:119, N 90; EuG 29.11.2012, Rs. T-164/12 R, *Alstom/Kommission*, EU:T:2012:637, N 53; vgl. NAZZINI, *Enforcement*, N 7.122.

707 *Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit*, N 25; BERGMANN, FK-GWB, § 90a GWB N 24; vgl. NOTHDURFT, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEU-WettbR, VO 1/2003, Art. 15 N 14; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, EU-Kartellrecht, Art. 15 N 11.

notwendigen Schutz nicht gewährleisten⁷⁰⁸, ist von einer Übermittlung abzusehen.⁷⁰⁹

Je nach Ausgestaltung des nationalen Verfahrensrechts kann die Verpflichtung, Schutzmassnahmen anzuordnen, mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör kollidieren. Denn entscheidungswesentliche Beweismittel sind – ohne den Verzicht einer der Parteien auf ihren verfassungsrechtlichen Anspruch auf Prozessteilhabe⁷¹⁰ – sämtlichen Parteien eines Zivilprozesses zugänglich zu machen. Ein Urteil darf sich nur auf Beweise stützen, zu denen alle Verfahrensparteien Stellung nehmen konnten.⁷¹¹ Ist dies nicht möglich, ist es einem Gericht regelmässig verwehrt, das entsprechende Beweismittel zu berücksichtigen.⁷¹²

Zusammenfassend formuliert, hindert das Berufsgeheimnis die Kommission nicht daran, Verfahrensdokumente an ein mitgliedstaatliches Zivilgericht zu übermitteln, solange sich das Gericht den Auflagen unterwirft.⁷¹³ Um überhaupt prüfen zu können, ob und inwiefern ein deutsches Zivilgericht den von der Kommission verlangten Schutzauflagen nachkommen kann, wird im Folgenden die Offenlegung unter Privaten untersucht.

708 OECD, *Commission/Relationship*, N 17.

709 EuG 18.09.1996, Rs. T-353/94, *Postbank/Kommission*, EU:T:1996:119, N 93; vgl. für einen erfolgreichen Fall der Geltendmachung in vorläufigen Rechtsschutzverfahren EuG 29.11.2012, Rs. T-164/12 R, *Alstom/Kommission*, EU:T:2012:637; *Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit*, N 25; NAZZINI, *Enforcement*, N 7.124.

710 BLOME/FRITZSCHE, *Geschäftsgeheimnisse*, S. 249.

711 BERGMANN, *FK-GWB*, § 90 N 24.

712 BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, *EU-Kartellrecht*, Art. 15 N 11; HEMPEL, *Fischzüge*, S. 277 f.; ZUBER, in: *Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht*, Art. 15 N 13; NOTHDURFT, in: *Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettbR*, VO 1/2003, Art. 15 N 14; SANNER, *Informationsgewinnung*, S. 530 f.; POLLEY, *Third Party*, S. 438; VAN BAELE/BELLIS, *Competition*, S. 1252; LAMPERT/NIEJAHN/KÜBLER/WEIDENBACH, *EG-KartellVO*, N 303; ORTIZ BLANCO, *Competition Procedure*, N 2.24; SCHWARZE/WEITBRECHT, *Grundzüge*, § 11 N 47; BAKOWITZ, *Informationsherrschaft*, S. 116; ähnlich skeptisch KELLERBAUER, *Disclosure*, S. 62.

713 *Stellungnahme der Kommission nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 vom 22.12.2014*, C(2014) 10264 final, *The Secretary of State for Health and others vs. Servier Laboratories Limited and others*, S. 5 N 12; EuG 18.09.1996, Rs. T-353/94, *Postbank/Kommission*, EU:T:1996:119, N 87; ZUBER, in: *Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht*, Art. 15 N 12; De SMITJER/SINCLAIR, in: *Faull & Nikpay*, N 2.277.

a. Die Offenlegung unter Privaten

§ 33g Abs. 1 GWB verankert eine Offenlegungspflicht von Dokumenten Privater gegenüber Kartellopfen.⁷¹⁴ Hierbei handelt es sich um einen selbstständigen materiell-rechtlichen Anspruch unter Privaten auf Auskunft und Herausgabe von Beweismitteln.⁷¹⁵ Der Anspruch kann unabhängig von, aber auch in rechtshängigen Initiativ- wie auch Folgeverfahren geltend gemacht werden.⁷¹⁶ Der Offenlegung sind jedoch klare Grenzen gezogen, die aufzeigen, welche Dokumente überhaupt offengelegt werden dürfen. An dieser Stelle wird auf eine detaillierte Darstellung dieser Grenzen verzichtet, da diese den bereits aufgezeigten Dokumentenkategorien der KSRL ähneln.⁷¹⁷

Die Offenlegung steht ferner unter dem Vorbehalt einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁷¹⁸ Hierin ist ein Sicherheitsventil zu erblicken, das das Ausforschen des Offenlegungsgläubigers verhindern soll.⁷¹⁹ Das über den Offenlegungsantrag entscheidende Gericht hat sich insbesondere nach den folgenden Grundsätzen zu richten:

- (1) Je schwächer ein Anspruch glaubhaft gemacht wird, desto geringer ist der Umfang der geschuldeten Informationen.⁷²⁰
- (2) Der Umfang und die Kosten der Herausgabe sind zu berücksichtigen, da die Offenlegung eine erhebliche Belastung des Offenlegungsgläubigers darstellen kann.⁷²¹

714 Der Wortlaut dieser Bestimmung lautet wie folgt: «Wer im Besitz von Beweismitteln ist, die für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 33a Absatz 1 erforderlich sind, ist verpflichtet, sie demjenigen herauszugeben, der glaubhaft macht, einen solchen Schadensersatzanspruch zu haben, wenn dieser die Beweismittel so genau bezeichnet, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist».

715 Im Folgenden wird jeweils einzig von der Herausgabe von Dokumenten gesprochen, obwohl der Anspruch nach § 33g Abs. 1 und Abs. 2 GWB auch Auskünfte umfasst; BT-DrS. 18/10207, S. 62; vgl. auch HELLMANN/STEINBRÜCK, *Discovery Light*, S. 165.

716 PETRASINCU/VON STEUBEN, *Phoenix*, S. 287 m. w. N.

717 Siehe zur Kategorisierung der Verfahrensdokumente *oben* § 8. 3.

718 § 33g Abs. 3 Nr. 1–6 GWB.

719 BT-DrS. 18/10207, S. 63; so auch allgemein in Bezug auf einen europäischen Kontext: Kommission, *Mitteilung/Schutz vertraulicher Informationen*, N 12; Erw. 23 KSRL.

720 BT-DrS. 18/10207, S. 63.

721 BT-DrS. 18/10207, S. 63.

- (3) Eine Offenlegung ist eher dann verhältnismässig, wenn die offenzulegenden Informationen zuverlässig geschützt sind.⁷²²

b. Geheimnisschutzmassnahmen

Das Zivilgericht berücksichtigt bei der Offenlegung von Beweismitteln den Schutz der «Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und sonstiger vertraulicher Informationen» und trifft nach § 33g Abs. 3 GWB die notwendigen Schutzvorkehrungen. Macht der Anspruchsgegner ein Interesse an der Geheimhaltung eines Dokuments geltend, stehen dem Gericht, grob formuliert, drei Möglichkeiten offen:

- Der Geheimhaltung wird stattgegeben, und das Dokument wird nicht offengelegt. Das Dokument ist dann im Verfahren nicht zu berücksichtigen.
- Der Vertraulichkeitsschutz des Dokuments wird aufgehoben, und der Inhalt wird offengelegt, obwohl ein Geheimhaltungsinteresse geltend gemacht wurde.
- Im Zuge der KSRL wurde ein Mittelweg eingeführt.⁷²³ Nach § 33g Abs. 3 Nr. 6 GWB berücksichtigt das Gericht bei Offenlegungsanträgen den Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und sonstiger vertraulicher Informationen. Das Zivilgericht wird durch § 89b Abs. 6 GWB explizit ermächtigt, die Offenlegung von Beweismitteln anzuordnen⁷²⁴, auch wenn deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen verlangt wird. Dies trifft zu, wenn die Dokumente den Schadenersatzverfahren sachdienlich sind und die Interessen des Antragstellers das Geheimhaltungsinteresse überwiegen. Das Gericht kann dann allerdings nach Massgabe von § 89b Abs. 7 GWB «die erforderlichen Massnahmen [erlassen], um den im Einzelfall gebotenen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen zu gewährleisten.» Diese Massnahmen sollen das Geheimhaltungsinteresse des Offenlegungsgläubigers und das Interesse des Anspruchstellers an der Durchsetzung seiner Ansprüche in einen Ausgleich bringen.⁷²⁵

722 OLLERDIEßEN, in: Wiedemann (Kartellrecht), § 62 N 231; MAKATSCH/KACHOLDT, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoGWB, § 33g N 88.

723 HELLMANN/STEINBRÜCK, *Discovery light*, S. 171.

724 Der Gesetzestext spricht weiter von der Anordnung von Auskünften, was vorliegend nicht weiter vertieft wird.

725 Der genannte Mittelweg ist für viele Mitgliedstaaten ein neuartiges prozessuales Instrument; PETRASINCU/VON STEUBEN, *Phoenix*, S. 286, sprechen sogar von

Bevor dieser Mittelweg und damit die möglichen Schutzvorkehrungen näher beschrieben werden, ist auf die Relevanz der neuen Möglichkeit hinzuweisen. Die Gerichte bedienten sich zuvor des «groben Keils» der Verweigerung bzw. Offenlegung vertraulicher Informationen.⁷²⁶ Hierin ist auch der Grund zu erblicken, weshalb eine Übermittlung vertraulicher Dokumente durch die Kommission selten in Betracht kam. Können die übermittelten Dokumente nicht offengelegt werden und so nicht in den Prozess einfließen, erübrigt sich die Übermittlung. Diesem Problem hat sich auch die KSRL angenommen. Vorgeschlagen wurden unter anderem eine Schwärzung sensibler Passagen in Dokumenten, Verhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit (*In-camera*-Verfahren), eine Begrenzung des zur Kenntnisnahme der Beweismittel berechtigten Personenkreises («Vertraulichkeitskreis» oder «*confidentiality ring*») und die Anweisung an Sachverständige, eine Zusammenfassung der Informationen in aggregierter oder sonstiger nicht vertraulicher Form vorzulegen.⁷²⁷ Die genannten Massnahmen, die in den Erwägungen der Richtlinie zum Ausdruck kommen, wurden in deutlich kürzerer Form in Art. 5 Abs. 4 KSRL aufgenommen, der durch den bereits erwähnten § 89b Abs. 7 GWB implementiert wurde.⁷²⁸

Entgegen der KSRL lässt sich § 89b Abs. 7 GWB allerdings nicht entnehmen, nach welchen Vorgaben der Geheimnisschutz zu gewährleisten ist.⁷²⁹ Eine Präzisierung findet sich hingegen in der Gesetzesbegründung, nach der sich die Schutzmassnahmen an die Praxis der Gewährleistung der Geheimhaltung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bei immateriälgüterrechtlichen Besichtigungs- und Auskunftsansprüchen anzulehnen

einer Revolution des deutschen Prozessrechts; auch wenn es noch zu früh für ein Fazit ist, zeigen sich die deutschen Gerichte betreffend den Offenlegungsanspruch – bisher – zurückhaltend, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.05.2018, I-W (Kart) 2/18, DE:OLGD:2018:0507.VI.W.KART2.18.00; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.04.2018, VI-W (Kart) 2/18, DE:OLGD:2018:0403.VI.W.KART2.18.00; siehe kritisch zu den beiden Beschlüssen SOYEZ, R. I. P., S. 368 ff.; PETRASINCU/VON STEUBEN, Phoenix, S. 286 ff.; zurückhaltend auch OLLERDIEßEN, in: Wiedemann (Kartellrecht), § 62 N 230.

726 Exemplarisch OECD, Kommission/Relationship, N 18.

727 Diese Massnahmen werden in Kommission, Mitteilung/Schutz vertraulicher Informationen, näher dargelegt und umfassend kommentiert von HORNKÖHL, Mitteilung, S. 959 ff.

728 HORNKÖHL, Mitteilung, S. 958; OLLERDIEßEN, in: Wiedemann (Kartellrecht), § 62 N 226; MAKATSCH/KACHOLDT, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoGWB, § 33g N 89.

729 So auch OLLERDIEßEN, in: Wiedemann (Kartellrecht), § 62 N 226.

hätten.⁷³⁰ Die genaue Ausgestaltung der Massnahmen bleibt folglich den Gerichten überlassen – diese haben eine entsprechende Praxis zu etablieren und verfügen im Einzelfall über grosse Flexibilität.⁷³¹

Vorab ist ferner zu berücksichtigen: Die 10. GwB-Novelle hat beim Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Kartellzivilverfahren nachjustiert und § 89b Abs. 7 GWB um einen zweiten Satz ergänzt: «Insbesondere kann das Gericht einen öffentlich bestellten Sachverständigen mit einem Gutachten zu dem erforderlichen Umfang des im Einzelfall gebotenen Schutzes beauftragen, sofern dieser Sachverständige berufsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet worden ist.» Hingegen ist fraglich, ob dieser neue Satz überhaupt einen Mehrwert bringt, da der Gesetzgeber im Endeffekt hier eine bereits in anderen Verfahren gängige Möglichkeit kodifiziert.⁷³²

c. «Düsseldorfer Verfahren»

Selbst ohne explizite gesetzliche Grundlage hat die deutsche Zivilrechtspraxis im Immaterialgüterrecht Besichtigungs- und Auskunftsansprüche entwickelt.⁷³³ Zu diesen zählt – unter anderem⁷³⁴ – das «Düsseldorfer Verfahren»⁷³⁵. Nach diesem Verfahren werden Geschäftsgeheimnisse nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich gemacht, ohne dass die

730 BT-DrS. 18/10207, S. 102; vertieft dazu BACH/WOLF, *Instrumente*, S. 288 ff.; HELLMANN/STEINBRÜCK, *Discovery Light*, S. 166 ff.

731 HORNKOHL, *Mitteilung*, S. 958; BLOME/FRITZSCHE, *Geschäftsgeheimnisse*, S. 248; OLLERDIEßEN, in: Wiedemann (*Kartellrecht*), § 62 N 227, führt aus, dass § 87b Abs. 7 GWB auf das bestehende prozessrechtliche Instrumentarium verweist, das bisher bereits zum Zweck des Schutzes geheimhaltungsbedürftiger Interessen eingesetzt werden konnte.

732 Siehe für eine kritische Würdigung der n.F. von § 89b Abs. 7 GWB HORNKOHL/MELZER, *Geheimnisschutz*, S. 216 ff.

733 OLLERDIEßEN, in: Wiedemann (*Kartellrecht*), § 62 N 227; MAKATSCH/KACHOLDT, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–*MüKoGWB*, § 33g N 91.

734 In der Literatur wird neben dem «Düsseldorfer Verfahren» auf das Geheimnisschutzverfahren nach § 101a Abs. 1 S. 3 UrHG sowie auf die Möglichkeit von *in-camera*-Verfahren aus der Praxis internationaler Schiedsverfahren hingewiesen, HELLMANN/STEINBRÜCK, *Discovery Light*, S. 173 ff.

735 BT-DrS. 18/10207, S. 102; vertieft dazu BACH/WOLF, *Instrumente*, S. 288 ff.; HELLMANN/STEINBRÜCK, *Discovery Light*, S. 166 ff.; BLOME/FRITZSCHE, *Geschäftsgeheimnisse*, S. 248; zu den «Düsseldorfer Verfahren» im Immaterialgüterrecht KÜHNEN, *Faxkarte*, S. 187; GRABINSKI/ZÜLCH, in: Benkard, § 140c N 20 ff.; MCGUIRE, *Know-how*, S. 433 ff.; DEICHFUß, *Rechtsdurchsetzung*, 437 ff.

entsprechenden Informationen der Gegenpartei zur Kenntnis gelangen.⁷³⁶ Dies stellt das notwendige Schutzniveau sicher und ermöglicht zugleich die Durchsetzung der immaterialgüterrechtlichen Ansprüche.⁷³⁷ Diese Praxis soll den «erforderlichen Maßnahmen» nach § 87b Abs. 7 GWB als Vorbild dienen.

Das «Düsseldorfer Verfahren» besteht aus zwei Schritten: In einem ersten Schritt wird der patentverletzende Gegenstand dem Sachverständigen sowie den Rechtsbeiständen des Besichtigungsgläubigers und des Patentinhabers vorgelegt. Geschäftsgeheimnisse oder andere vertrauliche Informationen werden so Unberechtigten nicht offengelegt. In einem zweiten Schritt wird nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens entschieden, in welcher Form das Gutachten dem Patentinhaber zur Kenntnis gebracht wird.

Der Bundesgerichtshof befand diese Praxis im Hinblick auf immaterialgüterrechtliche Prozesse für zulässig.⁷³⁸ Nach seiner Rechtsprechung kann ein Gericht den Anspruchsschuldner zur Herausgabe bestimmter Beweismittel an die Rechtsanwälte des Anspruchsgläubigers verpflichten. Der jeweilige Rechtsbeistand wiederum hat die Informationen geheim zu halten und darf die Beweismittel nicht an seinen Mandanten übermitteln.⁷³⁹ Das Vorgehen impliziert somit einen Verzicht auf die Informationsansprüche aus dem Mandatsverhältnis des Klägers mit seinen Rechtsanwälten.⁷⁴⁰ Nach Kenntnisnahme entscheiden die Rechtsanwälte, welche Beweismittel sie für die Geltendmachung des Anspruchs für erforderlich halten. Nach der Sichtung hat sich der Beklagte zu seinem Geheimhaltungsinteresse zu äussern, woraufhin das Gericht entscheidet, ob und in welcher Form die Beweismittel dem Kläger zur Kenntnis gebracht werden.

Einschränkend ist anzufügen, dass es allerdings auch nach dem «Düsseldorfer Verfahren» entweder zu einer oder zu keiner Offenlegung der Information kommt⁷⁴¹ – somit stellt sich auch hier das bereits erwähnte Problem der «Grobkeiligkeit», was gegen das «Düsseldorfer Verfahren» als

736 BLOME/FRITZSCHE, Geschäftsgeheimnisse, S. 248.

737 PREUß, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle, Kap. 10 N 90; BLOME/FRITZSCHE, Geschäftsgeheimnisse, S. 248; BACH/WOLF, Instrumente, S. 289 f.; HELLMANN/STEINBRÜCK, Discovery Light, S. 174; a. A. Stancke et al.-RUSTER, Kap. G N 443.

738 BGH, 16.11.2009, X ZB 37/08, juris, Rn. 23 ff. – Lichtbogenschnürung.

739 BGH, 16.11.2009, X ZB 37/08, juris, Rn. 28 ff. – Lichtbogenschnürung; BACH/WOLF, Instrumente, S. 285 ff.; OLLERDIEßEN, in: Wiedemann (Kartellrecht), § 62 N 226.

740 KÜHNEN, Faxkarte, S. 191.

741 HORNSKOHLE, Mitteilung, S. 962.

geeignete Schutzmassnahme in Kartellzivilprozessen spricht.⁷⁴² Hingegen ermöglicht es das Verfahren, die widerstreitenden Interessen zumindest dem Ansatz nach miteinander in Einklang zu bringen; die fraglichen Beweismittel bestehen häufig aus einer Vielzahl von Dokumenten, die durch das «Düsseldorfer Verfahren» auf die wesentlichen reduziert werden. Es bedarf jedoch auch dann noch zusätzlicher Massnahmen, um den erforderlichen Geheimnisschutz und das Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten; dies kann durch die bereits erwähnten «Vertraulichkeitskreise» erfolgen.

Eine sinngemässe Übertragung des «Düsseldorfer Verfahrens» auf Kartellzivilprozesse ist somit grundsätzlich gerechtfertigt, weil auch in *Follow-on*-Verfahren regelmässig der Schutz von Geschäftsgeheimnissen des Kartelltäters und nicht das Vertraulichkeitsinteresse des Kartellopfers im Vordergrund steht. Berücksichtigt das Gericht vertrauliche Informationen, die einem «Vertraulichkeitskreis», aber nicht dem Kartellopfer offengelegt werden, bleibt das Geheimhaltungsinteresse des Kartelltäters bestehen, schränkt aber auch das rechtliche Gehör des Kartellopfers ein. Zugleich ermöglicht gerade diese Einschränkung eine Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche. In diesem Fall erscheint die Einschränkung des prozessualen Grundrechts auf rechtliches Gehör als hinnehmbarer Preis⁷⁴³, ohne den es zu keiner Durchsetzung der materiell-rechtlichen Ansprüche käme.⁷⁴⁴ Einschränkung ist jedoch zu berücksichtigen, dass es noch mehrere Jahre beanspruchen kann, bis die deutsche Zivilgerichtspraxis verlässliche Offenlegungsstandards entwickelt hat.⁷⁴⁵

Die dargestellten Ausgangslage dürfte auch durch die GeschGehRL und ihre Umsetzung im GeschGeh nicht wesentlich berührt werden.⁷⁴⁶ Die in den erwähnten Rechtsakten vorgesehenen Schutzmassnahmen beschränken sich auf Verfahren, die eine Verletzung eines Geschäftsgeheimnis-

742 Kritisch zur kartellzivilrechtlichen «Praxistauglichkeit» des «Düsseldorfer Verfahrens» HORNSKOHLE, Mitteilung, S. 962.

743 Nach WEITBRECHT, Kartellschadensersatz 2017, S. 110, nehmen die Parteien ihren Anspruch auf rechtliches Gehör über ihren Rechtsbeistand wahr.

744 In diesem Sinne auch MAKATSCH/KACHOLDT, in: Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoGWB, § 33g N 91 m. w. N.

745 WEITBRECHT, Kartellschadensersatz 2017, S. 110; JÄGER/MORLIN, Lkw-Kartell, S. 644 f. m. w. N., verweisen ferner auf die restriktive Handhabung der deutschen Gerichte betreffend die neuen Offenlegungsregelungen.

746 HORNSKOHLE/MELZER, Geheimnisschutz, S. 215; ROMBACH, Geheimniskartelle, S. 334 ff.

ses zum Gegenstand haben.⁷⁴⁷ Somit sollten die Auswirkungen besagter Schutzmassnahmen auf Kartellschadenersatzprozesses, in denen der eigentliche Streitgegenstand grundsätzlich kein Geschäftsgeheimnis ist, beschränkt bleiben.⁷⁴⁸

d. Zugang zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörde nach § 89c GWB

Nach § 89c Abs. 1 GWB übermittelt die Wettbewerbsbehörde erst dann Verfahrensdokumente an ein Zivilgericht, nachdem glaubhaft gemacht worden ist, dass ein Schadenersatzanspruch gegen die andere Partei besteht und die Dokumente nicht mit zumutbarem Aufwand von der anderen Partei oder einem Dritten erlangt werden können.⁷⁴⁹ § 89c Abs. 2 Satz 4 GWB statuiert ferner, dass § 89b Abs. 6 GWB auf die Übermittlung von Verfahrensdokumenten der Behörde an ein Zivilgericht entsprechend Anwendung findet.⁷⁵⁰ Dieser Verweis impliziert, dass, obwohl von der Behörde oder einem der Betroffenen die Geheimhaltung aus wichtigen Gründen geltend gemacht wird, die Offenlegung eines Dokuments aus der Verfahrensakte möglich ist. § 89b Abs. 6 GWB erwähnt allerdings nicht, dass das Gericht die notwendigen Schutzmassnahmen anordnen kann, was die eigentliche Neuerung und den oben genannten Mittelweg nach Massgabe der KSRL darstellt. Kurzum: Eine Verweisung auf § 89b Abs. 7 GWB fehlt. Wird angenommen, dass Geheimnisschutzmassnahmen nach § 89b Abs. 7 GWB auf den Zugang zu Verfahrensdokumenten des BKartA in *Follow-on*-Prozessen keine Anwendung finden, stehen dem Zivilgericht, anders als bei der Offenlegung unter Privaten nach § 33b und § 89b GWB, nicht drei, sondern nur zwei Optionen zur Verfügung. Wie aufgezeigt wurde, sollte diese «Grobkeiligkeit» durch die KSRL beseitigt werden. Die Regelung des § 89c GWB läge somit im Vergleich zur Offenlegung unter Privaten im Hintertreffen.⁷⁵¹

Ein möglicher Ansatz, die Schutzmassnahmen auch auf die Übermittlung von Verfahrensdokumenten anzuwenden, ist, § 82b Abs. 7 GWB als

747 ROMBACH, Geheimniskartelle, S. 334 ff.

748 HORNKOHL/MELZER, Geheimnisschutz, S. 215; ROMBACH, Geheimniskartelle, S. 334 ff.

749 Siehe zur Kritik an dieser Regelung *oben* § 11. 1.

750 Siehe zu § 89b Abs. 6 GWB.

751 Ähnlich kritisch auch BECKER, Schadenersatz, 415 f.; vgl. auch BAKOWITZ, Informationsherrschaft, S. 284.

notwendige Ergänzung zu § 82b Abs. 6 GWB zu verstehen. Trifft dies zu, umfasst die in § 89c Abs. 2 Satz 4 GWB enthaltene Verweisung auf § 82b Abs. 6 GWB auch den ergänzenden Absatz der Norm, nämlich § 82b Abs. 7 GWB. Dieser Lesart liegt das Verständnis zugrunde, dass mittels der in der KSRL vorgesehenen Massnahmen die Beweisschwierigkeiten gemildert werden sollten. § 82b Abs. 7 GWB ist in diesem Zusammenhang eine notwendige Ergänzung, die es dem Gericht ermöglicht, sich nicht einzig zwischen der Offenlegung und der Nichtberücksichtigung einer vertraulichen Information entscheiden zu müssen. Die Bestimmung ermöglicht es dem Gericht, Schutzmassnahmen anzuordnen, um den jeweiligen Interessen besser gerecht zu werden. Aus dieser Sicht ist sie eine *De-facto*-Konkretisierung der neuen Offenlegungsmöglichkeit in § 82b Abs. 6 GWB. Wird – wie vorliegend vertreten – in § 82b Abs. 7 GWB das notwendige Anwendungsinstrument für eine Offenlegung nach § 82b Abs. 6 GWB erblickt, umfasst die Verweisung in § 89c Abs. 2 Satz 4 GWB auf § 89b Abs. 6 GWB auch § 89b Abs. 7 GWB.

Auch die Vorgaben der KSRL, die schliesslich in den hier diskutierten Bestimmungen Ausdruck finden, sprechen für eine Anwendung der notwendigen Massnahmen auf die Übermittlung von Verfahrensdokumenten. Nach Art. 5 Abs. 4 KSRL stehen den mitgliedstaatlichen Gerichten wirksame Massnahmen zur Verfügung, um den Schutz vertraulicher Informationen sicherzustellen; Art. 5 KSRL bezieht sich allerdings ausschliesslich auf die Offenlegung unter Privaten.⁷⁵² Art. 6 KSRL wiederum, der den Zugang zu Verfahrensdokumenten einer Wettbewerbsbehörde regelt, enthält keine mit Art. 5 Abs. 4 KSRL vergleichbare Vorschrift – hingegen bestimmt Art. 6 Abs. 1 KSRL, dass die in Art. 5 KSRL enthaltenen Vorschriften sinngemäss auch für die Übermittlung von Verfahrensdokumenten gelten.⁷⁵³ Die Schutzmassnahmen nach Art. 5 Abs. 4 KSRL finden nach der Vorstellung des EU-Gesetzgebers somit auch Anwendung auf die Übermittlung von Verfahrensdokumenten einer Behörde. Dies sollte auch für den Zugang nach § 89c GWB gelten, obwohl es an einer ähnlichen Verweisung fehlt.

Ein weiteres Argument für die Zulässigkeit von Massnahmen nach § 89b Abs. 7 GWB ist die vergleichbare Ausgangslage in immaterialgüterrechtlich

752 Dies lässt erkennen, weshalb der deutsche Gesetzgeber die Gewährleistung der Massnahmen zum Schutz vertraulicher Informationen in § 89b GWB aufgenommen hat, der gemeinsam mit § 33g GWB die Offenlegung unter Privaten und nicht den Zugriff auf Dokumente der Wettbewerbsbehörde regelt.

753 Vgl. auch ANDERSSON, Quest, S. 139.

chen Streitigkeiten. Auch hier kollidiert das Geheimhaltungsinteresse mit der prozessual erforderlichen Sachaufklärung.⁷⁵⁴ Häufig sind diese Streitigkeiten durch Informationsasymmetrien gekennzeichnet – der Grund für das vom Bundesgerichtshof gebilligte «Düsseldorfer Verfahren»⁷⁵⁵, das auch in kartellzivilrechtlichen Verfahren zur Anwendung kommen soll. Angesichts der vergleichbaren Ausgangslage und des Umstands, dass bereits vor der Implementierung der KSRL in immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten Schutzmassnahmen angeordnet werden konnten, sollten Zivilgerichte entsprechende Massnahmen auch ohne explizite Verweisung auf § 89b Abs. 7 GWB anordnen können.⁷⁵⁶

Das Fehlen einer Verweisung auf § 89b Abs. 7 GWB in § 89c Abs. 2 GWB wurde auch in der Lehre festgestellt. So erblickt sie in § 89b Abs. 7 GWB eine Vorschrift, die allgemein in Schadenersatzverfahren nach § 33a Abs. 1 GWB ebenso wie in eigenständigen Offenlegungsverfahren nach § 33g Abs. 1 oder Abs. 2 GWB Anwendung finde. Das Gericht habe bei seinen Entscheidungen über die Offenlegung nach § 89c Abs. 2 Satz 4 i. V. m. § 89b Abs. 6 GWB auch § 89b Abs. 7 GWB zu berücksichtigen.⁷⁵⁷ Zudem wird auf das Dilemma des Darlegungs- und Beweispflichtigen hingewiesen, das die Kartellzivilprozesse beherrsche. Es bestehe darin, dass sich der Geheimnisträger entweder für die Offenlegung oder für die Geheimhaltung entscheiden müsse.⁷⁵⁸ Um das Dilemma aufzulösen, müsse § 89b Abs. 7 GWB analog auf den Zugang nach § 89c GWB angewandt werden, was zu einem einheitlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen bei der Offenlegung unter Privaten sowie zwischen der Behörde und dem Gericht führe.⁷⁵⁹ In gerechtfertigter Weise wird auch beanstandet, dass es keinen zwingenden Grund gebe, den Zugang auf Verfahrensdokumente der Behörde anders auszugestalten als die Offenlegung unter Privaten. Eine unterschiedliche Behandlung der zum Grossteil gleichen Informationen sei «widersinnig».⁷⁶⁰

Somit konnte hergeleitet werden, dass die deutschen Gerichte bei der Übermittlung von Verfahrensdokumenten geeignete Schutzmassnahmen anordnen können – die in der *Postbank*-Rechtsprechung aufgestellte

754 BLOME/FRITZSCHE, Geschäftsgeheimnisse, S. 247.

755 Siehe *oben* § 11. 2. I. c.

756 Im Ergebnis ähnlich BLOME/FRITZSCHE, Geschäftsgeheimnisse, S. 249 f., 251.

757 PREUß, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle, Kap. 10 N 115.

758 BLOME/FRITZSCHE, Geschäftsgeheimnisse, S. 247 ff. m. w. N.

759 BLOME/FRITZSCHE, Geschäftsgeheimnisse, S. 248.

760 BECKER, Schadenersatz, S. 414.

Schranke.⁷⁶¹ Eine analoge Anwendung des § 89b Abs. 7 GWB auf den Zugang zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörde ist demnach zu fordern.⁷⁶² Überzeugende Argumente, die für unterschiedliche Schutzniveaus sprechen, drängen sich nicht auf.

II. Primäres Unionsinteresse

Eine weitere Ausnahme von der Übermittlungspflicht ist das primäre Unionsinteresse. Es ist gefährdet, wenn eine Übermittlung die Funktionsfähigkeit und die Unabhängigkeit der EU beeinträchtigt.⁷⁶³ Auf eine Übermittlung ist insbesondere dann zu verzichten, wenn diese die Erfüllung der Kommissionsaufgaben gefährdet.⁷⁶⁴ Beeinträchtigungen der Untersuchungstätigkeit sind auf vielfache Weise vorstellbar – etwa wenn die Übermittlung Aufschluss über die Ermittlungsstrategie in einem konkreten Verfahren gäbe.⁷⁶⁵

Ein derartiges «Beeinträchtigungspotenzial» wird in der Übermittlung von Kronzeugeninformationen erblickt. Bezeichnenderweise wehrte sich die Kommission in der Vergangenheit vehement gegen die Übermittlung von Kronzeugeninformationen. Im Jahr 2004 vertrat sie, dass Kronzeugeninformationen nur dann übermittelt würden, wenn der Kronzeuge dem zugestimmt habe.⁷⁶⁶ Von dieser Haltung hat sie mittlerweile Abstand genommen; die Randnrn. 26, 26a und 26b der Bekanntmachung/Zusammenarbeit unterscheiden nunmehr – im Einklang mit der KSRL⁷⁶⁷ und der angepassten DurchführungsVO 773/2004 – zwischen den bereits be-

761 Siehe zur Postbank-Rechtsprechung *oben* § 11. 2. I.

762 So auch BECKER, Schadensersatz, 415 f.; wohl a. A. MALLMANN/LÜBBING, Offenlegung, S. 251, die eine Anwendung von § 89b Abs. 7 GWB nicht in Erwägung zu ziehen scheinen; so dann auch SEIFERT, Informationsbeschaffung, S. 515.

763 EuGH 26.11.2002, Rs. C-275/00, *Kommission/First und Franex*, EU:C:2002:711, N 49; EuGH 06.12.1990, Rs. C-2/88 Imm., *Zwartveld u. a.*, EU:C:1990:440, N 11; EuG 18.09.1996, Rs. T-353/94, *Postbank/Kommission*, EU:T:1996:119, N 93.

764 Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit, N 26; a. F. Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit, N 26.

765 BECKER, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Kap. 3, Art. 15 N 34.

766 A. F. Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit, N 26.

767 Auch wenn die KSRL durch die Mitgliedstaaten umzusetzen war und sich nicht an die Unionsorgane gerichtet hat, wurden die EU-Zugangsmöglichkeiten dennoch an die Anforderungen der KSRL angepasst. Dies zeigt sich besonders deutlich anhand der Anpassung der Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit, die nun dieselbe Dokumentenkategorisierung wie die KSRL enthält; vgl.

sprochenen Dokumentenkategorien.⁷⁶⁸ Grob gefasst, übermittelt die Kommission keine Informationen aus Kronzeugenerklärungen oder den Vergleichsausführungen. Dokumente, die von den Parteien oder der Kommission in oder im Hinblick auf ein Kommissionsverfahren erstellt wurden, werden erst nach Abschluss des Kommissionsverfahrens an ein mitgliedstaatliches Gericht übermittelt. Sämtliche übrigen Dokumente, einschliesslich der «*pre-existing documents*», können bereits vor Verfahrensabschluss an ein mitgliedstaatliches Gericht übermittelt werden.

3. Wertende Zusammenfassung

Trotz der bestehenden Pflicht der Kommission, Verfahrensdokumente an mitgliedstaatliche Gerichte zu übermitteln, war diese Beschaffungsrouten lange Zeit nur von geringer praktischer Relevanz. Mangels geeigneter Schutzmassnahmen konnten die Zivilgerichte das erforderliche Schutzniveau – in Übereinstimmung mit der *Postbank*-Rechtsprechung – häufig nicht garantieren. Ohne das erforderliche Schutzniveau wäre das Interesse der Kartelltäter an einem wirksamen Rechtsschutz nicht garantiert, was wiederum die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung negativ beeinträchtigen würde, da beides eng miteinander verknüpft ist. Die zunehmend als stossend empfundene Ausgangslage wurde in Deutschland durch die 9. GWB-Novelle im Zuge der KSRL angepasst, und den Gerichten wurden neue Schutzmechanismen an die Hand gegeben. Diese Instrumente ermöglichen eine ausgewogenere Berücksichtigung der relevanten Interessen; der Schutz vertraulicher Informationen führt nicht mehr zwingend zum Ausschluss der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung. Die Anpassungen lassen ebenfalls erkennen, dass Kartellopfere die Durchsetzung ihrer kartellzivilrechtlichen Ansprüche um den Preis der Einschränkung des eigenen prozessualen Anspruchs auf rechtliches Gehör ermöglicht wird. Vor dem Hintergrund, dass so dem Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz und dem Interesse an einer wirksamen Rechtsdurchsetzung gedient wird, ist diese Entwicklung zu begrüssen. Ferner ist – mit zwei Einschränkungen

auch Erw. 15 KSRL; ASHTON, *Competition*, N 4.107 ff.; WAGNER-VON PAPP, *Access* Fn. 419.

768 ASHTON, *Competition*, N 4.110 f. mit und bei Fn. 108; NAZZINI, *Enforcement*, N 7.125; siehe zu den Dokumentenkategorien und der Möglichkeit deren Verwendung *oben* § 8. 3. und für eine kritische Bewertung dieser Regelung *oben* § 8. 4.

kungen – auch die Kategorisierung der Verfahrensdokumente positiv zu bewerten. Allerdings sind die Dokumente der «weissen Kategorie» erst nach Abschluss des Kommissionsverfahrens an Zivilgerichte zu übermitteln; die Kommission sollte nicht bereits während eines Verfahrens Übermittlungsanträge bearbeiten müssen. Auch ruht die Verjährung während des Verfahrens oder ist gehemmt, was ein Abwarten des Verfahrensabschlusses rechtfertigt. Zudem verstösst ein absoluter Schutz der Dokumente der «schwarzen Kategorie» – namentlich der Kronzeugenerklärungen und der Vergleichsausführungen – potenziell gegen Primärrecht.⁷⁶⁹ Auch wenn diese Dokumente eines erhöhten Schutzes bedürfen, sollte ihre Übermittlung nicht pauschal ausgeschlossen werden. Sie können, wie bereits an anderer Stelle aufgezeigt wurde⁷⁷⁰, im Einzelfall Informationen enthalten, die einzig in der Erklärung figurieren und mit denen eine erfolgreiche Durchsetzung des Kartellschadenersatzes steht und fällt. Bei dieser Ausgangslage kann ein absoluter Schutz die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche verunmöglichen oder übermässig erschweren, womit die Regelung die Bedeutung des Kartellschadenersatzes als ein dem Ausgleich und der Abschreckung dienendes Instrument verkennt. Anstelle eines starren Verbots sollte es in den Händen des jeweiligen Zivilgerichts liegen, das um die Übermittlung der Dokumente ersucht, darüber zu entscheiden, ob und wie es die entsprechenden Informationen berücksichtigt – dies muss, wie dargelegt wurde, nicht zwingend mit der Offenlegung der Kronzeugeninformationen einhergehen.

769 Siehe *oben* § 7. 3. II.

770 Siehe zu diesen Konstellationen *oben* § 8. 4.

§ 12. Gesamtschau der Zugangsmöglichkeiten

1. Bewertung der Zugangsmöglichkeiten de lege lata

In den vorangegangenen Kapiteln wurden die Zugangsrouten zu den Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden dargestellt – das notwendige Wissen, um nun den 3. Prüfschritt zu unternehmen und somit die Forschungsfrage zu beantworten, ob der Zugang zu den Verfahrensdokumenten der Kommission zweckentsprechend ausgestaltet ist.

Der 1. Prüfschritt hat ergeben, dass der europäische Kartellschadenersatz ein wesentliches Teilinstrument der kartellrechtlichen Durchsetzung ist. Das Hauptziel dieses Systems ist die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase. Somit rückt neben dem Ausgleich auch die Generalprävention als eigener Zweck dieses Durchsetzungsinstruments in den Vordergrund. Diese Auffassung steht im Gegensatz zum traditionellen Verständnis, das den Schadenersatzanspruch primär auf den Rechtsschutz des Kartellopfers reduziert und nach dem sich der Zweck folglich im Ausgleich entstandener Schäden erschöpft. Zudem wurde aufgezeigt, was unter Abschreckung zu verstehen ist: Die Geschädigten sind der Breite nach zu mobilisieren, damit allein die Zahl klagender Kartellopfer potenzielle Kartelltäter abschreckt. Unter Rückgriff auf das besagte Zweckverständnis erklärte der EuGH bereits diverse mitgliedstaatliche Regelungen für primärrechtswidrig, insbesondere mitgliedstaatliche Zugangsmöglichkeiten zu den Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden.

Auch wenn die Kommission – entgegen der EuGH-Rechtsprechung – dem Kartellschadenersatz ein traditionell geprägtes Zweckverständnis zugrunde legt, wurde durch die KSRL das *«private enforcement»* erleichtert und Rechtssicherheit geschaffen. Dies ist besonders im Hinblick auf die in § 8 dargestellte Zugangsrouten relevant, die Beteiligung und die Akteneinsicht im Kommissionsverfahren. Nach der an die KSRL angepassten DurchführungsVO 773/2004 können mittels Akteneinsicht erlangte Verfahrensdokumente zu kartellzivilrechtlichen Zwecken verwendet werden. Allerdings ist die Verwendung der Dokumente der *«grauen Kategorie»* zeitlich beschränkt, was zu begrüßen ist. Dieselbe zeitliche Beschränkung sollte auch für die Dokumente der *«weissen Kategorie»* gelten – die Dokumente werden so erst in kartellzivilrechtliche Verfahren eingeführt, sobald die Kommission einen Wettbewerbsverstoss festgestellt hat. Im gegenteiligen Fall, also wenn die Kommission keinen Verstoss festgestellt hat, sind die mitgliedstaatlichen Behörden ebenfalls an diese Feststellung gebunden, was eine zeitliche Beschränkung der Verwendung

der besagten Dokumente rechtfertigt. Die EuGH-Rechtsprechung – mit Ausnahme des jüngsten Fallrechts betreffend die Veröffentlichung des Kommissionsbeschlusses – weckt zudem Zweifel daran, dass die absolute Beschränkung der Verwendung von Dokumenten der «schwarzen Kategorie» europarechtskonform und sachgerecht ist. Dennoch besteht ein hohes Bedürfnis nach Schutz dieser Dokumente, weshalb sie Kartellopfem grundsätzlich nicht zugänglich gemacht werden sollten. Dieser Schutz muss jedoch ausgewogener ausfallen als bei der derzeitigen Lösung. Besonders in Situationen, in denen das Verwendungsverbot die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche verhindert, muss eine Verwendung der Dokumente möglich sein.

Zudem ist nicht zu übersehen, dass Kommissionsverfahren nicht primär dem Ausgleich entstandener Schäden dienen, sondern der Unterbindung und Sanktionierung kartellrechtswidriger Verhaltensweisen. Dies erklärt, weshalb der Kreis der Verfahrensbeteiligten mit Parteistellung in Kommissionsverfahren eng gezogen ist und Dritte wie der Beschwerdeführer grundsätzlich nur am Verfahren beteiligt werden, soweit dies dem Verfahrensablauf dient. Kartellopfer – ausser sie sind am Verstoss beteiligt – können so nur äusserst beschränkt an Kommissionsverfahren teilnehmen, weshalb sie kaum an relevante Informationen gelangen.

Auch die Rechtsprechung zum Schutz vertraulicher Informationen ist zu begrüssen. Diesen Informationen kommt ein hoher, wenn auch kein absoluter Schutz zu. Zudem ist der durch den Zeitablauf bedingte Verfall des wirtschaftlichen Werts von Informationen zu berücksichtigen. Die Fünfjahresregel, die einen Grundsatz darstellt und im Einzelfall bedeutend kürzer, aber auch länger sein kann, ist im Hinblick auf den wirksamen Rechtsschutz ebenso wie auf die wirksame Rechtsdurchsetzung zu begrüssen. Ebenfalls positiv zu bewerten ist das unmissverständliche Bekenntnis des EuGH, dass das Interesse, für einen verursachten Schaden nicht zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, nicht schutzwürdig ist.

Die Veröffentlichungspraxis der Kommission, die zweite in § 9 dargestellte Zugangsrouten, ist essenziell für eine Mobilisierung der Kartellopfer der Breite nach. So liefern ausführliche Veröffentlichungen Aufschluss über die Funktionsweise einer Absprache, enthalten aber auch Informationen, die dem Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen dienen. Die Kommission teilt dieses Verständnis und veröffentlichte in der jüngsten Vergangenheit Sanktionsbeschlüsse erneut und mit umfassenderem Informationsgehalt. Aussagekräftige Veröffentlichungen können zudem andere Zugangsrouten ausschliessen, da sich ein Zugang nach der TransparenzVO für ein Kartellopfer von vornherein erübrigen kann.

Ein Zugang nach der TransparenzVO, die dritte untersuchte Zugangsrouten, erscheint auf den ersten Blick eine vielversprechende Möglichkeit der Informationsbeschaffung. Grundsätzlich wird jedermann Zugang zu sämtlichen Verfahrensdokumenten der Kommission gewährt. Die Untersuchung dieser Zugangsrouten in § 10 hat allerdings eine äußerst wechselhafte Rechtsprechung aufgezeigt. War die Rechtsprechung zunächst noch geschädigtenfreundlich, ist im EuGH-Urteil in der Rechtssache *EnBW* (EuGH) eine Zäsur zu erblicken – die Ausschlussgründe nach der TransparenzVO werden weit ausgelegt. Ferner wird es der Kommission erlaubt, die Verfahrensdokumente in Kategorien aufzuteilen, auf die die Ausschlussgründe vermutungsweise Anwendung finden. Auch ist die Vermutungsdauer des jeweiligen Ausschlussgrunds ausgesprochen lang, was die Praktikabilität dieser Zugangsrouten erheblich einschränkt. Das Fallrecht zur TransparenzVO – besonders dasjenige des EuG – lässt auf ein Zweckverständnis des europäischen Kartellschadenersatzes schließen, das von dem in § 7 dargestellten Fallrecht des EuGH abweicht. Der Zweck des Kartellschadenersatzes wird auf den Ausgleich beschränkt; die Abschreckung erscheint als positives Nebenprodukt und nicht als eigener Zweck. In der Konsequenz wird so bei etwaigen Abwägungsentscheidungen nur das private Interesse des Geschädigten und nicht das öffentliche Interesse an der wirksamen Durchsetzung zugunsten des Geschädigten berücksichtigt, was den Zugang allgemein erschwert. Auch wenn der EuGH explizit hervorgehoben hat, dass das private Interesse an der Durchsetzung des Kartellschadenersatzes auch ein öffentliches Interesse darstellen könne, sind die durch das Kartellopfer nachzuweisenden Kriterien zu streng und i. d. R. nicht zu erfüllen.

Die vierte und in § 11 untersuchte Zugangsrouten ist die Übermittlung von im Besitz der Kommission befindlichen Verfahrensdokumenten an ein Zivilgericht. Diese Zugangsrouten wurde ebenfalls im Zuge der KSRL angepasst, was einen Schritt hin zu einem ausgewogenen Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung darstellt – aber auch diese Änderung ist nicht frei von Kritik. Ähnlich wie in Bezug auf die angepasste DurchführungsVO 773/2004 ist eine zeitliche Beschränkung der Verwendung sämtlicher Dokumente zu verlangen. Ferner scheint auch der absolute Schutz der Dokumente der «schwarzen Kategorie» fragwürdig.

Die KSRL hat die Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Kommission tiefgreifend verändert, allerdings ohne die TransparenzVO anzupassen.⁷⁷¹ Es besteht ein Ungleichgewicht zwischen den Möglichkeiten der Verwendung von Dokumenten, die einerseits mittels Akteneinsicht und

771 Erw. 20 KSRL; Art. 6 Abs. 2 KSRL.

andererseits gestützt auf die TransparenzVO erlangt wurden. Letztere trifft keine Verwendungsbeschränkung, während Erstere ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden können. Dieses Ungleichgewicht wird allerdings vom EU-Gesetzgeber – dem Anschein nach – in Kauf genommen. Auch wenn die KSRL die Offenlegung von Beweismitteln aus Behördenakten teilweise regelt, hält Art. 6 Abs. 2 KSRL fest, dass die Anwendung der TransparenzVO durch die KSRL nicht berührt wird. Zu betonen bleibt hierbei: Das erwähnte Ungleichgewicht wird allerdings erst problematisch, sobald die TransparenzVO wirksam von Kartellopfern zur Beweismittelbeschaffung eingesetzt wird – zurzeit zeigen sich die europäischen Gerichte diesbezüglich äusserst restriktiv, weshalb die TransparenzVO nach aktueller Handhabe das Zugangs- und Verwertungsregime nach der KSRL bzw. der DurchführungsVO nicht zu untergraben droht.

Nicht zu verkennen ist, dass die Relevanz der in § 8 dargestellten Zugangsrouten gering ist, was ebenfalls auf die Übermittlung von Verfahrensdokumenten nach § 11 zutrifft, da der Klageerhebung regelmässig die Beweismittelbeschaffung vorgeschaltet ist. Dennoch sind die Anpassungen grundsätzlich zu begrüssen. Sie ermöglichen die Verwendung der Verfahrensdokumente zu kartellzivilrechtlichen Zwecken, was dem Rechtsschutz zugutekommt, kennen aber auch ausreichend Sicherheitsventile, um die öffentliche Durchsetzung nicht über Gebühr zu beeinträchtigen. Von grösserer Relevanz ist die in § 9 dargestellte Zugangsmöglichkeit, die Veröffentlichung der Kommissionsbeschlüsse. Die Kommissionspraxis und die europäische Rechtsprechung haben das Potenzial dieses Instruments erkannt und scheinen so dem Zweck des Kartellschadenersatzes gerecht zu werden. Kartellopfere benötigen allerdings i. d. R. bedeutend mehr Informationen, die sich zum Teil in der Kommissionsakte finden. Allerdings verunmöglicht es die restriktive Handhabe der TransparenzVO nahezu, auf die notwendigen Beweismittel zuzugreifen. Obwohl der EuGH dem Kartellschadenersatz einen zweigleichen Zweck und somit auch einen öffentlichen Wert zugeschrieben hat, wird dies von der Kommission in Bezug auf die TransparenzVO grösstenteils nicht berücksichtigt. Dies ist im Hinblick auf ihre Verantwortung als Schaltstelle zwischen den wesentlichen Interessen des Durchsetzungssystems zu bedauern. Insbesondere aufgrund der potenziellen Bedeutung der TransparenzVO, die nicht ansatzweise ausgeschöpft wird, ist die Forschungsfrage im Hinblick auf den europäischen Teil dahin gehend zu beantworten, dass die Zugangsmöglichkeiten im Nachgang zu Verwaltungsverfahren dem Zweck des europäischen Kartellschadenersatzes nicht gerecht werden.

2. Vorschläge zur Gestaltung der Rechtslage de lege ferenda

Aus Sicht der Kartellopfer fällt die Antwort auf die Forschungsfrage im vorherigen Abschnitt enttäuschend aus. Das absolute Verbot der Verwertung von Informationen aus Kronzeugenerklärungen und den Vergleichsausführungen – der «schwarzen Kategorie» – führt einen unionsweiten Standard ein, was aus Gründen der Rechtseinheit im «*private enforcement*» und im «*public enforcement*» zu begrüßen ist. Die Regelung verkennt allerdings die Bedeutung des «*private enforcement*» für die kartellrechtliche Durchsetzung und insbesondere den Zweck des europäischen Kartellschadenersatzes. Eine Verwertung dieser Informationen muss in Kartellzivilprozessen in Ausnahmefällen möglich sein, nämlich dann, wenn die Durchsetzung von Ansprüchen aus Art. 101 und Art. 102 AEUV ohne diese Informationen zu scheitern droht (siehe unten Art. 16a Abs. 2 Bst. b Nr. 3 E-VO 773/2004). Die Informationen sind dann für die Durchsetzung des Kartellschadenersatzanspruchs unentbehrlich.⁷⁷² Ferner und in Anbetracht der Bindungswirkung von Kommissionsbeschlüssen wird die freie Verwendbarkeit der Dokumente der «weissen Kategorie» in dieser Arbeit in Zweifel gezogen. Überzeugender erscheint es, die Verwendung dieser Dokumente zu kartellrechtlichen Zwecken in Anlehnung an die Dokumente der «grauen Kategorie» zeitlich zu begrenzen (siehe unten Art. 16a Abs. 3 E-VO 773/2004).

Zudem vernachlässigt die aktuelle Ausgestaltung das Ungleichgewicht zwischen den Möglichkeiten der Verwendung von Dokumenten, die einerseits mittels Akteneinsicht und andererseits durch den Zugang nach der TransparenzVO erlangt wurden. Eine Möglichkeit, diesem Ungleichgewicht beizukommen, ist, die Anwendung der TransparenzVO auf Informationen aus Kommissionsverfahren nach Art. 101 und Art. 102 AEUV zeitlich einzuschränken. Die TransparenzVO sollte erst Anwendung finden, sobald der verfahrensabschliessende Beschluss gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten rechtskräftig ist oder das Verwaltungsverfahren auf andere Weise beendet wurde (siehe unten Art 30a Abs. 1 E-VO 1/2003). Ein derartiger Ausschluss ist allerdings nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn insbesondere Kartellopfer über einen eigenständigen Anspruch auf Zugang zu Informationen aus Kommissionsverfahren verfügen. Die Möglichkeiten der Verwertung der Informationen sind dann wiederum auf die Durchsetzung von Ansprüchen aus Art. 101 und Art. 102 AEUV zu beschränken. Auch bei dieser Zugangsform ist der Schutz vertraulicher In-

772 Siehe zu diesen Konstellationen *oben* § 8. 4.

formationen zu gewährleisten, wobei dieser nicht absolut sein kann (siehe unten Art. 30a Abs. 2 E-VO 1/2003).

Diese Änderungen sind sinngemäss für die Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit mit mitgliedstaatlichen Gerichten zu übernehmen (siehe unten Randnrn. 26a, 26b E-Bekanntmachung/Zusammenarbeit), wobei die Verwertung der entsprechenden Dokumente nicht auf die Durchsetzung des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs zu beschränken ist bzw. die Informationen zur Durchsetzung sämtlicher Ansprüche aus Art. 101 und Art. 102 AEUV zu ermöglichen ist. Zu bedenken ist ausserdem, dass sich diese Arbeit schwerpunktmässig mit dem Zugang zu Dokumenten der Kommission auseinandersetzt und nicht mit der Offenlegung unter Privaten. Letztere wurde hingegen ebenfalls durch die KSRL neu geregelt und unterliegt ähnlichen Verwertungsbeschränkungen. Werden die in dieser Arbeit vorgeschlagenen Änderungen in Erwägung gezogen, sind entsprechende Anpassungen der Offenlegung unter Privaten angezeigt.

Die vorstehenden Vorschläge könnten in Gesetzesform wie folgt ausgestaltet werden:

Art. 16a E-VO 773/2004

- Abs. 1 [Bleibt in seiner jetzigen Fassung.]
Abs. 2 Die Parteien, die Akteneinsicht in Informationen aus Kronzeugenunternehmenserklärungen im Sinne des Artikels 4a Absatz 2 oder aus Vergleichsausführungen im Sinne des Artikels 10a Absatz 2 erhalten, dürfen diese Informationen nur verwerten,
Abs. 2 Bst. a wenn dies für die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte in Verfahren vor den Gerichten der Europäischen Union zur Überprüfung von Beschlüssen der Kommission notwendig ist oder
Abs. 2 Bst. b wenn dies für die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte in Verfahren vor den Gerichten der Mitgliedstaaten in Rechtssachen erforderlich ist, die sich unmittelbar auf die Sache beziehen, in der Akteneinsicht gewährt wurde, und die Folgendes betreffen:
Abs. 2 Bst. b Nr. 1 [Bleibt in seiner jetzigen Fassung.]
Abs. 2 Bst. b Nr. 2 [Bleibt in seiner jetzigen Fassung.]
Abs. 2 Bst. b Nr. 3 wenn dies für die Durchsetzung von Ansprüchen aus den Artikeln 101 und 102 AEUV unentbehrlich ist.
Abs. 3 Sämtliche durch Akteneinsicht erlangten Informationen, die nicht aus Kronzeugenunternehmenserklärungen im Sinne des Artikels 4a Absatz 2 oder aus Vergleichsausführungen im Sinne des Artikels 10a Absatz 2 stammen, dürfen in Verfahren vor nationalen Gerichten erst dann verwertet werden, wenn die Kommission ihr Verfahren gegen alle von der Untersuchung betroffenen Parteien durch Erlass eines Beschlusses nach Artikel 7, 9 oder 10 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 abgeschlossen oder ihr Verwaltungsverfahren auf andere Weise beendet hat.

Art. 30a E-VO 1/2003

- Abs. 1 Der Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten nach der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 findet auf Informationen aus Kommissionsverfahren zur Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV erst Anwendung, sobald der verfahrensabschließende Beschluss gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten bestandskräftig ist oder das Verwaltungsverfahren auf andere Weise beendet wurde.
- Abs. 2 Nicht am Verfahren beteiligte Dritte können Einsicht in die Verfahrensakte erhalten, wenn die Kommission das Verfahren durch Erlass eines Beschlusses nach Artikel 7, 9 oder 10 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 abgeschlossen oder ihr Verwaltungsverfahren auf andere Weise beendet hat. Die durch die Einsicht erlangten Informationen können ausschließlich durch die Einsicht nehmende Person oder ihren Rechtsnachfolger zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden.
- Abs. 3 Grundsätzlich erhalten Dritte keine Einsicht in die Kronzeugenunternehmenserklärung, in Vergleichsausführungen und in andere vertrauliche Informationen, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, Personendaten, sowie interne Unterlagen der Kommission und der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. Ebenfalls von der Akteneinsicht ausgenommen ist die in der Akte der Kommission enthaltene Korrespondenz zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sowie zwischen den Letztgenannten. Eine Ausnahme hiervon gilt, wenn sie für die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche unentbehrlich sind.

E-Bekanntmachung/Zusammenarbeit

- Randnr. 26 [Bleibt in seiner jetzigen Fassung.]
- Randnr. 26a Zu diesem Zweck wird die Kommission einzelstaatlichen Gerichten die folgenden Informationen für die Verwertung in Verfahren wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV nur übermitteln, wenn die Informationen für die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche unentbehrlich sind. Zu diesen Informationen zählen
- Kronzeugenunternehmenserklärungen im Sinne des Artikels 4a Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 und
 - Vergleichsausführungen im Sinne des Artikels 10a Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 773/2004.
- Diese Randnummer lässt den in Artikel 6 Absatz 7 der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates genannten Fall unberührt.
- Randnr. 26b Andere Informationen übermitteln die Kommission einzelstaatlichen Gerichten für die Verwertung in Verfahren wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV erst, wenn sie ihr Verfahren gegen alle von der Untersuchung betroffenen Parteien durch Erlass eines Beschlusses nach Artikel 7, 9 oder 10 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 abgeschlossen oder ihr Verwaltungsverfahren auf andere Weise beendet hat.
- Wird die Kommission ersucht, die genannten Informationen einzelstaatlichen Gerichten für andere Zwecke als die Verwertung in Verfahren wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV zu übermitteln, ist grundsätzlich dieselbe zeitliche Beschränkung anzuwenden, um laufende Kommissionsverfahren zu schützen.